

Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku

Izazovi pravosudnih
transformacija na jugu Europe

Liber amicorum
Mihajlo Dika

Urednici:

Alan Uzelac
Jasnica Garašić
Aleksandra Maganić



LIBER AMICORUM
MIHAJLO DIKA

DJELOTVORNA PRAVNA ZAŠTITA U PRAVIČNOM POSTUPKU
LIBER AMICORUM MIHAJLO DIKA



אריאל

DJELOTVORNA PRAVNA ZAŠTITA
U PRAVIČNOM POSTUPKU
IZAZOVI PRAVOSUDNIH TRANSFORMACIJA
NA JUGU EUROPE

LIBER AMICORUM
MIHAJLO DIKA

Zbornik radova u čast 70. rođendana
prof. dr. sc. Mihajla Dike

Uredili:

Alan Uzelac

Jasnica Garašić

Aleksandra Maganić



PRAVNI FAKULTET
SVEUČILIŠTA U ZAGREBU
ZAGREB, 2013.

Nakladnik:

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Za nakladnika:

Prof. dr. sc. Zoran Parać

Urednik izdavačke djelatnosti:

Prof. dr. sc. Igor Gliha

Urednici zbornika:

Prof. dr. sc. Alan Uzelac

Prof. dr. sc. Jasnica Garašić

Doc. dr. sc. Aleksandra Maganić

Lektura, korektura i tehnička pomoć:

Marko Bratković, mag. iur., prof.

Grafička priprema i tisak:

Sveučilišna tiskara d.o.o., Zagreb,

Trg maršala Tita 14

ISBN 978-953-270-078-7

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu
Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu
pod brojem 849223.

© Copyright

Sva su prava pridržana. Nije dopušteno umnožavanje (reproduciranje),
stavljavanje u promet (distribucija), stavljavanje na raspolaganje javnosti, priopćavanje javnosti
te prerada u bilo kojem obliku bez posebnog dopuštenja urednika Zbornika.

© Fotografija prof. M. Dike: PIXSELL, <http://www.pixsell.hr>

Naklada: 200 primjeraka

Zagreb, 2013.

Sadržaj

<i>In honorem</i> Mihajlo Dika.....	IX
Pravosuđe i njegova uloga u pravnoj državi	
Josip Kregar, <i>Legitimacija prava procedurom</i>	3
Branko Smerdel, <i>Ustavna revolucija, demokratska tranzicija i vladavina prava</i>	27
Vesna Rakić-Vodinelić, <i>Ograničena odgovornost sudije za štetu - neophodna privilegija koja obezbeđuje nezavisnost ili učvršćivanje sudijske neodgovornosti?</i>	47
Dalibor Čepulo, <i>Mjesni sud na hrvatsko-slavonskom području između sudske i upravne vlasti</i>	73
Parnični postupak – opće teme	
Aleš Galič, <i>Ograničenje mogućnosti iznošenja novota i cilj građanskoga parničnog postupka</i>	95
Miljenko Giunio, <i>Vještačenje između istražnog i raspravnog načela u građanskom parničnom postupku</i>	117
Ivo Grbin, <i>Preinaka tužbe</i>	131
Ivica Crnić, <i>Neka postupovna pitanja u vezi s neimovinskom štetom</i>	157
Nikola Gavella, <i>O odnosu materijalnog i procesnog građanskog prava u parnicama – pogled sa stajališta privatnog (građanskog) prava</i>	187
Alan Uzelac, <i>Ustavno pravo na žalbu u građanskim stvarima: jamstvo ispravnog pravosuđenja ili relikv prošlosti?</i>	219
Posebni postupci (trgovački, obiteljski, antidiskriminacijski, plovidbeni, smetanje posjeda)	
Jakša Barbić, <i>Tužba za pobijanje odluke glavne skupštine dioničkog društva - neka odabrana pitanja</i>	247
Dubravka Hrabar, <i>Otvorena pitanja sudovanja u obiteljskim stvarima (Načela i smjernice za novi Lex de processibus familiaribus)</i>	277
Aldo Radolović, <i>Specifični postupkovopravni problemi u zaštiti prava osobnosti</i>	301

Željko Potočnjak, Ivana Grgurev i Andrea Grgić, <i>Dokazivanje prima facie diskriminacije</i>	323
Jasenko Marin, <i>Privremeno zaustavljanje plovila unutarnje plovidbe</i>	349
Vladimir V. Vodinelić, <i>Šta se štiti u posesornom postupku?</i> <i>O pojmu i prirodi državine (poseda)</i>	373

Izvanparnično, stečajno i ovršno pravo i postupak

Vesna Rijavec, <i>Vrijednosni papiri u ovrsi</i>	413
Nada Nekić Plevko, <i>Položaj ovrhovoditelja u svjetlu novoga Ovršnog zakona</i>	433
Nevenka Marković, <i>Odgovornost za štetu stečajnog upravitelja u glavnom stečajnom postupku</i>	449
Jasnica Garašić, <i>Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012. godine</i>	469

Arbitraža i alternativno rješavanje sporova

Hrvoje Sikirić, <i>Pravo mjerodavno za objektivnu arbitrabilnost</i>	493
Davor Babić, <i>Prijedlog za novo uređenje arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži</i>	521
Slađana Aras, <i>Arbitrabilnost obiteljskopравnih sporova</i>	543
Gašo Knežević, <i>Efikasnost arbitraže i pravila o svedočenju i veštačenju: ima li mesta racionalizaciji</i>	563
Vladimir Pavić, <i>Nove činjenice i dokazi u postupku sudske kontrole arbitražne odluke</i>	587
Biljana Đuričin, <i>Pregovaranje kao metoda alternativnog rješavanja sporova</i>	605

Javno bilježništvo

Jožica Matko Ruždjak, <i>Javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka na nekretnini kao predmetu osiguranja</i>	617
Nina Tepeš, <i>Državljanstvo kao pretpostavka imenovanja javnih bilježnika</i>	645
Mirela Krešić, <i>(Ne)spojivost javnobilježničkog i odvjetničkog zvanja u hrvatskim zemljama</i>	669
Ivan Milotić, <i>Pravno uređenje položaja sastavljača isprava te povjerenja u privatne isprave u rimskom pravu</i>	693

Europsko i komparativno građansko procesno pravo

Marko Petrak, <i>Ius commune i europeizacija hrvatskog građanskog procesnog prava</i>	727
Tamara Čapeta, <i>Promjene u nadležnostima Suda Europske unije tri godine po stupanju na snagu Ugovora iz Lisabona</i>	743
Jasna Omejec, <i>Primjenjivost jamstava članka 6., stavka 1. Konvencije na privremene mjere i postupke sudskih zabrana ratione materiae</i>	771
Siniša Rodin, <i>Zlatne dionice i sloboda kretanja kapitala u Europskoj uniji</i>	783
Edita Čulinović Herc i Nikolina Grković, <i>Odjeci financijskog skandala Madoff u parničnoj praksi zemalja članica Europske unije na primjeru fonda Luxalpha SICAV</i>	803
Jozo Čizmić, <i>Zadržavanje duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi prema pravnom uređenju u Federaciji Bosne i Hercegovine</i>	827
Arsen Janevski, <i>Dostava prema Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije i njegovim novelama</i>	851
Gale Galev, <i>Odgovornost za opasnost štete</i>	877
Aleksandra Maganić, <i>Videokonferencija u njemačkom građanskom procesnom pravu</i>	893
Krešo Puharić, <i>Komparativnopravni osvrt na zakone triju država o autorskim i srodnim pravima</i>	925

Druge teme iz teorije i prakse kaznenog, upravnog i građanskog prava i postupka

Elizabeta Ivičević Karas, <i>Primjena teorije indikacija u okviru načela jednakosti oružja</i>	943
Davor Krapac, <i>Napomene o prirodi i ulozi načela pravičnog postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima</i>	963
Marko Šikić, <i>Pravo na suđenje u razumnom roku u upravnosudskim postupcima - novi problemi i izazovi</i>	977
Igor Gliha i Romana Matanovac Vučković, <i>Zastara u pravu intelektualnog vlasništva</i>	993
Hano Ernst i Tatjana Josipović, <i>Stjecanje založnog prava na pokretninama od nevlasnika</i>	1033

Siniša Petrović, <i>Obrt - pojam, djelatnosti, pravni oblik, odgovornost</i>	1067
Petar Miladin, <i>Odnos kondicijskog i drugih srodnih imovinskopravnih zahtjeva</i>	1083
Gojko Bežovan, <i>Zakonski i socioekonomski okvir osnivanja i djelovanja zaklada</i>	1107
Tomislav Karlović, <i>O nastanku pravnog instituta Sicherungsübereignung</i>	1133

Prilog:

Bibliografija – prof. dr. sc. Mihajlo Dika (priredio: Marko Bratković)...	1157
---------------------------------------------------------------------------	------

IN HONOREM MIHAJLO DIKA

I.

Mihajlo Dika obilježio je svojim radom i djelovanjem teoriju i praksu građanskog procesnog prava druge polovice dvadesetog i početka dvadeset i prvog stoljeća. Kako svjedoče i radovi okupljeni u ovoj zbirci, doseg njegova djelovanja bitno nadilazi nacionalne granice. U doba postojanja zajedničke države profesor Dika bio je cijenjen i uvažavan kao jedan od najutjecajnijih jugoslavenskih procesualista, a njegov se rad nastavio pratiti, citirati i koristiti u lokalnom kontekstu i nakon raspada Jugoslavije na području svih država sljednica. Kao nastavljajući velike procesualističke tradicije nastavnika Katedre za građansko procesno pravo Mihajlo Dika preuzeo je mjesto koje su prije njega imali Srećko Zuglia i Siniša Triva, idejne postavke i teorijska dostignuća kojih je dijelio i uvažavao, ali ih i kreativno transformirao i nadograđivao. Danas je, slobodno se može reći, Mihajlo Dika vodeći postjugoslavenski građanski procesualist. Njegov rad ostavio je trajan biljeg u mnogim pravnim disciplinama (posebice u parničnom, izvanparničnom, stečajnom, ovršnom, javnobilježničkom i arbitražnom pravu). No, povrh toga, širina njegova djelovanja, interdisciplinarnost njegova rada, ali i osebujna osobnost, suptilna inteligencija i rafinirana duhovitost priskrbili su mu velik broj onih koji ga poštuju, uvažavaju i cijene, što zorno ocrtavaju tekstovi pedesetak autora koji su se odazvali pozivu da daju svoj obol za ovo izdanje koje kao *liber amicorum* obilježava njegov sedamdeseti rođendan i odlazak u mirovinu.

II.

Mihajlo Dika rođen je 11. veljače 1943. u Skopju. Osnovnu školu i gimnaziju pohađao je i završio u Puli. Na Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu upisao se akademske godine 1960./1961., a diplomirao je već 1963. jer je studirao prema tadašnjem modelu skraćenog studija. Pravnu praksu odrađuje najprije od siječnja 1964. do lipnja 1965. kao odvjetnički vježbenik u uredu odvjetnika

Zlatka Kuntarića u Zagrebu, a potom, od srpnja 1965. do kraja lipnja 1966., kao sudački vježbenik na Kotarskom sudu u Zagrebu. Vojni rok služi od ljeta 1966. do jeseni 1967., nakon čega se vraća u Istru, gdje se zapošljava kao pravni referent za imovinskopravne poslove u Skupštini općine Poreč. Na tom mjestu radi razmjerno kratko, od listopada 1967. do srpnja 1968. U siječnju 1968. polaže pravosudni ispit, a u kolovozu 1968. postaje sudac Općinskog suda u Poreču. Kao jedini sudac toga suda uskoro biva imenovan za predsjednika suda. U sudstvu ostaje nešto više od tri godine jer od listopada 1971. konačno prelazi na Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu gdje se u cijelosti posvećuje akademskoj karijeri. Na Pravnom fakultetu u kontinuitetu radi pune 42 godine, sve do odlaska u mirovinu krajem rujna 2013.

Svoj akademski put profesor Dika započeo je kao znanstveni asistent (imenovan u travnju, a na dužnost stupio u listopadu 1971.). Za znanstvenu karijeru počeo se pripremati i ranije jer je već 1964./1965. godine na Pravnom fakultetu u Zagrebu bio upisao poslijediplomski studij iz privrednog (trgovačkog) prava koji je 1969. uspješno završio obranom magistarskog rada o pravnoj prirodi arbitražnog sporazuma u međunarodnoj arbitraži.

Doktorirao je 1984. godine izvrsnom tezom o pravu na tužbu koja je kasnije objavljena i kao zapažena monografija (v. bibliografiju prof. Dike na kraju ove zbirke radova). Za docenta na Katedri za građansko procesno pravo izabran je 1985., za izvanrednog profesora 1988., a za redovitog profesora 1996. godine. Predstojnik je Katedre za građansko procesno pravo od umirovljenja profesora Trive krajem 1990. godine. Od iste je godine i voditelj kolegija iz građanskog procesnog prava na poslijediplomskim studijima iz trgovačkog i građanskog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

Na Pravnom fakultetu u Zagrebu profesor Dika predavao je više kolegija na svim razinama, od preddiplomske do poslijediplomske. Uz središnji kolegij – građansko procesno pravo – držao je nastavu iz specijaliziranih kolegija iz ovršnog, izvanparničnog, insolventijskog, javnobilježničkog i arbitražnog prava. Profesor Dika bio je posebice aktivan u poslijediplomskoj nastavi, gdje se istaknuo kao mentor mnogobrojnih magistarskih radova i desetak istaknutih doktorskih disertacija.

Nastavu je, osim na matičnom fakultetu, izvodio povremeno, što držeći pojedine kolegije, što održavajući povremena gostujuća predavanja, i na raznim drugim fakultetima, između ostaloga, u Rijeci, Ljubljani, Skopju, Splitu, Osijeku, Mostaru i Podgorici. Kao istaknuti znanstvenik i nastavnik profesor Dika je 2006. primio počasni doktorat Univerziteta Kiril i Metodije u Skopju.

Dikina dugotrajna profesionalna karijera bila je obilježena podjednako brigom za tradiciju i održanje stručnih standarda kao i otvorenošću za novo te stalnim stručnim usavršavanjem. Osim samostalnog cjeloživotnog obrazovanja u Hrvatskoj (što kod njega nikada nije bila fraza), Dika se stručno usavršavao i u inozemstvu, i to na *Centre for American Legal Studies* u Salzburgu (1973.), švicarskom Institutu za uporedno pravo u Lausanni (1985. i 1988.), Institutu Maxa Plancka u Hamburgu te Asser institutu u Haagu (više kraćih boravaka). Bio je aktivan sudionik haško-zagrebačko-ghentskog kolokvija o pravu međunarodne trgovine od 1985. do 1991. Od 1988. član je Međunarodne asocijacije za procesno pravo (IAPL) i Međunarodne asocijacije za uporedno pravo. Sudjeluje kao regionalni ili nacionalni referent, odnosno aktivni sudionik u većem broju međunarodnih konferencija i kongresa.

Na Sveučilištu u Zagrebu Mihajlo Dika bio je od 1983. do 2000. predsjednik Komisije za nostrifikaciju i priznavanje ekvivalencije stranih školskih svjedodžbi i diploma. Pitanjima nostrifikacije stranih diploma i svjedodžaba bavio se i u više svojih stručnih i znanstvenih radova (v. bibliografiju). Od ostalih funkcija na Sveučilištu i Fakultetu posebno treba izdvojiti i okolnost da je profesor Dika bio prvi dekan Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u trećem tisućljeću (tu je funkciju vršio od 2000. do 2001.).

Izvan aktivnosti na Sveučilištu, Mihajlo Dika posebno se istaknuo svojim bavljenjem arbitražom. Veza između arbitraže kao predmeta akademskog interesa i razvoja arbitražnog prava i prakse bila je uspostavljena već za vrijeme Dikina prethodnika, profesora Siniše Trive, koji je bio dugogodišnji predsjednik Stalnog izbranog suda (kasnije: Stalnog arbitražnog sudišta) pri Privrednoj komori Hrvatske (kasnije: Hrvatskoj gospodarskoj komori). I Mihajlo Dika dijelio je od svojih akademskih početaka isti interes. Nakon što je magistrirao obrađujući praktično važnu arbitražnu temu, izabran je 1972. za tajnika Stalnog izbranog sudišta, a tu funkciju obnaša dvanaest godina, do 1984., kada postaje član Predsjedništva i potpredsjednik te arbitražne ustanove. Od 2004. obnaša funkciju predsjednika Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. Tijekom svog dugogodišnjeg bavljenja arbitražom profesor Dika sudjelovao je u mnogim arbitražnim postupcima kao arbitar, ali je istodobno djelovao i na razvoju arbitražne kulture. Sa svojim najbližim suradnicima pokrenuo je 1993. prvu redovitu međunarodnu arbitražnu konferenciju u ovom dijelu Europe, Hrvatske arbitražne dane (kasnije: Hrvatski dani arbitraže i mirenja); prvi specijalizirani arbitražni pravni časopis na engleskom jeziku, *Croatian Arbitration Yearbook* (osnovan 1994., to je bio ujedno i prvi hrvatski pravni časopis na stra-

nom jeziku, a prof. Dika bio je jedan od njegovih urednika od 1994. do 1998.) i prvu nacionalnu strukovnu organizaciju za arbitražu, Hrvatsku arbitražnu udruhu (od njena osnivanja 1997. do danas prof. Dika bio je višekratno biran za predsjednika Upravnog odbora te organizacije).

Kao ugledan stručnjak i pravnik Mihajlo Dika bio je angažiran na pripremi mnogih zakona i drugih normativnih akata. Od 1970-ih do danas bio je čest voditelj i/ili član povjerenstava koja su se bavila reformom propisa iz područja građanskog procesnog prava. Od zakona i drugih propisa na koje je njegov rad izvršio važan, katkada i presudan utjecaj, mogu se spomenuti Zakon o parničnom postupku; Ovršni zakon (ranije: Zakon o izvršnom postupku); Stečajni zakon; Zakon o odvjjetništvu i Kodeks odvjjetničke etike; Zakon o javnom bilježništvu; Zakon o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja na pokretninama i pravima i Zakon o arbitraži. Kao vanjski član nadležnih stručnih odbora Hrvatskog sabora – Odbora za zakonodavstvo (od 2000. do 2003.) i Odbora za pravosuđe (od 2003. do 2007. te ponovo od 2012.) profesor Dika imao je prilike utjecati i na sadržaj mnogih drugih zakonskih projekata, pri čemu je njegova stručnost uvijek bila neupitna, a kritička distancija prema aktualnopolitičkim zahtjevima i prohtjevima redovito zadržana.

Uz svoj stručni rad na pripremi raznovrsnih propisa, profesor Dika posebnu je pozornost posvećivao i transmisivskoj funkciji nastojeći da se ideje i koncepti kojima su se rukovodila tijela i pojedinci pri izradi nacрта normativnih akata sačuvaju, analiziraju i predstave znanstvenoj i stručnoj publici. U tom je smislu bio glavni organizator, voditelj, suorganizator ili sudionik brojnih znanstvenih i stručnih skupova na kojima su se tematizirale promjene u zakonodavstvu. Iz tih skupova proizišlo je kao njihov trajan rezultat više desetaka zbornika radova. Vrlo često je upravo Mihajlo Dika bio njihov urednik, redaktor ili u nekoj drugoj formalnoj funkciji vodeća osoba u timu autora.

Druga važna komponenta Dikina znanstveno-stručnog djelovanja bila je njegova vezanost uz enciklopedističke i leksikografske projekte, što je aktivnost koju je dobrim dijelom naslijedio od svoga učitelja, profesora Trive, koji je bio započeo velik, unikatan projekt pravne enciklopedije. Kako taj projekt zbog rata, raspada tadašnje države te smrti profesora Trive nije nikada bio dovršen, rad na njemu ostao je na Diki. On ga je ustrajno nastavio te priveo kraju 2007. izdavanjem Pravnog leksikona, najznačajnije hrvatske pravne enciklopedijske publikacije u kojoj je Dika formalno bio tek zamjenik glavnog urednika, ali faktički njen *spiritus movens*.

U nekim trenucima djelovanje profesora Dike nadilazilo je uske profesionalne okvire i poprimalo elemente ljudskopravnog aktivizma, pa i čina građanske hrabrosti. U devedesetim godinama Dika je intenzivno surađivao s Hrvatskim pravnim centrom na temama uspostave pravne države i vladavine prava. Njegovo je djelovanje osobito bilo usmjereno kritici tadašnjeg funkcioniranja pravosuđa obilježena političkim intervencijama i zadiranjem u sudačku nezavisnost. U 2000. godini, nakon intenziviranja demokratskih procesa, profesor Dika bio je inicijator i organizator prve velike konferencije posvećene hrvatskom pravosuđu u novom tisućljeću koja je ostala zapamćena po kritičkim ocjenama i upozoravanju na negativne procese koji su obilježili hrvatsko pravosuđe devedesetih godina. Unatoč tomu što se takve kritičke ocjene nisu svidjele mnogim članovima tadašnjeg (pa i današnjeg) hrvatskog pravosudnog establišmenta koji su im se oštro usprotivili, Dikina su stajališta bila i ostala konzekventna i znanstveno objektivna, bez obzira na njihovu (ne)popularnost u utjecajnim krugovima pravosudnih elita. S vremenom se pokazalo da je Dika bio u pravu: sistemski problemi, pa i korupcija u hrvatskom sudstvu i pravosuđu općenito, bili su sve do ulaska u Europsku uniju glavni problem s kojim se trebalo obračunavati u sklopu procesa pridruživanja, u okviru kojeg je poglavlje 23. pristupnih pregovora, posvećeno pravosuđu i ljudskim pravima, bilo nesumnjivo najteže i najproblematičnije.

Svojim društveno-političkim angažmanom i zalaganjem za ljudska prava Dika je iznenadio mnoge i u 2010-im. S jedne strane, Dika je uz još četvero profesora Pravnog fakulteta javno istupio 2011. otvorenim pismom u kojem je kritički upozorio na to da nacrti propisa o visokom obrazovanju i znanosti prezentirani od strane resornog ministarstva otvaraju put u eroziju standarda javnog visokog obrazovanja, otvaraju put u podjelu Sveučilišta u Zagrebu te ugrožavaju akademske slobode i guše akademsku kritiku. Još više je te iste godine sve one koji su građanski proces smatrali konzervativnom disciplinom, a Diku rezerviranim i u stručne teme zatvorenim akademskim pravnikom, iznenadilo njegovo pismo podrške Povorci ponosa (*Gay pride*) u Zagrebu. Dika je tada kao prvi i vodeći potpisnik, osuđujući ranije iskazan primitivizam i nasilje na splitskoj Povorci, ponovio želju da Hrvatska postane i bude i zbiljski, a ne samo normativno, država u kojoj je ravnopravnost zajamčena, a svaka diskriminacija, uključujući i onu po osnovi spolne orijentacije, onemogućena. Iako je Dikino pismo potpisalo još 73 nastavnika Pravnog fakulteta, njegovi istupi i beskompromisan angažman za ljudska prava nisu svugdje bili blagonaklono dočekani, što je u konačnici doprinijelo i tomu da mu je uskraćeno mjesto u

Hrvatskoj akademiji znanosti i umjetnosti koje bi mu prema svim objektivnim stručnim kriterijima pripadalo. Time je, međutim, još jednom simbolički iskazan kontinuitet: oživotvorena je izreka Dikina učitelja, akademika Siniše Trive, koji je u šali često običavao citirati izreku da je dobro i utješno da se u Akademiju ne primaju uvijek najbolji jer bi time svi ostali imali doživotan dokaz o vlastitoj nekompetentnosti ...

III.

Znanstvena i društvena misija Mihajla Dike još je uvijek daleko od svoga završetka. Iza njegove ljudske skromnosti stoji nesalomljiva radna etika i fascinantna produktivnost. Vjerujemo da će njegovi najveći projekti tek ugledati svjetlo dana (što je i sam posredno najavio započinjući seriju viševolumenskih monografija o parničnom i ovršnom pravu). Njegova bibliografija, koja u verziji priređenoj za ovaj zbornik broji petstotinjak knjiga, članaka i drugih znanstvenih i stručnih radova, bit će sigurno u budućnosti obogaćena mnogim novim uradcima. Ovaj zbornik radova bila je samo prilika da se Dikini mnogobrojni učenici, prijatelji i suradnici okupe i proslave jubilej koji se moralo proslaviti – istinsku priliku da se oda počast jednom od najuglednijih i najuvaženijih pravnika jugoistočne Europe.

Urednici

**PRAVOSUĐE I NJEGOVA ULOGA
U PRAVNOJ DRŽAVI**

LEGITIMACIJA PRAVA PROCEDUROM

*Prof. dr. sc. Josip Kregar**

People obey the law if they believe it's legitimate, not because they fear punishment - this is the startling conclusion of Tom Tyler's classic study. Tyler suggests that lawmakers and law enforcers would do much better to make legal systems worthy of respect than to try to instill fear of punishment. He finds that people obey law primarily because they believe in respecting legitimate authority.

(T. R. Tyler, *Why People Obey the Law?*)

Moderno pravo legitimira se vjerom u racionalne procedure stvaranja i primjene. Politički i pravni mehanizmi legitimiranja različiti su i komplementarni. Pravni sustav koristi drukčije načine osnaženja vjerodostojnosti i legitimnosti te se tek dijelom oslanja na političku legitimaciju. Oslanja se i na neodređene koncepte koji pripadaju društvenim i političkim vrijednostima. Kao što se ne može vladati samo silom, pravo nije učinkovito ni bez raširenog uvjerenja da teži primjeni metapравnih vrijednosti (pravednosti, humanosti). U teoriji pravne sociologije T. Parsons i N. Luhmann doveli su u vezu društvene promjene, diferencijaciju društva i autonomiju prava te naglasili samostalnost evolucije pravnog sustava. Pravo je samostalan i izdvojen društveni sustav. Odvajanje prava od društva pretpostavka je njegove učinkovitosti i u tehničkom smislu, a neodvojivo je od postizanja njegove učinkovitosti u društvenom smislu. Izdvajanje i samostalnost sustava prava pretpostavlja vjeru u pravednost i legitimnost prava, vjeru u formalnu ispravnost postupaka i stvarnu učinkovitost stvaranja i primjene prava.

Ključne riječi: legitimacija prava, racionalizacija, Luhmann, legitimacija procedurom, moderno društvo.

* Dr. sc. Josip Kregar, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

1. UVOD

Kada vidimo masovne prosvjede i zahtjeve za smjenom vlasti, u mnogo slučajeva, ne uvijek, vidimo nemoć policije i vojske da silom nametnu ono što nazivaju redom. Vladajući se pozivaju na ustav i zakon, a zapravo računaju na silu organizirane države. Katkad brojnost prosvjeda raste i sila je nemoćna. U takvim se trenucima vidi i osjeća da državni monopol sile nije dovoljan za vladanje nego da za vladanje treba uvjerljivo i masovno slaganje naroda s političkom vlašću te dobrovoljno i promišljeno, racionalno prihvaćanje vlasti. Sila nije dovoljna. S bajunetama se sve može učiniti, ali se na njima ne može sjediti.¹ To je očito, legitimnost vlasti je preduvjet njena opstanka. Legitimnost je fenomen koji se ne vidi i ne treba se mjeriti jasnim jedinicama i pozitivnim metodama. Ona je pojam deriviran iz iskustva o tome da politički poredak (osim sile) treba i opravdanje.

Slično je s normama. I kod norma vrijedi taj izračun povjerenja i prihvaćanja velike većine. Ako nastupi novčana panika i štetiše podignu uloge, banke su propale, a pažljivo smišljena pravila ne vrijede. Ako bespravna gradnja nadmaši legalnu, prijetnje kaznama i rušenjem ne vrijede. Kad se na napuštenoj kući ne popravi razbijeni prozor, razbit će netko i druge prozore.² Kad se parkira na travnjaku, jedan slučaj bit će kažnjen, ali nema zastrašivanja kaznom kad tako parkiraju tisuće. Kad započne širenje divljih odlagališta smeća, plakati zabrane se ne čitaju, a vlast se doima bespomoćnom. To je situacija anomije.³ Istina, vrijedi katkad i suprotno. Kada su loši zakoni i njihovi zahtjevi, razum navodi

¹ Izreka se krivo pripisuje Napoleonu, Montesquieu ili Jelcinu. Zapravo to je rečenica koju je Tayllerand rekao uvjeravajući Napoleona u potrebu zakona: *La seule chose que vous ne pouvez pas faire avec une baïonnette est de s'asseoir sur elle.* (In the words of Tayllerand to Napoleon: 'Sire, with bayonets you can do all sort of things, but you cannot sit on them.' Usp. <http://www.heuni.fi/uploads/ilng17uf.pdf>, str. 48. (25. 4. 2013.). "You can make a throne of bayonets, but you can't sit on it for long." Usp. B. Jelcin http://thinkexist.com/quotation/you_can_make_a_throne_of_bayonets-but_you_cant/199891.html (25. 4. 2013.).

² *Broken windows theory*; v. <http://www.helium.com/items/1742233-broken-window-crime-theory> (25. 4. 2013.).

³ "Anomia is a social condition in which the norms which govern people's behavior have lost their validity. One guarantee of such validity consists in the clear and present force of sanctions. Where impunity prevails, the effectiveness of norms is in jeopardy. In this sense, Anomia describes a state of affairs in which breaches of norms go unpunished." Usp. Dahrendorf, R., *Law and Order*, London, 1985., str. 24.

vladare da takve situacije ignoriraju.⁴ Pouka iz toga i iskustvo su da onaj tko stvara pravila nije neograničen ni svemoguć⁵, da se mora osloniti na društvene vrijednosti, mehanizme socijalizacije. Moraju se poštivati pravu imanentni principi koji legitimiraju pravo, čine ga vjerodostojnim i slobodno prihvaćenim.⁶

Pravila koja izgube legitimitet, priznanje, prihvaćanje i vjerodostojnost nužno se mijenjaju. Na primjer, mnoge stroge norme nestale su pod masovnim zahtjevima građana ili posebnih grupa. Spaljivanje vještica, prodaja roblja ili druge manje dramatične promjene prava (obiteljsko nasilje, zabrana prostitucije) pokazivale su kako se s vremenom mijenjaju društveni i pravni kriteriji tako da prvo nestane podrška i legitimacija takvih pravnih norma, a onda, brže ili sporije, zakonodavac mijenja zakon. I u rasponu jednog života svjedočimo o tome. Pred četrdeset godina u kazneni zakon uvedena je formulacija za djelo koje pokriva silovanje supruge kao kazneno djelo. Iskusni i vješti suci i pravnici to su ismijavali. Ne sasvim glasno, ali takvih djela nije bilo u sudskoj praksi. Danas se smijemo tom smijehu i bahatu podcjenjivanju i sljepilu patrijarhalnog društva.

Navedeni primjeri tiču se samo ekstremnih situacija, zato nisu sasvim dobri, ali izvjesno je da i u sasvim normalnim uvjetima vrijedi pravilo o tome da zakoni moraju imati izvjestan, visok stupanj dobrovoljnog i svjesnog (racionalnog) prihvaćanja. Norme trebaju opravdanje, jasno i neupitno opravdanje argumentima koji su prihvatljivi i kongruentni s nazorima, kako to pravo kaže, adresata. Irelevantno je koliko ti argumenti objektivno vrijede. Oni moralno i emocionalno, kognicijom (razumom) i osjećajima odgovaraju onima koji norme socijaliziraju kao vlastiti kriterij ponašanja.

Nije riječ o slaganju prava i morala iako je ta kongruencija temelj legitimnosti. Ne mogu se umjetno razdvajati moral kao unutrašnja, socijalizacijom internalizirana pravila te norme i pravo kao vanjski prisilni poredak⁷ kada se

⁴ "If an employer, a parent, a superior in any context tries to sanction every transgression which he or she witness out of the corner of their eyes, they will destroy the effectiveness of all sanctions. A superior who cannot pretend to be dumb in some situations, is dumb." Usp. *ibid.*, str. 33.

⁵ Fuller, L., *The Morality of Law*, New Haven – London, 1969.

⁶ Regulacija pravom je uvijek kontrafaktička, ali mora biti legitimna. Pravila koja određuju i naređuju ono što bi se ionako dogodilo nemaju smisla kao ni pravila koja utvrđuju ono što se neće dogoditi ni uz prijetnju kaznom i strogošću političke volje. Norme ne mogu ići ni protiv onoga što društvo smatra legitimnim.

⁷ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, 2000., str. 212 - 215.

dinamički promatra efektivnost prava. Pravo mora biti učinkovito njegovim dobrovoljnim prihvaćanjem, opravdanjem ili, jednostavno, legitimno u smislu da se primjenjuje svjesnim pristankom.⁸ Naime, ako nije učinkovito, vjerojatno nije ni prihvaćeno ni razumom, ni osjećajima, ni navikom, ni vjerom u tehničku potrebu njegova postojanja.

Da bi bilo provedeno, pravo mora biti prihvaćeno, legitimirano. Međutim, mora biti i efikasno. Test efikasnosti je najbolja proba legitimnosti. Kelsenov izvod *Das Prinzip der Legitimität ist durch das Prinzip der Effektivität eingeschränkt*. slijedi sljedeću logiku: pravo zahtijeva slaganje s normom bez realne prisile jer inače nije efektivan instrument te nije primjenjivo, a onda nije pravo. Prisila je sekundarni element, *per indicationem* rijetkost. Kelsen kaže “daß eine Rechtsordnung als Ganzes ebenso wie eine Rechtsnorm ihre Geltung verliert, wenn sie aufhört wirksam zu sein. Die Normen einer positiven Rechtsordnung gelten weil die ihrer Erzeugung bildende Grundnorm als gültig vorausgesetzt wird nicht weil sie wirksam sind; aber sie gelten nur, wenn, daß heißt nur solange als diese Rechtsordnung wirksam ist.”⁹

Ponavljamo, najteže je vidjeti očitu činjenicu da primjena i učinkovitost prava zahtijeva dobrovoljno i svjesno prihvaćanje prava, prihvaćanje koje se ne temelji na svjesnu proračunu individualnog dobitka ili štete nego na raširenu i neupitnu prihvaćanju poretka kao takva, što nije individualno-psihološki nego funkcionalno-sustavni uvjet djelovanja prava. Legitimitet prava je u stalnu dinamičkom preispitivanju, on se ne pretpostavlja nego se stalno, često naporno, dokazuje i održava. Učinkovitost i legitimnost prava međusobno se uvjetuju.

1.1. Legitimnost prava i legitimnost političkog poretka

Jednu okolnost treba posebno izdvojiti da se u daljnjem tekstu ne pojavljuje kao smetnja. Razdvojiti legitimnost prava i legitimnost političkog poretka u

⁸ U takvu postavljanju situacije izmiče empirijski element irelevantnosti morala u svakodnevnom habitualiziranim situacijama u kojima je ljudima moralno svejedno kakvo je pravilo i ne vidi se dovoljno relevantnost efikasnosti prava. Prije je riječ o učinkovitosti i važenju prava.

⁹ Kelsen, *op. cit.* u bilj. 7, str. 219. “Pravni poredak kao cjelina kao i pojedinačna pravna norma gubi svoje važenje kad prestane biti djelotvoran. Norme nekog pozitivnog pravnog poretka važe jer se osnovna norma pretpostavlja kao važeća, a ne jer su efikasne; ali one važe samo *ako* je, to jest sve dok je taj pravni poredak djelotvoran.”

velikoj je mjeri artifičijelno. Iako se uz napor možemo domisliti situacija u kojoj građani vjeruju u zakone, ali ne vjeruju u vlast; ne vjeruju u institucije, ali vjeruju u pravila, vladavina zakona, a ne vladavina ljudi¹⁰ ideal je još od Aristotela koji ipak pokazuje da izvjesne razlike postoje i da nije to sve isto. Weber govori o legitimnom poretku (*legitime Ordnung*) i njegovo rješenje pokriva zapravo obje varijante, stoga ga smatramo teorijski opravdanim, a praktički prihvatljivim i korisnim.

Legitimnost prava i vlasti ipak se razlikuju, barem radi boljeg razumijevanja fenomena. One imaju različitu dinamiku promjena. Legitimnost vlasti i legitimnost prava nisu isto, točnije, sve manje su ista stvar. Naime, nekad u stopljenim društvima¹¹ takva razlika nije se primjećivala. Vlast je bila od boga i zakoni su bili od boga, vlast se temeljila na običaju i zakoni su se habitualizirali običajem.¹² Međutim, u moderno vrijeme vlast se prvenstveno legitimira izbornim rezultatom, a zakoni pa i pravni sustav u cjelini sve se manje mogu tako legitimirati.

I pravo i institucije njegove primjene racionaliziraju se i čine vjerodostojnima, legitimnima na drugim temeljima, drugim sredstvima. Sudovi i suci se ne biraju, oni se postavljaju i djeluju neovisno. Stvaraju se funkcionalne, organizacijske i strukturne pretpostavke nezavisnosti, odvajanja i funkcionalne odvojenosti.

Paradoks legaliteta vidi se jasno kod rutinske promjene vlasti. Naime, kad prethodna vlast izgubi legitimitet, u demokratskim porecima mirno i bez prekida pravnog kontinuiteta zamjenjuje je nova. Nova je nerijetko izabrana jer prethodna nije radila dobro. Većina se promijenila jer je izborima izgubila podršku, legitimnost se ne pripisuje apstraktnoj vlasti nego onoj koja je donosila, stajala iza, zastupala ili simbolizirala zakone koji su tom promjenom jasno ostali bez podrške. No, u takvim trenucima novi vladari i upravljači vrlo se jasno i često pozivaju na legalistički kontinuitet. Međutim, u tome neki elementi predstavljaju rizik.¹³

¹⁰ "In the government of this commonwealth ...the executive shall never exercise the legislative [or] judicial powers ...to the end it may be a government of laws and not of men." (The Constitution of Massachusetts, 1780, drafted by John Adams, Samuel Adams, and James Bowdoin). Usp. <http://www.cato-at-liberty.org/a-government-of-laws-not-men/> (25. 4. 2013.).

¹¹ Riggs, F. W., *Administration in Developing Countries*, Boston, 1964., str. 23 - 31.

¹² MacLean, J., *Rethinking Law as a Process: Creativity, Novelty, Change*, Routledge, London, 2012.

¹³ Na primjer, mnogi se pozivaju na stečena prava. Poteškoća će biti opća zabrana retroaktivnosti. Neki jednostavno vjeruju u to da je nemoguće stalno započinjati ispočetka

Političke promjene ne idu uvijek mirno i uz naglašavanje kontinuiteta, ali nadvladavanje revolucionarnog pozivanja na diskontinuitet samo naizgled mijenja stvar. Prekid političkog, ekonomskog, religijskog i kulturnog kontinuiteta i identiteta te zamjena novim društvenim odnosima i porecima, institucijama, vjerovanjima, vrijednostima i normama nije takvo da se ruši baš sve i da se normativni poredak gradi od početka. U političkom pogledu politička promjena traje koliko i uvjerljivost karizme, a pravne norme se prilagođavaju nekom drugom brzinom i svojom inherentnom logikom. Slijede vlastiti tempo promjena.

Legitimacija novog normativnog poretka traži se u sasvim različitim načini-
ma legitimiranja, u dalekoj prošlosti, utopističkim ciljevima, novoj eshatologiji, revolucionarnim ideologijama. Međutim, u rasponu od nekoliko generacija, uz često velike žrtve, poreci se na tehničkoj razini pravnih norma stabiliziraju, a varijabilni dio tranzicije (vjera u vođe i ideale, ciljeve pokreta) mijenja se sasvim drukčijom dinamikom. Presudnim pitanjem postaju efikasnost i dobrovoljnost, a inercija norma obično pritišće prema stalnom i poznatom. Bez obzira na ideale oktobarske revolucije, Napoleonove modernizacije, Luterove karizme, odnosi prema stvarima i vlasništvu, obitelji ili trgovačkim ugovorima slijedili su vlastitu logiku. Na neki način, kako je i Weber tvrdio, prije ili kasnije karizma postaje nešto svakodnevno.

Moglo bi se reći da su političke revolucije nužan, ali ne i dovoljan uvjet legitimiranja prava. U nekom smislu riječ je o vječnom problemu odnosa nape-
tosti uma i zbilje, mogućeg, poželjnog i postojećeg. Legitimacija se tiče naših vrijednosti, aspiracija i želja, a pravo norma, institucija i organizacija provedbe. Međutim, legitimacija i legalnost ne mogu se jednostavno razdvojiti, a taj se proces odvajanja (*Ausdifferenzierung*) ne može ubrzavati našom voljom bez izvjesne prirodne inercije u izgradnji institucija.

Analitičko razlikovanje legitimnosti vlasti i legitimnosti prava ima daleko-
sežne implikacije. Iako se u modernom društvu i jedna i druga društvena sfera temelje na racionalnom prihvaćanju procedura odlučivanja (*Zweckrationalität*),

i da pravna nesigurnost škodi. Prvo će se jasnije odvojiti od vlasti. Ono je legitimirano svojom legalnošću, a ne time je li ga stvorila stara ili nova vlast. U demokratskoj tradiciji Zapada uvijek je postojala vjera u takve iznadpravne, metapozitivne principe. "Zapadna pravna tradicija uvijek je ovisila, čak i u današnjem dobu nacionalnih država, o postojanju prava iznad prava koje stvara najviši politički autoritet (*body of law beyond the law of the highest political authority*) nekad nazivanim svetim pravom, nekad prirodnim pravom, a u novije vrijeme ljudskim pravima." Berman, H., *Law and Revolution*, Harvard, str. 45.

legitimacijska ispravnost postupka stvaranja i primjene prava drugačija je od legitimacije političke sfere, kruća je, kontinuiranija i otpornija na voluntarizam.

2. DINAMIKA PROMJENA LEGITIMNOSTI PRAVA

Legitimnost se općenito definira kao svjesno i dobrovoljno prihvaćanje poretka od onih na koje se norme i pravila poretka odnose.^{14 15 16} Razlikovanje zakonitosti (legaliteta) i legitimiteta pravnih norma je sasvim uobičajeno, osobito kao pokazatelj stalnih tenzija i dinamike promjena temelja legitimnosti vlasti i prava. Legitimnost je prema svojim temeljima promjenjiva. Ono u čemu mi vidimo opravdanje prava i norme, njenu legitimnost, plod je povijesnog razvitka i po svojoj je naravi promjenjivo, dinamično i kontingentno.¹⁷ Strukturalna zadaća legitimnosti je stabilizacija normativnih očekivanja pojedinca i društva. Evolucija prava i evolucija društva paralelni su i turbulentni procesi. Društvo se usložnjava, ali ne može bez paralelnog usložnjavanja prava koje omogućava njegovu povezanost.

Mnogobrojne su studije evolucije prava.¹⁸ Te studije mogu se smatrati sociološkim studijama koje se bave i pravom, ali prema sadržaju i povijesnoj

¹⁴ "Legitimität (lat. legitimus) meint wörtlich ‚durch das Gesetz bestimmt‘. Der Begriff wird daher zum Teil synonym mit dem Begriff Legalität für ‚gesetzmäßig‘ verwandt. Es gibt aber auch die Gegenüberstellung von Legalität und Legitimität (so z. B. Carl Schmitt). Wobei Legalität dann die bloße Gesetzmäßigkeit meint und Legitimität die Übereinstimmung mit ‚tiefergehenden‘ naturrechtlichen/ethischen Grundsätzen." www.enzyklo.de/begriff/legitim%3a4t (25. 4. 2013.).

¹⁵ Rasprave o pojmu legitimiteta odražavaju i teorijske razlike.

¹⁶ "Legitimacy involves the capacity of the [political] system to engender and maintain the belief that the existing political institutions are the most appropriate ones for the society." Usp. [http://en.wikipedia.org/wiki/Legitimacy_\(political\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Legitimacy_(political)) (25. 4. 2013.).

¹⁷ "A civilization called 'Western'; that is developed distinctive 'legal' institutions, values, and concepts: that these Western legal institutions, values, and concepts were consciously transmitted from generation to generation over centuries, ...and in twentieth century the Western tradition is in revolutionary crisis greater than any in its history." Berman, *op. cit.* u bilj. 13, str. 1.

¹⁸ Ne bi se trebalo vraćati na 19. stoljeće i tadašnje popularne studije prava. Na primjer, godine 1868. Otto von Gierke objavio je knjigu *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* (Von Gierke, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht. Band IV. Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*, 2003.) u kojoj analizira promjene u pravu od početaka rimskog prava pa sve do

evoluciji prava u društvenom i političkom kontekstu. Međutim, usprkos romantičnoj vjeri njihovih autora da su prepoznali neke dublje društvene i strukturalne uvjete evolucije prava, povijesne generalizacije ustuknule su pred iskustvenim promjenama, a mreža pojmova odgovara više analizi društva no analizi prava. Nesporno je jedno, od njihova vremena funkcioniranje, učinkovitost i legitimnost prava ne odvajaju se od analize dinamike promjena, obično evolucije prava. Tek nova generacija teorija prava pokušala je proširiti mogućnosti sinteze.

T. Parsons upućuje na to da se pravni poredak, zapravo nijedan velik i složen društveni sustav, ne može održati ako podložnost velikom dijelu njegova normativnog poretka nije učinjena obveznom, ako ne postoji realna prijetnja prisile i sankcije za nepoštovanje norma. Društva stvaraju sustave alokacije moći, političke sustave koji se ne svode na puke organizacije prisile nego na dinamične sustave čije djelovanje usmjeravaju i legitimiraju dobrovoljno i svjesno prihvaćene norme. Razvojem društava u okvirima socijalne zajednice politički poredak zauzima sve važniju ulogu i kompleksna normativna regulacija sve više postaje rezultat formaliziranih postupaka normativne regulacije (zakonodavna regulacija i legitimacija sudskih odluka). Nastaju i odgovarajuće strukturne i organizacijske

tadašnjeg vremena. U središte istraživanja stavio je razliku između srednjovjekovnog društva (koje obilježava status određen rođenjem, striktna podjela društvenih uloga, organsko jedinstvo staleža i naselja te jasna razlika između društva i države) i moderne nacionalne države koju karakterizira centralizacija političke moći i individualizam građana. Godine 1861. H. Sumner Maine objavljuje studiju *Ancient Law* u kojoj navodi razliku između društava čiji poredak (posebno pravni sustav) obilježava statusno pravo društava kod kojih su odnosi prvenstveno ugovorne prirode. Ideja je ista: što idemo više unatrag u povijest, to je više odnosa u društvu određeno statusnim pravom dok sadašnjicu karakterizira predominacija ugovornih obveza sklopljenih između pojedinaca koji su ravnopravne i nezavisne strane u odnosu. Osnovni je zaključak da pravni sustav ne možemo razumjeti ako ne primijetimo i uvažimo promjene u samoj biti društva. Društva su drukčija pa su otuda drukčiji i pravni sustavi u njima. Treća slična knjiga je klasično djelo Nume Denisa Fustela de Coulangesa *La Cité antique* (Fustel de Coulanges, N. D., *La Cité Antique. Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce et de Rome*, Paris, Livres Généraux, 2. 4. 2010.) u kojoj primjećuje iste procese, stvaranje zajednica i njihovo rastakanje gubitkom snage onih motiva (on ponajprije pritom misli na religiju) koji su održavali cjelinu zajednica. Vjera starih Grka i Rimljana stvorila je antički tip obitelji patrijarhalnog autoriteta, jasnog reda i odnosa, posvećenog prava vlasništva i prava nasljeđivanja. Prerastanje obitelji u šire zajednice gradova-država dovodi do stvaranja uprave, odvojenosti privatnog i javnog, promjene u religioznim vjerovanjima, gubitka vjere u ideju o svetosti egzistencije da bi to bio početak kraja zajednice i nastanak moderne države.

pretpostavke takva djelovanja (država). Njihovo uredno djelovanje i društvena funkcija jamče se upravo određenim tipom legitimacije izraženim u prihvaćanju vlasti, društvenom političkom konsenzusu. Društvo mora ustrojiti socijetalnu zajednicu koja ima dovoljnu razinu integracije ili solidarnosti i određen status članstva (građana), odnosno postizanje ciljeva kao uređenu funkciju socijalne zajednice. Pritom je u sadržajnom smislu sporedno koji je temelj legitimacije, jedino je važno da je legitimacija stvarna i da postoji minimalna efektivnost upotrebe društvene moći te da je sustav legitimacije usklađen sa zahtjevima njemu nadređenog sustava kulture. Ne bi trebalo zaključiti da Parsons ignorira činjenicu da se “dobrovoljnost” može postići na različite načine, a da svjesno prihvaćanje poretka može biti rezultat svekolike manipulacije. On polazi od stajališta da nijedan politički poredak ne može opstati na samoj sili i da se mora legitimirati. Dobrovoljnost ili manipulacija pritom su sasvim sporedni i rezultat su naših vrijednosnih stajališta o tome. Sporedno je je li “kulturalna revolucija” u Kini bila zločin protiv naroda i surova represija, ali nesumnjivo je da je vjera u “velikog vođu” u tom razdoblju zamijenila svaki drugi oblik legitimacije. Poredak je jednostavno počivao na raširenoj vjeri (i prikrivenoj sumnji i mržnji) u mudrost “voljenog vođe i predsjednika Maa”.

Konačno, socijetalna zajednica, kako Parsons naziva funkciju normativne regulacije, integrira i sadrži norme koje su specifično usmjerene na ostvarenje radnih uloga, sustav adaptacije/ekonomije.¹⁹ “Možda je najznačajnija funkcija socijetalne zajednice da artikulira sistem normi s kolektivnom organizacijom koja ima jedinstvo i kohezivnost. Slijedeći Webera nazivamo normativni aspekt sistema sistemom legitimnog poretka”, odnosno, nešto drukčije rečeno, “primarnom funkcijom tog (socijetalna zajednica) integrativnog supsistema obveza je lojalnosti socijetalnoj zajednici ...Organi vlasti općenito su agenti koji pozivaju na socijetalnu lojalnost, ali su oni istodobno agenti primjene pridruženih normi.”²⁰

Izvor norma je u društvenim vrijednostima, tj. sustavu kulture koji je osnova legitimacije, odnosno opravdanja legitimnog poretka društva.²¹ Sustavi legiti-

¹⁹ Weberova analiza kapitalizma nedvosmisleno je pokazala da su i kultura i gospodarstvo i politika nerazdvojno povezani. Socijetalna zajednica je mehanizam koji integrira navedene zahtjeve u nerazdvojnu cjelinu, ona je mehanizam osiguranja poštovanja društvenih norma, lojalnosti društvenim normativnim porecima, jamstvo da će posebni normativni zahtjevi kulture, političkog sustava ili ekonomije biti poštovani i primijenjeni.

²⁰ Parsons, T., *Societies: Evolutionary and Comparative Perspective*, London, 1966., str. 114.

²¹ Sustav kulture sukladno ideji o kibernetičkoj hijerarhiji sustava svojom je informacijskom složenosti nadređen poretku (socijetalnoj zajednici). Ta nadređenost ostvaruje se u pr-

ranja određuju razloge za prava članova kao i za zabrane koje im se nameću. Prije svega, iako ne isključivo, naglasili smo da upotreba vlasti zahtijeva opravdanje. Sekundarno i posredno (preko sustava kulture) na legitimaciju norma utječe i najviša stvarnost (*ultimate reality*), štoviše, temeljna načela legitimacije poretka uvijek se pozivaju na transcendentne vrijednosti (božja objava, revolucija, oslobođenje, prirodna prava).

Da bi pravo funkcioniralo, nisu dovoljni samo slaganje s vrijednosnim sustavima (*value-commitments*), uvjeravanje i poziv na svijest nego i određena mjera prisile. Da bi pravo obavilo taj zadatak, mora biti i samo diferencirano i integrirano principima interpretacije i primjene prava te mrežom institucija koje osiguravaju njegovu jedinstvenost kao što je, npr., pravna profesija i sustav pravosudnih institucija. To je osnova autonomizacije prava u smislu njegova konstituiranja kao posebnog, samostalnog, autonomnog sustava. "Autonomni pravni sistem rezultat je funkcionalne specijalizacije nastale istovremeno sa stvaranjem socijetalnih normi kao separatnog elementa normativne strukture."²²

U modernim i razvijenim društvima normativni elementi visoko su diferencirani na svakoj od navedenih razina. Pojava formalnog prava označila je bitan skok u regulacijskom kapacitetu socijetalne zajednice, ali pojava racionalnog prava za cijeli red veličine povećava mogućnosti normativnog utjecaja na ponašanje ljudi. Moderne pravne poretke legitimiraju procedura i formalizam (*formal rationality*) u oblicima nepoznatim predmodernom svijetu. "Modern legal systems must also emphasize the factor of procedure, as distinguished from substantive percepts and standards. Only on the basis of procedural primacy can the system cope with a wide variety of changing circumstances."²³

Promjena se pojavom specijalističkog obrazovanja pravnika i posebne profesije, nastankom pisanih kodifikacija i obvezatne presedanske prakse, sudskog postupka i pravne teorije odvija na nekoliko različitih razina. "Problem

vom redu institucionalizacijom vrijednosnih sustava koji su istodobno dio i socijetalnog i kulturnog sustava. Potom njegove podvrijednosti (*subvalues*) koje su specifikacija općih vrijednosnih obrazaca postaju dijelovi svake konkretne norme koja je integrirana u normativni poredak. "A society must constitute a societal community that has an adequate level of integration or solidarity ... [community must have] a cultural system sufficiently generalized and integrated to legitimize normative order. Such legitimization requires a requires a system of constitutive symbolism - beliefs, rituals to meet its societal exigencies tolerably well." Parsons, T., *op. cit.* u bilj. 20, str. 17.

²² *Ibid.*, str. 53.

²³ *Ibid.*, str. 27.

je odrediti vrstu zakona čija institucionalizacija znači prijelaz od prijelaznog k modernom društvu. Jasno je da organizacija zakona (norma) mora biti vrlo uopćena, u skladu s univerzalističkim načelima. Taj faktor više od svih drugih prijeći da se impozantni sustavi poput zakona Talmuda ili tradicionalnog islama označe kao moderni zakoni. Njima, naime, nedostaje razina općenitosti što ju je još Weber nazvao formalnom racionalnošću. Moderni pravni sustavi moraju također naglašavati faktor postupka, za razliku od materijalno-pravnih propisa i standarda. Samo zahvaljujući prednosti postupka sistem može odoljeti velikom broju promijenjenih okolnosti i karaktera slučajeva, a da se unaprijed ne opredijeli za određena rješenja.”²⁴

Najvažniji je efekt racionalizacije osamostaljivanje prava. “Pravo postaje općenito u primjeni te prestaje biti partikularističko ...Zapadno pravo je sekularno i snažno uobličeno formalnim zahtjevima kao i posebnim sadržajnim ciljevima (koji su izraz tehničkih zahtjeva funkcioniranja - nap. J. K.); njegova funkcija nije da osnaži moralne vrijednosti već da potiče organsku solidarnost (u Durkheimovu smislu).”²⁵

Pravo je uspješnije od ostalih oblika normativne regulacije upravo zbog porasle složenosti s kojom se može nositi. Dok se, recimo, kulturni obrasci mogu reproducirati uz velike teškoće socijalizacije i uniformnosti, pravo dopušta punu složenost i različitost pojedinaca tretirajući ih kao jednako podložne apstraktnoj i bezličnoj normi.²⁶ Dok je za društvene vrijednosti nerazrješiv problem porijekla, različitosti identifikacija, tradicija i sl., za pravo takva pitanja ne predstavljaju poteškoću jer podložnost teritorijalnoj vlasti (državi) i nastanak pojma građanina znači i mogućnost da se unutarnjim pravnim mehanizmima riješi svaka poteškoća koja bi proizašla iz takvih različitosti.

Taj proces diferencijacije prava samo je poseban slučaj opće tendencije mijenjanja svih društvenih sustava pa i svih sustava općenito, odnosno tendencije porasta funkcionalne specijalizacije i diferencijacije u kojoj novostvoreni

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Pusić, E., *Društvena regulacija*, Zagreb, 1989., str. 34.

²⁶ Pravo se mijenja i u drugim dimenzijama. Prestaje biti uputom za funkcioniranje sredstava prisile u poretku, konstituira se samostalno zakonodavstvo (i ustavno pravo), zakonodavstvo se odvaja od izvršne vlasti, a izvršna se vlast ustavno ograničava uz izgradnju samoregulativnih mehanizama integracije pravnog sustava (sudovi, profesija, pravna vještina, instancijska kontrola, ljudska prava). Omogućava se vrlo velika kompleksnost prava i njegova iznimna tehničko-instrumentalna vrijednost u integraciji društva, društvenog sustava, sustava akcije.

elementi imaju nove definirane zadaće uređene promijenjenim tipovima vrijednosti i norma. Diferencijacija je opći proces porasta složenosti sustava koji omogućava prilagođavanje okolini i njegovu drukčiju, efikasniju unutrašnju povezanost. “Da bi diferencijacija proizvela uravnotežen, bolje razvijen sistem, svaka tek izdvojena podstruktura mora posjedovati povećanu mogućnost prilagodbe za obavljanje svoje primarne funkcije ...Napredak prilagodbom zahtijeva, prema tome, da se specijalne funkcionalne sposobnosti oslobode pripadnosti difuznijim strukturnim jedinicama.”²⁷

Odvajanje prava od društva pretpostavka je njegove učinkovitosti u tehničkom smislu, ali neodvojivo je od postizanja njegove učinkovitosti u društvenom smislu. Izdvajanje pretpostavlja vjeru u pravednost i legitimnost prava, vjeru u uspješnost i formalnu ispravnost postupaka i stvarne učinkovitosti stvaranja i primjene prava. “Today the most usual type of legitimacy is the belief in legality, the conformity to the rules which are formally correct and have been imposed by accepted procedure. The distinction between an order derived from voluntary agreement and one which has been imposed is only relative. For if the agreement underlying the order is not consensual, as in the past has often been held necessary for complete legitimacy, its functioning within a social group will be dependent on the actual conformity of individuals with deviant wishes to give way to the majority. This is very frequently the case and actually means that the order is imposed on the minority. At the same time, it is very common for minorities, by force or by the use of more ruthless and conscious methods, to impose an order which in the course of time comes to be regarded as legitimate by those who originally resisted it.”²⁸

3. LEGITIMACIJA PROCEDUROM: LUHMANN

Moderna društva, pokazano je, posebnu važnost pripisuju legitimaciji procedurom. Nije riječ o ritualnim normama sudskih ili upravnih postupaka nego o legitimaciji cijelog sustava “administriranja pravdom”, poštivanje osjećaja ispravnosti formalnih postupaka utvrđenja zakona i prava. Bilo da je riječ o

²⁷ Parsons, T., *op. cit.* u bilj. 20, str. 117.

²⁸ *Max Weber on law in economy and society* (Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. izd., 1925.), uvod E. Shils, M. Rheinstein, New York, 1954., http://www.ne.jp/asahi/moriyuki/abukuma/weber/method/basic/basic_concept_frame.html (25. 4. 2013.).

zakonodavcu, izvršnoj vlasti ili sudu, njihova djelatnost prosuđuje se nejasnim osjećajem društva u pravičnost (*fairness*). Takvo stajalište nije rezultat usustavljenih postupovnih iskustava, a nije ni posljedica znanstvene specijalizacije nego shvaćanja da pravo rješava sve više odnosa, katkad iskustvu nepoznatih, gdje supstancijalnih iskustava nema, da pravo nosi teret rješavanja i regulacije vrlo složenih društava. U tom objašnjenju unutarnje strukture i djelovanja modernog prava teorijski je najdotjeraniji pokušaj Niklasa Luhmanna. Polazna je točka njegova istraživanja ideja redukcije kompleksiteta u djelovanju sustava. Ljudi se u svojim interakcijama susreću s velikom neizvjesnošću. Ne znamo što će učiniti drugi i živimo u situaciji uzajamnih očekivanja, zapravo međusobnih neizvjesnosti. Osobina je ljudskih interakcija da se normativnim zapovijedima, vrijednosnim orijentacijama i doživljajem situacije uklanja ta neizvjesnost. Međutim, mehanizam prepoznavanja situacije nipošto nije jednostavan. Neizvjesnost ne mogu ukloniti navika, tradicija, vjera ili vrijednosti, nikakve druge norme osim prava. Izvjesnost je izraz sličnosti (kulture), a "slučajnosti se tumače kao razlike koje se temelje na shemi značenja."²⁹

Izvor takve ideje o dvostrukoj slučajnosti (*doppelte Kontingenzenz*) je, naravno, teorija društvene akcije T. Parsonsa³⁰, ali Luhmann daleko više naglašava ulogu pravnih norma. Pravo je sredstvo redukcije kompleksnosti mentalnih slika pojedinaca u interakciji, ono je temelj međusobnih očekivanja. Pravo štiti očekivanja i daje im realnu normativnu bazu. Pravo uspostavlja formalne procedure i protokole ponašanja te od potencijalno nestabilne i nepredvidive situacije stvara izvjesnost i predvidivost očekivanja. Procedure položaje pretvaraju u postupovne uloge te položaji prestaju biti osobna očekivanja i postaju ograničena vanjskim pravilima procedure. Dolazi do depersonalizacije slučaja na pravno relevantne elemente i očekivanja se reduciraju i hlade. Složenost raspada braka, sve one neopisivo složene i za aktere važne stvari u normativnom, moralnom ili habitualnom smislu pojednostavljaju se na osnovna pravnorelevantna pitanja o volji nastavka zajednice, faktičnosti nesuglasja, interesima djece, podjeli imovine. Izmjena uvreda se u pravnom preoblikovanju pretvara u elementarne procjene o trenutnom stanju stvari i pravni jezik. Ono što je jedino važno jest fenomen prihvaćanja pravnog rezultata i tumačenja dobivenog postupkom i pravnom in-

²⁹ Luhmann, N., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1991., str. 232.

³⁰ Parsons, T., *The Social System*, New York, 1951.; Parsons, T., *The Structure of Social Action*, New York, 1949.

terpretacijom. Društvo očekuje i pritišće aktere da prihvate pravorijek, bilo da se pomire sa svojom pravnom pozicijom, bilo da je preispituju ili traže intervenciju trećih. Društvo teži stabilnosti i ne može dopustiti eskalaciju neizvjesnosti. Još u ranim radovima³¹ Luhmann je naglašavao kako je osnova efikasnosti prava stalna strukturalna pojava izdiferenciranih institucija i postupaka.

Luhmann je vjerojatno najcitiraniji suvremeni teoretičar prava. Velik broj od njegovih sedamdeset knjiga (na više od četrdeset jezika³²) i četristo članaka posvećenih pravu i pravnoj teoriji, nažalost, nisu doprinijeli razumijevanju njegova stajališta. Za to je najviše kriv on sam, nešto zbog stila izlaganja³³, ali i zbog stalnih promjena i variranja polazišta analize, stvaranja specifičnog skupa pojmova (*autopoiesis*, *doppelte Kontingenzenz* i sl.), mijenjanja stajališta, evaziivnih tvrdnja i čestih naglašavanja paradoksa. Impozantan utjecaj vidljiv je i iz različitih studija i komentara, pa čak i njegovih protivnika³⁴ koji mu daju značenje ravno Weberu, Marxu ili Durkheimu. Proliferacija radova o njemu i činjenica da je njegovo djelo zaokruženo izdanjem studija o znanosti, ekonomiji, politici, medijima, religiji, semantici i, konačno, pravu, nažalost, prije je mnoge zbunila nego razjasnila njegovo stajalište. Pokušaji pojednostavlivanja te visokoapstraktne konstrukcije nisu sasvim uspjeli.³⁵ N. Luhmann studirao je, i to je u mnogo čemu ostavilo traga, kod T. Parsonsa. Od Parsonsa ne preu-

³¹ Luhmann, N., *Rechtsoziologie*, Frankfurt, 1971.

³² Soziologische Klassiker, Luhmann, Niklas, Wikibooks, Sammlung freier Lehr-, Sach- und Fachbücher, http://de.wikibooks.org/wiki/Soziologische_Klassiker/_Luhmann,_Niklas (25. 4. 2013.).

³³ "Vielleicht nochmal mit Kundera: „Es wurde ihm klar, daß er seit seiner Jugend nichts anderes tut als reden, schreiben und Vorlesungen halten, Sätze bilden, nach Formulierungen suchen und sie verbessern, so daß ihm zum Schluß kein Wort mehr präziß vorkam und der Sinn verschwamm." Usp. *Niclas Luhmann und "Das Recht der Gesellschaft"*, <http://www.hermersdoerfer.de/media/pdf/rechtdergesellschaft.pdf> (25. 4. 2013.).

³⁴ Habermas, J.; Luhmann, N., *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt, 1976.; Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handels*, Frankfurt, 1995.; Dieckmann, J., *Luhmann Lehrbuch*, München, 2004.; Hörisch, J., *Teorijska apoteka*, Zagreb, 2007.; Turner, J. H., *The Structure of Sociological Theory*, Chicago, 1986.; Münch, R., *Theorie des Handels*, Frankfurt, 1988.; Münch, R., *Soziologische Theorie. Band 3. Gesellschaftstheorie*, Frankfurt, 2004.

³⁵ Naš simplificirani uvodni prikaz u osnovi slijedi sljedeće studije: Berghaus, M., *Luhmann leicht gemacht*, Beč, 2004.; Dieckmann, *op. cit.* u bilj. 34; King, M.; Tornhill, C., *Luhmann on Law and Politics*, Oxford, 2004.; Turner, J., *The Structure of Sociological Theory*, Chicago, 1986., <http://www.forum-recht-online.de/2000/300/300henze.htm> (25. 4. 2013.).

zima samo stil i pojmove nego složeno shvaćanje o funkcijama i strukturama društvenog sustava. Zapravo, i uz bitne razlike, to su dva srodna i međusobno komplementarna sustava. Luhmanna se, naime, ne može razumjeti bez referencije na Parsonsa.

Luhmann je pokušao formulirati univerzalnu teoriju sustava koja bi bila sinteza glavnih socioloških teorija, a istovremeno stvoriti sveobuhvatnu i univerzalnu teoriju koja bi prevladala disciplinarne granice i izolaciju pojedinih znanstvenih područja, koja bi jasno obuhvatila sve društvene fenomene.³⁶ Sinteza i prevladavanje razlika između teorijskih koncepata ne ide bez visoke razine općenitosti pojmovne apstrakcije, inovacija u terminima i pojmovne reklasifikacije. Usprkos tomu, tema koja se neprestano ponavlja jest pitanje konstrukcije društvenih sustava.

Luhmann tvrdi da su društva sustavi³⁷ koji se prepoznaju diferenciranjem od okoline.³⁸ Diferencija od okoline dinamički je proces. Sustavi su otoci stabilizirane strukture i djelovanja u kaotičnoj, kontingentnoj i kompleksnoj okolini. Središnja karakteristika svijeta, smatra Luhmann, njegova je visoka složenost. On pretpostavlja da je okolina sustava, osobito društvenih, vrlo složena.³⁹ Visoku složenost Luhmann objašnjava prvenstveno činjenicom da u načelu postoji beskonačan broj događaja u svijetu koji se događaju između tih

³⁶ Luhmann, N., *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*, Heidelberg, 2009., str. 11 - 13.

³⁷ "Der Begriff des Systems bedeutet ‚das Zusammengestellte‘ (aus dem Altgriechischen: systema). Eine klassische Definition des Systembegriffes lautet wie folgt: ‚Als System soll eine Menge von Objekten einschließlich ihrer Eigenschaften bezeichnet werden, die als Elemente über Relationen verbunden sind.‘ Doch wie verwendet nun Niklas Luhmann diesen Begriff? Luhmann kommt es vor allem auf den Begriff der ‚Differenz‘ an. Ein System konstituiert sich laut Luhmann durch eine Grenze, nämlich durch jene zwischen System und Umwelt (Leitdifferenz), sprich ein System ‚ist‘ die Differenz zwischen System und Umwelt. Im Rahmen der Systemtheorie stellt die Umwelt eines Systems alles jenseits der Systemgrenze dar. Die Hauptaufgabe eines Systems und somit auch jene der Grenzziehung, ist wiederum die Reduktion von Komplexität. Dies bewerkstelligt ein System durch die ‚relative Offenheit‘ (vgl. Autopoiesis weiter unten), d. h. ein System nimmt einen Input aus der Umwelt auf und transformiert ihn nach den eigenen Strukturen. Dadurch kann ein Output (z. B. Leistung) generiert werden." Luhmann, *op. cit.* u bilj. 29, str. 15. Isto Pusić, E., *op. cit.* u bilj. 25, str. 612 - 664; Dieckmann, *op. cit.* u bilj. 34, str. 12, 35.

³⁸ "Čarobna formula koja objašnjava emergenciju pojava svih tih djelomičnih sistema društva glasi 'funkcionalna diferencijacija'. To jednostavno znači: već prema krugu problema i funkcija za rješavanje svakog problema nadležni su različiti sistemi koji su profilirani jedni nasuprot drugima." Hörisch, J., *Teorijska apoteka*, Zagreb, 2007., str. 214.

³⁹ Luhmann, N., *Einführung ...*, *op. cit.* u bilj. 36, str. 11 - 13.

sustava i u okolini te da postoje razni međuodnosi koji se reflektiraju na odnos i razmjenu s okolinom. Visoku složenost svijeta Luhmann često označava i pojmom kontingentnosti⁴⁰, odnosno beskrajne raznolikosti.⁴¹

Shvatiti sustav zahtijeva napor apstrahiranja uz suzdržavanje od vizualizacije. Okolina društvenog sustava su ljudi, ali i materijalni, informatički i energetski elementi. Pojam sustava je dinamičan i kontraintuitivan. Luhmann tvrdi da društveni svijet nije slučajan slijed događaja i interakcije te da su interakcije temeljene ne samo na vještinama, motivacijama i osobinama aktera nego, prije svega, na očekivanjima. On tvrdi da postojanje društvenih sustava koji određuju "slijed događaja, pojavu socijalnih akcija i tijekom socijalne interakcije" znači naddeterminiranost sustava akteru. Očekivanja su orijentacije koje u odnosu na očekivanja drugih čine društvenu interakciju predvidivom.⁴² Očekivanja u

⁴⁰ Luhmann, N., *Opća teorija organiziranih društvenih sistema*, u: Pusić, E., *Upravna znanost*, Zagreb, 1995., str. 262 – 283.

⁴¹ "Die zentrale Eigenschaft, die Niklas Luhmann der Welt zuschreibt, ist die Komplexität. Er nimmt an, dass die Welt - vor allem die soziale - sehr komplex ist und von den Menschen auch so erlebt wird. Die hohe Komplexität erklärt sich Luhmann vor allem dadurch, dass es prinzipiell unendlich viele Ereignisse in der Welt gibt und dass zwischen diesen Ereignissen eine Vielzahl von Beziehungen auftreten können. Die hohe Komplexität der Welt drückt Luhmann oftmals mit dem Begriff der ‚Kontingenz‘ aus. Hohe Kontingenz von Ereignissen bedeutet, dass alles, was ist, auch anders sein könnte." Münch, *op. cit.* u bilj. 34, str. 179 - 232.

⁴² "Nun behauptet Luhmann, dass bereits die gegenseitige Erwartung von doppelter Kontingenz bereits ein erstes strukturierendes, ordnendes Prinzip in sich trägt, da dies die Akteure dazu zwingt, ein (soziales) System gegenseitiger, aufeinander bezogener Erwartungen zu konstruieren. Dadurch entsteht ein soziales System. Und es gibt noch einen weiteren Schritt, der zur Einrichtung von Ordnung in einem solchen System führt: Jede Handlung, die einen Anschluss an eine andere Handlung erlaubt, wird wahrscheinlich festgehalten und fortgeführt. Die beschriebene Möglichkeit zum Anschluss von Handlungen bzw. von Kommunikation (vgl. etwas weiter oben) begründet Luhmann wiederum mit dem fundamentalen Bedürfnis des Akteurs, Komplexität zu reduzieren. Durch die Interaktion der Akteure entsteht aufgrund der doppelten Kontingenz und ihrem Bedürfnis nach Komplexitätsreduktion ein soziales System, ‚ein aus Kommunikation bestehendes System gegenseitig ausgerichteter Erwartungen und Handlungen, das eine eigene Qualität annimmt‘. Es entstammt dem Bewusstsein jedes Einzelnen und unterscheidet sich dennoch vom Bewusstsein der beiden. Dadurch kann Luhmann soziale Systeme auch mehr oder minder unabhängig von psychischen Systemen (bzw. Akteuren) modellieren. Usp. http://de.wikibooks.org/wiki/Soziologische_Klassiker/_Luhmann,_Niklas#cite_note-0 (25. 4. 2013.).

interakciji smanjuju i složenost te tako čine svijet prilagođenim ljudskoj potrebi za minimumom poretka; tako orijentiran čovjek i planira djelovati u svijetu.”⁴³ Društveni sustav je, dakle, uvijek manje složen od svoje okoline.

Društveni sustavi su vrsta sustava. Okolina je prema prirodi stvari beskrajno raznolika i njena složenost se u djelovanju sustava reducira na podnošljivu razinu, na onoliku kompleksnost koliku sustav trpi, kontrolira, koristi i razumije. Takva redukcija i odraz složenosti okoline na složenost sustava odvija se, prije svega, na razini samoreferentne organiziranosti sustava. Luhmann razlikuje tri oblika društvenih sustava: interaktivne sustave (razinu interakcija), organizacijske sustave (razinu institucija i organizacija) te društvene sustave (društva, socijalna razina). Društveni sustav je sustav najvišeg reda jer sadrži sve ostale sustave. Luhmann je prvenstveno sociolog pa nije čudo da se je najviše bavio, čak prvenstveno, socijalnim sustavima.

Autopoeza (*autopoiesis*, *self-referentnost*) je pojam koji Luhmann navodi da bi istaknuo činjenicu da složeni sustavi grade sustav vlastitog unutrašnjeg strukturiranja i samorazumijevanja, mogućnost da sami utvrđuju informacije o odnosu s okolinom. Takvi sustavi su interaktivni s okolinom, utječu na okolinu te prerađuju i koriste potencijale okoline, a da pritom opstaju (sustav i jest nepromjenjiva struktura u promjenjivoj okolini).⁴⁴ Oni su operativno zatvoreni sustavi (*das operative Geschlossenheit*) jer je proces zbog svoje unutarnje strukture i unutarnjih kodova relativno izoliran od okoline. Sustav preslikava okolinu samotvorbu (*autopoiesis*). Luhmann govori o “otvorenosti prema zatvaranju”.⁴⁵ Svakog trenutka postojanja sustava njegova spoznaja o odnosu s okolinom ne znači izoliranost nego interakciju uz svijest o svom postojanju.

Prilagodba je posljedica promjene u odnosu s okolinom i istovremene unutarnje povijesti rekombiniranja elemenata.⁴⁶ Pravo je jedan od takvih podsustava.⁴⁷ Društva se mijenjaju u smjeru sve većeg svladavanja kompleksnosti. U jednoj

⁴³ “Die Inhalte der Systemtheorie können auch als Kritik an dieser verwendet werden: Die Theorie Luhmanns geht davon aus, dass der Beobachter nur das sieht was er sehen kann, für alles andere ist er ‘blind’. Wenn man mit Hilfe der Systemtheorie ‘beobachtet’, könnte man unterstellen, dass man ebenso für vieles blind wird.” Luhmann, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1993., str. 43.

⁴⁴ Ashby, W. R., *An Introduction to Cybernetics*, London, 1956.

⁴⁵ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 43, str. 43.

⁴⁶ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 40, str. 262 – 283.

⁴⁷ Michailakis, D., *Law as Autopoietic System*, *Acta Sociologica*, vol. 38, broj 5, 1995., str. 322 - 337.

jednostavnoj formulaciji rečeno, normativna regulacija uvjet je opstanka cjelovitosti⁴⁸ društvenih sustava. Ona je posebna društvena funkcija. Evolucijom društava izdvaja se pravo kao glavni sustav normativne regulacije razvijajući se unutarnjom logikom specijalizacije i izdvajanja (od običaja, navika, morala, religije). Društvo time povećava sposobnost prilagodbe okolini te i samo podnosi sve veće složenosti.

Pravo se razvija istim smjerom izdvajajući se iz sinkretičkog sustava norma kao od drugih savršeniji mehanizam normativne regulacije (*Ausdifferenzierung*), od arhajskog (*archaisches Recht*) prava, sustava prava prijelaznih društava (*Recht vorneuzeitlicher Hochkulturen*) do sustava pozitivnog prava. Pozitivno pravo gubi veze s drugim normativnim sustavima društva, izdvaja se u sustav pozitivnog prava koji je u tehničkom smislu za cijelu razinu složenosti (i institucija i sistematizacije i kongruentnosti) kompleksnije i učinkovitije kao mehanizam integracije društava te usavršava društvenu adaptibilnost i prilagodbu korištenju potencijala, legitimnost pozitivnopravnog sustava.⁴⁹

Funkcija prava u odnosu na društveni sustav nije puka integracija⁵⁰ nego stvaranje izvjesnosti, redukcija slučajnosti u djelovanju sustava. Pravo je rijedak medij komunikacije⁵¹ koji dopušta interaktivnost, varijabilnost uz istovremenu stabilizaciju. Ono je istovremeno i kruto, predvidivo, fleksibilno i adaptabilno. Pravo je pravo i tautološka definicija dobro izražava njegovu relativnu izoliranost u funkcionalnom pogledu. "Funkcija prava je stvaranje i stabilizacija normativnih očekivanja i ograničenje varijeteta ponašanja."⁵² "Man stellt sich Recht oft als Erschränkerung der Verhaltensmöglichkeiten vor."⁵³

Legitimitet sustava postiže se oslanjanjem na demokratske postupke, osiguranje legitimnosti stvaranja prava, selekcije političkih prioriteta i interesa, a i

⁴⁸ Luhmann smatra da je pozivanje na funkciju prava kao mehanizma preusko i da ne odgovara na marksističku tezu o disfunkcionalnosti kad brani posebne interese. Luhmann, N., *Das Recht ...*, *op. cit.* u bilj. 43, str. 125.

⁴⁹ Luhmann, *op. cit.* u bilj. 31, str. 132 - 190; Luhmann, N., *Das Recht ...*, *op. cit.* u bilj. 43, str. 239 - 297.

⁵⁰ Luhmann, N., *Das Recht ...*, *op. cit.* u bilj. 43, str. 125 - 127.

⁵¹ "Es handelt sich bei Rechtsnormen um eine Gefüge symbolisch generalisierter Erwartungen. Damit werden nicht nur generalisierte, situationabhängige Hinweise gegeben, sondern Symbole stehen immer auch für etwas was ist solches unsichtbar ist und nicht sichtbar werden kann - hier also die Zukunft." Luhmann, *ibid.*, str. 121.

⁵² *Ibid.*, str. 136.

⁵³ *Ibid.*

legitimacijom sile i provođenja. Izborne procedure i ustavni poredak, jer utvrđuju racionalne postupke, jamče legitimnost vlasti i stvaranja prava. Pravo, moderno racionalno i pozitivno pravo, autonomni je i razmjerno zatvoren sustav. "Pravo je sustav ...ono je cjelina sastavljena od elemenata, pravnih propisa, povezanih u cjelinu zahtjevima međusobne neproturječnosti. Ono je cjelina odvojena od okoline, jasno određena sistemskim granicama s razmjerno visokim stupnjem autonomije. Ono je, također, samoreferentno; pravni sustav upućuje sam na sebe osobno, na svoje jedinstvo postulatom razmjerne stalnosti, tj. pravne sigurnosti, uvjetom ekonomičnosti, idealom pravednosti."⁵⁴ Pravo radi operativnog djelovanja i funkcionalne efikasnosti nije sasvim odvojeno od okoline.⁵⁵ Legitimnost je proces, a ne stanje (što je različito u odnosu na Weberova shvaćanja) i oslanja se na institucionaliziran proces učenja, neprekidno mijenjanje struktura očekivanja. "Legitimnost možemo smatrati generaliziranom spremnošću da se unutar određenih granica tolerancije prihvate još neodređene odluke."⁵⁶

Posebno je važno kako se legitimira moderno pravo. Prije svega, moderno pravo kao metoda neraskidiv je dio moderne, pretežno birokratski racionalne države. U onoj mjeri u kojoj u tijeku civilizacijskog razvitka raste kompleksnost sustava potrebno je nadvladati starije oblike neposrednog usuglašavanja i određivanja ispravnog. Kad socijalni sustav društva dostigne visoku kompleksnost i varijabilnost, tada se legitimacija političke moći ne može više prepustiti moralu koji sebe predstavlja kao nešto prirodno nego ju je potrebno postići u samom političkom sustavu. Osim toga, treba osigurati da obvezne odluke budu prihvaćene kao premise ponašanja. Legitimacija procedurom i jednakost šansi da se postignu povoljne odluke stupaju na mjesto prirodnopravnih obrazloženja ili metoda stvaranja konsenzusa. Procedure nailaze na neku vrst općeg priznanja koje je neovisno o tome koliko pojedina odluka zadovoljava. Posljedica je tog priznanja da se obvezne odluke prihvaćaju i poštuju.⁵⁷

Smisao procedura nije utvrđivanje istine nego legitimacija odluke, prihvaćanje postupka koji ćemo i ponoviti usprkos razočaranju u našim shvaćanjima ili interesima. Na primjer, građani uglavnom izlaze na izbore i u tome ih ne smeta vjerojatnost ili sigurnost razočaranja, nepravednost sustava ili promidžbena

⁵⁴ Pusić, E., *Teorija sistema i sistematizirano iskustvo prava*, u: Luhmann, N., *Legitimacija kroz proceduru*, Zagreb, 1992., str. 6.

⁵⁵ "Luhmann betrachtet das Rechtssystem als normativ geschlossen und kognitiv offen." *Op. cit.* u bilj. 33, str. 38

⁵⁶ Luhmann, N., *op. cit.* u bilj. 54, str. 44.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 46.

manipulacija. Američki sustav izbora predsjednika, kompliciran i nepravedan, smatraju birači, daje dobre rezultate. Engleski sustav lokalnih izbora razlikuje se od hrvatskog, ali i u jednom i u drugom slučaju rezultati se prihvaćaju. *Mutatis mutandis* to vrijedi i za upravne i sudske postupke gdje prihvaćajući odluku zanemarujemo korupciju ili neznanje usprkos znanju da postoji interesna naklonost. (Zar bogati gube na sudu?) Manjina u izborima prihvaća razočaranja, susjed prihvaća odluku o građenju, osuđenik prihvaća presudu, a sve zato jer se vjeruje u to da su službenici stručni, suci poštteni i nepristrani, da je sam postupak logičan i, zapravo, ispravan. Kvaliteta zakona ili stručnost i sposobnost onih koji ih primjenjuju osiguravaju se unutarnjim sustavnim pravilima i detaljima izvedbe. Tko gubi, ima se pravo žaliti, ima pravo poziva na pravdu ili viši sud, može predložiti izmjene izbornih pravila, ali odluka je prihvaćena i osnažena povjerenjem.

Pozitivno pravo⁵⁸ je nastalo sustavnim sređivanjem detalja koji omogućuju njegovu legitimnost s gledišta legitimacije. Sudski postupci problem mrve na sljedove pravno relevantnih činjenica, arbitraže postižu fleksibilnost autoritarnih odluka kad u pitanje dođe brzina i stručnost redovnih sudova, obrazovanje i objektivne mjere selekcije kompenziraju moguće kritike neutralnosti i eliminiraju laičke standarde iz postupka. Njegova velika prednost je mogućnost, porasla za cijeli red veličine posljednjih sto godina, nositi se s promjenama i porastom kompleksnosti i razvedenosti modernog društva.⁵⁹ Tradicija novog formalizma⁶⁰ (ne rimskog pravca) i pravne dogmatike koja postiže ravnotežu između potrebne fleksibilnosti, homogenosti i konzistentnosti.⁶¹

Legitimaciju postupkom ne smije se banalizirati i svoditi na pitanje proceduralnih norma. Ona je za Luhmanna posljedica ravnoteže između zahtjeva velikih i kompleksnih organizacija za unutarnjom konzistencijom djelovanja, u tome se vezuje uz proces pozitivizacije prava, i promjena društva koje traži

⁵⁸ "Pozitivno pravo su one pravne norme koje su stavljene na snagu odlukom i koje se prema tome mogu staviti i van snage." *Ibid.*, str. 129.

⁵⁹ "Poraste li u toku civilizacijskog razvoja kompleksnosti i varijabilnost prirodnih, psihičkih i socijalnih uslova života – a to je proces čija je dominantni uzrok sve veća kompleksnost samog društva i njegova prava – kruta struktura prava postaje sve neadekvatnijom. Raste potreba da se takva tehnički efektivna kvaliteta dodijeli i onim očekivanjima koja su očigledno nova i koja će po potrebi trebati izmijeniti. Prvo u skromnoj, a zatim u sve većoj mjeri mora se u društvu omogućiti i institucionalizirati varijabilnost struktura. Time se mijenja smisao prava: prisiljava ga se da varijabilnost više ne isključuje već da je obuhvati." *Ibid.*, str. 131.

⁶⁰ *Op. cit.* u bilj. 33, str. 274.

⁶¹ *Ibid.*, str. 275 - 277.

predvidivost i istovremenu diferencijaciju i fleksibilnost prava. Pravo je medij koji istovremeno mora (autopoetički) jamčiti integraciju i stabilizaciju sustava (društvenog sustava na svim trima razinama: razini interakcije, organizacije, društva) te paralelno preuzimati iz okoline zahtjeve promjena (“potrebe”). Luhmann to zove *strukturele Kopplungen*.⁶² Okolina je za pravo prvenstveno pitanje morala i etike, pravednosti i povjerenja. Od sustava koji postoje paralelno odpletanje od političkog sustava i njegove legitimacije neizvedivo je, a religija, znanost i ekonomija pravo nastoje, ali ne mogu izbjeći jer imaju svoje vlastite mehanizme i postupke koherencije i kodove komunikacija.⁶³

“Shvaćanje koje danas prevladava razdvaja važenje prava i legitimnost ponorom između onog što jest i onog što treba da bude (*Sein und Sollen*). Legitimnost je samo faktička vjera u ispravnost i vrijednost određenih normi, ali nije imanentna kvaliteta same norme, bez koje ona ne može važiti. Legitimnost prava prikazuje se kao poželjni, praktički važni, ali izvanjski sastojak. Sociološka analiza naprotiv može ispitati i funkciju ‘treba da bude’ (*Sollen*) i u njemu prepoznati šifre za vrlo kompleksne socijalne mehanizme koji stabiliziraju očekivanja tako da ona mogu odoljeti razočaranjima i na taj način garantiraju strukture.”⁶⁴

Legitimacija procedurom ne tumači se mističnom vjerom o prevladavanju formalnog nad supstancijalnim nego je jezična kratica za mehanizam prava i njegovo djelovanje. Treba je tumačiti u kontekstu stabilizacije prava kao mehanizma čiji je zadatak stabilizacija očekivanja i otuda legitimacija političkog sustava i “države”. Navodnici označavaju nerazdvojjnost države (izvršne i sudske vlasti) i modela birokratske hijerarhije na kojima je nastala i još dijelom postoji te racionalnog (*zweckrational*) prava.

4. ZAKLJUČNO

Pravni praktičari “nerado pokazuju više interesa o pitanjima legitimnosti prava. Za njih savršeno je jasno da postoje ustanovljena tijela vlasti i moć stvoriti, primijeniti ili primjenjivati pravo. Što se njih tiče ‘pravo je pravo prava’ ...i engleski pravници ne pokazuju veći interes za pitanje legitimacije. Prvi razlog je

⁶² *Ibid.*, str. 440 - 496.

⁶³ Zakošek, N., *Teorija moći Niklasa Luhmanna: moć kao komunikacijski medij*, Politička misao: časopis za političke znanosti, vol. 17, br. 1-2, 1980., str. 103 – 106.

⁶⁴ Luhmann, N., *op. cit.* u bilj. 54, str. 202.

bez svake sumnje snaga pozitivnopravne tradicije engleskog prava - koje zadnja dva stoljeća ohrabruju pravnike da se bave pitanjima formalne legitimacije.”⁶⁵

Pravi razlog propitivanja mehanizama legitimnosti prava leži u tome što je ono sve više suočeno s krizom i propitivanjem vjerodostojnosti, učinkovitosti, svrshodnosti i troška. Sve to pojačano je i krizama političke legitimacije poretka. Uzroci te krize izgledaju vanjski i marginalni. Rješavaju se usavršavanjem i popravkom. Pravo se kao zatvoren sustav pokazalo savršeno spremnim prilagoditi promjenama. U doba revolucija, u doba kapitala, u doba imperija i njihovih propasti, u doba tehnologija, u doba globalizacije vještina transformacije se samo ubrzala. Tu sposobnost pravo zaslužuje svojim unutarnjim tehničkim prednostima pred drugim oblicima normativne regulacije: preciznost, brzina, jednoznačnost, predvidivost i određenost, poznavanje i vještina vođenja postupka, specijalizacija i prethodno obrazovanje, kontinuitet, ušteda na stvarnim i psihološkim troškovima, sve to dignuto je na najviši mogući stupanj. Kada se pojavi problem pravosuđa u birokratiziranom sudstvu, cvjetaju arbitraže. Kada kapital prestane biti isto što i proizvodnja, pojavljuju se novi bankarski poslovi. Kada se pojave nove tehnologije komunikacije, pojavi se i pravna regulacija tih postupaka. Krize kao da nema. Pa ipak, inflacija zakona, pad povjerenja u sudove, pad povjerenja u politički sustav i vođe nisu usputne poteškoće nego elementi sustava.

Legitimitet prava posljedica je vjere u svrhovitost i racionalnost procedura donošenja i primjene zakona. Politička vlast utvrđuje pozitivna pravila i donosi zakone poštujući ustavne i temeljne norme (*Grundnorme*). I zato se u vlast i vjeruje jer ne ugrožava makar nenapisana pravila temeljne norme. I zato legitimnost vlasti i legitimnost politike nisu sve i nisu dovoljne za legitimnost prava. Razdvajanje legitimiteta vlasti i legitimnosti prava označili smo analitičkim razdvajanjem koje se u stvarnosti ne vidi osim u grubim naznakama. Izabrani zastupnici donose zakone. Oni za odlučivanje imaju izborni legitimitet. Takav legitimitet proteže se na sve institucije, ali u tom prenošenju čin izbora postaje sve manje legitimacijski važan, a sve više vrijede zakoni, dakle pravo ako je stvoreno u propisanom postupku. Moderno društvo razvilo je mnoge mehanizme legitimacije prava, drukčije i relativno odvojene od mehanizama legitimiranja političkog poretka. Neovisnost, prvenstveno sudstva (ali i svih koji primjenjuju ili stvaraju pravo) od politike samo je jedan od njih. Neovisnost je nužan, ali ne i dovoljan mehanizam osiguranja kontinuirane legitimnosti i vjerodostojnosti prava kao sustava norma. To je širi proces izdvajanja i osamostaljenja. U istom smjeru idu i druge promjene. Profesionalizacija i formalizacija

⁶⁵ Atiyah, P. S., *Law and Modern Society*, Oxford, 1995., str. 144.

stvaraju prepreke da se pravom uistinu bave i oni koji imaju zdrav razum, ali ne i profesionalnu strogost pravnog mišljenja. Profesionalizacija u formi potrebnog formalnog školovanja, zajamčene plaće i karijere, rada u posebnim zgradama stvara dojam o posebnosti pravnog postupka. Formalizam kao obilježje prava težnja je rutinizaciji postupaka, ali u legitimacijskom aspektu nadopunjava se na prethodno. Pravni sustav se, osim toga, još i okreće pozitivizaciji prava koja još jače ističe njegovu odvojenost od politike. Vlast pravo mora koristiti sa saznanjem o ograničenjima svoje pravne moći, mudro i uz refleksiju o tome da u pravo adresati (građani) moraju imati povjerenje.

Apsolutna supremacija legitimne političke vlasti nad instrumentima provedbe njene volje i interesa više je ideološki, politički postulat nego opis stvarnosti.⁶⁶ Legitimitet političke vlasti ne može se temeljiti samo na izbornom legitimitetu nego i na pretpostavkama dobre vlasti. Takva vlast respektira pravo kao relativno odvojenu sferu društvene normativne regulacije i pravne institucije kao funkcionalno neovisne i samostalne. Jednostavno, nijedna vlast ne može sve što želi i vezana je pravom.

Funkcija prava je normativna stabilizacija očekivanja i predvidivost norma u društvenom sustavu, rješavanje konflikata. Tijekom svoje evolucije pravo se izdvaja od moralnih norma i prirodnih prava. Ono je instrumentalno drukčije sredstvo. Pravo prestaje biti statično i relativno invarijantno te, naprotiv, postaje fleksibilno i promjenjivo.⁶⁷

Ovdje negdje je došlo do pomaka i neravnoteže. Legitimnost prava u racionalnom svijetu pomaže legitimnost vlasti i obratno. Građani i pojedinci vjeruju u vlast i vjeruju u pravo. Kada prestanu vjerovati u djelotvornost i prestanu vjerovati u svoje zastupnike i političke (i pravne!) elite, dolazi do erozije legitimiteta, do oslanjanja prava na svoju tehničku superiornost i prijeteću silu. Legitimnost prava je povezana s pojmom pravednosti. Pravednost nije jednostavan metapравни koncept i socijalni ili politički fenomen. Ono je glavni supstancijski sadržaj legitimnosti. Pojam legitimnosti je dinamički i procesni pojam, a njegov sadržaj je pravednost. Pravednost je situacija dobrovoljnog i svjesnog prihvaćanja norme ili procesa. Pravednost je sadržaj, a legitimnost je postupak.

⁶⁶ Blažević, R., *Politički poreci i legitimitet*, Rijeka, 1995., str. 59.

⁶⁷ Pozitivizacija je tek jedan vid tog procesa. No, izdvajanje i funkcionalna specijalizacija prava nisu potpuni, ono ne postaje vrijednosno i interesno neutralno. U smislu njegove funkcije prema društvu ono se još itekako oslanja na društvene vrijednosti, posebno kada je riječ o konfliktima i društvenim interesnim tenzijama. U tom smislu pravo treba potporu djelujućeg političkog sustava i legitimne vlasti.

“Međutim, ta forma normativnih očekivanja od normativnih očekivanja leži pretežno izvan utvrđenog juridičkog svijeta forma i također je usmjerena protiv prava. Pravo ili nepravo – ono što se računa je humanost (*Recht oder Unrecht – Humanität zählt*).”⁶⁸ Slijedeći pitanje legitimiteta i vjerodostojnosti prava došli smo do dubljih razina osnova na kojima počiva pravo, a to su društvene, političke i moralne premise: pravednost i humanost. Te neodredive vrijednosti (jer o njihovu sadržaju vlada neprekidan spor) samo su vanjski znakovi i varijable kojima mjerimo vjerodostojnost i legitimitet prava.

Summary

Josip Kregar *

PROCEDURAL LEGITIMACY OF LAW

This text deals with the interpretation of law by Talcot Parsons and Niklas Luhmann. People obey law if they believe it is legitimate, not because they fear sanctions. The political legitimacy (authority) is a precondition for legitimization of modern law, but it is not sufficient for legitimization of law. The autonomy of law and legal institutions, reasonable procedural rules and certain institutional principles (such as independency, professionalism, and political neutrality) are the guarantees of autonomous acceptance of rules. Legitimacy is defined as conscious and voluntarily acceptance of decisions by the citizens and other users of the justice system. Today, the most usual type of legitimacy in modern society is the belief in legality, the conformity to the rules that are formally correct and enacted in accordance with the accepted procedures. The demarcation line between an order derived from voluntary agreement, and the one that has been imposed is only relative. Modern legal systems must emphasize the factor of procedure, as distinguished from substantive percepts and standards. Only on the basis of procedural primacy can the system cope with a wide variety of changing circumstances. This is not a domination of formal principles over substance of norms, but a token of importance to perceive procedures not as formal routines aimed at subduing facts to legal interpretation, but as mechanisms to provide legitimacy to institutions.

Keywords: legitimacy of law, rationalization, Luhmann, legitimization procedure, modern society.

⁶⁸ *Op. cit.* u bilj. 33, str. 556.

* Josip Kregar, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

USTAVNA REVOLUCIJA, DEMOKRATSKA TRANZICIJA I VLADAVINA PRAVA

*Prof. dr. sc. Branko Smerdel**

Konstitucionalizam je pokušaj političkom tehnologijom spojiti moć i pravednost.

(D. Lutz, 2006.)

Da bi se okoristila iskustvima prošlosti, demokracija mora već doseći određeni stupanj civilizacije i prosvijetljenosti.

(A. de Tocqueville, 1830.)

Ustav nije uspio u onome što se od njega najviše očekivalo: uspostaviti društveni poredak siguran od šokova i kriza.

(K. Loewenstein, 1957.)

Ideja “ustavne revolucije” nastala na zasadama teorije ustavnog izbora i teorije ustavnog inženjerstva pružila je krajem prošlog stoljeća nove nade znanosti o političkim institucijama. Teorija ustavnog izbora objašnjava proces stvaranja ustava o kojem odlučuje narod u određenom “ustavnom trenutku”; to može biti referendum, ali i oružana revolucija. Odluka, primjerice, glasi: bez odgode želimo demokraciju i vladavinu prava! U odnosu na taj temeljni ustavni izbor, ustavno inženjerstvo treba shvatiti kao teoriju provedbe koja mora nužno uslijediti jer ustavne se stipulacije ne ostvaruju same od sebe. Teorija “demokratske tranzicije” od početka se temeljila na dvjema pogrešnim pretpostavkama: prvo, nemogućnosti reverzibilnog kretanja na strani uzornih sustava i, drugo, mogućnosti kontroliranog stalnog i ubrzanog napretka “tranzicijskih društava”. Obje su se pretpostavke pokazale promašenima. Potrebna je kompleksnija i manje ambiciozna teorija koja bi bolje pojasnila odnos ciljeva i mogućnosti ubrzanog demokratskog razvitka. Teorija o znanstvenom građenju institucionalnog sustava razvija se pod različitim nazivima: ustavna arhitektura, ustavno graditeljstvo pa čak i ustavni dizajn s naglaskom na istančanu usklađivanju

* Dr. sc. Branko Smerdel, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

(pravila). Osobno dajemo prednost klasičnom terminu “ustavno inženjerstvo” koji bolje odražava nesavršenost tehnika i postupaka kao i neizvjesnost rezultata. Bitnim držimo usredotočenje na postupnost izgradnje ustavnopravnih institucija umjesto ekscesivnih revolucionarnih očekivanja.

Ključne riječi: ustav, revolucija, povijest, demokratska tranzicija, institucionalizacija.

1. UVOD

Sintagma** “ustavna revolucija” korištena je i koristi se u brojnim značenjima.¹ U ovom radu bavimo se pojmom u onom smislu u kojem su ga koristili brojni, pretežito američki, politolozi i ustavni pravници početkom 90-ih godina 20. stoljeća. U tom smislu 1990. godina, nazivana zbog toga godinom čuda, *annus mirabilis*, označava početak procesa transformacije socijalističkih režima u smjeru izgradnje demokracija po uzoru na zapadne liberalne sustave utemeljene na političkom pluralizmu, poštivanju i promociji sloboda i prava te izgradnji institucija koje osiguravaju vladavinu prava. Proces je otvoren padom s vlasti komunističkih partija u istočnoj i srednjoj Europi 1990. godine na slobodnim izborima nakon kojih je uslijedilo donošenje novih ustava u nizu “novih demokracija”. Govorilo se o ponovnom rođenju demokracije², oduševljavalo širenjem duha liberalne revolucije³, pa čak i predviđalo “kraj povijesti” kakvu je do tada

** Rad je napisan za zbornik *Liber amicorum* u povodu umirovljenja prof. dr. sc. Mihajla Dike. Jedna ranija verzija rada prezentirana je pod naslovom *Central European Democratic Transition: the Paradigm of a Constitutional Revolution* na *Round Table of the International Association of Constitutional Law* u Beogradu 5. svibnja 2012. Usp. bib.irb.hr/prikazirad?&lang=en&rad=583399 (2. 11. 2012.).

¹ Tražilica Bing ponudila je za pojam *constitutional revolution* odmah preko 20 tisuća rezultata, a Google preko 30 tisuća. Pojam se koristi za radikalne ustavne reforme, važne ustavnosudske i druge sudske odluke u najrazličitijim zemljama i vremenima. Usp. <http://www.bing.com/news/search?q=constitutional+revolution&q&qs=n&form=QBNT&pq=constitutional+revolution&sc=8-25&sp=-1&sk> (2. 11. 2012.).

² The Council of Europe, *Rebirth of Democracy, Constitutions of New Democracies*, Bruxelles, 1992.; Kregar, J.; Smerdel, B.; Šimonović, I., *Die Verfassung der Republik Kroatien: Politische Rahmenbedingungen und Grundlegende Probleme*, u: Marko, J.; Borić, T., *Die neuen Verfassungen: Slowenien - Kroatien - Serbien*, Vien - Köln - Graz, 1991., str. 205 - 246.

³ Ackerman, B., *The Future of Liberal Revolution*, 1992. V. komentar R. Posnera u *East European Constitutional Review*, vol. 1, br. 3, jesen 1992., str. 35.

poznavalo čovječanstvo.⁴ “Od Varšave do Moskve, od Havane do Pekinga, duh koji kao da je ustao iz groba kruži svijetom - povratak revolucionarnoga demokratskog liberalizma”, pisao je B. Ackerman parafrazirajući poznatu prvu rečenicu Komunističkog manifesta iz 1948 godine.⁵ Pisalo se o novoj paradigmi društvenih znanosti koja bi trebala omogućiti rješavanje pitanja usmjeravanja političkog razvoja temeljem korištenja spoznaja političke, ekonomske i pravne teorije.⁶ Očekivanja su bila velika i među hrvatskim politolozima i znanstvenicima javnog prava.⁷

Ideja ustavne revolucije američkog je podrijetla i povezuje se s temeljnim postavkama Deklaracije nezavisnosti iz 1776.⁸ Prema toj se koncepciji narod (*the people*, puk, građanstvo) u pojedinim povijesnim razdobljima izravno i vrlo intenzivno politički angažira tako da nastaju okolnosti koje mogu uroditi novim ustavnim dokumentom – ustavni trenutak. Kada je ustav jednom uspostavljen, započinje izgradnja novog poretka na svim razinama, od donošenja zakonodavstva do njegove primjene u svakodnevnici.⁹

Pitanje je u kojoj je mjeri takvo određenje pojma “ustavna revolucija” opravdano daljnjim razvojem procesa “tranzicije u demokraciju” s težištem na bitna pitanja razvitka i stabilizacije pravnog sustava. Opravdavaju li dva desetljeća procesa tranzicije u Hrvatskoj i drugim srednjoeuropskim “novim demokracijama” tvrdnju da je uspostavljena nova paradigma? Konačno i generalno, treba li se ustavnopravna znanost zadovoljiti konstatacijom kako je “ustavni trenutak”

⁴ Fukujamin članak *Kraj povijesti* objavljen je 1989. godine. Prvi sam ga put čitao u Pregledu, časopisu Američke ambasade u Beogradu 1990. godine. Kritički i podrugljivo reagirao je R. Dahrendorf u svojoj knjizi *Reflections on the Revolution in Europe*, London, 1990., str. 37 - 41. O pravom značenju članka rasprava traje do danas. Međutim, politička svrha je potpuno jasna: širenje američkih ideja konstitucionalizma.

⁵ Ackerman, *op. cit.* u bilj. 3.

⁶ Ahdieh, R., *Russia's Constitutional Revolution: Legal Consciousness and the Transition to Democracy*, Pennsylvania, 1997.

⁷ Profesor Dika dao je važan doprinos organizacijom prve velike pravničke konferencije o ljudskim pravima i njihovoj zaštiti. Usp. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 39, br. 5-6, 1989., supplement.

⁸ Von Beyme, K., *America as a Model. The Impact of American Democracy in the World*, New York, 1987.

⁹ Partlett, W., *Challenges to Russian Legal History Section: Reassessing the Founding of the Russian Constitutional Order*, <http://www.helsinki.fi/katti/RussianLaw-PRESENTATIONS/Partlett.pdf> (2. 12. 2012.).

rezultirao novim ustavnim dokumentom, a pitanja djelotvornosti tog dokumenta prepustiti drugim znanostima i znanstvenim disciplinama?

Naši su odgovori generalno negativni. Termin koji istovremeno obuhvaća ustavnost i revoluciju predstavlja *contradictio in adiecto*. Tradicija revolucionarnog nasilja otežava i odgađa stabilizaciju ustavnog i uopće pravnog poretka. Odvijanje procesa demokratske tranzicije u Hrvatskoj i regiji pruža obilje dokaza za tu tvrdnju.¹⁰ Najvažnije, usvajanje novog demokratskog ustava predstavlja tek nužan, ali ne i dovoljan uvjet za ubrzan razvitak u pravcu stabilizacije sustava vladavine prava. Ustavi kao ni drugi pravni akti neće se sami primjenjivati u životu. Koncepti koje društvo ne prihvaća ostaju mrtvo slovo na papiru.¹¹ Ne bi se moglo tvrditi ni da je uspostavljena znanstvena paradigma ustavne revolucije u smislu “općenito prihvaćenog modela povezanih ideja koje čine konceptualni okvir u kojem se odvijaju znanstvena istraživanja i rješavaju praktični problemi.”¹² Takav model općenito ne postoji, a posljednja dva desetljeća započeta obećanjima novog svjetskog poretka nisu pridonijela njegovu uspostavljanju. Neumorni istraživač V. Ostrom zaključio je nakon pedesetogodišnjeg promišljanja kako “čovječanstvo na kraju 20. stoljeća nije bliže znanstvenom pristupu ustavnom poretku nego što je to bio Alexis de Tocqueville u svojim knjigama objavljenim početkom prethodnog stoljeća.”¹³

2. IDEJA RADIKALNE PROMJENE: USTAVNI TRENUTAK

Novi su ustavi tijekom povijesti uspostavljeni u političkom procesu koji je uključivao različite kombinacije rata, socijalnog nasilja i slučajnosti, a u koje su pristaše konstitucionalizma oduvijek pokušavali unijeti čvrste principe racionalnog izbora. Ideja ustavne revolucije javila se nakon iskustava pravih nasilnih

¹⁰ Fleiner, Th.; Basta Fleiner, L., *Constitutionalism in a Multicultural and Globalized World*, Berlin, 2009., str. 484 - 507.

¹¹ Smerdel, B., *Pravne i političke značajke hrvatskog ustavnog poretka na 20. obljetnicu donošenja 'Božićnog Ustava'*, u: Ustav RH, 16. izd., Zagreb, 2010., str. 152.

¹² Kuhn, Th., *Structure of scientific revolutions*, 1962., <http://books.google.hr/books?id=xnjS401VuFMC&printsec=frontcover&hl=hr#v=onepage&q&f=false> (15. 4. 2012.).

¹³ Ostrom, V., *Transformation of Institutions: Some Critical Reflections*, Institutional Change, Buenos Aires, srpanj 1991.; Ostrom, V., *The Meaning of Democracy and the Vulnerability of Democracies. A Response to Tocqueville's Challenge*, Ann Arbor, 1997., str. 31 - 60.

revolucija, dok su sjećanja na nasilja, zločine i žrtve bila još svježija te su sudionici, odnosno preživjeli sa svih strana u sukobu tražili odgovore na sljedeća pitanja. U kojoj mjeri rezultati odgovaraju proklamiranim revolucionarnim ciljevima? Jesu li se rezultati mogli postići razboritim procesom planiranja ustavnog uređenja, odnosno na civiliziraniji način? Nisu li se promjene mogle postići brže i bez onog što se jezikom suvremenog novinarstva uobičajilo nazivati kolateralnim žrtvama? Ako su promjene ograničene na promjenu vladajuće elite koja je odlučna da u ime revolucionarnih proklamacija koristi državnu prisilu za očuvanje svog položaja, djelotvornost ustavnog poretka u smislu poštivanja načela vladavine prava često se za duga razdoblja vraćala ispod ranije dostignute razine.

Ugledni francuski autor M. Duverger usporedio je Francusku revoluciju sa socijalnim potresom velike snage i dimenzija. U vremenu koje je uslijedilo on je razlikovao sljedeća razdoblja: prvo, veliki šok od 1789. do 1799.; drugo, potraga za kompromisom i stabilnošću koju on uspoređuje s brojnim manjim potresima što obično slijede velike potrebe i koja traje sve do druge polovice 20. stoljeća da bi Ustavom iz 1958. godine bili postavljeni temelji za postupnu socijalnu stabilizaciju. Nerazmjer između dvaju razdoblja zaista je fascinantan kao i broj ustavnih dokumenata, odnosno političkih režima koji su svoje utemeljenje nalazili u idealima revolucije.¹⁴ Kada to uzmemo u obzir, rezervirano stajalište konstitucionalista prema ideji “ustavne revolucije” postaje jasnijim, posebno suvremenih konstitucionalista u zemljama koje obilježava tzv. “tranzicijski konstitucionalizam”.¹⁵ Dvojbe oko teških poremećaja socijalne stabilnosti izazvanih rušenjem režima nisu novijeg datuma i ne pripadaju povijesti. Britanci su veliki kompromis iz 1688. godine zabilježili kao *Glorious Revolution*. Američki su utemeljitelji smatrali kako im je povijesna prilika pokazati kako se novi politički poredak, koji su oni nazivali republikanizmom, a Tocqueville odredio kao demokraciju, može izgraditi na znanstvenim osnovama (*reflection and choice*) umjesto na sili i slučajnosti (*accident and force*).¹⁶ Konstitucionalisti su iz povijesnog iskustva naučili kako duža razdoblja nasilja i terora redovito vode uspostavljanju diktature i netolerancije prema političkom pluralizmu,

¹⁴ Duverger, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel. I*, Paris, 1975., str. 9 - 116.

¹⁵ Ovu dvojbenu kovanicu stvorio je R. Teitel, cit. kod Bačić, A., *Hrvatska pred izazovima konstitucionalizma*, Split, 2001., str. 65.

¹⁶ Hamilton, A., *The Federalist. Esej broj 2.*, cit. prema Ostrom, V., *The Political Theory of a Compound Revolution*, 2. izd., Nebraska, 1987., str. 31; Hamilton, A., *Politička teorija složene republike*, prijevod i uvodna studija B. Smerdel, Zagreb, 1989.

suprotno očekivanjima prihvaćanja načela vladavine prava u djelovanju vlada i ostalih državnih tijela.¹⁷

Naravno, nitko ozbiljan neće negirati kako su oduvijek postojale i uvijek se ponovno javljaju takve nepodnošljive društvene situacije u kojima radikalne i brze političke promjene pod svaku cijenu postaju imperativom za većinu populacije. Ne možemo očekivati da u odlučivanju o političkim porecima trajno prevlada razboritost mirnih graditelja ustavnog poretka koji izbjegavaju pozivanje na nasilje jer znaju da ono neće doprinijeti ostvarenju njihovih ciljeva. Zastupnici političkih ideja demokratizacije i vladavine prava moraju uzeti u obzir prevagu ciljeva nad sredstvima. Odatle, čini nam se, dolazi sklonost davanju simpatičnih nadimaka katkad vrlo nasilnim političkim prevratima. Tako je prvi val demokratizacije u zapadnoj Europi 70-ih godina 20. stoljeća započeo rušenjem desničarskih diktatura, “revolucijom karanfila” u Portugalu, “monarhističkom revolucijom” u Španjolskoj i “revolucijom mladih” u Grčkoj. Slično tome, rušenje jednostranačkih komunističkih diktatura započelo je “baršunastom revolucijom”, nastavljeno kao “liberalna revolucija” da bi terminologija bila stabilizirana usvajanjem općenitijeg termina “ustavna revolucija”. Početkom 21. stoljeća diktatorski su režimi rušeni “narančastom revolucijom” u Ukrajini i “revolucijom ruža” u Gruziji. “Arapsko proljeće” koje je još u tijeku u ključnim državama pripada istoj kategoriji socijalnih prevrata s krajnje neizvjesnim ishodom sa stajališta uspostavljanja vladavine prava u brojnim važnim državama.¹⁸

Korištenje ustavima kao sredstvima ostvarivanja radikalnih socijalnih promjena problematične je naravi, na što upućuje upravo slom komunističkih režima. Reformistički zakoni koje su posljednjih nekoliko godina donosile komunističke elite nisu spriječili kolaps sustava koji je malo tko predvidio; baš kao što nisu doveli do uspostave demokracije ni mirne preobrazbe, što je bila, barem službeno iskazana, namjera njihovih tvoraca.¹⁹ Njihovo donošenje

¹⁷ “Everything happened differently than expected”, požalio se jugoslavenski komunistički revolucionar i disident Milovan Djilas u svojoj knjizi *The New Class*, 1957. <http://historymuse.net/readings/DjilasNEWCLASS1957.htm> (22. 4. 2013.).

¹⁸ Primjerice, www.hrw.org/news/2012/10/08/egypt-fix-draft-constitution-protect (1. 10. 2012.).

¹⁹ Predviđanja sloma komunističkih sustava javljaju se, istina, u mnogim politološkim analizama reformskih procesa, ali u obliku *certus an incertus quando*. Rasprava o tome tko je predvidio slom ubrzo je uslijedila. Z. Brzezinski upućuje u predgovoru drugom izdanju knjige *The Grand Failure*, New York, 1990., kako su se njegove ocjene pokazale

imalo je druge, s intencijama zakonodavaca nevezane učinke na koje je još u svojoj raščlambi uzroka Francuske revolucije iz 1789. upućivao A. de Tocqueville. On je, naime, smatrao da je ublažavanje najbolji nagovještaj skorog pada autokratskih režima.²⁰

Temeljna ideja ostaje u osnovi ista: korištenje pravnih sredstava za usmjerenje socijalnog razvitka u poželjnom smjeru koji možemo označiti kao vladavinu prava, demokraciju i poštivanje ljudskih sloboda i prava. Kada (i ako) vladajuća elita pod pritiskom vlastitog stanovništva uz pomoć pritiska izvana ustupi pred zahtjevima za slobodnim i kompetitivnim izborima, proces će započeti pisanjem i usvajanjem novog ustava i najvažnijeg (organskog) zakonodavstva. Ustav se smatra strateškim planom socijalnog, ekonomskog i političkog razvoja za nadolazeće dekade. Pretpostavljalo se kako, kada je ustav jednom usvojen i na snazi, neće biti ozbiljnih smetnja razvoju slobodnog tržišnog gospodarstva i političke demokracije s osloncem na vladavinu prava.

Konceptu "ustavne revolucije" imanentna je sklonost da se normativno stanje uzima kao stvarno, odnosno, drugim riječima, da se smatra kako je bitna društvena promjena izvršena samim donošenjem novog ustava i odgovarajućeg zakonodavstva. Uzmimo, na primjer, jedan zaključak važan za tu vrstu rasprava. "Unatoč svemu tome [prethodno opisanoj dvojbena situaciji u nekim novim demokracijama], dogodio se izvanredno značajan razvoj. Vlade su uspjele da se donese golem broj zakona temeljne vrijednosti, a društveni poredak se nije urušio. Trenutačna krizna situacija je vjerojatno neizbježna i mnoga pitanja ostaju neriješena. Po mome mišljenju, međutim, glavno je pitanje riješeno - nema povratka na prijašnje stanje stvari."²¹

Pokušavajući predvidjeti rezultate započetog procesa još početkom 90-ih godina upozorili smo da se "(Z)nanost (se) mora pitati što slijedi, uz punu svijest da tekstovi novih ustava i zakona ostaju mrtvim slovom ako društvenim djelovanjem ne postanu institucijama koje se štiju. Obmane kako su donošenjem

opravdanima. R. Dahrendorf citirajući svoje ranije zaključke kako suvremena mješavina autokracije i birokracije nazvana realnim socijalizmom ne može trajati napominje kako je još sedamdesetih planirao, ali nikada nije napisao knjigu pod naslovom *1989.* u kojoj je želio pokazati kako ni svijet opisan u Orwellovoj *1984.* ne može biti trajan.

²⁰ V. De Tocqueville, A., *The Old Regime and the French revolution*, New York, 1955., str. 180 - 187.

²¹ Usp. Batt, J., *Eastern and Central Europe: From Reform to Transformation*, u: Rozman, G.; Sato, S.; Segal, G. (ur.), *Dismantling Communism: Common Causes and Regional Variations*, Baltimore, 1992., str. 273.

novih ustava i zakonodavstva problemi u temelju riješeni zanemaruju povijesno iskustvo većine srušenih režima u kojima su ustavi služili samo kao demokratska fasada zbiljskih političkih procesa. Njihovo donošenje tek je početak pokušaja uspostave novoga društvenog poretka, njihovo značenje nemoguće je prosuđivati bez uvida u zbiljske posljedice koje izazivaju. Naglasimo još jednom taj, moglo bi se kazati, aksiom znanosti o političkim institucijama koji se tako često zanemaruje. Klasik američke znanosti o politici Harold Lasswell piše: 'Postojanje formalne legalne strukture nije dovoljno za juridičku vladavinu. Pluralizam centara moći važniji je u tom pogledu od formalnih ograničenja vlasti'. Carl Friedrich to kaže vrlo jednostavno: 'svaka moć podliježe zlorabi, ali koncentriranu moć je mnogo lakše zlouporabiti nego podijeljenu vlast'. Ali, naravno, postoji optimalan stupanj disperzije vlasti, preko kojeg je vjerojatnija anarhija i time tiranija."²²

3. IDEJA USMJERAVANOG RAZVOJA: USTAVNO INŽENJERSTVO

U potrazi za značenjem pojma revolucije namjerno smo zaobišli veliku raspoloživu literaturu marksistički orijentiranih autora. Razlog je bio jednostavan. Na početku demokratske tranzicije ta se literatura *a priori* smatrala neznanstvenom, a pozivanje na nju neuvjerljivim.²³ Jedan od uzroka sloma komunističkih režima bila je nesposobnost političkih vođa da uslijed ideološkog zaglupljivanja utvrde aktualne probleme i alternativne odgovore na te probleme.²⁴ Okrenuli

²² Smerdel, B., *Nove demokracije, konstitucionalizam i organizacija vlasti*, Zakonitost, vol. 47, br. 3-4, 1993.

²³ Dakako, time ne namjeravamo suditi o vrijednosti radova K. Marxa i njegovih analitičara. Jednostavno, kao izraz oficijelne ideologije velik je dio te literature zaista bio napisan u svrhe koje bi se teško mogle nazvati znanstvenima iako su donosile akademske položaje i nagrade. Činjenica je da se u vrijeme kada smo pisali rad naveden u prethodnoj bilješci jedan dio autora te literature javno odricao svojih radova, a pozivanje se na te radove do danas smatra nepristojnim. Još 80-ih ozbiljni su autori pokušavali ozbiljno vrednovati marksističku literaturu. Ponovni interes za Marxa i njegovu teoriju početkom 21. stoljeća u potrazi je za znanstvenim odgovorima na pitanja prijetjećeg sloma svjetskog gospodarskog sustava.

²⁴ Reformske ideje bile su opasne čak i u samom vrhu vladajuće elite kada je već postalo jasno kako je situacija za nju neodrživa. Knjiga reformski orijentiranog generalnog sekretara Komunističke partije SSSR-a originalno je objavljena na engleskom u SAD-u. Usp. Gorbachev, M., *Perestroika. A New Thinking For Our Society and the World*, New York, 1987.

smo se klasičnim autorima liberalne političke i pravne znanosti. "Harold Lasswell razlikuje, prema dubini provedenih promjena, *reformu* od *transformacije*, a *revoluciju* od *reforme* prema kriteriju primijenjenih metoda, to jest s obzirom na to jesu li one radikalne ili umjerene. *Reforma* se odlikuje time što se odvija unutar postojećeg režima i provodi umjerenim metodama; *sukcesija* ima težište na osobnim promjenama na vrhu ustrojstva vlasti, programska reforma zahvaća u šire područje. Revolucija je pak po definiciji radikalna i nasilna promjena postojećeg političkog režima: politička revolucija je radikalna promjena ustrojstva vlasti; socijalna revolucija je nasilna promjena sustava vladanja društvom i u njoj uvijek izravno sudjeluju mase pučanstva.²⁵

Ugledni britanski povjesničar prava H. Lasswell istraživao je velike socijalne revolucije u europskoj povijesti u vrlo zapaženoj knjizi *Pravo i revolucija*. Zajednička obilježja tih događanja usustavljuje u sljedeće kategorije: (1) temeljne promjene sustava, (2) ubrzani tijek tih promjena, (3) nasilne promjene, (4) trajne promjene. Pribjegavanje nasilju opravdava se (1) prirodnim pravom, (2) dalekom prošlošću, (3) apokaliptičkom projekcijom budućnosti. Rezultati svake od velikih povijesnih revolucija bio je nov pravni sustav koji je utjelovio neke od ciljeva revolucije i izmijenio pravnu tradiciju Zapada, ali istovremeno ostao dijelom te tradicije.²⁶

U teoriji ustavna revolucija, kao početak ubrzanih socijalnih promjena usmjeravanih pravom, započinje donošenjem fundamentalnih ustavnih odluka. Različiti su oblici u kojima se te odluke donose, ali svi oni obuhvaćaju jasno izraženu volju većine građana. Od javnih skupova do ustavotvornih skupština i referenduma pojavljuje se "ustavni trenutak" u kojem se voljom većine donosi novi ustav. Nakon toga, smatralo se, uslijedit će temeljne ustavne odluke o izbornom sustavu i ustrojstvu vlasti.²⁷ No, i to se pokazalo kao simplifikacija. U velikom broju "novih demokracija" na prvom je mjestu bilo pitanje državnosti, zapravo razgradnje komunističkih federacija i uspostavljanja nezavisnih država. Te su odluke, donesene na općenarodnim referendumima, utjecale na sve bitne

²⁵ Lasswell, H., *Power and Society: a Framework for Political Inquiry*, New Haven, 1950., str. 268 - 280.

²⁶ Berman, H., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, London, 1983., str. 18 - 19.

²⁷ Liphart, A., *Constitutional choices for new Democracies*, Journal of Democracy, vol. 1, br. 2, 1990., str. 5.

ustavne odluke koje su uslijedile, a sve do danas utječu na proces primjene ustavnih odredaba.²⁸ Uslijedili su i oružani sukobi kraćeg ili dužeg trajanja.²⁹

Možemo, dakle, zaključiti kako ideja revolucije bitno proturječi ideji ustavnog poretka i prijeti produženim razdobljem nezakonitosti i nereda. To, dakako, nije bila namjera reformskih političkih snaga. Zbog toga novouspostavljeni revolucionarni režimi moraju odmah pristupiti konsolidaciji i stabilizaciji ustavnog poretka. O tome smo napisali da "odredimo li konstitucionalizam kao skup teorija kojima je zajednička ideja kako vlast u državi ima djelovati podvrgnuta ograničenjima i kočnicama utvrđenima ustavnim pravom i tako biti odgovorna pred svojim građanima, tada pod konstitucionalističkim pokretima mislimo na one političke snage koje, u pretpostavljenom institucionalnom vakuumu (upravo mješavini novih i starih institucija), nastoje na uspostavljanju novoga društvenog poretka utemeljenoga na vladavini prava. Ideja vladavine prava u uskoj je vezi s konceptima predstavničke i odgovorne vladavine; diobe vlasti kao instrumenta uzajamnog nadzora nositelja najviših vlasti; nezavisnog sudstva kao jamca štovanja i zaštite ljudskih prava i lokalne samouprave kao temelja razvoja političke kulture građana u njihovim temeljnim životnim zajednicama. Novi društveni poredak, međutim, kao što sam naziv ukazuje, zahtijeva društveni red i društvenu stegu na temelju temeljnog konsenzusa o prihvaćanju pravila igre - konstitucionalnog okvira - unutar kojih su rezultati tekućih političkih odluka nepredvidivi, ali prihvatljivi upravo zbog prihvaćanja temeljnog shvaćanja o pravednosti okvira. Nužnost ustavnog ustrojavanja sustava uključuje ograničenja svih nositelja dužnosti same parlamentarne većine, pa čak i većine naroda institucionalnom zaštitom prava manjina. Ideje različitih političkih grupacija o naravi toga novog poretka međusobno su vrlo različite, što je normalno, ali zabrinjava ono što se čini zajedničkim većini od njih: prosudba ustavnih institucija i poretka u cijelosti isključivo prema vlastitom, usko shvaćenom izravnom interesu, koji ustave pretvara u sredstva dnevne politike

²⁸ Smerdel, B., *Republic of Croatia: Three Fundamental Constitutional Choices*, Croatian Political Science Review, vol. 1, br. 1, 1992., str. 60 - 79.

²⁹ U Bukureštu je režim srušen u prosincu 1989. godine oružanim sukobom snaga sigurnosti i vojske. U Moskvi je u rujnu 1993. godine ustavni konflikt između tadašnjeg predsjednika i Dume razriješen tek nakon što je oružana pobuna parlamentaraca zbog odluke o raspuštanju ugušena nakon što su elitne tenkovske brigade višednevno granatirale zgradu Parlamenta. Na području bivše SFRJ uslijedilo je desetljeće ratova okončano intervencijom međunarodne zajednice.

umjesto u okvir u kojem se politička borba ima voditi. Simptomi su, pokušat ću pokazati, vidljivi svugdje.”³⁰

R. Dahrendorf je upozoravao da “demokracija, u smislu pitanja narodu neka odluči, ne može popuniti taj vakuum. ‘Mi, narod’ može se dignuti protiv neprihvatljivog režima eksploatacije i ugnjetavanja, ali ‘mi, narod’ ne može vladati. Demokratska iluzija kako postoji nešto kao vladavina naroda uvijek je bila poziv uzurpatorima i novim monopolima. Najvažnije je ograničiti i uravnotežiti vladajuće skupine i povremeno ih zamjenjivati mirnim sredstvima kao što su izbori. Izvan toga, takve su skupine nužno potrebne. Demokracija je oblik vladavine, a ne parna kupelj popularnih osjećanja. Ona treba one koji vode baš kao i one koji mogu zaustaviti političke greške i aroganciju vlasti.”³¹

Ciljeve stabilizacije uz pomoć ustavne tehnologije D. Lutz formulira na sljedeći način: (1) vladavina prava, (2) politička demokracija, (3) očuvanje javnog dobra. U osnovi, to je klasična tvrdnja o “neotuđivom pravu na život, slobodu i potragu za srećom”, ali izražena modernim jezikom. “Istinska svrha je uvođenje u socijalni život krucijalno važnih inovacija, koje imaju služiti održivom razvoju, objedinjavajući razvitak materijalnih dobara s razvitkom društvenog morala.”³² Zbog toga se primjenjuju spoznaje socijalnih znanosti o korištenju prava u svrhe ustavnog inženjerstva, ustavne arhitekture ili ustavnog dizajna.³³ Dakako, teško je ovdje govoriti o egzaktnoj znanosti i mogućnostima predviđanja. Zato T. Ginsburg upozorava da je “ustavni dizajn (je) više umijeće nego znanost i uvijek postoji milijarda faktora koji mogu interferirati s najboljim planovima.”³⁴ Uz postojanje čvrsto definirane političke volje bila bi više riječ o građevinskom inženjerstvu nego o arhitekturi.³⁵ Prema našem mišljenju u pitanju je vrlo grubo usmjeravanje koje više podsjeća na zanatski

³⁰ Smerdel, B., *op. cit.* u bilj. 22, str. 9.

³¹ *Ibid.*, str. 12 - 13. Događaji u Europi 1989. i 1990., smatra Dahrendorf, podsjećaju najviše na događaje iz 1848. godine o kojima su nezaobilazne analize ostavila dva pisca, Karl Marx i Alexis de Tocqueville. Utvrđujući, naravno, pogrešnost Marxovih zahtjeva za akcijom klase on podcjenjuje i Tocquevilleovo svjedočenje u uobičajenim obrazloženjem o Tocquevilleovoj opsesiji da objasni uzroke pada aristokracije kojoj je pripadala njegova obitelj.

³² Lutz, D., *Principles of Constitutional Design*, Cambridge, 2006., str. 5.

³³ Lutz, *ibid.*, str. 11.

³⁴ Ginsburg, T. (ur.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, 2012., str. 5.

³⁵ Reynolds, A. (ur.), *The Architecture of Democracy*, Oxford, 2002.

nego znanstveni pristup.³⁶ Zbog toga preferiramo realističniji termin “ustavno inženjerstvo”³⁷ premda je on u hrvatskoj javnosti pretežno vezan uz uobičajene manipulacije izbornim sustavom.³⁸

4. KRITERIJ PROCJENE REZULTATA: ZBILJSKI USTAV

Kriterije za prosudbu rezultata “ustavne revolucije” i “tranzicijskog konstitucionalizma” treba graditi polazeći od srodnog koncepta, također razvijenog u američkoj znanosti, ali prema našem mišljenju mnogo korisnijeg, a to je koncept zbiljskog ili živućeg ustava. Za provedbu složenih temeljnih ustavnih koncepata kao što su vladavina prava ili dioba vlasti potrebno je da građanstvo, vladini dužnosnici i obični građani poznaju temeljna ustavna načela i da ih shvaćaju ozbiljno, kao temeljna pravila života u političkoj zajednici te kao najbolje sredstvo zaštite svojih interesa. Samo građani koji vjeruju u svoje političke institucije bit će ih spremni promicati, založiti se za njih, štiti ih i, kada je to potrebno, boriti se za njih protiv svakog zadiranja nositelja vlasti. Na taj način tijekom vremena razvija se stabilan, zbiljski ustavni poredak koji preživljava ograničenja jednoga naraštaja. Ustavi se, kao što naglašava proslav američkog Ustava, pišu “kako bi uspostavili pravdu, ostvarili mir u zemlji, osigurali zajedničku obranu, unaprijedili opću dobrobit i očuvali blagoslov slobode za nas i za naše potomstvo”.³⁹ To nas dovodi do pojma zbiljskoga ustava.⁴⁰

³⁶ Di Palma, G., *To craft democracies*, California, 1990.

³⁷ Sartori, G., *Comparative Constitutional Engineering: an Inquiry Into Structures, Incentives and Outcomes*, London, 1994.

³⁸ Ustavno kao i svako drugo inženjerstvo i tehnologija mogu biti korišteni i u manipulativne, nedemokratske svrhe. Zbog toga je pojam u Hrvatskoj zadobio negativne konotacije te se poglavito koristi za označavanje manipulacija vlasti izbornim zakonodavstvom dok je izvorno značenje potpuno potisnuto iz političkog govora. No, to je slučaj sa svakom teorijom, a posebno onom koja je usmjerena na primjenu tehnologije vlasti. Američki utemeljitelji smatrali su da je vlast “sredstvo zla koje, ako se nadzire, može donijeti mnogo dobra”.

³⁹ *Ustav SAD*, (prijevod i uvodna studija B. Smerdel), Osijek, 1994., str. 21.

⁴⁰ Američki autori ističu *opinio constitutionis* kao temelj dugotrajnosti Ustava. W. Wilson opisuje tako osjećaje svojih sugrađana prema Ustavu kao “an indiscriminating and almost blind worship of its principles”. Usp. *Congressional Government*, Princeton, 1967., str. 17. Navodi se i *obožavanje Ustava*. Usp. Corvin, E. S., *The Worship of the Constitution*, *Constitutional Review*, vol. 4, 1920. Od suvremenih pisaca v. Levinson, S., *Constitutional*

Zbiljski ustav nastaje, održava se i razvija u svakodnevnom životu. Kao što piše američki povjesničar A. Schlesinger, “život pod Ustavom, odredio je značenje Ustava”.⁴¹ Ustavne se norme tumače i prilagođavaju životnim potrebama na svakoj od ravni implementacije: (1) tijekom razrade u zakonodavstvu; (2) u pravorijeku i nadzoru sudbene i ustavnosudbene vlasti; (3) u postupcima najviših državnih tijela zakonodavne i izvršne vlasti te u stabiliziranju njihovih međusobnih odnosa, a (4) najvažnije, u postupcima građana koji drže ustav poštenim okvirom zaštite njihovih sloboda i prava te promicanja njihovih interesa u odnosima s drugim građanima i s državnom vlasti.

Tek na taj način ustavne norme postaju zbilja pozivanjem na njih, sučeljavanjem i tumačenjem jer poznato je kako *ex facto jus oritur*. Primjena ustava odvija se u političkom procesu sučeljavanja političkih interesa i borbe ustavnim sredstvima i unutar ustavnoga okvira. Ustavni sustav, kao što piše H. Pritchett, nije odvojen od političkoga sustava nego čini njegov nužni dio obavljajući vitalnu funkciju unošenja reda i strukture u proces donošenja političkih odluka.⁴² Zbiljski je ustav, možemo zaključiti, ono što “živi muškarci i žene misle da ustav jest, pa ga kao takva štuju, pozivaju se na njega i pokoravaju mu se”⁴³ ili, rečeno modernijim jezikom političke znanosti, zbiljski ustav obuhvaća “cjelovitu mrežu shvaćanja, normi, ponašanja i očekivanja među elitama i javnosti, koja okružuju i podupiru pisani dokument.”⁴⁴

5. DVA DESETLJEĆA HRVATSKE DEMOKRATSKE TRANZICIJE

U analizi perspektiva pravne civilizacije pravni filozof L. Fuller nabraja sljedeći popis “osam putova koji vode k propasti svakog pravnog sustava”: (1) nepostojanje pravnih pravila koje vodi pravnoj nesigurnosti, a obilježava ga

Faith, Princeton, 1988. U Hrvatskoj je to izrazio davno zaboravljeni slogan iz 1990. godine koji je božićni Ustav označio kao *svjetovnu Bibliju*.

⁴¹ Schlesinger, A. F. Jr., *Imperial Presidency*, Boston, 1973., str. 18.

⁴² Pritchett, H., *Constitutional Law*, International Encyclopaedia of the Social Sciences, vol. 3., 1968., str. 298.

⁴³ Usp. Beard, Ch. A., *The Living Constitution*, Annals of the American Academy of Political and Social Sciences, br. 185, 1936., str. 34.

⁴⁴ Usp. Burnham, W. D., *The Constitution, Capitalism and the Need for Rationalized Regulation*, u: Goldwin, R. A.; Schambra, W. A. (ur.), *How Capitalistic is the Constitution*, Washington, 1982., str. 78.

ad hoc i nekonzistentna sudska praksa; (2) neobjavljivanje ili nebriga o upoznavanju s pravnim propisima; (3) nejasno ili zamršeno zakonodavstvo koje je teško razumjeti; (4) retroaktivno zakonodavstvo; (5) proturječja unutar zakonodavstva; (6) zahtjevi koji prelaze mogućnosti adresata pravnih propisa; (7) nestabilno zakonodavstvo sa svakodnevnim promjenama zakona; (8) razlika između sudske ili upravne provedbe i zakonodavstva.⁴⁵ Nije teško prepoznati sve te putove u propast koji desetljećima dominiraju hrvatskim pravnim sustavom. Dugoročna nedjelotvornost pravnog sustava i stoga arbitrarna vlast prijete samoj demokraciji.

Razumijevanje teorije i načela ustavotvornog inženjerstva ostalo je krajnje ograničenim unutar pozitivistički orijentirane hrvatske pravničke elite. Tomu se ne treba čuditi jer su pravnici, s jedne strane, s radošću pozdravili oslobođenje od okova ideologije i, s druge strane, oslobođenje od ideje da bi pripadnici profesije trebali biti nekakva društvena savjest zadužena za staru ili novu pravednost. Vodeće načelo sudačke, odvjetničke i sve važnije državnoodvjetničke grane je primjena zakona u nužnoj i sigurnoj mjeri bez obzira na njegovu kvalitetu. U takvoj situaciji krajnje je nepraktično okretati se Ustavu i pokretati ustavna pitanja pred sucima koji se u presudama, u pravilu, nikada ne pozivaju na Ustav.

Uzastopne promjene vlasti nisu doprinijele očekivanu širenju ideje konstitucionalizma. Hrvatski političari Ustav i dalje smatraju čisto teoretskim, simbolički važnim, ali krajnje nepraktičnim, a katkad i vrlo opasnim konceptom. Hrvatska politička zajednica ili, još bolje, politička klasa nije u potpunosti internalizirala shvaćanje o nužnosti pridržavanja Ustava. U takvoj situaciji prevladava sveopći cinizam prema Ustavu i ustavnjaštvu⁴⁶, prema onima koji se time bave i onima koji se na Ustav pozivaju.

Ideje o prednostima stručnog pristupa stvaranju i razvijanju ustavnog sustava bile su relativno utjecajne prilikom rada na božićnom Ustavu. Ideje o racionalnom ili čak znanstveno utemeljenom donošenju temeljnih političkih odluka na ustavnoj razini bile su neko vrijeme u središtu pozornosti ustavnopravnih i drugih javnopravnih disciplina u suvremenom svijetu. Unatoč proglašenom državnom i pravnom diskontinuitetu strukture svijesti su, izgleda, ostale ne-

⁴⁵ Fuller, L., *The Morality of Law*, New Haven, 1969., str. 33 - 38.

⁴⁶ Mislimo da je riječ "ustavnjaštvo" odgovarajući hrvatski prijevod riječi "konstitucionalizam". U svakodnevnu govoru odavno je uobičajen naziv "ustavnjaci" za one kojima je to struka.

taknute. Nažalost, moramo ustvrditi kako u protekla dva desetljeća nije došlo do bitnih promjena. Najnovijim razvojem u potpunosti prevladava politički pragmatizam i voluntarizam.⁴⁷

Ideja o znanstveno i stručno utemeljenim promjenama Ustava svojedobno se izražavala u angažmanu Radne skupine Predsjednika Republike Hrvatske odmah nakon stupanja Stjepana Mesića na dužnost u veljači 2000. godine sa zadaćom da pripremi stručne osnove mogućeg prijedloga ustavnih promjena u skladu s temeljnim političkim zahtjevom zamjene polupredsjedničkog modela ustrojstva vlasti čistim parlamentarnim sustavom. Prijedlog je izrađen strogo prema kriterijima struke tako da u bitnom nije dovođen u pitanje u suprotstavljanjima između Račanove Vlade i predsjednika Mesića.⁴⁸

Izgledalo je kako je to početak novog pristupa Ustavu i problemu institucionalizacije koju je i proklamirala ondašnja politika “novog smjera”. Ono što smo smatrali početkom, bio je zapravo vrhunac za koji ima malo izgleda da bi se mogao ponoviti. Nakon što je podnesen stručni prijedlog, uslijedila je zaoštrena politička rasprava u strankama, Saboru i javnosti. Istovremeno je djelovala i druga, politička skupina koju su činili čelnici političkih stranaka šesteročlane koalicije (od kojih neki i sami pravni stručnjaci). Nova koalicijska vlast odbijala je ideju da si odmah veže ruke i da se podvrgne ustavnim i zakonskim ograničenjima. Već sljedeće godine uslijedile su nove ustavne promjene, usvojene i provedene na način kakav je zaista rijedak u povijesti ustavnosti u svijetu.⁴⁹ Prijedlozi sveobuhvatnih ustavnih reforma od onda se periodično nude s obje strane političkog spektra, što pokazuje kako još nije internalizirana ideja o ustavu kao stabilnom okviru političkih procesa. Dio posljednjih ustavnih

⁴⁷ Samo mjesec dana nakon što je novi, božićni Ustav usvojen i svečano proglašen u Hrvatskom saboru 22. prosinca 1990. javila se prva ideja o nužnosti ustavne promjene radi uvođenja kaznenopravnog imuniteta za ministre. Ta epizoda pokazuje kako se ništa bitno nije promijenilo u shvaćanju političke elite o Ustavu i ustavnosti kao instrumentu na raspoložbi za svakojake kratkoročne ciljeve vladajućih.

⁴⁸ Mratović, V.; Smerdel, B.; Bačić, A.; Crnić, J.; Filipović, N.; Lauc, Z., *Stručne osnove za izradu prijedloga promjene Ustava Republike Hrvatske*, Informator, br. 4836-4837 i 4838-4839, 2000.; objavljeno i u Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 50, br. 3, 2000.; Mesić, S., *Politička osnova ustavnih promjena*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 50, br. 4, 2000., str. 5 - 9.

⁴⁹ Smerdel, B., *Hrvatski pravni sustav i ustavno načelo vladavine prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 51, br. 6, 2001., str. 5 - 25.

promjena iz 2010. godine bio je usvojen na zahtjev europskih pregovarača u procesu pristupanja Europskoj uniji.⁵⁰

6. ZAKLJUČAK

Teorija “ustavne revolucije” i “demokratske tranzicije” koja je imala uslijediti od početka je polazila od dviju pogrešnih pretpostavaka: prvo, mogućnosti kontroliranog stalnog i ubrzanog napretka tranzicijskih društava koja bi u tom procesu imala *stići* tzv. zrele demokracije i, drugo, nemogućnosti reverzibilnog kretanja, odnosno pojave krize koja usporava rast i razvoj samih uzornih ili modelskih sustava. Obje su se pretpostavke pokazale promašenima. Za prihvaćanje ili internalizaciju ustavnih norma potrebno je vrijeme i stabilnost ustavnoga sustava. U protivnom ustavi ostaju instrumentima pragmatične dnevne politike. S obzirom na hrvatsku tradiciju, zadržala se popratna sklonost radikalnim promjenama i zalaganju za revolucionarnom zamjenom ustava uvijek novim dokumentima. Politička korupcija posebno pridonosi takvim tendencijama jer dovodi do široke potpore idejama o radikalnu čišćenju političke scene i započinjanju razvoja ispočetka. Ako pak prevlada, ta tendencija dovodi do slijeda revolucionarnih promjena praćenih novim ustavima od kojih nijedan ne predstavlja više od praznih riječi na papiru. Takve ideje čine važan dio hrvatske ustavne povijesti, ali zabrinjava što su u velikoj mjeri nazočne i u suvremenoj hrvatskoj politici, što predstavlja ozbiljnu zapreku uspostavljanju stabilnoga ustavnog sustava i ostvarivanju temeljnih načela modernoga demokratskog ustava i vladavine prava. Umjesto stalnoga poticanja rasprave o temeljnim ustavnim konceptima i zalaganja za novi Ustav moramo se okrenuti pitanjima njegova održavanja i provedbe.

Ustav bi imao biti temeljem uspostavljanja kontinuiteta i stabilnosti demokratskoga pravnog i društvenog poretka. Kako zaključuje H. Berman, “radikalna transformacija pravnoga sustava je, međutim, paradoksalne naravi jer je jedna od temeljnih svrha prava da omogući stabilnost i kontinuitet. Više od toga, pravo u svim društvima izvodi svoj autoritet iz nečega izvan sebe sama, pa ako se pravni sustav ubrzano mijenja, neizbježno se javljaju pitanja izvora njegova

⁵⁰ Smerdel, B., *Promjena Ustava kao politički i pravni akt: problemi formulacije, interpretacije i implementacije*, Informator, br. 5881, 2010., str. 1 - 3; Smerdel, B., *Ustav RH nakon ustavnih promjena 2010. godine*, Hrvatska pravna revija, vol. 10, br. 10, 2010., str. 5.

autoriteta. U pravu iznenadne su promjene velikoga opsega zaista neprirodne. Kada se to dogodi, nešto mora biti poduzeto kako bi se spriječilo da se promjena ponovi. Novo pravo mora biti čvrsto uspostavljeno; ono mora biti zaštićeno od opasnosti novoga prijeloma. Daljnje promjene imaju biti prepuštene postupnu mijenjanju.”⁵¹

Teorija ustavne revolucije izraz je nastojanja pravnih, politoloških i drugih društvenih znanosti da ponude alternativu ratovima, nasilju i kaosu, alternativu oslonjenu na razborito odlučivanje i znanost. Ona je također rezultat nastojanja da se političarima koji odlučuju o temeljnim društvenim pitanjima ponudi uvid u vjerojatne posljedice raspoloživih alternativnih odluka. To je razlog zbog kojeg ta teorija, kao i srodne teorije, uvijek ponovno dolazi u središte pozornosti u vrijeme sukoba i kriza. Jedan val takvih očekivanja prevladavao je nakon završetka II. svjetskog rata. Loewensteinova pesimistička konstatacija kako “ustav nije uspio osigurati društvo sigurno od šokova i kriza” zapravo pokazuje kako su nevjerojatno ekstenzivna bila optimistička očekivanja zapadnjačkih konstitucionalista tog doba.⁵²

Najistaknutiji europski ustavni profesori poput P. Häberlea ponovno su se oslanjali na takva očekivanja početkom 3. milenija nabrajajući otvorena pitanja budućnosti civilizacije koja bi se imala riješiti novim pristupom ustavnosti.⁵³ Aktualna kriza hrvatskog i europskog ustavnopravnog sustava zahtijeva realističan, a ne revolucionaran pristup izgradnji institucija vladavine prava.

Možemo, dakle, zajedno s britanskim povjesničarom P. Acroydom zaključiti da “kada razmatramo način odvijanja javnih poslova, velika je vjerojatnost da ćemo naići na pogreške i konfuziju. Nastojao sam ukazati kako je pisanje povijesti najčešće drugi način da se odredi kaos. Zaista ima razloga za tvrdnju kako je povijest Čovječanstva, kako se općenito opisuje i shvaća, ukupnost neočekivanih posljedica ...najmudriji povjesničari su oni koji priznaju da njihovo razmišljanje i zaključci mogu biti pogrešni.”⁵⁴

⁵¹ Berman. *op. cit.* u bilj. 26, str. 16.

⁵² Loewenstein, K., *Constitutional government and political process*, Chicago, 1957., str. 161.

⁵³ *The World of the Constitutional State - essays in honour of Peter Häberle presented at a colloquium for his 65th birthday*, Baden-Baden, 2001.; Häberle, P., *Ustavna država*, Zagreb, 2004.

⁵⁴ Acroyd, P., *The History of England. Tome I. The Foundation*, London, 2011., str. 442 - 443.

Branko Smerdel *

CONSTITUTIONAL REVOLUTION, DEMOCRATIC TRANSITION AND THE RULE OF LAW

*The idea of a constitutional revolution had numerous proponents during the events initiated by the fall of the Berlin wall and a process of destruction of the communist regimes aimed at the “rebirth of democracy”. Since the profound political changes in the majority of such countries were brought in the legal process of competitive elections, some colleagues even have preferred to talk about “the paradigm”. Some questions have not been unambiguously answered ever since, e.g.: whether such revolutions have ever actually happened; whether such a paradigm has ever been established in social sciences, and whether the process of Central European democratic transition contributes any arguments in favor of those. The author’s answer is definitely to the negative. The very notion which puts together “revolution” and “constitutionalism” makes a *contradictio in adiecto*. The two decades which followed after the asserted constitutional revolution of the last decade of the 20th century offer significant evidence to this assertion, in particular in the region we are concerned with.*

Constitutional orders have throughout the history been established by particular combinations of violent struggles and accidents, whereas the constitutionalists had attempted to make a reasoning and choice the dominant force in these processes. The scientific approach to the process of “democratic transition” in Central and Eastern Europe generally confirms such a conclusion. The theory of constitutional revolution is a result of an effort to offer the alternative to chaos which would be based on a scientific choice. It is also an attempt to advise politicians how to deal with crises caused too often by failures of presumed constitutional revolutions. That is why it often resurfaces from oblivion after conflicts and crises. Loewenstein’s pessimistic evaluation at the end of the 1950s that “the Constitution has not fulfilled what was the most important expectation, to bring the social order safe from shocks and crises” actually demonstrates how enormously excessive expectations had been nurtured by the Western constitutionalists in the aftermath of the World War II. They have been emulated by the extremely optimistic ideas at the beginning of the 21st

* Branko Smerdel, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

Century, that the very constitution might bring answers to open questions of the future of civilization.

The dream is still with us. But “revolution” is a notion which has too often been abused during the course of recent history. In the author’s opinion, a return to constitutional approach is very important at both Croatian and European levels. We are in a dire need of consolidation of constitutional systems in order to respond to new challenges, while simultaneously preserving the fundamental principles of democracy, human rights and freedoms and the rule of law. This requires a different approach to the actual crisis than the traditional extensive expectations from revolutions, even the constitutional ones.

Keywords: constitution, revolution, history, democratic transition, institutionalization.

OGRANIČENA ODGOVORNOST SUDIJE ZA ŠTETU NEOPHODNA PRIVILEGIJA KOJA OBEZBEĐUJE NEZAVISNOST ILI UČVRŠĆIVANJE SUDIJSKE NEODGOVORNOSTI?

*Prof. dr. sc. Vesna Rakić-Vodinić**

Članak se bavi sudijskim građanskopravnim imunitetom (privilegijom) sa istorijskog, uporednopravnog i pozitivnopravnog aspekta. Razvoj ideje, zakonodavstva i prakse ograničene odgovornosti sudije za naknadu štete prikazan je na primerima vodećih država anglo-američkog i evropskog kontinentalnopravnog kruga. Razmatran je i uticaj evropskih sudskih instanci na obim sudijskog imuniteta u nekim nacionalnim pravima. Posebno je prikazan razvoj sudijskog imuniteta u Srbiji – naročito najnovije težnje ka njegovom proširenju.

Ključne reči: odgovornost za štetu, sudijski imunitet, sudska nezavisnost, građanski proces.

1. UVOD

Sudijski imunitet se je obrazlagao, a i danas se obrazlaže potrebom očuvanja nezavisnosti sudije i suda. Gotovo se smatra “prirodnim” jer se sudija, navodno, ne bi mogao smatrati slobodnim i nezavisnim u vođenju postupka i u odlučivanju. Povrede zakona koje sudija učini moguće je otkloniti sistemom pravnih lekova, u novije vreme i odlukama ustavnih sudova (povodom ustavne žalbe/tužbe) te odlukama naddržavnih sudova poput Evropskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP) ili Evropskog suda pravde EZ (dalje u tekstu: ESP). Strogi uslovi za izbor sudije, kao i razlozi za razrešenje, doskora

* Dr. sc. Vesna Rakić-Vodinić, profesorica Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, Goce Delčeva 36, Beograd (Srbija).

su smatrani dovoljnim za obezbeđenje zakonitosti postupanja i odlučivanja tako da se ideja disciplinske odgovornosti sudije teško probijala, što važi i za države na području bivše Jugoslavije. Odgovornost sudije za prouzrokovanu štetu u regionu i u većem delu Evrope redovno pada na državu, a država može istaći regresni zahtev prema sudiji, pod određenim uslovima.

U ovom tekstu bavićemo se pretežno uslovima za odgovornost sudije za štetu – neposredno ili po regresnom zahtevu. Međutim, budući da se ograničenja svih vidova odgovornosti sudije (tj. sudijski imunitet) uglavnom objašnjavaju istim razlozima (stvarna nezavisnost sudije mora podrazumevati ograničenja njegove odgovornosti), biće potrebno da se u neophodnoj meri pozabavimo i drugim aspektima sudijskog imuniteta, van ograničene odgovornosti za štetu.

Aktuelna zakonska rešenja u Srbiji i Hrvatskoj o odgovornosti sudije za štetu slede ranije jugoslovensko rešenje i izražena su gotovo istim rečima, iako razlika – ne samo jezičkih – ima. Sada samo osnovno, za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara država; država može istaći regresni zahtev prema sudiji ako je šteta prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom.¹

2. UPOREDNI PREGLED OBIMA SUDIJSKE GRAĐANSKOPRAVNE ODGOVORNOSTI

Da li sudija treba direktno ili preko regresnog zahteva države da odgovara za naknadu štete, a ako treba, koji je obim odgovornosti, pravna su pitanja koja su doživela i doživljavaju razvojne promene, a može se relativno lako utvrditi da u savremeno doba postoje značajne razlike u nacionalnim pravima međusobno te u odnosu na praksu nadnacionalnih sudova i tribunala.

2.1. Osnovno o istorijskom razvoju

Doktrinarno razmatranje odgovornosti sudije za štetu, koje se objašnjava potrebom pravne zaštite nezavisnosti sudije, vezano je za *Star Chamber* u En-

¹ Up. čl. 6. Zakona o sudijama Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 116/2008, 58/2009, 104/2009, 101/2010 i 8/2012) i čl. 106. Zakona o sudovima Republike Hrvatske iz 2005. godine (Narodne novine, br. 150/05).

gleskoj (poznata i kao *Starred Chamber*) koja je utemeljena u XIII veku, a bila je zapravo poseban građanski i krivični sud krune.² Pre osnivanja *Star Chamber* ispitivanje odgovornosti sudije u Engleskoj nije bilo moguće putem sistema koji danas označavamo kao pravni lekovi (nije postojala ni ideja o njima).³ Umesto toga podnošena je optužba protiv onih koji su odluku doneli – najčešće protiv članova porote.⁴ Na osnovu ove doktrine u X i XI veku presuda se uglavnom “pobijala” iznošenjem optužbe protiv onog koji je predložio donošenje presude (taj je nosio naziv *doomsman*). Ovaj postupak, poznat kao *forsaking the doom*, kasnije se razvio u pritužbu protiv presude kojom je nezadovoljni parničar mogao steći dopuštenje (*writ*) da traži kontrolu i revidiranje presude zbog pravnih grešaka.⁵ Još dugo potom stranke nisu mogle izjavljivati žalbe pred sudovima krune (ovo pravo se nešto ranije razvilo pred eklezijalnim sudskim telima). Iako stranke u postupku nisu imale pravo da pobijaju sudsko utvrđenje činjenica, vremenom počinju relativno često da koriste pritužbu zbog pravnih grešaka (naročito tokom XIV veka). Ova pritužba se smatra korenom sudijskog imuniteta.⁶

Star Chamber je u prvoj polovini XVII veka postala poznata po zloupotrebama sudija vršenim u korist tadašnjeg vladara (Charles I, dinastija Stuart). Upravo ovim zloupotrebama kao i rivalitetu koji se razvio između *Star Chamber* na jednoj i *common law* sudova na drugoj strani J. Randolph Block, kao i brojni

² O etimologiji imena up. Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England. Book Four*, Chapter Nineteen, <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-419.htm> (20. 4. 2013.).

³ Waddoups, J. E., *Narrowing the Scope of Absolute Judicial Immunity From Section 1983 Suits: The Bar Grievance Committee and Judicial Function*, Brigham Young University Law Review, 1990., str. 1251.

⁴ Block, J. R., *Stump v. Sparkaman and the History of Judicial Immunity*, Duke Law Journal, vol. 1980, br. 5, str. 881.

⁵ *Ibid.*, str. 881, u fn.11 na istoj stranici poziva se na W. Holdswortha (*A History of English Law*, 3. izd., 1922., str. 214) i na F. Polocka i F. Maitlanda (*The History of English Law*, 2. izd., 1898.). Da još uvek nije u pitanju ništa slično današnjim pravnim lekovima niti racionalnim pravnim putevima, vidi se iz dalje sudbine ovog “sredstva”. Ako bi pritužba i bila prihvaćena usled pravnih grešaka, svako je mogao da pobija zapisnik o tome tako što bi se prijavio za fizički sukob sa “šampionima” suda koji je odluku doneo; u slučaju pobeđe, zapisnik o pritužbi i utvrđenim pravnim greškama, stavljan je van snage, a niži sud je bio kažnjavan novčanom kaznom, čiji je iznos određivan diskreciono. Autor teksta (Block) ističe da nije pronašao podatak da je bilo kakva novčana kazna u datom vremenu bila izrečena.

⁶ *Ibid.*, str. 884.

drugi autori, pripisuju razvoj doktrine sudijskog imuniteta. U sporu *Floyd v. Barker* iz 1607. godine Lord Coke je ustanovio precedentno pravilo po kome sudije uživaju imunitet, tj. zaštićene su od svake vrste progona i tužbi pred drugim sudovima (uključujući naročito *Star Chamber*). Istovremeno, Coke je postavio osnovno ograničenje doktrine imuniteta: sudija uživa imunitet samo za ono što je učinio kao sudija.⁷ U ovoj početnoj fazi sudije su bile zaštićene i od optužbi zbog korupcije. Iako je *Star Chamber* bila ukinuta 1640. godine kada je donesen *Habeas Corpus Act*, doktrina o imunitetu sudija za akte počinjene u jurisdikcionoj delatnosti preživela je vreme u kojem je nastala.

Od apsolutnog do ograničenog imuniteta sudije, pored opšteg ograničenja imuniteta samo na one akte koji se učine u vršenju sudijske funkcije, put nije bio tako dug. Naime, prethodilo mu je razgraničenje na krivičnopravni i građanskopravni imunitet. W. Hawkins, u svojim *Pleas of the Crown* (1795.) za mirovne sudije, ustanovljava ovakav imunitet: "Mirovne sudije ne odgovaraju građanski za radnje koje su učinili u sudijskom svojstvu, ali ako zloupotrebe ovlašćenja koja su im poverena, mogu biti krivično kažnjeni ..."⁸ Ovaj doktrinarni stav se relativno dugo održao i izvršio je značajan uticaj na poimanje obima sudijskog imuniteta ne samo u Engleskoj nego i u SAD. Pre ratifikacije američkog Ustava, krajem XVIII veka, vođen je jedan postupak za naknadu štete zbog odbijanja sudije nižeg suda da postupi po odluci višeg.⁹ Počev od šezdesetih godina XIX veka, praksa Vrhovnog suda SAD učvršćuje pravilo koje je postavio sudija Field: protiv sudije se ne može podneti građanska tužba zbog jurisdikcionih radnji koje je preduzeo, čak ni kada ih je preduzeo "prekoračujući svoja ovlašćenja", izuzev onda kada su radnje prekoračenja jurisdikcije učinjene *mala fide* ili koruptivno.¹⁰ Ovo pravilo, sa izvesnim jezičkim izmenama koje je u jednom docnijem slučaju¹¹

⁷ *Ibid.*, str. 887.

⁸ *Ibid.*, str. 888.

⁹ Spor *Ross v. Rittenhaus* iz 1792. nastao je zbog toga što je sudija nižeg suda odbio da postupi po odluci višeg suda povodom načina isplate dosuđenog novčanog iznosa. Viši sud je odbio da obaveže nižeg sudiju na traženo postupanje i na obvezivanje nižeg sudije na naknadu štete obrazloživši svoju odluku time da, ma sa koje strane slučaj bio posmatran, viši sud ne može udovoljiti zahtevu za naknadu štete "jer sudija koji je delao u svom sudijskom svojstvu ne može biti tužen".

¹⁰ Spor *Randall v. Brigham*, u: Feinman, Cohen, *Suing Judges: History and Theory*, prema Block, *op. cit.* u fn. 4, str. 900.

¹¹ *Bradley v. Fisher*.

izvršio sam sudija Field, postalo je osnov za američko zakonodavstvo i praksu o imunitetu u oblasti građanskopravne odgovornosti sudije, s tim što je već sada važno podvući da je obim imuniteta sudije zbog prouzrokovane štete tokom XX veka bitno proširen. Takođe, u kasnijem razvoju, navedeno pravilo bilo je prihvaćeno i u engleskoj praksi. Važno je istaći obrazloženje u prilog ovako određenog obima sudijskog imuniteta. Sudiji ...“mora biti omogućeno da sudi pod zaštitom zakona, nezavisno i slobodno, bez pristranosti i bez straha. Ova pravna odredba ne služi zaštititi niti koristi zlonamernog ili korumpiranog sudije, već služi zaštititi građana čiji je interes da sudija vrši svoju funkciju nezavisno i bez straha od posledica.”¹²

U Francuskoj od srednjovekovne ideje o poveravanju vladarskih ovlašćenja magistratima (sudijama) koji treba da sude “da bi sačuvali efikasnost suvereniteta vladara”¹³, a u okviru koje se nije postavljalo pitanje odgovornosti sudije jer bi involviralo odgovornost vladara, do ideje suvereniteta zakona (naročito o podvrgavanja sudije samo zakonu) nije prošlo toliko mnogo vremena koliko turbulentnih društvenih promena. Dogodila se Francuska revolucija. Ipak, notirana je u literaturi jedna naredba vladara (ordonansa) iz XVI veka kojom se zabranjuje državnim službenicima koji vrše pravosudne dužnosti da primaju poklone od stranaka u postupku.¹⁴ Ova ordonansa se smatra začetkom disciplinske i krivične odgovornosti sudije. Tek od Revolucije ozbiljno se piše o pravnom osnovu i racionalno se obrađuje pitanje odgovornosti sudije. Osnov vladavine zakona postavljen je u čl. 3. Deklaracije o pravima čoveka i građanina: “Nijedno telo, nijedan pojedinac ne mogu vršiti vlast izuzev ako im je izričito poverena.” Parlamentarna debata o reorganizaciji pravosuđa 1790. okončana je zaključkom da se moraju izraditi ustavna načela na osnovu kojih će pravosuđe biti organizovano i vršeno.¹⁵ Za razliku od razvoja u anglo-američkom sistemu, sudiji nije priznavan imunitet. Tek počev od 1810. godine u zakonodavstvu se nailazi najpre na ograničenja krivične odgovornosti, a potom i na druga. Kao

¹² *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335 (1872).

¹³ Colson, R., *La fonction de juger, étude historique et positive*, halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/40/26 (20. 4. 2013.), str. 20.

¹⁴ Canivet, G., *La responsabilité des juges en France*, commentaire, n° 103, automne 2003, http://www.presaje.com/zwo_info/modules/laresponsabilitedesjugesenfrance1/fichier_a_telecharger, str. 638.

¹⁵ Discours de M. Thouret à l'Assemblée nationale, Réimpression de l'ancien, *Moniteur universel*, Paris, Plon, 1860., Tome 4, str. 35.

osnov ograničenja sudijske odgovornosti navodi se uglavnom vezanost sudije zakonom, njegova podvrgnutost zakonu, a ne njegova nezavisnost i sloboda.¹⁶

Zakonsko uređenje odgovornosti sudije u Nemačkoj istorijski se vezuje za odgovornost državnih službenika. Kao bitan istorijski izvor prava u literaturi se označava Preußisches Allgemeines Landrecht (dalje u tekstu: PAL) iz 1794. godine. U paragrafima 88. do 91. desetog poglavlja Druge knjige PAL bilo je sadržano osnovno pravilo da za povredu službene dužnosti odgovara sam državni službenik, a ne država. Ovakvo zakonsko rešenje obrazlaže se principima rimskog prava po kojima je odnos zaposlenja jedan privatnopravni ugovor (ugovor o mandatu) koji zaključuje pokrajinski vladar sa službenikom. Osnov neposredne odgovornosti državnog službenika ležao je, prema tome, u njegovim radnjama koje su bile protivne ugovoru o mandatu (*contra mandatum*) te država nije imala ništa sa odgovornošću službenika. Uprkos dugotrajnim i žestokim kritikama, ovo rešenje je zadržano u § 839 BGB, koji je stupio na snagu 1. I 1900. godine, tj. i tadašnje rešenje je počivalo na pravilu neposredne odgovornosti samog državnog službenika za prouzrokovanu štetu. Kritike su se zasnivale na tome da zakonsko rešenje nije vodilo računa o nezavisnosti sudije, da nije uzimalo u obzir specifične društvene zadatke sudstva kao ni obaveze koje proističu iz docnijih integracija.¹⁷ U osnovi, tj. jezički isto pravilo § 839 BGB je u primeni modifikovano članom 34. nemačkog Grundgesetz (dalje u tekstu: GG) koji ustanovljava odgovornost države za štetu koju prouzrokuju državni službenici, uz mogućnost regresiranja.

¹⁶ Canivet, G.; Joly-Hurard, J., *La resposabilité des juges, ici et ailleurs*, Revue international de droit comparé, 5, 2006., str. 1051 sqq. Kritičko posmatranje razvoja organizacije sudstva i položaja sudije za vreme Carstva dovelo je do vidljive rezignacije u literaturi koja ocenjuje ovo vreme. "Sudska vlast nije ništa drugo do legenda, a sudije igraju (tancuju) više nego prefekti", pisao je J. P. Royar u svojoj *Histoire de la Justice* (prema: Bredin, J. D., *La responsabilité des juges*, <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2006/bredin> (20. 4. 2013.)). Sve do kraja XIX veka francusko pravosuđe nije se previše paštilo oko svoje nezavisnosti sve dok Kasacioni sud nije pokazao volju za rehabilitacijom Alfreda Dreyfusa.

¹⁷ Vidi naročito Terhechte, J. P., *Judicial Accountability and Public Liability. The German "Judges Privilege" Under the Influence of European and International Law*, German Law Journal, vol. 13, br. 3, str. 314 – 318.

2.2. Uporednopravni pregled

Kao osnov za ovaj pregled uzimamo savremena prava SAD, Nemačke, Francuske, Italije, Švedske kao i stavove ESP i uticaj ESLJP na nacionalna prava. Na osnovu informacija o istorijskom razvoju te na osnovu uvida u zakonska rešenja, praksu kao i doktrinarne kritike, posmatrane države i nadnacionalni sudovi u odnosu na odgovornost sudije za naknadu štete mogu se svrstati u sledeće kategorije: (a) države sa gotovo apsolutnim sudijskim imunitetom; (b) države sa kvalifikovanim sudijskim imunitetom i (c) države sa ograničenim sudijskim imunitetom. U prvu grupu spadaju države anglo-američkog prava, u drugu Nemačka u kojoj je građanskopravna odgovornost sudije u značajnom domenu doskora bila bitno ograničena vezivanjem za njegovu utvrđenu krivičnu odgovornost, dok najveću grupu čine države (i nadnacionalni sudovi) koje poznaju rešenje da za štetu koju pričinu sudija odgovara država, s tim što ona ima regresno pravo prema sudiji pod određenim uslovima. Uticaj disciplinske odgovornosti sudije na zakonska rešenja o odgovornosti za naknadu štete biće uzet u obzir.

(a) Apsolutni sudijski imunitet

Uopšte, razmatranja i pravna uređenja odgovornosti sudije za štetu u anglo-američkom pristupu uže su povezana sa pitanjem nezavisnosti sudije nego u evropskom kontinentalnom pravu. Istorijski pravni osnov sudijskog imuniteta u SAD sadržan je u Civil Rights Act iz 1871. godine¹⁸ čiji § 1983 ovlašćuje građanina SAD kome su uskraćena prava, privilegije ili imunitet, priznati Ustavom i zakonima, da tuži svakog ko je povredu izvršio ili prouzrokovao i taj je za to odgovoran. Od ove odgovornosti, međutim, izuzeti su službenici pravosuđa, bez obzira da li su u pitanju njihove radnje ili propuštanja, ako su preduzeti (ili propušteni) u svojstvu službenika pravosuđa. Odredba sadrži i neka druga

¹⁸ Ovaj Act poznat je i pod kolokvijalnim nazivom *Ku Klux Klan Act*, a zvanični i puni naziv je originerno glasilo *An Act to enforce the Provisions of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States, and for other Purposes*, a donesen je na inicijativu predsednika Grant-a sa ciljem da se suzbije terorisanje crnih stanovnika Amerike posle okončanja građanskog rata. Posle promena, na snazi je i danas, a savremeni autori ga citiraju kao *Civil Rights Act 1983*.

ograničenja koja nisu od značaja za temu ovog rada.¹⁹ Iako je Civil Rights Act donesen još 1871. godine, ustanovivši princip građanskopravnog imuniteta sudije, prvi put se pitanje odgovornosti sudije za štetu u praksi federalnih sudova SAD postavilo 1945. godine u slučaju *Picking v. Pennsylvania Railroad*. Tužiocima su tvrdili da je jedan sudija iz Njujorka izdao nalog za njihovo hapšenje na osnovu lažnih tvrdnji. Tužba je bila odbijena zato što je federalni sud utvrdio da ne postoji “osnov tužbe” protiv 24 tužena i nije se neposredno bavio sudijskim imunitetom.²⁰ Sve do 1967. godine Vrhovni sud SAD je odbijao da se upusti u razmatranje slučajeva u kojima je podnošena tužba za naknadu štete protiv sudije, odnosno drugog pravosudnog službenika. U slučaju *Pierson v. Ray* tužilac je bio uhapšen i osuđen zbog remećenja javnog reda zato što je pokušao da uđe u prostorije autobuske stanice u kojoj su postojali posebni odeljci, zasnovani na rasnoj segregaciji, protivno segregacionim pravilima. Tužilac je podneo tužbu za naknadu štete protiv pravosudnog službenika koji je izvršio hapšenje na osnovu Civil Rights Act § 1983, a tužba za naknadu štete je odbijena sa obrazloženjem da tuženi uživa imunitet u pogledu odgovornosti za naknadu štete, s tim što je sud zauzeo stav da je tuženi odgovoran (ne i građanskopravno!) za protivustavno hapšenje. Vrhovni sud SAD je prihvatio nadležnost. Potvrdio je princip sudskog imuniteta pod predsedavanjem sudije Warrena. Međutim, sudija Douglas, u izdvojenom mišljenju, izriče svoj kasnije često citirani zaključak: “Neophodno je da se sudija izuzme od odgovornosti u slučaju dobronamernih grešaka ...Ali to je nešto sasvim drugo od stava da će sudija uživati imunitet za posledice svih njegovih sudskih radnji i da neće biti odgovoran za svesno i namerno lišavanje

¹⁹ “Every person who under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, Suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer’s judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia.”

²⁰ Neposredno posle slučaja *Picking* usledio je spor *Tenny v. Brandhove* u kome je tužilac tražio naknadu štete zbog jednog akta legislativnog tela (Kongresa). Vrhovni sud je zauzeo stanovište da zakonodavac uživa imunitet, a docnije je taj svoj stav primenio na imunitet sudija. Up. detaljno Block, J. R., *op. cit.* u fn.4, str. 906.

građanskih prava čoveka.”²¹ Međutim, razvoj ideje o apsolutnom imunitetu sudije u sporovima radi naknade štete doživeo je svoju potvrdu u čuvenom slučaju *Stump v. Sparkman* iz 1971. godine. Majka Linde Sparkman je tražila da sud izda dozvolu da se njena petnaestogodišnja ćerka sterilise sa obrazloženjem da je pomalo zaostala iako je redovno pohađala školu sa svojom generacijom. Sudija Stump je usvojio zahtev i Sparkman je bila sterilisana po proteku osam dana od dana donošenja odluke. Iako je bila maloletna u vreme vođenja postupka, nije imala posebnog staraoca i nije bila saslušana pred sudom. (U bolnicu je odvedena tako što joj je rečeno da treba da operiše slepo crevo.) Tek kada se udala, saznala je da je bila sterilisana i podnela je tužbu za naknadu štete ne samo protiv sudije Stumpa nego i protiv svoje majke, bolnice u kojoj je sterilisana i lekara. U odnosu na tuženog sudiju Stumpa prvostepeni sud je zauzeo stav da uživa imunitet, dok je žalbeni sud vratio predmet prvostepenom sudu. Međutim, analizirajući mogući imunitet sudije Stumpa žalbeni sud je zauzeo stav da nema pravnog osnova koji bi naređivao sterilizaciju te zato odluka ovog sudije ne predstavlja deo njegovih ovlašćenja, pobrkavši, prema brojnim kritičarima, pojam ovlašćenja (*jurisdiction*) sa osnovom tužbe (*cause of action*). Stvar je dospela do Vrhovnog suda koji je većinom glasova prihvatio nešto od obrazloženja žalbenog suda, ali je ipak ocenio da odlučivanje o sterilizaciji spada u okvir ovlašćenja sudije Stumpa na osnovu zakona federalne države, iako ne na osnovu federalnog zakona. Zauzevši stav da je radnja sudije Stumpa uklopiva u pojam sudskog akta (*judicial act*), iako je izvršena prekoracem ovlašćenja, ali ne i mimo svakog sudijskog ovlašćenja.²² Vrhovni sud je potvrdio njegov imunitet. Sudije koje su izdvojile mišljenje negirale su da se radnja sudije Stumpa kojom odobrava sterilizaciju može smatrati sudskom radnjom na osnovu utvrđenog stanja koje nije bilo sporno, tj. da je radnja sterilizacije bila naređena uprkos brojnim procesnim nedostacima (nije bilo zastupanja maloletne stranke, ona nije bila saslušana pred sudom).²³ Suočen sa oštrim kritikama posle slučaja *Stump*, Vrhovni sud je u nekoliko odluka nastojao da definiše pojam sudskog akta (*judicial act*) sudije određivši njegove bitne odlike: (i) akt je sudski ako radnja

²¹ *Ibid.*, str. 908.

²² Up. <http://federalpracticemanual.org/node/48> (20. 4. 2013.).

²³ Up. detaljno Block, *op. cit.* u fn. 4, str. 914 - 916; u svom besno intoniranom tekstu (taj bes razumemo, možda bi, međutim, bilo ubedljivije da se ne vidi toliko) advokat Zelman, G. L., *The Doctrine of Judicial Immunity*, www.sd-jail4judges.org/Judicialimmunity (20. 4. 2013.) ocenjuje da praksa Vrhovnog suda SAD povodom imuniteta sudije za naknadu štete dokazuje da su sudije iznad prava.

zbog koje se podnosi tužba predstavlja uobičajeno vršenje sudske funkcije, (ii) ako je akt preduzet u sudnici ili u drugoj prostoriji kao što je kabinet sudije, (iii) ako je u vezi sa sudskim postupkom koji vodi sudija i (iv) ako je preduzet na osnovu obraćanja stranke sudiji u njegovom službenom sudijskom svojstvu.²⁴ Ako su ispunjeni ovi uslovi, sudija neće odgovarati za štetu čak ni kad je prekoračio ovlašćenja ili ako je delao zlonamerno ili čak koruptivno ili ako je njegova radnja zahvaćena teškim procesnim greškama.²⁵ Imunitet u odnosu na građanskopravnu odgovornost ne isključuje krivičnu odgovornost. Jedini izuzetak od apsolutnog građanskopravnog imuniteta sudije postoji ako je sudija nesumnjivo delao van granica svakog sudskog ovlašćenja.²⁶

(b) Kvalifikovani sudski imunitet

U Nemačkoj pitanje odgovornosti sudije za naknadu štete uređeno je u § 839 BGB i u čl. 34 Grundgesetz. BGB u § 839 (1) i (2) propisuje:

“(1) Kad državni službenik namerno ili zbog nepažnje povredi svoju službenu obavezu koja mu je poverena prema trećem licu, naknadiće oštećenom štetu koja je otuda proistekla. Ako je službenik bio samo nepažljiv, protiv njega se može podneti zahtev jedino ako oštećeno lice ne može ostvariti naknadu na drugi način.

(2) Kad državni službenik presudom u kakvoj pravnoj stvari povredi svoju službenu obavezu, za štetu koja otuda proistekne odgovara samo onda ako ta povreda predstavlja krivično delo. Na povrede koje su nastale usled odbijanja ili odlaganja vršenja službene dužnosti, ova odredba se ne primenjuje.”

Čl. 34 GG glasi: “Kad neko u vršenju službenih ovlašćenja, koja su mu poverena prema trećim licima, povredi svoje službene obaveze, za to, po pravilu, odgovara država ili korporacija u čijoj se službi nalazi. U slučaju namere ili grube nepažnje može se istaći regresni zahtev. Za podnošenje zahteva za naknadu štete ili regresnog zahteva ne sme se isključiti redovan pravni put.”

²⁴ Up. slučajeve *Forrester v. White* - sudija je otpustio službenicu Forrester, a Vrhovni sud je zauzeo stav da akt otpuštanja službenice ne predstavlja radnju koja uobičajeno znači vršenje sudijske funkcije i sudija je osuđen da tužilji naknadi štetu, up. Waddoups, *op. cit.* u fn. 3, str. 1245; *Mallina v. Gonsales*, argumentacija u presudi *Ballard v. Wall*, Court of Appeals, Fifth Circuit itd.

²⁵ Up. <http://federalpracticemanual.org/node/48> (20. 4. 2013.).

²⁶ “Clear absence of all jurisdiction”, up. Waddoups, *op. cit.* u fn. 3, str. 1251.

Iz ovih osnovnih odredbi proističu sledeća pravila: država odgovara za naknadu štete koju pričine državni službenici, a može se regresirati samo ako je šteta prouzrokovana namerno ili iz grube nepažnje. Sudija odgovara regresno ili neposredno samo ako je radnja prouzrokovanja štete izvršena presudom istovremeno i krivično delo. Kad je sudija u pitanju, ovaj poseban režim ne važi za slučajeve nečinjenja. Za slučajeve povrede sudijske dužnosti koje nisu izvršene presudom primenjuje se opšta odredba o odgovornosti državnih službenika (§ 839 (1)). Imunitet sudije se u nemačkoj teoriji i praksi označava kao *Richterspruchprivileg*. O razlogu konstituisanja sudijske privilegije postoje različita mišljenja. Neka doktrinarna stanovišta obrazlažu čl. 34. GG i § 839 BGB nastojanjem da se obezbedi vladavina prava tvrdeći da ustavotvorac prilikom formulisanja ove odredbe nije imao nameru da ustanovi sudijsku privilegiju.²⁷ Odredbi § 839 BGB neki pripisuju potrebu da se obezbedi pravnosnažnost i pravno dejstvo presude. Neretko se ističe da je zakonodavstvo imalo za cilj da obezbedi sudijsku nezavisnost postavljanjem visokog standarda za građansku odgovornost sudije.

Budući da je specifična upravo za građanskopravnu odgovornost sudije, najpre će biti analizirana odredba § 839 (2) BGB. Da bi sudija odgovarao za naknadu štete potrebno je da se ispune ovi uslovi: (i) šteta mora biti pričinjena presudom; (ii) šteta mora biti pričinjena povredom službene dužnosti sudije; (iii) šteta mora proizići iz povrede službene dužnosti; (iv) povreda službene dužnosti mora istovremeno predstavljati krivično delo i (v) povreda ne sme nastupiti kao posledica odbijanja ili odlaganja vršenja službene dužnosti sudije. Odmah valja naglasiti da se u ovoj odredbi bitno razlikuju posledice aktivne radnje od posledica pasivnosti sudije te da je ona napravila ozbiljnu razliku između sudijskog činjenja i nečinjenja.

Uslov da šteta mora biti pričinjena presudom da bi se sačuvala *Richterspruchprivileg*, ne znači da je morala biti donesena presuda u formalnom smislu reči. Analiza sudske prakse pokazuje da se sa presudom u ovom smislu izjednačavaju sve sudske odluke koje su sposobne za pravnosnažnost (što obuhvata, na primer, odluke donesene u vanparničnom i stečajnom postupku, neke odluke iz krivičnog postupka kao što su nalog za lišenje slobode ili nalog za pretres).²⁸ Zapravo odluke koje su proistekle iz onih postupaka koji se označavaju kao *Erkenntnisverfahren* izjednačavaju se sa presudom za potrebe ispitivanja odgovor-

²⁷ Terhechte, *op. cit.* u fn. 17, str. 318.

²⁸ *Ibid.*, str. 319.

nosti sudije za naknadu štete.²⁹ Sa druge strane, odluke o troškovima postupka (*Kostenfestsetzungsverfahren*) ne smatraju se presudama prilikom procene odgovornosti sudije za štetu.³⁰ Potrebno je takođe da je šteta prouzrokovana samom presudom u navedenom smislu, a ne indirektnim dejstvima presude, tj. kako se Vrhovni sud (*Bundesgerichtshof*) izrazio: ne “kroz presudu” već “presudom”.³¹

Pojam “povrede službene dužnosti sudije” bliže je definisan u praksi sudova. Iz jednog drugog zahteva – da povreda službene dužnosti mora istovremeno predstavljati krivično delo – zaključuje se da povreda mora biti teška. Po redovnom toku stvari, radnje materijalnog upravljanja postupkom – određivanje dokaza, izbor dokaznog sredstva, određivanje rokova, zakazivanje ročišta i sl. ne potpadaju same po sebi pod pojam povrede službene dužnosti za potrebe građanskopravne odgovornosti sudije.

Povreda službene dužnosti sudije mora istovremeno predstavljati krivično delo. U retkim sudskim odlukama povod za sudijsku odgovornost za štetu pružile su krivično delo korupcije (§ 332 Strafgesetzbuch) i zloupotrebe pravosuđa (§ 339 Strafgesetzbuch), te prinuđivanje stranke da zaključi poravnanje.³² Da li je šteta proizišla iz povrede službene dužnosti presudom, tj. da li postoji uzročni odnos, prosuđuje se po pravilima obligacionog prava.³³

Da bi sudija odgovarao za naknadu štete po odredbi § 839 (2) BGB, potrebno je da je bio delatan, tj. neaktivnost sudije i eventualna odgovornost za naknadu štete zbog nečinjenja ne prosuđuju se po ovoj odredbi. To, međutim, ne znači da sudija ili država umesto njega uopšte ne odgovara za štetu prouzrokovanu stranci usled odugovlačenja postupka ili odbijanja da se postupak okonča. Na praktikovanje odgovornosti sudije zbog nečinjenja daleko veći uticaj od prakse nemačkih sudova imale su odluke ESP. Značajnu prekretnicu u poimanju sudijske odgovornosti za naknadu štete u državama EU izvršio je slučaj *Köbler v. Österreich*.³⁴ ESP se pozabavio strogim uslovima za odgovornost sudije ustvrdivši da je § 839 (2) BGB izvršio veliki uticaj na dobar broj država. Potom je konstatovao da je obaveza država članica EZ/EU da neposredno primenjuju evropsko pravo. Sudijska privilegija onako kako je shvaćena u nemačkom pravu

²⁹ Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport [NJW-RR], 1992., str. 919.

³⁰ Oberlandesgericht Brandenburg, Monatsschrift für Deutsches Recht, 2002., str. 1192. (prema Terhechte, *op. cit.* u fn. 17, str. 320).

³¹ “Bei dem Urteil”, a ne “durch das Urteil”, BGH, pres. od 11. 1. 2007.

³² Terhechte, *op. cit.* u fn. 17, str. 320.

³³ Up. i fn. 29.

³⁴ C-224/01, *Köbler v. Republik Österreich*, 2003., ECR, I-10239.

nije podobna da pruži zaštitu strankama. ESP je zauzeo stav da bez obzira na nacionalno zakonodavstvo, ako pravosuđe jedne države članice povredi prava tako što prouzrokuje štetu, šteta mora biti nadoknađena ako se ispune sledeći uslovi: (i) da je povređeno pravno pravilo kojim se uspostavljaju prava pojedinca, (ii) da povreda prava mora biti “dovoljno ozbiljna” i (iii) da mora postojati direktna uzročna veza između povrede pravnog pravila i nastale štete.

Ovakvo rezonovanje ESP dovelo je do presude Oberlandesgericht Hamm 2010. godine, koju je potvrdio BGH, a kojom je tužiocu dosuđena naknada štete zbog neopravdano dugog trajanja postupka (osamnaest godina). Obrazlažući odluku BGH je stao na stanovište da je primenjiva druga rečenica stava (2) § 839 BGB: “Na povrede koje su nastale usled odbijanja ili odlaganja vršenja službene dužnosti ova odredba se ne primenjuje.”, tj. da sudijska privilegija *ne* važi za štete prouzrokovane nečinjenjem sudije ili njegovim odlaganjem. Pri tom se obaveza naknade štete prosuđuje po opštim pravilima, tj. u smislu čl. 34 GG, država odgovara, a na osnovu § 839 (1) BGB, tu odgovornost snosi i ako je u pitanju bila obična nepažnja, s tim što se može regresirati prema sudiji.³⁵

(c) Ograničeni sudski imunitet

Kao što je već rečeno, većina evropskih država poznaje koncept ograničenog imuniteta sudije za prouzrokovanu štetu.

Osnove sudijskog imuniteta postavljene su u Francuskoj Zakonikom o sudskoj organizaciji (Code de l'organisation judiciaire, dalje u tekstu: COJ). Ovde će biti prikazane odredbe prema prečišćenoj verziji od 7. juna 2012. godine.³⁶ Država je odgovorna da naknadi štetu prouzrokovanu nepravilnim vršenjem pravosudne funkcije. Izuzev kad je drukčije propisano, ova odgovornost postoji u slučaju ozbiljne greške ili zbog uskraćivanja pravosuđa. (Art. L 141-1 COJ). Konkretizacija uslova za odgovornost i procedure izvršena je u odredbama Art. L 141-2 i L 141-3 COJ. Odgovornost sudija zbog njihove lične krivice sprovodi se: za sudije koje pripadaju pravosuđu, aktima magistrature; kad se radi o drugim sudijama, posebnim zakonima, a ako njih nema, radnjama stranke (Art. L 141-2

³⁵ Up. www.rechtslupe.de/.../18-jahre-prozessdauer-und-das-richterspruchprivileg-324330 (20. 4. 2013.).

³⁶ Up. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071164> (20. 4. 2013.).

COJ). Sudija može biti stranka (povodom regresnog zahteva države za naknadu štete) ako je povredu učinio bilo u toku postupka, bilo kroz presudu, namerno, nepažnjom ili teškom nepažnjom i ako je uskratio pravo na pravosuđe. Uskraćivanje prava na pravosuđe postoji ako je sudija odbio da postupa po zahtevu ili ako je bio ozbiljno negligentan u suđenju u pravnoj stvari. Za naknadu štete koju je prouzrokovao sudija, i to radnjama koje su utvrđene u postupku protiv sudije, građanskopravno je odgovorna država, izuzev kad se regresira prema sudiji (Art. L 141-3 COJ).

Osnovno pravilo o odgovornosti države za štetu koju prouzrokuje sudija nešto je drukčije nego u većini država koje spadaju u ovaj krug: država odgovara onda kada je šteta prouzrokovana ozbiljnom greškom sudije ili uskraćivanjem pravosuđa. Ostavljena je mogućnost da odgovara i u drugim slučajevima, ali samo ako je to zakonom propisano. Dakle, za razliku od Nemačke gde, po čl. 34 GG, država odgovara za štetu koja je prouzrokovana namerno ili nepažnjom, u Francuskoj država ne odgovara za običnu nepažnju već samo za “ozbiljnu grešku sudije”, iz čega sledi da bi se prag odgovornosti države za radnje ili propuštanja sudije mogao definisati našim pravnim jezikom kao krajnja nepažnja. Pored toga, da bi država bila odgovorna, potrebno je da je radnja sudije utvrđena (u disciplinskom ili u krivičnom postupku). Treba, međutim, primetiti da Art. L 141-1 COJ (“izuzev kad je drukčije propisano”) otvara mogućnost odgovornosti države i za slučajeve obične nepažnje ili za slučajeve koji se ne mogu pripisati sudiji u odgovornost. To su, npr., slučajevi neopravdanog pritvaranja ili neopravdane krivične osude.³⁷

Praksa francuskih sudova bila je dugo restriktivna i vezivala je odgovornost sudije za dva ključna pojma – ozbiljnu grešku i uskraćivanje pravosuđa – čime je bitno ograničila građanskopravnu odgovornost sudije. U novije vreme, međutim, pod uticajem prakse ESLJP, naročito one koja se odnosi na efektivno pravo na pristup sudu, područje odgovornosti sudije se širi.³⁸ Način na koji je prošireno ovo područje postizan je drugačijim tumačenjem ozbiljne greške. Ranije je bio korišćen subjektivni pristup: ozbiljna greška je “ona koja je bila učinjena na način na koji je ne bi pričinio sudija koji je uobičajeno upoznat sa sudijskim dužnostima”.³⁹ U nekim novijim odlukama Kasacioni sud, a i u doktrinarnim stavovima, koriste se objektivna merila: “teška greška” je nedostatak koji se

³⁷ Canivet, Joly-Hurard, *op. cit.* u fn. 14, str. 1065.

³⁸ *Ibid.*, str. 1067.

³⁹ Cass. civ. Ière, 20 févr. 1973, Bull. civ. I, n° 67 (prema *ibid.*, str. 1068).

sastoji iz jedne ili više činjenica koje pokazuju nesposobnost da se vrši javna pravosudna dužnost.⁴⁰ Originerni koncept uskraćivanja pravosuđa iz Art. 4 Code civil (dalje u tekstu: CC)⁴¹ proširen je pod uticajem prakse ESLJP povodom čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje u tekstu: EK).

Odgovornost sudije za naknadu štete, pored razloga na kojima počiva, involvira i to da greška mora biti učinjena posredstvom presude ili u sudskom postupku (Art. L 141- 3 COJ). Praksa interpretacije zahteva da povreda treba da bude učinjena posredstvom presude nije stabilna. Zapravo, sama ideja da se odgovara za štetu zbog konačne i pravnosnažne presude, usled ukorenjenog stanovišta da je sudija suveren u primeni prava, teško je prihvaćena u praksi. To je ipak učinio Kasacioni sud u jednom svom rešenju 1989. godine: “sudski akt, čak i konačni, može otvoriti pitanje odgovornosti države”. Međutim, mora se raditi o sudskom aktu u strogom smislu reči.

Osnovno pravilo da za naknadu štete zbog sudijinog nezakonitog postupanja odgovara država uz mogućnost regresa pod određenim uslovima poznaju, kao što je rečeno, brojna evropska prava. Na osnovu švedskog Zakona o odgovornosti za štetu (1972.) država odgovara za štetu koju prouzrokuju državni službenici uključujući i sudije. Šteta može nastati kao posledica aktivne radnje ili propuštanja. Odgovornost države za naknadu štete postoji i u slučaju nehata (obične nepažnje) sudije. Ako je oštećeni propustio da izjavi pravni lek, smatraće se da je i sam doprineo nastanku štete, što može dovesti do smanjivanja iznosa naknade kao i do potpunog izostajanja naknade.⁴²

Odgovornost sudije za naknadu štete u Italiji počiva na odgovornosti države pod uslovom da je šteta učinjena namerno ili iz krajnje nepažnje ili ako je nastala usled uskraćivanja pravosuđa. Država se može regresirati u roku od godinu dana od kad je šteta nadoknađena tako što se od sudije naplaćuje preko zarade (ne više od 1/5 mesečne zarade, izuzev kad je sudija štetu prouzrokovao namerno, u kom slučaju je moguće naplatiti i veći iznos mesečno). Protiv sudije

⁴⁰ Canivet, Joly-Hurard, *op. cit.* u fn. 14, str. 1069.

⁴¹ “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.” Neki oblici *déni de justice* predstavljaju krivično delo sudije.

⁴² Adenitire, J., *Judicial Independence in Europe. The Swedish, Italian and German Perspectives*, <http://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/research/judicial-independence/judicial-independence-in-europe.pdf> (20. 4. 2013.), str. 7.

koji je odgovoran za štetu predsednik Kasacionog suda je dužan da pokrene disciplinski postupak.⁴³

3. POKUŠAJ PROŠIRIVANJA GRAĐANSKOPRAVNOG IMUNITETA SUDIJE U SRBIJI

Pravila o odgovornosti za štetu koju prouzrokuje sudija u Srbiji su sadržana u čl. 6. Zakona o sudijama (dalje u tekstu: ZS).⁴⁴ “(1) Za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija. (2) Kad je konačnom odlukom Ustavnog suda, pravnosnažnom sudskom odlukom, odnosno poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom, utvrđeno da je šteta prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom Republika Srbija može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa. (3) Kad je odlukom Evropskog suda za ljudska prava ili drugog međunarodnog suda, odnosno međunarodne organizacije čiji je Republika Srbija član, utvrđeno da su u toku sudskog postupka kršena ljudska prava i osnovne slobode i da je presuda zasnovana na takvom kršenju ili da je presuda izostala zbog kršenja prava na suđenje u razumnom roku, Republika Srbija može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa, ako je šteta učinjena namerno ili krajnjom nepažnjom. (4) O postojanju uslova za naknadu isplaćenog iznosa iz st. 2. i 3. ovog člana odlučuje Visoki savet sudstva, na zahtev ministarstva nadležnog za pravosuđe.”

Osnovno pravilo, kao i kod drugih država u Evropi koje poznaju ograničeni građanskopravni imunitet, jeste pravilo o odgovornosti države. Sve ostale odredbe čl. 6. tiču se regresnog zahteva. Ta osnovna odredba (čl. 6., st. 1.) je nepotpuna. Za razliku od, npr., § 839 BGB ili čl. 106. Zakona o sudovima Hrvatske⁴⁵, nije propisano da radnje sudije koje povlače sudijski građanskopravni imunitet moraju biti vezane za vršenje sudijske funkcije. Možda se ta vezanost (na kojoj se insistira svuda) podrazumeva, ali je bolje da ne ostane samo na tome. Budući da je odgovornost sudije za štetu izuzetno retko bila razmatrana

⁴³ Zakoni 117/1988 i 429/1998.

⁴⁴ Službeni glasnik RS, br. 116/2008, 58/2009, 104/2009, 101/2010 i 8/2012.

⁴⁵ Čl. 106. Zakona o sudovima Hrvatske propisuje: (1) Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju sudačke dužnosti nanese sudac stranci, svojim nezakonitim ili nepravilnim radom. (pod. VRV); (2) Republika Hrvatska zatražit će od suca povrat isplaćene naknade samo kad je sudac štetu učinio namjerno ili iz krajnje nepažnje.

pred sudovima, i dalje je otvoreno pitanje interpretacije standarda vezanosti prouzrokovane štete za vršenje sudijske dužnosti.

Jedina prilika u kojoj se Vrhovni sud Srbije⁴⁶ bavio opštim pitanjima odgovornosti sudije za štetu bio je pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije (dalje: VSS) iz 2007. godine koji se o standardu vezanosti imuniteta za radnje (ili propuštanja) u vršenju sudijske funkcije uopšte nije izjasnio.⁴⁷

Ovaj pravni stav reaguje na jednu posebnu situaciju – zatrpavanje sudova tužbama za naknadu štete protiv sudija. Uvodno objašnjenje za zauzimanje pravnog stava glasi: “Poslednjih meseci masovno se pred opštinskim srpskim sudovima podnose tužbe (jednoobraznog sadržaja) radi naknade nematerijalne štete (sa vrednošću spora od 9.900,00 dinara, što ga čini sporom male vrednosti) protiv sudija (najčešće Vrhovnog suda) zbog (navodno) nezakonitog ili nepravilnog rada prilikom donošenja odluka. Najavljuju da će se takve tužbe podnositi svaki mesec. Na ročištima se opravdavaju činjenicom potrebe nužnog pritiska ‘da se sudije uozbilje.’

Ako se zna da u Republici u svakom momentu ima najmanje 1.000.000 predmeta u svim sudovima (počev od prekršajnih sudova do Vrhovnog suda) i ako tužioci najavljuju da će svakog meseca podnositi 9.500 tužbi protiv sudija Vrhovnog i Okružnog suda jasno je da meritorno odlučivanje vodi paralizi sudskog sistema.

Postupajuće sudije različito postupaju: neki dostavljaju tužbe na odgovor (suprotno ZPP-u jer se radi o sporovima male vrednosti); drugi zakazuju ročišta povodom predloga za izdavanje privremene mere (zabrana obavljanja dužnosti sudije?); treći zakazuju ročišta za glavnu raspravu sa pismenom poukom da će doneti presuda zbog izostanka; najveći broj predmeta se ne zakazuje.⁴⁸

Stari, a i novi ZPP ne sadrži pravila o odbačaju tužbe zbog nedopuštenosti (nedostatka tuživosti). Vrhovni sud se o ovom pitanju nikada nije izjasnio u obliku zaključka ili pravnog shvatanja. U ranije malobrojnim sporovima pokrenutim u režimu ranijeg zakona protiv sudija radi naknade (uglavnom) nematerijalne štete, nižestepeni sudovi su meritorno sudili i zahtev odbijali. Smatralo se da je tuživost stvar samog subjektivnog prava, da ne predstavlja procesnu pretpostavku i da u slučaju nedostatka tuživosti (kao u ovom slučaju)

⁴⁶ Tada je nosio naziv Vrhovni sud, a posle promene Ustava Srbije iz 2006. godine, počev od 2008., u zakonima nosi novi naziv: Vrhovni kasacioni sud.

⁴⁷ Pravni stav je zauzet na sednici Građanskog odeljenja VSS 15. marta 2007. godine.

⁴⁸ Podvukla VRV.

treba meritorno odlučiti presudom. Zbog novih tendencija u evropskom pravu i pojačanih težnji za zaštitom sudija u obavljanju funkcija, ali i pooštrenim drugim vidovima njihove odgovornosti (disciplinske), sadržine novog Ustava, izmenjenih pravila o odgovornosti i potenciranju imuniteta, mišljenja pravne teorije koje je u direktnoj suprotnosti sa vladajućom praksom nižestepenih sudova, a imajući u vidu nov sociološki fenomen masovnog podnošenja tužbi protiv sudija zbog navodne greške u suđenju, nameće se potreba zauzimanja pravnog shvatanja o odbacivanju tužbe.”

Prvi argument za stav da tužbe za naknadu štete protiv sudije treba odbaciti Građansko odeljenje VSS vidi u tome što imunitet čini pravo neutuživim: “Naime, u etimološkom značenju imunitet je povlastica tj. pravo određenog subjekta da bude izuzet od primene pojedinih propisa koji se na druga lica redovno primenjuju.” Drugi argument je nedostatak pravnog interesa: “Donošenje rešenja o odbačaju bilo bi zasnovano na analogiji ...zbog nepostojanja pravnog interesa za podnošenje tužbe (član 279. stav 1. tačka 6. ZPP). Za svaku parničnu radnju (kod tužbe za utvrđenje pravni interes je samo izričito zakonom izražen nužno je postojanje pravnog interesa).” Treći leži u pravilu o zabrani zloupotrebe prava: “U prisustvu jasnih pravila o postojanju imuniteta i neodgovornosti sudije za greške u obavljanju funkcije i poznatog ishoda spora, vršenja zloupotrebe prava koja se ne skriva iz člana 9. stav 1. ZPP, i jasno definisane zaštite stranke (odgovornost države sa pravom regresa protiv sudije), vidljivo je nepostojanje pravnog interesa za uspeh u sporu.”

Ostavljajući sada po strani činjenicu da je ovo prvi slučaj pledoajea VSS za odbacivanje tužbe zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja, prvo što se mora konstatovati jeste da se ovo pravno shvatanje ne izjašnjava ni o jednom standardu iz čl. 6. ZS. Drugo, VSS nije razmotrio primenjivost st. 2. čl. 6. ZS koji izričito propisuje pravo države da se regresira ako je, *inter alia*, pravnosnažnom sudskom presudom utvrđeno da je sudija štetu prouzrokovao namerno ili krajnjom nepažnjom. Nije, naime, jasno koja sudska presuda se ima u vidu – krivična protiv sudije, građanska protiv države (za naknadu štete), disciplinska odluka koja, iako nema formu presude, nije nesposobna za pravnosnažnost. Budući da zakonodavac o ovim pitanjima ćuti, trebalo je iskoristiti priliku za zauzimanja pravnog stava da se makar pitanje utvrđenja odgovornosti putem pravnosnažne presude razjasni. Za sadržinu ovog pravnog stava bilo je dovoljno da se VSS pozove na stav 1. čl. 6. ZS po kome je, u materijalnopravnom smislu, za štetu odgovorna država. Otuda bi proizišlo ili odbacivanje tužbe zbog nedostatka posebne procesne pretpostavke (prethodnog vođenja parnice protiv države) ili

pak odbijanje tužbenog zahteva zbog nedostatka pasivne legitimacije (tužen je sudija, a ne država). Presuda kojom se odbija tužbeni zahtev mogla bi biti donesena i bez raspravljanja, na osnovu čl. 291., st. 2. Zakona o parničnom postupku.

Primarna tuženička uloga države kao stvarno legitimisanog subjekta pogoršala je položaj oštećenog posle donošenja ZPP 2011. godine. U čl. 193. ZPP/2011 sadržana je tuženička privilegija države. Država, naime, ne može biti neposredno tužena već se stranka koja namerava da je tuži mora obratiti Republičkom javnom pravobranioocu (dalje u tekstu: RJP) ponudom za medijaciju, a ovaj ima galantan rok od 60 dana da se o tome izjasni. Tužba koja se podnese pre izjašnjenja RJP ili pre isteka ovog roka ima se odbaciti.⁴⁹

Bitan nedostatak odredbe čl. 6. ZS je i u tome što ne sadrži pravila o odgovornosti države, a regresno i sudije za nečinjenje. Naime, nečinjenje je, po odredbi čl. 6., st. 3. ZS, relevantno kao osnov prouzrokovanja štete samo ako je ESPLJ osudio državu i odlučio o naknadi štete zbog toga što suđenje nije bilo okončano u razumnom roku. Jer, osnovno pravilo iz st. 1. čl. 6 ZS ima u vidu samo aktivne radnje – "...nezakonitim ili nepravilnim *radom*⁵⁰..." Da je praksa o građanskoj odgovornosti sudije u Srbiji razvijena, moglo bi se, kao što je učinjeno u Nemačkoj, *a contrario* odredbi iz st. 1. čl. 6. uzeti da imunitet sudije ne važi za radnje propuštanja i da tada sudija odgovara za naknadu štete po opštem režimu. Ali, do takvog zaključka se do danas u sudskoj praksi nije došlo. Propuštanje sudije koje je dovelo do toga da se povredi standard odlučivanja u razumnom roku relevantno je kao osnov za naknadu štete samo ako je povredu prava stranke utvrdio ESLJP ili neki drugi međunarodni sud, a država se može regresirati prema sudiji ako je do propuštanja došlo usled namere ili krajnje nepažnje sudije. Pitanje odgovornosti za naknadu štete za slučajeve odbijanja ili odlaganja suđenja prema radnom nacrtu izmena i dopuna ZS objavljenom u oktobru 2012. godine prošireno je na slučaj da je i Ustavni sud utvrdio povredu prava stranke time što suđenje nije okončano u razumnom roku. Ako nema odluke ESPLJ ili odluke Ustavnog suda, nečinjenje sudije neće dati povod za njegovu odgovornost za naknadu štete (niti za odgovornost države). Međutim, po radnom nacrtu izmena i dopuna ZS država bi u budućnosti mogla vršiti regresno pravo samo ako je sudija štetu pričinio namerno, a ne i krajnjom nepažnjom.

⁴⁹ Izgleda da je odredba o tuženičkoj privilegiji države kreativno prepisana iz ZPP Hrvatske.

⁵⁰ Istaknula VRV.

To pravilo, po radnom nacrtu ZS, imalo bi da važi ne samo za nečinjenje sudije već za sve njegove radnje kojim prouzrokuje štetu stranci.

Naime, radnom verzijom izmena i dopuna ZS⁵¹ (modifikovani st. 2. čl. 6. ZS), ustanovljava se novo opšte pravilo o uslovima za vršenje regresnog prava države. Država ima pravo na regres prema sudiji, samo ako je štetu prouzrokovao namerno, a ne i krajnjom nepažnjom. Ovaj pristup predstavlja značajno odstupanje od dosadašnjeg zakonodavstva ne samo posmatranog u Srbiji već i u bivšoj Jugoslaviji. Obrazloženje za koncepcijsku promenu nije predočeno javnosti.

Odredba koja se tiče uslova za regresni zahtev Republike Srbije prema sudiji u slučaju prouzrokovanja štete proširuje sudijsku privilegiju u pogledu odgovornosti za naknadu štete. Kako je rečeno, predlaže se da sudija odgovara po regresnom zahtevu države samo ako je štetu prouzrokovao namerno. Ovakav pristup smatram neopravdanim jer je podoban da pojača neodgovornost sudija prema strankama u sudskim postupcima iz sledećih razloga:

a) Sudija je zaštićeniji od ostalih lica kada se njegov predloženi položaj upoređi sa položajem lica koja odgovaraju po regresnom zahtevu iz čl. 172. Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO)⁵² jer ta lica odgovaraju ne samo kad su štetu prouzrokovala namerno nego i u slučaju krajnje nepažnje. Nema opravdanja da se sudije privileguju u odnosu na ostale jer se za izbor sudije zahtevaju, kratko rečeno, tako visoki uslovi kao što su stručnost, osposobljenost i dostojnost.

b) Predloženo novo rešenje je u koliziji sa dosadašnjom pravnom tradicijom u Srbiji i uopšte u regionu: tradicionalnim se može smatrati zakonsko rešenje po kojem sudija regresno odgovara i kad je šteta prouzrokovana namerno kao i onda kada je prouzrokovana krajnjom nepažnjom.

c) Predloženo rešenje suprotno je praksi ESP o sužavanju građanskopravnog imuniteta sudije.

d) Odredba čl. 6., st. 2. ZS je nepotpuna jer iz nje proističe da sudija regresno odgovara ako je šteta prouzrokovana namerno onda kada je svojom radnjom

⁵¹ Objavljena na web stranici Ministarstva pravde Republike Srbije <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>. (20. 4. 2013.).

⁵² Čl. 172. ZOO glasi: (1) Pravno lice odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija. (2) Ako za određeni slučaj nije što drugo u zakonu određeno, pravno lice ima pravo na naknadu od lica koje je štetu skrivilo namerno ili krajnjom nepažnjom. (3) To pravo zastareva u roku od šest meseci od dana isplaćene naknade štete.

(aktivnim držanjem) prouzrokovao štetu. Ako je u pitanju nečinjenje sudije, zbog čega je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, da li tada treba uzeti da sudija odgovara ne samo zbog namere nego i zbog krajnje kao i zbog obične nepažnje? Pitanje se postavlja za slučaj da povredu prava nečinjenjem nije utvrdio ESLJP niti Ustavni sud. Podsećam da se, na osnovu prakse ESP u Nemačkoj, primenjuje stav da bi u slučajevima ovakvog prouzrokovanja štete sudija trebao da odgovara po opštem režimu, dakle ne samo za nameru nego i za nepažnju, uključujući i običnu (vidi izlaganja *supra*).

e) Odredba je nepotpuna. Naime, u njoj nije predviđen rok za podnošenje regresnog zahteva. Da li to znači da važi rok iz čl. 172. ZOO?

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA: DA LI JE GRAĐANSKOPRAVNI IMUNITET SUDIJE ODISTA GARANT NJEGOVE NEZAVISNOSTI?

Ratio legis imuniteta sudije kad je u pitanju odgovornost za naknadu štete prema strankama, zbog sudijskog rada ili nerada, kako se vidi iz nekih fragmenta ovog teksta, rado i sa entuzijazmom se obrazlaže potrebom da se obezbedi nezavisnost sudije i njegova sloboda u odlučivanju. Mnogo lepih reči i plemenitih, čak zavodljivih ideja je izrečeno tim povodom. Dobro ih je čitati i slušati. Nemamo pretenziju da negiramo značaj sudijskog imuniteta za nezavisnost i slobodu odlučivanja sudije. Međutim, pravnik ne može da se ne zapita – u odnosu na koga nezavisnost sudije pre svega mora da se uspostavi, koga štiti sudijska suverena sloboda primene prava?

Zadržavamo se ovde na evropskom kontinentalnom modelu u kome preovlađuje pravni standard da za štetu koju pričini sudija odgovara država. Neposredna odgovornost sudije je izuzetak od ovog osnovnog pravila, a regresno pravo države prema sudiji je uglavnom ograničeno na slučajeve prouzrokovanja štete namerno ili grubom greškom (krajnjom nepažnjom). Nacionalna prava u praktičnoj primeni uglavnom reaguju tako što nastoje da ograniče građanskopravnu odgovornost sudije, a time i odgovornost države za naknadu štete proširujući sudijski imunitet. Naddržavni sudovi (ESP, ESLJP) suprotno tome, proširujući odgovornost države (ne nužno i sudije neposredno ili po regresnom zahtevu), nastoje da posredno ipak ograniče građanskopravni imunitet sudije. Vezanost nacionalnih sudova odlukama ESP i ESLJP dovodi u novije vreme do stvarnog ograničenja sudijskog imuniteta. Koje pravne vrednosti se imaju u vidu kao obrazloženje ovih donekle suprotstavljenih tendencija?

Sudijska nezavisnost? Zahtev za naknadu štete pričinjene radnjama ili propuštanjima u vršenju sudijske funkcije redovno se podnosi protiv države. Radi se zapravo o postupku u kome se ispituje javnopravna odgovornost države u kojoj sudija nije stranka. Stranka je vlast koja je izabrala ili imenovala sudiju. Da li odista postoji dovoljno razloga da se tvrdi da postupak za naknadu štete više ugrožava sudiju od disciplinskog postupka koji se vodi prema njemu lično, a ne prema državi? Verujem da nema. Sa druge strane, pravo na pravično suđenje jeste javnopravno ovlašćenje stranke prema državi. Ako se to ovlašćenje prekrši, konsekvence kršenja se ne moraju sastojati samo u kaznenim sankcijama (kri- vičnim ili disciplinskim) prema sudiji. Stranku (građanina) ove sankcije se ne moraju ticati jer ne otklanjaju štetu koja joj je pričinjena, izuzev u nepravnom (moralnom) smislu. Međutim, mora se postaviti pitanje da li se može ovako rezonovati onda kada je sudija neposredno tužen ili kad država odluči da se u odnosu na njega regresira. Odmah valja podvući da je neposredna odgovornost sudije u evropskom kontinentalnom pravu izuzetak. Mora se podsetiti i na to da je regresni zahtev ograničen uglavnom na štete koje su prouzrokovane namerno ili krajnjom nepažnjom. U literaturi preovlađuje stav da na nezavisnost sudije može uticati kako njegova neposredna odgovornost za naknadu štete, tako i regresiranje države.⁵³ Jeste, u pitanju je suprotnost između slobode sudije u primeni zakona i njegove odgovornosti za to. Zato: da li je opravdano da onaj od koga se očekuje visoki nivo na zakonu zasnovanog suđenja i odgovor na zahtev stranke na pristup sudu i pravično suđenje stoji po strani i da bude zaštićen od građanskopravne odgovornost kada taj zahtev ne ispuni? Da li je opravdano da preko državnog budžeta šteta koja je isplaćena bude disperzira- nana na sve građane, a da sudija nema ništa sa tim? Svako društvo daje svoj odgovor kroz zakonodavstvo i praksu. Sudeći po najnovijim najavama, Srbija će se, u ime nezavisnosti sudija (u koju gotovo niko ovde ne veruje), opredeliti za proširenje građanskopravnog sudijskog imuniteta, tj. sudijske neodgovornosti, sem za slučajeve namernog prouzrokovanja štete, koje, redovno, kad je šteta vezana za sudski rad, nije lako dokazati.

Vladavina prava i stabilnost pravnosnažnih presuda? Sudijski građanskopravni imunitet se, u doktrini, opravdava i potrebom očuvanja autoriteta sudske pre- sude kojom se ostvaruje pravna sigurnost i stabilnost i time doprinosi vladavini prava. Sama po sebi, odgovornost države za naknadu štete koju pričinii sudija, pa čak i neposredna odgovornost sudije, ne utiču na pravnosnažnost osnovne

⁵³ Tehrechte, *op. cit.* u fn. 17, str. 2011.

odluke. Zahtev za naknadu štete je javnopravni zahtev, u sudskom postupku kome on da povoda stranke su drugi subjekti u odnosu na osnovni postupak. Odluka kojom se država obaveže na naknadu štete koju je pričinio sudija ili odluka prema samom sudiji suviše su daleko od principa pravne sigurnosti da bi se ovaj princip mogao koristiti kao argument za proširenje građanskopravnog imuniteta.

Država kao zaštićeni tuženi? Najprivilegovanija parnična stranka u Srbiji jeste država kada je tužena.⁵⁴ U čemu se privilegije sastoje? (a) Jedino kad država treba da bude tužena uveden je princip obavezne medijacije mimo opšteg režima zasnovanog na dobrovoljnosti jer stranka koja namerava da tuži državu (kao i autonomiju i lokalnu samoupravu) mora, ako namerava da podnese tužbu protiv nje, da podnese predlog za mirno rešenje spora. Jedini izuzetak je slučaj kad je za podnošenje tužbe predviđen prekluzivni rok. (b) Tuženoj državi, mimo opšteg napora zakonodavca da se donošenjem novog ZPP postigne više efikasnosti, ostavljen je dug rok da na (za tužioca obaveznu) ponudu za medijaciju odgovori. (c) Za tužioca vreme od 60 dana predstavlja dilatorni rok pre čijeg isteka ne sme da podnese tužbu protiv države.

Štaviše, sam *ratio legis* ovakve prekomerne zaštite države kao tužene je nelegitiman jer je zasnovan na diskriminaciji ostalih stranaka u postupku u odnosu na državu (kad je tužena). Valja podsetiti na procesnu jednakost stranaka utvrđenu kao ljudsko pravo u Ustavu Srbije (član 36., stav 1.): “Jemči se jednaka

⁵⁴ Čl. 193. ZPP glasi: “(1) Lice koja namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije, dužno je da pre podnošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu dostavi predlog za mirno rešavanje spora, osim ako je posebnim propisom predviđen rok za podnošenje tužbe. Predlog za mirno rešavanje spora mora da sadrži sve podatke iz člana 192. ovog zakona. (2) Podnošenjem predloga iz stava 1. ovog člana nastaje zastoj roka zastarelosti u trajanju od 60 dana. (3) Ako u roku iz stava 2. ovog člana Republički javni pravobranilac ne odgovori na predlog, smatra se da predlog nije prihvaćen i u tom slučaju lice iz stava 1. ovog člana može da podnese tužbu nadležnom sudu. (4) Sud će da odbaci tužbu kao nedozvoljenu, ako nije podnet predlog iz stava 1. ovog člana, odnosno ako nije protekao rok iz stava 2. ovog člana. (5) Sporazum postignut između Republičkog javnog pravobranioca i lica iz stava 1. ovog člana ima snagu izvršne isprave. (6) Odredbe st. 1. do 5. ovog člana shodno se primenjuju i u slučaju podnošenja tužbe protiv jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, kada se predlog za mirno rešavanje spora podnosi nadležnom pravobranilaštvu, odnosno ovlašćenom zastupniku jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave. (7) Odredbe st. 1. do 5. ovog člana ne primenjuju se ako je posebnim zakonom propisan postupak za mirno rešavanje spora ili medijacije, koji se odnosi na sporove sa Republikom Srbijom.”

zaštita prava pred sudovima i drugim državnim organima, imaocima javnih ovlašćenja i organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave.” U parničnom postupku svaka parnična stranka, bez obzira da li je fizičko ili pravno lice, mora imati, makar legislativno gledano, jednak položaj. Država, međutim, po ZPP/2011 kao tužena parnična stranka ima povoljniji položaj od ostalih tuženih. Ne treba verovatno ni podvlačiti da je ovako uređen položaj države kao tužene stranke u suprotnosti sa načelom ravnopravnosti parničnih stranaka utvrđenim u članu 2. ZPP/2011: “Stranke imaju pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu svojih prava.” Naglašavamo da se u radnoj verziji izmena i dopuna ZPP/2011 objavljenoj u oktobru 2012. godine⁵⁵ nije bitno odstupilo od privilegovanog položaja države kao tužene stranke. Ova privilegija države važi i za sporove koje pokrene stranka radi naknade štete koju je pričinio sudija. Moglo bi se tvrditi da je ona, kad je reč o odgovornosti za naknadu štete koju pričinio sudija, podobna da uspostavi neku vrstu ograničenijeg građanskopravnog imuniteta države u odnosu na uobičajeni standard.

Najnoviji razvoj sudijskog građanskopravnog imuniteta u Srbiji pokazuje, sa praktičnog stanovišta, dve nesumnjive tendencije: (a) stranci se posredstvom ZPP otežava pristup sudu kad odluči da tuži državu radi naknade štete koju je pričinio sudija; (b) regresni zahtev države prema sudiji namerava se ograničiti samo na slučaj kad je sudija pričinio štetu namerno. Ne samo da je ovakav pristup u koliziji sa praksom ESLJP i ESP – on je u nekim svojim aspektima obeshrabrujući za praksu, a od najvišeg sudskog tela, posredstvom pravnog shvatanja (up. *supra*), dijagnosticiran tako da se građanskopravna neodgovornost sudije posmatra kao “prirodan standard”. Dovedi ga u pitanje gotovo znači zloupotrebiti pravo.

⁵⁵ Up. <http://www.mpravde.gov.rs/> (20. 4. 2013.).

Summary

Vesna Rakić-Vodinečić *

**LIMITED JUDICIAL LIABILITY FOR DAMAGES
A PRIVILEGE INDISPENSABLE FOR JUDICIAL INDEPENDENCE,
OR AN ELEMENT OF STRENGTHENING JUDICIAL IRRESPONSIBILITY?**

Until today, judicial immunity has been explained by the need to secure independence of judges and courts. High requirements for election of judges and the demanding conditions for their dismissal were until recently considered to be sufficient to guarantee legality of judicial conduct of proceedings and correctness of judicial adjudication, so that the idea of disciplinary liability of judges had difficulties finding its advocates in the states successors of former Yugoslavia. In cases where judges cause damages by their work, the damage will be regularly compensated by the state, which can, in turn, under specific conditions raise a recourse claim against the judge.

This paper outlines some important points in the historic development of judicial immunity for damage compensation in England, USA, Germany and France. The contemporary laws and regulations and the leading cases of these countries are presented as well, including some relevant information on situation in some other European countries.

The main argument for establishing judicial immunity in civil cases, ie the need to guarantee judicial independence, is met in this paper by criticism, in particular from the viewpoint of current and announced legislative developments in Serbia. The author initiates her critical analysis by the submission that direct judicial liability is currently only an exception to the rule that the state covers the damages caused by judicial work, while the right of recourse of the state against a judge is generally limited to cases in which the damages were caused intentionally or by gross negligence. National legislations display a trend of further limiting civil liability of judges, and thereby also of the state, for compensation of damages, effectively broadening judicial immunity. On the contrary, European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU tend to extend the liability of the state, and thereby also the civil liability of judges. The binding force of the European judicial institutions for the national courts has in recent times led to effective limitation of judicial immunity.

* Vesna Rakić-Vodinečić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University Union, Goce Delčeva 36, Belgrade (Serbia).

In her concluding remarks, the author presents and explains her analysis of most recent tendencies in the development of judicial immunity in civil matters in Serbia. They are the following: under current rules of civil procedure, injured parties have difficulties securing their right of access to court when they decide to sue the state for damages caused by judges; the right of state to recourse claims against judges is planned to be limited, in the announced amendments of the Law on Judges, only to cases where judges have committed damages intentionally. Such an approach is considered to be inappropriate. It can secure neither real judicial independence, nor the rule of law. In addition, this approach discourages formation of reliable corpus of case law regarding civil immunity of judges.

Keywords: liability for damages, judicial immunity, judicial independence, civil procedure.

MJESNI SUD NA HRVATSKO-SLAVONSKOM PODRUČJU IZMEĐU SUDSKE I UPRAVNE VLASTI

*Prof. dr. sc. Dalibor Čepulo **

Mjesni sud je kao općinski sud s laičkim sastavom uveden u hrvatsko-slavonski sudbeni sustav u razdoblju bečkog apsolutizma uredbom austrijske vlade iz 1860., a konačno je uređen hrvatskim autonomnim zakonom iz 1876. koji je bio normativna osnova te institucije do 1945. Mjesni sud imao je obveznu nadležnost u imovinskim sporovima male vrijednosti s pravom nezadovoljne stranke na priziv na prvostupanijski sud, ali je zbog visokog minimuma de facto obavljao dio parnične nadležnosti. Zbog njegove dobre prihvaćenosti u hrvatskom društvu saborski su se zastupnici 1876. usprotivili prijedlogu tadašnje hrvatske vlade o pretvaranju mjesnog suda u obranički sud čime se htjelo dosljedno provesti načelo odvajanja sudstva i uprave prema uzoru na promjene u Austriji. Tako je, iz pragmatičkih razloga, mjesni sud zadržao i neke elemente upravne prirode, ali se smatrao dijelom sudbene vlasti.

Ključne riječi: mjesni sud, sud laika, sudstvo i uprava, postupak u sporovima male vrijednosti.

1. UVOD

Mjesni sud kakav je u Hrvatsku i Slavoniju uveden zajedničkom uredbom ministara unutarnjih poslova i pravosuđa austrijske vlade 1860. i konačno uređen u hrvatskom zakonodavstvu 1876. višestruko je zanimljiva tema na disciplinarnom sjecištu pravne povijesti, građanskog postupovnog prava, upravnog prava pa i ustavnog te poredbenog prava. Kao sažeto, prethodno određenje mjesnog suda može se navesti da je bila riječ o lokalnom, laičkom sudu s nadležnošću u maličnim sporovima koji je objedinjavao sudstvo i upravu te se nalazio izvan

* Dr. sc. Dalibor Čepulo, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

sustava redovnog sudstva i bio najbliže društvenom tkivu u lokalnim zajednicama. Može se pretpostaviti da je zbog te blizine društvenoj osnovi stvarno značenje mjesnog suda daleko nadilazilo utjecaj u društvu karakterističan za posebne sudove ograničene specijaliziranošću ili drugom vrstom “rubnog” položaja u sudbenom sustavu. Značenju mjesnog suda zasigurno je doprinosila i činjenica njegove dugotrajnosti jer je ta institucija postojala i u jugoslavenskoj državi osnovanoj 1918. te u Nezavisnoj Državi Hrvatskoj, ali nije preuzeta i u pravni sustav komunističke države koji se gradio tijekom Drugog svjetskog rata i nakon njegova okončanja.

Mjesni sud pripadao je među, zacijelo prilično rijetke, uspješne “transplante” u hrvatski pravni sustav. Uspješnost tog uređenja prenijetog iz drugog pravnog sustava je, paradoksalno, osiguralo odbijanje hrvatskog zakonodavca da 1876. prihvati transplantiranje nove inačice iz Austrije i odbijanje da dotadašnje uređenje podredi doktrinarnim okvirima.

Vjerujemo da je zbog društvene važnosti i opisane pravne posebnosti mjesni sud imao daleko veću važnost u razvoju hrvatskog sudstva i korespondentne pravne kulture negoli bi se to moglo zaključiti iz interesa za tu instituciju u hrvatskoj znanstvenoj i stručnoj literaturi. Naime, mjesni sud je do danas ostao gotovo posve neobrađen u našoj pravnopovijesnoj literaturi, a i pravna literatura onog vremena mu je pažnju poklanjala prvenstveno na posredan način pri tematiziranju pitanja uređenja maličnog postupka pred redovitim sudom.

Takav neopravdan izostanak znanstvenog i stručnog interesa potaknuo nas je da damo barem početni doprinos u skretanju pažnje na instituciju mjesnog suda. Vjerujemo da poznavanje iskustva mjesnog suda može doprinijeti potpunijem razumijevanju procesa izgradnje pa i današnjeg stanja hrvatskog pravosuđa i pravne kulture te da, do neke mjere, može biti poticaj i u razmatranju novih rješenja. Stoga ćemo ovdje opisati proces donošenja Zakona o mjesnim sudovima u Hrvatsko-slavonskom saboru 1876. i bitna obilježja tog zakona nadajući se da će naš rad biti poticaj za dalje studioznije i empirijsko bavljenje ovom temom kakvo ona zaslužuje.

2. UVOĐENJE MJESNOG SUDA U HRVATSKO-SLAVONSKI PRAVNI SUSTAV

Punije institucionalne i društvene pretpostavke za pojavu, odnosno uvođenje mjesnog suda uspostavljene su tek 1851. Tada je tradicionalno uređenje općina

bilo zamijenjeno općinskim redom koji je ban Jelačić uredbom iz kolovoza te godine donio prema austrijskom uzoru nakon čega su i neke manje općine objedinjene u veće. Novim su uređenjem uvedeni općinski odbori čiji je djelokrug obuhvaćao upravljanje općinskom imovinom i predmetima od neposrednog interesa za općinu dok je izabrani općinski glavar bio izvršni organ općinskog odbora i ujedno imao preneseni djelokrug viših organa uprave.¹ Time je bitno poraslo dotadašnje značenje općina kao jedinica lokalne autonomije. Supripadno novom položaju općina koje su mogle uređivati sva lokalno važna pitanja trebalo je biti i uvođenje lokalnog suda koji bi razrješavao manje važne sporove između pripadnika općine i time doprinio uređenju života u lokalnim okvirima. Međutim, takvi su općinski sudovi u Hrvatsku i Slavoniju uvedeni zajedničkom uredbom ministara unutarnjih poslova i pravosuđa austrijske vlade o uvođenju mjesnih sudova s nadležnošću za suđenje u “pomanjim parnicama” tek u svibnju 1860., to jest pred sam konac apsolutizma.²

Prema toj su uredbi mjesni sudovi osnovani kao lokalni sudovi u parnicama male vrijednosti u gradovima i velikom broju općina u kojima su, ovisno o veličini i značenju naselja, sudili u sporovima do 25, 60 i 100 forinti. U tim su sudovima sudstvo i uprava bili objedinjeni u organskom, funkcionalnom i personalnom smislu. Tako je predsjednik mjesnog suda *ex officio* bio općinski načelnik dok su prisežnici bili vijećnici općinskog zastupstva izabrani na tri godine u samom tom vijeću. Protiv rješenja mjesnog suda, koje se donosilo nakon provođenja jednostavnog i fleksibilnog strogo usmenog postupka, nezadovoljna je stranka mogla pokrenuti novi postupak zbog materijalne povrede prava - ovisno o prirodi predmeta - pred sudskim, odnosno upravnim organima. Priziv protiv odluke tog tijela bio pak je ograničen i mogao se uložiti jedino ako je bila riječ o svoti iznad 25 forinti i ako je odluka glasila na preinačenje rješenja mjesnoga suda. Opći nadzor glede propisanog ustrojenja i rada mjesnih sudova trebala je voditi upravna vlast.³

¹ Beuc, I., *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije. Pravnopovijesne studije*, Zagreb – Čakovec, 1985., str. 264, 275; *Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji. I.*, “Napisao, sustavno uredio i protumačio Milan Smrekar”, Zagreb, 1899., str. 329, 331 - 333.

² Naredba ministara unutarnjih poslova i pravosuđa od 26. svibnja 1860. o uvođenju mjesnih sudova koji će suditi i rješavati pomanje parnice, *Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju. Godina 1863.*, I., Zagreb, 1881., (dalje u tekstu: SZ, 1863.), str. 137 - 144.

³ *Ibid.*

Ta je uredba na snazi ostala i nakon vraćanja ustavnosti 1860. i nakon ponovnog uvođenja u Hrvatsku i Slavoniju municipalnog, odnosno županijskog sustava 1861. Zapravo je municipalna podloga upravnog ustroja koja se zasnivala na jako izraženoj županijskoj autonomiji pogodovala postojanju laičkog općinskog suda koji je proizlazio iz same općine kao lokalne zajednice. Takvo uklapanje mjesnih sudova u hrvatski upravni i pravosudni sustav bilo je izraženo i Naputkom za privremeno uređenje županijah, slobodnih kotarrah, slobodnih kraljevskih gradovah, povi. tergovištah i seoskih općinah u kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji koji je 1861. izradila Banska konferencija, tijelo sa savjetodavnom nadležnošću, a kralj ga je donio uredbom uz zamjetne izmjene prijedloga. Banska konferencija nije dospjela izraditi i poseban nacrt uredbe o uređenju sudstva nego je u navedenom Naputku odredbama načelne prirode u osnovi preuzet zatečen ustroj sudstva koji su činili mjesni sudovi, kotarski sudovi, županijski inokosni sudovi i zborni sudbeni stolovi.⁴

Prihvaćenost mjesnih sudova u Hrvatskoj i Slavoniji izražena je i u nacrtu Građanskopravne osnove, koja je objedinjavala odredbe građanskog i građanskopostupovnog prava, a koju je 1861. izradio Sudski odbor kao *ad hoc* odbor Hrvatsko-slavonskog sabora⁵, u kojem su predviđeni i mjesni

⁴ I nacrt Naputka koji je izradila Banska konferencija i njegova inačica koju je u obliku uredbe donio kralj predvidjeli su podžupana kao predsjednika *ex officio* županijskog sudbenog stola dok je prisjednike sudova do odgovarajućeg zakonskog uređenja trebala birati županijska skupština. (Bio je odbačen prijedlog iz nacrta Naputka da prisjednike "jednom za svagda" imenuje veliki župan.) Ostalo pak je osoblje birano na tradicionalan način. Usp. §§ 29. - 40. nacrta Naputka i ispravke Banske konferencije. Spisi saborski sabora kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od god. 1861., I., "Uredili i izdali Bar. Dragojlo Kušlan i Dr. Mirko Šuhaj", Zagreb, 1862., (dalje u tekstu: SS, 1861., I.), str. xxv - xxxi. Usp. i glede uređenja sudstva osjetno izmijenjen oblik Naputka koji je dobio kraljevsku potvrdu u: SZ, 1863., str. 277 - 287. Sudstvo je, zapravo, ostalo jednako organizirano, što je i formalno potvrđeno naredbom Dvorske kancelarije od 16. rujna 1862., SZ, 1863., str. 506 - 508.

⁵ Taj je odbor imao 17 članova među kojima su bili i poznati političari i javni djelatnici onog doba: podban Ivan Zidarić, Jovan Živković, Dragojlo Kušlan, Koloman Bedeković, Eugen Kvaternik, Jaćim Pavletić, Matija Mrazović i Avelin Čepulić. Odbor je prethodno pregledao odgovarajuće ugarske zakone kao mogući model za izradu hrvatskih zakona, ali njima nije bio zadovoljan te je u raspravi o tome da li kao modelsku osnovu novih hrvatskih zakona uzeti ugarske zakone ili austrijske, koji su bili uvedeni početkom pedesetih godina i bili na snazi cijelo desetljeće, zaključio da se iz jednih i drugih treba uzeti ono što je za Hrvatsku i Slavoniju najbolje. Zakonski članak LXXX:1861., SS, 1861., I., str. 72; Spisi saborski sabora kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od god. 1861., IV., "Uredili i izdali Bar. Dragojlo Kušlan i Dr. Mirko Šuhaj", Zagreb, 1862., (dalje u tekstu: SS, 1861., IV.), str. 264.

sudovi.⁶ Bitno obilježje sudbenog sustava predviđenog tim nacrtom bila je njezova municipalna priroda pa su tako suce trebale birati skupštine municipija, odnosno Hrvatsko-slavonski sabor⁷ te spojenost sudstva i uprave na najnižoj (mjesni sud) i najvišoj razini (Banski stol, Senat Banskog stola) u kojima su upravni dužnosnici *ex officio* vršili funkciju predsjednika suda.⁸ Taj je nacrt postao zahtjev profesionalne osposobljenosti za obavljanje sudbene funkcije za čije se obnašanje tražio završen pravni fakultet, odnosno (do otvaranja sveučilišta i pravnog fakulteta u Zagrebu) odvjetničko-sudbeni ispit i stručno iskustvo.⁹ Nacrt je predviđao osnivanje mjesnih sudova u svakoj općini, a do donošenja odgovarajućeg propisa osoblje je trebalo biti izabrano po izbornicima općine, s tim da je gradski sudac morao zadovoljavati uvjete koji su bili predviđeni za suca dok to nije vrijedilo i za seoskog suca.¹⁰ Ustrojavanje pravosuđa u Hrvatskoj i Slavoniji je, međutim, krenulo drugačijim smjerom od onog kakvo je namjeravao provesti Hrvatsko-slavonski sabor jer je kraljevom odlukom u osnovi zadržan dotadašnji sustav državnog sudstva uveden za apsolutizma kao i mjesni sudovi osnovani ministarskom uredbom iz 1860.¹¹

⁶ Građanskopravnu osnovu v. u: SS, 1861., IV., str. 1 - 161. Građanskopostupovni dio te osnove izradio je Đuro Križanić, SS, 1861., IV., str. 269.

⁷ Zanimljivo je da se za izbor višeg pravosudnog osoblja predviđalo "žrebanje" koje bi vršila "porota" od 24 člana koju bi između sebe izabrali Sabor, odnosno županijska skupština. Usp. Građansko pravo. Oblični dio, §§ 25. - 27., SS, 1861., IV., str. 29.

⁸ Nacrt Građanskog prava u § 30. predviđa doživotnost zvanja suca te micanje iz zvanja ili mjesta samo na temelju "zakonske osude". No, ta jamstva nisu trebala vrijediti za (municipalne) županijske suce i prisjednike te namještenike državnog odvjetništva na županijskoj razini kao i za one suce koji su svake treće godine trebali biti podvrgnuti postupku reizbora. Time je zapravo očuvano načelo municipalne reizbornosti sudaca. Usp. SS, 1861., I., str. 73 - 79; SS, 1861., IV., str. 30 *sqq.*

⁹ Treba napomenuti da je u to doba u Zagrebu postojala jedino trogodišnja Pravoslavna akademija, ali je Sabor 1861. pripremio nacrt zakona o osnivanju sveučilišta u Zagrebu s pravnim fakultetom koji zbog raspuštanja Sabora nije usvojen. O razvoju pravnog obrazovanja u Zagrebu v. Čepulo, D., *Razvoj pravne izobrazbe i pravne znanosti u Hrvatskoj do 1776. godine i Pravni fakultet u Zagrebu od osnivanja 1776. do 1918. godine*, u: Pavić, Ž. (ur.), *Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu*, knj. 1., sv. 1., Zagreb, 1996., str. 51 - 93.

¹⁰ Odgovarajuće odredbe o ustrojstvu sudstva, sudačkim kvalifikacijama i izborima sudačkog osoblja v. u: SS, 1861., IV., str. 24 - 37, 50 - 52, 176 - 179.

¹¹ Usp. naredbu Dvorske kancelarije od 16. rujna 1862. o uvođenju sudbenih stolova, SZ, 1863., str. 506 - 508. Usp. i Gross, M.; Szabo, A., *Prema hrvatskome građanskom društvu*, Zagreb, 1992., str. 143.

Do promjene takva sustava i položaja mjesnih sudova neće doći ni nakon donošenja Hrvatsko-ugarske nagodbe kojom je uređenje pravosuđa utvrđeno kao autonomna hrvatska nadležnost. Zakon o županijama iz 1870. nije proveo odvajanje sudstva i uprave, a taj je zakon uz obrazloženje da su se brzinom i jeftinošću potvrdili u praksi zadržao i mjesne sudove.¹²

3. UREĐENJE POLOŽAJA I NADLEŽNOSTI MJESNOG SUDA U SKLOPU MAŽURANIĆEVIH REFORMA 1876.

Međutim, reforme poduzete nakon dolaska Ivana Mažuranića na položaj bana 1873. stvorile su novo institucionalno okruženje kojem se moralo prilagoditi i uređenje mjesnog suda. Jezgru Mažuranićevih reformi predstavljale su upravne i sudske reforme koje su se zasnivale na odvajanju dotad objedinjenih sudstva i uprave. Podlogu za to postavio je Zakon o vlasti sudačkoj iz 1874. prema kojem je sudstvo, između ostalog, bilo definirano kao dio državne (kraljeve) vlasti jer su se presude izricale isključivo u kraljevo ime te je počivalo na odvojenosti od uprave i profesionalnom statusu sudaca koji su uživali neka jamstva neovisnosti. Nakon tog su zakona u području uprave i sudstva doneseni ustrojbeni i postupovni zakoni kojima su provedena ta i neka druga načela iz Zakona o vlasti sudačkoj. U tom je reformskom sklopu Zemaljska vlada još u listopadu 1874. Saboru predložila i Zakon o mjestnih sudovih i postupku pred njima kojim je položaj mjesnih sudova prvenstveno htjela uskladiti sa Zakonom o vlasti sudačkoj te unijeti i neke druge izmjene. Prijedlog Zakona o mjesnim sudovima i postupku pred njima bio je zasnovan na austrijskom uređenju te materije iz 1873. koje više nije poznavalo mjesne sudove s pravom sudbenosti nego mirovne sudove kao obraničke sudove nakon kojih se, u slučaju nepostizanja nagodbe, mogla podnijeti tužba kotarskom sudu.¹³

Prema uzoru na austrijsko uređenje Zemaljska vlada je i mjesne sudove u Hrvatskoj i Slavoniji htjela pretvoriti u mirovne sudove, odnosno obraničke sudove koji bi arbitrirali u sporovima do 30 forinti među strankama koje bi se

¹² Usp. obrazloženje bana u: Saborski spisi sabora kraljevinah Dalmacije, Hrvatske i Slavonije od godine 1865. - 1867., Zagreb, 1900., str. 156.

¹³ Derenčin, M., *Tumač zakonu od 3. listopada 1876. o postupku u pravnih poslovih manje vrijednosti (o postupku bagatelnom ili maličnom) pred kr. kotarskimi sudovi (gradsko-delegovanimi kot. sudovi)*, Zagreb, 1877., str. 13.

tom sudu podvrgle sporazumno i bez prava priziva. Sudska bi se pak zaštita u imovinskim sporovima male vrijednosti, kao i u Austriji, ostvarivala u maličnom postupku pred redovnim sudovima, to jest pred kotarskim sudom čija bi se presuda mogla osporiti u prizivnom postupku pred višim sudom bez ikakvih ograničenja.¹⁴ Time se bitno mijenjao dotadašnji položaj mjesnog suda kao obveznog foruma za rješavanje imovinskih sporova male vrijednosti čija se odluka mogla osporiti pred kotarskim sudom s ograničenom mogućnošću priziva. Vladino rješenje predstavljalo je dosljednu provedbu načela odvajanja sudstva i uprave te afirmiralo načelo stručne osposobljenosti za funkciju suđenja umjesto dotadašnjeg suda laika s obveznom sudbenošću.

Međutim, taj prijedlog Zakonodavni odbor nije dobro prihvatio te je predložena osnova izmijenjena u samim načelima. Naime, zastupnici su smatrali da su se mjesni sudovi u dotadašnjoj praksi pokazali dobrim rješenjem jer su olakšavali i približili sudsku zaštitu i siromašnim građanima u smislu teritorijalne i funkcionalne dostupnosti. Za razliku od kotarskih sudova koji su bili osnovani u kotarskim središtima, mjesni su sudovi bili znatno bliži seoskom stanovništvu, bitno jeftiniji, a jednostavan i razumljiv postupak u kojem je stranka mogla sama aktivno sudjelovati provodili su članovi lokalne zajednice koji su dobro poznavali lokalne prilike, a počesto su i neposredno bili upućeni u stanje stvari. Zbog toga su zastupnici smatrali da bi prebacivanje sudbene nadležnosti mjesnih sudova u nadležnost kotarskih sudova u stvarnosti znatno umanjilo mogućnost pravne zaštite siromašnom stanovništvu i osiguralo prednost imućnijim strankama.¹⁵ Osim toga, u prilog zadržavanju mjesnih sudova govorio je i jedan politički razlog. Naime, u to su doba zbog racionalizacije ukinuta dva zborna suda, u Rijeci i Križevcima, što je izazvalo izvjesno uznemirenje javnosti zbog straha da će na red doći i sudovi u drugim središtima pa je daljnje ukidanje sudova u tom trenutku bilo politički neoportuno.

Iz tih je razloga Zakonodavni odbor Sabora zadužio trojicu članova da izrade alternativni prijedlog Zakona o mjesnim sudovima koji bi se temeljio na sljedećim načelima: 1) mjesni sud ustrojava se za svaku općinu, 2) mjesni sud

¹⁴ *Ibid.*, str. 4. Usp. i istupe u saborskoj raspravi Marijana Derenčina i predstavnika Zemaljske vlade Danila Stankovića, Saborski dnevnik kraljevinah Hrvatske, Slavonije i Dalmacije godina 1872. – 1875., II., Zagreb, 1875., (dalje u tekstu: DS, 1872.), str. 1901. - 1902.

¹⁵ Vladin predstavnik Danilo Stanković pretpostavio je (doduše, bez uvida u statističke podatke) da će se po tom zakonu rješavati “do tri četvrtine svih političkih (tj. upravnih - op. aut.) parnica”. DS, 1875., II., str. 1825.

sastoji se od mjesnog suca, zamjenika i više prisežnika, 3) mjesnog suca, njegova zamjenika i prisežnika bira općinsko zastupstvo, 4) izbor mjesnog suca potvrđuje ban, 5) nadležnost mjesnih sudova obuhvaća imovinske sporove do 100 forinti u gradovima, do 60 forinti u većim općinama i do 30 forinti u svim ostalim općinama, 6) mjesni sud sudi u zboru koji čine mjesni sudac i prisežnici, 7) u postupku pred mjesnim sudom kao dokaz može se koristiti i prisega, 8) protiv presuda mjesnog suda dopušten je priziv kotarskom sudu koji spor rješava prema odredbama postupka o bagatelnim predmetima, ali bez prava na daljnji priziv, 9) kotarski sudovi imaju i prvostupanjsku nadležnost u imovinskim sporovima do 100 forinti koji ne bi pripadali u nadležnost mjesnih sudova, 10) stranke se mogu sporazumjeti o rješavanju spora prema odredbama postupka o bagatelnim predmetima ako mu vrijednost ne prelazi 500 forinti.¹⁶

Na tim je osnovama Zakonodavni odbor donio vlastiti prijedlog zakona koji je nadgradio ministarsku uredbu o mjesnim sudovima iz 1860. te se u načelu razlikovao od Vladina prijedloga. Osnovna razlika u odnosu na Vladin prijedlog bila je u tome što je prijedlog Odbora pridržavao mjesnom sudu obveznu sudbenost u sklopu navedene nadležnosti i, posljedično, pravo priziva na odluku mjesnog suda kotarskom sudu koji bi u skraćenom maličnom postupku rješavao spor bez daljnje mogućnosti ulaganja redovnih pravnih lijekova redovnom sudu. Time je odbačen položaj mjesnih sudova kao isključivo mirovnih i obraničkih lokalnih sudova kakav im je prema austrijskom uzoru namijenila Vlada. No, istovremeno su, do neke mjere, usvojeni i Vladini zahtjevi za odvajanjem sudstva i uprave te osiguranje kompetentna suđenja time što se pravna zaštita mogla zatražiti isključivo pred sudom, a ne više i pred upravnim tijelom u prizivnom postupku.¹⁷

Kao ključni razlog navedenih izmjena Vladina prijedloga Odbor je naveo da viđenje rješavanja sporova u lokalnoj zajednici nagodbom počiva na romantičarskoj zabludi jer u stvarnosti stranke ne odustaju od svojih zahtjeva te u slučaju neuspjeha u nagodbenom postupku ionako pribjegavaju parnici. Štoviše, zastupnici su, na temelju vlastitog iskustva, tvrdili da je mjesni sud kod neobrazovanih seljaka stekao autoritet upravo nastupanjem u sudskoj funkciji te mogućnošću neposrednog traženja sudske zaštite protiv njegove odluke zbog čega bi mirovna i obranička uloga mjesnog suda u stvarnosti narušila taj autoritet i dovela do njegove neučinkovitosti, odnosno do neuvažavanja odluka

¹⁶ Derenčin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 7 - 8.

¹⁷ *Ibid.*, str. 4 - 5. Usp. i Derenčinovo obrazloženje u: DS, 1872., str. 1901.

suda. Također se navodilo da bi se u stvarnosti i zajamčena sudska zaštita pred redovnim sudom pokazala kao neučinkovita jer bi ona, s jedne strane, dijelu seljaka zapravo onemogućila ili otežala ostvarivanje prava na sudska zaštitu zbog već navedenih razloga, a, s druge strane, dovela bi do povećanja broja parnica na kotarskim sudovima te, općenito, zagušila ionako preopterećene sudove. Odbor je na Vladine tvrdnje o potrebi jačanja stručne profesionalne osnove sudstva odgovarao upućivanjem na primjere francuskih i badenskih mirovnih sudova koji su imali sudska nadležnost, i to s visokim novčanim cenzusom, kao i naglašavanjem prednosti dobrog poznavanja lokalnih prilika i običaja od strane lokalnih neobrazovanih sudaca pred stručnim znanjem profesionalnih sudaca u slučaju bagatelnih sporova.¹⁸

Zbog tog načelnog razilaženja Vlada je u dva navrata tražila odgodu već zakazanih rasprava o prijedlogu zakona o mjesnim sudovima kako bi zauzela stajalište, odnosno dostavila Odboru svoje sugestije o izmjenama svog prijedloga.¹⁹ Tek je u tom međuvremenu Vlada prikupila statističke podatke koji su govorili u prilog stajalištu zastupnika.²⁰ Takav tijek zbivanja upućuje na to da je unatoč ocjenama Vlade o velikoj važnosti zakona o mjesnim sudovima i bagatelnom postupku ona ipak bila više okupirana drugim poslovima i zanemarivala to pitanje. No, nakon uvida u statističke podatke kao i zbog određenog pritiska javnosti Vlada je na koncu načelno prihvatila prijedlog Zakonodavnog odbora, ali je zahtijevala i unošenje određenih izmjena. Te su izmjene imale za cilj čim veće pojednostavljivanje i pristupačnost propisa laicima te zadržavanje državnog nadzora nad mjesnim sudovima koji bi zadržali obveznu sudbenost. Vlada je tako tražila da dobije ovlaštenje osnivanja po jednog mjesnog suda za više općina s obzirom na to da je ocijenjeno da neke općine prema obrazovnom sastavu stanovništva nisu imale dovoljan kapacitet za osnivanje mjesnih sudova.

¹⁸ Derenčin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 6 - 7.

¹⁹ Vlada je prvu odgodu tražila 10. siječnja 1875., kada je trebala početi rasprava o prijedlogu Odbora. Potom je taj prijedlog došao na dnevni red 31. svibnja 1875. kada je Vlada opet tražila odgodu kako bi mogla Odboru dati sugestije o izmjenama prijedloga. Sama ta situacija kao i obrazloženje prijedloga prije upućuje na to da se Vlada u tri mjeseca njime nije previše bavila. Konačno je Zakonodavni odbor dostavio svoj novi izvještaj izrađen nakon kontakata s Vladom te je saborska rasprava o prijedlogu zakona provedena 6. lipnja 1875. DS, 1872., str. 1825, 1883 - 1884, 1892.

²⁰ Prema podacima za razdoblje 1872. - 1874. mjesni su sudovi riješili 272.975 sporova od kojih se je nagodbom okončalo 73.950, a "osudom" 199.025 protiv kojih je uloženo tek 15.475 priziva. Prema Derenčin, *op. cit.* u bilj. 13, str. 9.

Nadalje, Vlada je tražila dobivanje ovlasti da prema svojoj ocjeni proširi nadležnost pojedinih mjesnih sudova do visine od 60 forinti u sredinama koje bi zbog imovinske snage i obrazovanosti stanovništva smatrala dorašlima za takvu širu nadležnost. Konačno, Vlada je tražila da se prisega isključi kao dokazno sredstvo upućujući na tendenciju napuštanja tog iracionalnog dokaznog sredstva i mogućnost njegove zlorabe pred sudom laika koji teško mogu razumjeti pravnu dimenziju prisege, a, osim toga, prisega je bila isključena i iz maličnog postupka pred kotarskim sudovima. Konačno, Vlada je tražila da se za cijeli taj sklop donesu dva zakona, i to o mjesnim sudovima i postupku pred njima te o maličnom postupku pred kotarskim sudovima.²¹ Sa svim se tim izmjenama hrvatsko rješenje i načelno razlikovalo od austrijskog uzora.

Tako su na dnevni red Sabora konačno došli prijedlog Zakona o mjesnim sudovima i postupku pred njima te prijedlog Zakona o postupku u pravnim poslovima manje vrijednosti pred kotarskim sudovima.²² Prijedlog Zakona o mjesnim sudovima i postupku pred njima utvrđivao je da se mjesni sud u pravilu ustrojava za svaku općinu, ali je Vladi davao ovlaštenje za osnivanje zajedničkog mjesnog suda za dvije ili više općina kao i za određivanje njegova središta (§ 1.). Sud se trebao sastojati od mjesnog suca, njegova zamjenika i prisežnika koji su službu vršili besplatno, a na godinu dana ih je biralo općinsko zastupstvo, odnosno objedinjena općinska zastupstva u slučaju zajedničkog mjesnog suda (§§ 3. - 6.). Sudsko osoblje je u gradovima određivao načelnik dok su ga u ostalim općinama činili bilježnik i općinsko osoblje (§ 17.). Izbor mjesnog suca i zamjenika na prijedlog upravne vlasti potvrđivao je ban, a nakon trostrukog odbijanja potvrde ban je na prijedlog upravnih vlasti trebao imenovati drugog suca (§ 7.). Za mjesnog suca mogao je biti izabran općinar (pripadnik općine) koji je imao stalno prebivalište u općini, imao najmanje 30 godina i bio pismen, što je trebalo jamčiti kvalitetno obavljanje te funkcije (§ 8.). Kao osobe "nesposobne" za obavljanje funkcije suca, njegova zamjenika i prisežnika navedene su osobe osuđene ili optužene zbog zločina, prijestupa ili prekršaja kojim se vrijeđalo javno ćudoređe ili koji je počinjen zbog koristoljublja te osobe u stečaju (§ 9.). Za suca mjesnog suda nisu mogli biti izabrani ni ban i odjelni predstojnici Zemaljske vlade, suci i sudski službenici, svećenici, učitelji i aktivne vojne osobe te osobe koje su mogle otkloniti izbor (§ 10.). Među onima koji su mogli otkloniti izbor bili su saborski zastupnici, osobe starije od 65 godina,

²¹ *Ibid.* Usp. i obrazloženje Zakonodavnog odbora u: DS, 1872., str. 1909.

²² Osnovu o mjesnim sudovima i postupku pred njima v. u: DS, 1872., str. 1909 - 1917.

odvjetnici, aktualni suci i prisežnici mjesnog suda, liječnici i drugi (§ 11.). Suci, zamjenici i prisežnici birali su se u općinskom vijeću s liste osoba koje su udovoljavale navedenim uvjetima koju je izrađivalo općinsko poglavarstvo (§ 13.). Tako izabrani članovi mjesnog suda koje je potom imenovao ban bili su dužni prihvatiti postavljenje uz prijatnju novčanom kaznom od 25 do 50 forinti te su davali prisegu pred predsjednikom teritorijalno nadležnog kotarskog suda (§§ 14. - 15.). Broj prisežnika je za pojedini mjesni sud utvrđivala Vlada prema broju obrazovanih pripadnika pojedine općine.²³

Mjesni sud je sudio u sastavu koji su činili mjesni sudac kao predsjednik i dvojica prisežnika (§ 19.), trebao je zasjedati barem jedanput tjedno (§ 17.), a rješidbe je izricao u ime kralja. Kao što je rečeno, nadležnost suda je obuhvaćala građanskopravne sporove do 100 forinti u gradovima, a do 30 forinti u ostalim općinama, s tim da je Vlada mogla povisiti taj iznos na 60 forinti u slučaju odgovarajućih okolnosti (broj i profesionalna struktura stanovništva, prometne okolnosti itd.) dok je mjesna nadležnost bila određena prema prebivalištu tuženika (§§ 21., 24.). Postupak se pokretao tužbom, bio je krajnje rudimentarno uređen, počivao je na načelima usmenosti, neposrednosti, dispozitivnosti i javnosti, a stranke su mogle biti zastupane po punomoćnicima, ali ne i po odvjetnicima. Temeljna i jako naglašena svrha rasprave bila je postizanje nagodbe te se postupak okončavao presudom tek u slučaju da nije bilo moguće postići nagodbu (§§ 26. - 37.). Izričito je bila isključena prisega kao dokazno sredstvo, a vrijedilo je načelo slobodne sudačke ocjene dokaza (§§ 38. - 47.). Postupak se završavao "osudom" koja nije morala biti obrazložena (§ 48.). Protiv presude i rješenja kojim se mjesni sud proglašavao nenadležnim mogao se usmenim ili pismenim putem izjaviti priziv ("pritužba") kotarskom sudu koji je odlagao izvršenje (§§ 53. - 58.). Presuda mjesnog suda nije trebala biti obrazložena, a o postupku se nije vodio zapisnik.²⁴

Prizivni postupak pred kotarskim sudom bio je uređen paralelnim prijedlogom Zakona o postupku u pravnih poslovih manje vrijednosti (o postupku bagatelnom ili maličnom) pred kr. kotarskim sudovi (gradsko-delegovanimi kot. sudovi) koji je u Saboru bio prihvaćen bez rasprave te je stupio na snagu 1876.²⁵ Prema tom je zakonu kotarski sud u prizivnom postupku protiv presude

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Prijedlog spomenutog zakona i postupak njegova usvajanja v. u: DS, 1872., str. 1928, 1939. Zakon od 3. X. 1875. o postupku u pravnih poslovih manje vrijednosti (o po-

ili rješenja mjesnog suda raspravljao na ročištu koje je morao sazvati u roku od tjedan dana od dana primitka obavijesti o prizivu, a sukladno općem načelu koje je vrijedilo za njegovo postupanje trebao je nastojati spor riješiti na jednom ročištu. Također je kao opće načelo maličnog postupka vrijedilo načelo slobodne sučeve ocjene dokaza. Priziv je rješavan u posebnom postupku u kojem se predmet ponovno raspravljao, što je razumljivo s obzirom da se o raspravi pred mjesnim sudom nije vodio zapisnik. Stranke su pred kotarskim sudom mogle iznositi nove činjenice i dokaze, a mogle su i smanjiti, ali ne i povećati tužbeni zahtjev. Kotarski je sud mogao presudu mjesnog suda održati u cijelosti ili preinačiti, o čemu je rješavao u izreci presude, ali je u slučaju preinačenja odluke mjesnog suda o njegovoj nenadležnosti upućivao da predmet riješi mjesni sud. Pravni lijek protiv presude i drugih odluka kotarskog suda donijetih u postupku priziva protiv odluke mjesnog suda nije bio dopušten (§§ 16., 30., 84. - 91. Zakona o postupku u pravnih poslovih manje vrijednosti (o postupku bagatelnom ili maličnim) pred kr. kotarskimi sudovi (gradsko-delegovanimi kot. sudovi).

U kratkoj saborskoj raspravi o prijedlogu Zakona o mjesnim sudovima i postupku pred njima više je zastupnika predložilo podizanje granice najnižeg propisanog minimuma s 30 na 60 forinti obrazloživši to proširenje nadležnosti približavanjem sudbenosti običnom puku. No, Vlada je taj prijedlog odbila s obrazloženjem da bi to značilo davanje razmjerno velikih ovlasti sudu sastavljenom od laika i ujedno se pozvala na dotadašnju hrvatsku i suvremenu austrijsku regulativu u kojoj je najniži propisani minimum bio 25 forinti. Drugi su pak zastupnici osporili ovlaštenje Zemaljske vlade da u pojedinačnim slučajevima granicu od 30 forinti prema svom nahođenju povisi na 60 forinti tvrdeći da je riječ o protuustavnosti i nedopuštenu delegiranju zakonodavnih ovlasti što može postati opasan presedan kao i da se time otvara mogućnost političke zlorabe toga prava koje Vlada može koristiti kao vid nagrađivanja pojedinih općina (Ignjat Brlić). Zbog toga je predloženo da se takvi slučajevi rješavaju izmjenama zakona (Fran Vrbanić). No, Vlada je te prigovore i prijedloge odbila upozoravajući i da je oportunistički da podobnost pojedinih sredina za proširenje nadležnosti ocjenjuje Vlada temeljem podataka negoli zastupnici opterećeni obzirima prema sredinama iz kojih dolaze. Potom je prijedlog zakona prihvaćen

stupku bagatelnom ili maličnim) pred kr. kotarskimi sudovi (gradsko-delegovanimi kot. sudovi) v. u: SZ, 1876., str. 698 - 721.

uz neke druge, tek nebitne izmjene.²⁶ Ubrzo potom zakon je dobio potvrdu od vladara te je objavljen i stupio na snagu 1876.²⁷ Vladinim uredbama za provedbu zakona osnovano je 168 mjesnih sudova za područje Banske Hrvatske i doneseni detaljniji propisi o njihovom osnivanju i poslovanju. Nakon ujedinjenja Vojne krajine osnovano je još 157 mjesnih sudova na prijašnjem krajiškom području.²⁸ Tako prihvaćen zakon u skladu s namjerama Zakonodavnog odbora bio je nadograđen na dotadašnju regulativu, ali je bio i bitno poboljšana, posebice glede dosljednijeg i preciznijeg određenja postupovnih odredaba. Rješenja iz zakona i načelno su ga odmaknula od austrijskog mjesnog suda kao početnog uzora.

Zakon o mjesnom sudu i postupku pred njima je nakon donošenja u više navrata mijenjan i dopunjavan, a na njega se odnosio i niz podzakonskih propisa izvršne vlasti. No, te izmjene nisu mijenjale i osnovna obilježja njegova položaja i ustroja kao ni postupka izuzev promjene gornje granice spora male vrijednosti.²⁹ Uz nužne prilagodbe novom pravnom režimu i navedene promjene taj zakon iz 1876. ostao je na snazi i nakon 1918. na hrvatsko-slavonskom pravnom području u novoj jugoslavenskoj državi³⁰ gdje je bio preuzet i u pravni sustav

²⁶ Postupak usvajanja Osnove o mjestnih sudovih i postupku pred njima v. u: DS, 1872., str. 1606, 1817, 1825, 1883 - 1884, 1892, 1901 - 1906, 1909 - 1928, 1929, 1939.

²⁷ Zakon od 3. X. 1875. o mjestnih sudovih i postupku pred njima v. u: Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju. Godina 1876., Zagreb, 1877., (dalje u tekstu: SZ, 1876.), str. 679 - 697.

²⁸ Broj mjesnih sudova je tijekom vremena mijenjan. Banske naredbe o osnivanju mjesnih sudova iz 1877. i 1883. v. u uvodnom "pripomenku" Stjepana Posilovića uz Zakon o mjestnih sudovih i postupku pred njima sa kasnijimi zakoni koji ga popunjuju ili preinačuju i sa svim na nj odnosećimi se naredbama i nekimi rješitbama naših viših sudišta, "Ur. Dr. Stjepan Posilović", Zagreb, 1903. i *Priručnik za političku upravnu službu u kraljevinah Hrvatskoj i Slavoniji. I.*, "Napisao, sustavno uredio i protumačio Milan Smrekar", Zagreb, 1899., str. 597 - 602 (tekst u bilješkama) *sqq.*

²⁹ Propise koji su mijenjali i dopunjavali Zakon o mjesnim sudovima i postupku pred njima iz 1876. v. u: Zakon o mjestnih sudovih i postupku pred njima, cit. u bilj. 27; *Tumač maličnom postupku*, "Sastavio Dr. Milan Kugler", Zagreb, 1917. i *Malični postupnik od 3. listopada 1876. sa svima izmjenama i nadopunama uz tumač popraćen rješidbama viših sudova*, "Sastavili dr. Franjo Žilić i dr. Miroslav Šantek", Zagreb, 1931.

³⁰ Zakon o mjesnim sudovima i postupku pred njima nastavio je vrijediti na području Apelacionog suda u Zagrebu s izuzetkom područja kotarskih sudova bivšeg ugarskog i austrijskog područja (Čakovac, Prelog, Kastav, Krk, Rab i Pag) na kojima su nastavili vrijediti austrijski i ugarski propisi, pri čemu je i prema ugarskim propisima postojao općinski sud kao inokosni sud u parnicama male vrijednosti. *Opštinski sudovi* koji su su-

Banovine Hrvatske³¹, a potom ga je u svoj pravni sustav preuzela i Nezavisna Država Hrvatska.³² Tako je mjesni sud bio dugovječna institucija u hrvatskom pravnom sustavu.

4. PRIRODA MJESNE SUDBENOSTI PREMA UREĐENJU IZ 1876.

U uređenju položaja i nadležnosti mjesnih sudova bili su prisutni i elementi sudbenosti, ali i elementi upravne vlasti. Iz odredaba Zakona o mjesnim sudovima i postupku pred njima bilo je vidljivo da odredbe o sucima i suđenju mjesnog suda nisu bile usklađene nego su, štoviše, bile i u protivnosti s pojedinim načelnim odredbama Zakona o vlasti sudačkoj koje su jamčile odvojenost sudova od uprave i neovisnost suđenja. To je bilo uočljivo u pogledu besplatnosti i obveznosti zvanja mjesnog suca, što nije jamčilo njegovu neovisnost, u izborivosti sudaca na određeni rok umjesto doživotnog postavljenja, u ovlaštenju Vladi da osniva mjesne sudove umjesto da se oni osnivaju zakonom kao i u ovisnosti mjesnog suda o općinskim organima glede pomoćnog osoblja. Time su neposredno bile negirane pojedine odredbe Zakona o sudačkoj vlasti, i to odredbe o neovisnosti sudstva od uprave, o osnivanju i ukidanju sudskih organa te o propisivanju unutarnjeg ustrojstva i poslovanja isključivo zakonom, o profesionalnom položaju, odnosno plaćenosti sudačkog zvanja, o imenovanju sudaca od kralja konačno i doživotno, a nije bila prisutna ni zaštita sudaca od premještanja protiv njihove volje. Otuda se suci i prisežnici mjesnog suda ne mogu smatrati sucima u smislu Zakona o vlasti sudačkoj, a mjesni se sudovi ne mogu smatrati

dili u parnicama male vrijednosti postojali su i na srbijanskom i crnogorskom pravnom području u različitim oblicima. Čulinović, F., *Pravosuđe u Jugoslaviji*, Zagreb, 1946., str. 102 - 103, 119 - 120; Zuglia, S., *Građanski parnični postupak u Hrvatskoj i Slavoniji: predavanja*, Zagreb, [s. a.], *passim*; Zuglia, S., *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1936., str. 162.

³¹ Tako je naredbom Banske vlasti, Odjela za pravosuđe od 3. veljače 1940. osnovan mjesni sud za novosnovanu općinu Ludbreg Trg dok je mjesni sud u Ludbregu zadržao nadležnost za preostatak područja te prijašnje općine. Usp. navedenu naredbu u: Narodne novine, 1940., str. 50, 368.

³² Tako je naredbom ministarstva pravosuđa i bogoštovlja od 9. svibnja 1942. osnovan novi mjesni sud u Bobovcu koji je objedinio područja prijašnjih mjesnih sudova u Bobovcu i Crkvenom Boku. Usp. navedenu naredbu u: Mataić, A. (ur.), *Zakoni i zakonske odredbe, naredbe itd. proglašene od 1. svibnja do 12. svibnja 1942., knjiga XVI* (svezak 151 - 160), Zagreb, str. 268 - 269.

sudovima u smislu tog zakona. Konačno, unatoč bitnoj određenosti postupka zaštitom privatnih interesa u postupku pred mjesnim sudom moguće je identificirati i prisutnost javnog interesa u smislu osiguranja pristupačne, učinkovite i okolnostima prilagođene pravne zaštite za sve građane.

No, suđenje pred mjesnim sudom imalo je karakteristike sudbenosti s obzirom na neke funkcionalne elemente. Predmet postupka bio je “klasičan” predmet parnice čija je jedina razlika prema parničnom postupku bila visina potraživanja, s tim da je ona za hrvatske prilike bila vrlo visoka te viša negoli u Austriji i njemačkim zemljama.³³ Gornje granice visine potraživanja upućivale su da je tako propisana nadležnost za svrhu imala i odterećenje redovnih sudova. Štoviše, s obzirom na visinu potraživanja prije bi se moglo reći da su mjesni sudovi imali djelomičnu parničnu nadležnost, a postupak pred njima je u bitnom bio blizak parničnom. Kao svrhu postupka, u kojem je bilo važnije načelo dispozicije negoli oficioznosti (koje je karakterističnije za upravni postupak) može se identificirati privatni interes. Osim toga, prijašnji naziv odluke mjesnog suda *rješenje* bio je izmijenjen u *osuda*, a ona se izricala u ime kralja – sukladno načelu iz Zakona o vlasti sudačkoj da se presude izriču u ime kralja. U postupku sudske zaštite protiv pravomoćne presude mjesnog suda pred kotarskim se sudom u praksi izricala i odgoda izvršenja tog akta što je postupanje

³³ Donja granica postupka pred mjesnim sudom u Hrvatskoj bila je viša negoli u Austriji (25 i 100 forinti) i Vojnoj krajini (25 i 50 forinti), Würtembergu (15, 20 i 30 forinti) i Badenu (5 i 24 forinti). U Hrvatskoj se ta visina može ilustrirati zakonom određenim iznosima novčanih naknada za službenike. Tako je godišnja plaća vicebana bila 5.000 forinti (i 1.000 forinti dodatka), a naknada za stanarinu 500 forinti, ravnatelj Vladinih uredskih služba primao je 1600 i 300, a najmanje je u Vladi primao pomoćni podvornik, i to 350 i 80 forinti. Na županijskoj razini veliki župan primao je 2600 i 350, podžupan 1800 i 300, a najniže plaćeni pomoćni podvornik 250 i 60 forinti (Osobnu i plaćevnu šemu v. u: DS, 1872., II., str. 1397). Kvartalna pretplata na novine *Obzor* iznosila je 3,5 forinte za Zagreb, a 4,5 forinte izvan Zagreba, što je bilo 14, odnosno 18 forinti godišnje; cijena polubijelog kruha u Zagrebu je iznosila 6 - 8 filira, a u *Obzoru* su se muške i ženske košulje reklamirale po cijeni od 1 do 10 forinti dok su uvozne engleske kabanice stajale 10 forinti. Činjenica da je iznos od 30 forinti za izvangradska područja svjesno bio disproporcionalno veći (u odnosu na Austriju) te da je Vlada koristila svoje ovlasti i doista podjeljivala pojedinim seoskim općinama nadležnost do 60 forinti upućuje na to da se na selu odvijao najveći broj parnica niže vrijednosti. Iz toga proizlazi i jaka motiviranost zadržavanja mjesnog suda sa svrhom supstituiranja parničnog postupka i istodobnog približavanja učinkovite pravne zaštite širokom krugu stanovništva. Posilović, S., *Kratke primjedbe na zakon o mjestnih sudovah*, Mjesečnik Pravničkoga društva u Zagrebu, br. 6, 1880., str. 1, 22.

približilo postupku priziva unutar sudbene vlasti. K tomu, unatoč personalnoj vezi mjesnog suda s upravnim (samoupravnim) organima nije postojala mogućnost da potonji izdaju mjesnim sucima načelne ili pojedinačne napatke o radu. Stoga upravni organi nisu mogli neposredno utjecati na sudsku djelatnost koja je utoliko bila funkcionalno neovisna jer nije postojala ni mogućnost priziva pred upravnim organima pa uopće nije postojala funkcionalna veza s upravnom vlašću. Štoviše, za razliku od prijašnjeg rješenja, nadzor nad mjesnim sudom trebao je temeljem propisa vršiti kotarski sudac. Utoliko se može govoriti o vrlo važnim funkcionalnim obilježjima sudbenosti u slučaju mjesnog suda dok personalna i organska povezanost s upravnim organima ne ugrožava gledanje na mjesni sud kao na sudski organ.³⁴

No, i unatoč tomu što se mjesni sud konvencionalno smatrao dijelom sudbene vlasti u praksi su se pojavila nastojanja upravnih organa da mjesni sud tretiraju kao dio uprave. Tako su upravni organi počeli preuzimati stegovnu odgovornost nad mjesnim sudovima popunjavajući pravnu prazninu u tom području tumačenjem o postojanju vlastite stegovne nadležnosti temeljem svoje uloge u predlaganju kandidata za mjesne suce banu. Nakon faktičnog preuzimanja stegovne nadležnosti upravni su organi faktično počeli preuzimati i pravo nadzora nad mjesnim sudovima iako je ono zakonom bilo izričito dodijeljeno kotarskim sudovima. Utoliko je Vlada bila prisiljena intervenirati radi jamčenja isključive nadzorne vlasti kotarskog suda dok je pitanje nosioca stegovne vlasti ipak riješeno tumačenjem u korist općinskog zastupstva iz kojeg su i proizlazili suci mjesnog suda, a ne u korist organa uprave.³⁵

Utoliko se postavlja pitanje prirode mjesnog suda. S obzirom na navedena obilježja čini nam se da je najbliže stvarnosti određenje da je bila riječ o posebnom laičkom sudu koji je bio dio sustava sudbene vlasti, a tako se postavila i hrvatska doktrina u svojim malobrojnim razmatranjima tog pitanja.³⁶ Ipak,

³⁴ Čini mi se da bi se u pristupu mjesnom sudu kao sudu mogao uporabiti apstraktni ideal tip koji postavlja M. Shapiro određujući sud kao organ koji uključuje neovisnog suca koji primjenjuje prethodno postojeće pravne norme nakon provedenog postupka u namjeri da dobije dihotomnu odluku kojom se jednoj strani priskrbuju pravom zajamčena prava dok se za drugu utvrđuje da je u krivu. Shapiro, M., *Courts. Comparative and Political Analysis*, Chicago – London, 1986., str. 1.

³⁵ Šmit, E., *Nadzor nad mjestnim sudovima i disciplinarna vlast proti organima mjestnog suda*, Mjesečnik Pravničkoga društva u Zagrebu, br. 34, 1908., str. 10, 870 - 874.

³⁶ Zakon o uređenju redovnih sudova donesen 1929. u Kraljevini Jugoslaviji u § 3. izričito utvrđuje da u red posebnih sudova pripadaju i "opštinski (mesni) sudovi odvojeni od

s obzirom na vrlo izražene upravne elemente, osobito na elemente organske sprege s upravom, zasigurno se može govoriti i o miješanju sudstva i uprave, odnosno samouprave. Takav je spoj sudstva, uprave i samouprave na razini mjesnih sudova i u drugim zemljama bio uobičajenija pojava negoli odvojenost dviju vlasti, ali su i unatoč tomu takvi organi smatrani sudskima.³⁷ Ipak, u slučaju mjesnog suda u Hrvatskoj bila je riječ o vrlo važnim ovlaštenjima jer je, s obzirom na visinu spora, taj laički organ kod kojeg su se miješali uprava i sudstvo stvarno obavljao dio parnične sudbenosti.

U takvu određivanju položaja mjesnog suda do izražaja je došla prvotna težnja Vlade da provede načelo odvajanja sudstva i uprave proglašeno u Zakonu o vlasti sudačkoj, ali i da u pragmatički uvjetovanim kompromisnim oblicima zadrži njegovu učinkovitost te osigura poseban i pun sudski nadzor odluka toga laičkog tijela. Po svoj je prilici takva usmjerenost kao i činjenica da je, ipak, bila riječ o najnižoj sudbenosti, a ne o zakonu koji je sadržavao sustavna rješenja, utjecala na to da Zemaljska vlada prihvaćajući kompromisna rješenja u tom slučaju pokaže za nju neuobičajenu fleksibilnost.

Kao važne odrednice Zakona o mjesnim sudovima i postupku pred njima valja istaknuti i važnost tih sudova i njihove kompromisno određene nadležnosti s obzirom na racionalizaciju i ekonomičnost cjelokupnog sustava pravne zaštite. Za razliku od redovnog sudstva mjesni sudovi nisu opterećivali zemaljski proračun, a rješavali su vrlo velik broj sporova koji bi inače opteretio redovne sudove i vodio umnažanju broja sudova i sudaca.³⁸ Pokraj već skučenih sredsta-

opštinske upravne vlasti". Zakon o uređenju redovnih sudova v. u: *Organizaciono zakonodavstvo*, I., Zagreb, 1929. U razmatranjima S. Zuglie o mjesnom sudu i maličnom postupku proizlazi da te sudove on smatra posebnim dijelom sudbene vlasti. Zuglia, S., *Gradanski parnični postupak u Hrvatskoj i Slavoniji*, op. cit. u bilj. 30, *passim*. Tomu u prilog ide i to što hrvatski upravni teoretičari u svojim najvažnijim radovima uglavnom nisu razmatrali pitanje mjesnih sudova. Štoviše, V. Krišković je razmatrajući pitanje mjesnog suda u kontekstu samoupravne dimenzije kao i u kontekstu odnosa sudstva i uprave izričito označio mjesni sud kao državni sud navodeći da je on sud jer obavlja dio redovnog sudovanja, a da je državni organ, a ne općinski sudski organ jer izriče presudu u ime kralja, jer polaže prisegu pred kotarskim sucem, jer pravni lijekovi idu na državne sudove unatoč tomu što je mjesni sudac biran i plaćen od općine dok su prisežnici zastupnici općinskog vijeća koji tu službu vrše besplatno. Krišković, V., *Upravna nauka*, Zagreb [1904.] (skripta, strojopis), str. 21 - 22, 88.

³⁷ Shapiro, op. cit. u bilj. 34, str. 60.

³⁸ O povoljnim rezultatima mjesne sudbenosti v. Posilović, op. cit. u bilj. 33, str. 21. Zuglia ističe štednju proračunskih sredstava kao glavni razlog osnivanja mjesnih sudova u

va zemaljskog proračuna ograničenog odredbama Hrvatsko-ugarske nagodbe osnivanje novih sudova i zapošljavanje većeg broja novih sudaca vjerojatno i ne bi bilo moguće te bi opterećenja sudova predmetima male vrijednosti utjecala na kvalitetu sudske zaštite i ugrožavanju pravne sigurnosti.

5. ZAKLJUČAK

U cjelini gledano, s razmjerno širokom nadležnošću te pristupačnošću mjesnih sudova kao laičkih sudova koji su bili dio sudbenog sustava s obveznom nadležnošću i uz osiguravanje mogućnosti sudske revizije njihovih odluka omogućena je razmjerno dobra pravna zaštita najširem krugu stanovništva, zajamčena kvaliteta konačnih odluka, izbjegnuto ugrožavanje rada redovnih sudova i opterećivanje proračuna i time omogućeno pokrivanje i ostalih potreba pravnog sustava. Po svom su položaju mjesni sudovi bili dio sudbenog sustava iako su se u njima zamjetno miješala sudska i upravna obilježja.

Hrvatskoj i drugdje dok kao svrhu predlaganja Zakona o mjesnim sudovima, Zakona o bagatelnom postupku (kao i Zakona o nadležnosti u trgovačko-mjениčnoj sudbenosti) vidi u sporosti postupka u redovnim parnicama, odnosno u ubrzanju i pojednostavljanju postupka u sporovima male vrijednosti i omogućivanju redovnim sudovima da brže i temeljitije rješavaju parnice iz svoje nadležnosti. Zuglia, S., *Grđanski parnični postupak u Hrvatskoj i Slavoniji*, *op. cit.* u bilj. 30, str. 18, 44. Načelnu važnost jeftinosti i učinkovitosti mjesnih sudova ističe i Shapiro (Shapiro, *op. cit.* u bilj. 34, str. 60). No, valja reći da samo zbog pojednostavljanja postupka pred mjesnim sudovima i odterećenja redovnih sudova nije bilo nužno poduzimati reformu postojećih propisa, nisu pravi razlog bile ni mane dotadašnjih propisa koje su već na neki način bile "prihvaćene" pa su i zastupnici isticali da se institut mjesnog suda u dotadašnjem obliku uspješno potvrdio. Čini nam se da je ključna motivacija Vlade ipak bila dosljedna provedba načela o odvajanja sudstva i uprave iz temeljnog propisa o sudačkoj vlasti.

Summary

Dalibor Čepulo *

**BETWEEN JUDICIARY AND ADMINISTRATION:
LOCAL COURTS IN THE LEGAL SYSTEM
OF CROATIA-SLAVONIA**

Local courts were introduced in the Croatian-Slavonian judiciary in 1860 following a decree of the Austrian government enacted at the end of the period of absolutism. Local courts were finally regulated by Croatian autonomous legislation in 1876, which remained in force until 1945. Local courts were small claim courts and parties were allowed to appeal to the first instance courts. However, due to the fact that they had jurisdiction for matters of relatively high amount in dispute, local courts de facto executed an important part of the “classic” civil jurisdiction. Local courts were well accepted in Croatian society. Their broad acceptance was the main reason why majority of deputies in the Croatian Diet refused the Croatian Government’s project (drafted on the basis of new Austrian models) of turning local courts into (non-mandatory) arbitration courts in order to ensure strict application of the principle of separation of judiciary from administration. Thus, due to pragmatic reasons local courts persevered in the Croatian legal system as a part of administrative branch, but in practice they were considered an integral part of judiciary.

Keywords: local courts, lay judiciary, judiciary and administration, small claims procedure.

* Dalibor Čepulo, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

PARNIČNI POSTUPAK – OPĆE TEME

OGRANIČENJE MOGUĆNOSTI IZNOŠENJA NOVOTA I CILJ GRAĐANSKOGA PARNIČNOG POSTUPKA

*Prof. dr. sc. Aleš Galič **

Jugoslavenski Zakon o parničnom postupku nije sadržavao učinkovita sredstva za koncentraciju postupka i dobru sadržajnu pripremu glavne rasprave. Već prvi slovenski ZPP iz 1999. donio je u tom smislu određena poboljšanja, a novi koraci učinjeni su novelom ZPP-a (ZPP-D) iz 2008. godine. Stranka parničnog postupka treba doprinijeti ubrzanju postupka i postizanju cilja, sadržajno pravilne sudske odluke. Naglašeno je značenje stadija pripreme glavne rasprave. Uvodi se sustav vremenskih ograničenja iznošenja novota (prekluzija). Cilj toga procesnog instituta nije u tome da se sudu omogući da se jednostavno riješi obveze donošenja potpune meritorne presude. Primarni cilj prekluzija kao procesnih sankcija je prevencija. Ako stranke budu poštovale zahtjeve suda za pravovremenim iznošenjem novota, priprema glavne rasprave bit će bolja, a argumenti stranaka potpuniji i sistematičniji. Za postizanje cilja, sadržajne kvalitete sudske zaštite, to može biti samo korisno.

Ključne riječi: parnični postupak, novote, prekluzija, pravo na saslušanje stranaka, načelo proporcionalnosti.

I. UVOD

Bez dobre sučeve pripreme za glavnu raspravu ne može se postići koncentracija postupka. Sudac mora već prije prvog ročišta za glavnu raspravu imati razrađenu radnu metodu spora. Mora biti upoznat s tvrdnjama i argumentima stranaka, a osobito je važno da unaprijed pravno ocijeni spor i time sazna koje

* Dr. sc. Aleš Galič, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Ljubljani, Poljanski nasip 2, Ljubljana (Slovenija).

među iznesenim činjenicama su pravno relevantne te ih se stoga, ako su sporne, treba dokazivati.^{1 2} Da će sučeva priprema za parnicu stvarno biti takva, zakon ne može zajamčiti, ali, ako ni sudac koji se sukladno navedenom brižljivo pripremi ili želi pripremiti nema odgovarajuće instrumente za osiguranje koncentracije postupka te cjelokupnu i pravovremenu pripremu glavne rasprave, to je greška u uređenju parničnog postupka.

Takve greške u pogledu nepostojanja učinkovitih mogućnosti suda za ostvarenje (inače zakonski postuliranog) načela koncentracije mogle su se ustanoviti u jugoslavenskom Zakonu o parničnom postupku (dalje u tekstu: ZPP) iz 1976. godine. Slovenski ZPP iz 1999.³ i novela ZPP-D iz 2008. godine⁴ donijeli su, ili su barem imali za cilj donijeti, određena poboljšanja. U nastavku ovog teksta bit će kao jedan od tih instrumenata predstavljeno uvođenje vremenskih ograničenja (prekluzija) stranaka u pogledu iznošenja novota (novih činjenica i dokaza) u slovenskom parničnom postupku. Institut prekluzija onda će biti kritički ocijenjen s aspekta želje da se postigne meritorna pravilnost odluka (odluka koja odgovara pravom činjeničnom i pravnom stanju) i time ostvari zaštita subjektivnih prava, što je jedan od temeljnih ciljeva građanskog sudskog postupka.

2. PREKLUZIJE U POGLEDU IZNOŠENJA NOVIH ČINJENICA I DOKAZA PREMA SLOVENSKOM ZPP-U IZ 1999.

Prema jugoslavenskom ZPP-u iz 1976. stranke su imale neograničeno pravo da sve do kraja glavne rasprave (pa čak i u žalbi) iznose nove činjenice i dokaze. Novi slovenski ZPP iz 1999. to je uređenje napustio. Parnične stranke moraju već na prvom ročištu za glavnu raspravu iznijeti sve činjenice i ponuditi do-

¹ Trampuš, Z., *Metode racionalnega vodenja civilnega postopka*, Pravosodni bilten, br. 2, 1999., str. 49; Dolenc, M., *Materialno procesno vodstvo – sredstvo za racionalizacijo postopka ali dodatno breme in prelaganje odgovornosti*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2008., str. 1568 - 1576; Betetto, N., *Poravnalni narok*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2002., str. 1570.

² Ude (*Uvodna pojasnila k ZPP*, Ljubljana, 2002., str. 44) navodi: "Brzina postupka će ipak zavisiti prije svega od sučeve sposobnosti da organizira i racionalno vodi sudski postupak, da pravovremeno kvalificira sporni pravni odnos, da procijeni koje su činjenice pravno relevantne i da izvede potrebne dokaze za utvrđenje tih činjenica."

³ Uradni list (Službeni list) RS, br. 26/99.

⁴ Uradni list RS, br. 45/08.

kaze te se saslušati o navodima suprotne stranke. Na kasnijim ročištima njih stranka može iznijeti samo uz uvjet da to bez svoje krivnje nije mogla učiniti već na prvom ročištu (čl. 286.).⁵ I u žalbi stranka može navoditi nove činjenice i dokaze samo pod istim ograničenjem, dakle samo ako ih bez svoje krivnje prije nije mogla iznijeti.

Na temelju sada već više od desetogodišnjeg iskustva moguće je ustvrditi da sustav prekluzija djeluje više na općoj preventivnoj razini, a da u praksi nije rigorozno primjenjivan. Ipak nije moguće reći da bi stajališta sudske prakse o prekluzijama bili tako permisivni da bi one postale samo mrtvo slovo na papiru (što je inače jedna od opasnosti na koje opravdano upozorava profesor Dika).⁶ Prekluzije u praksi sudova (i u poimanju odvjetnika) djeluju.⁷ Zbog primarno preventivne svrhe odredaba o prekluzijama nije se ostvarila ni prognoza da će sudovi više vremena gubiti bavljenjem procesnopравnim pitanjem krivnje za zakašnjelo iznošenje novota nego meritornim odlučivanjem o predmetu spora.⁸ Ipak je svakako potrebno naglasiti da se upravo zbog zahtjeva za iznošenjem činjenica i dokaza već na prvom ročištu za glavnu raspravu (pod sankcijom prekluzije) povećava odgovornost suca za pravilno i sveobuhvatno provođenje načela otvorenog pravosuđenja na tom ročištu.⁹ Sudska praksa uvažava i pona-

⁵ Novost je inspirirana načelom da je i odgovornost stranaka da doprinesu koncentraciji postupka i sustavom prekluzija iz njemačkog ZPO-a (§§ 282, 296). Od novele ZPO-a iz 2003. godine sličan sustav prekluzija uveden je i u austrijskom parničnom postupku (§§ 178, 179).

⁶ Dika, M., *Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, br. 1, 2009., str. 10. Hrvatski ZPP do Novele 2013. sustav prekluzija u iznošenju novota, inače rigorozniji od predstavljenog rješenja u slovenskom ZPP-u, prihvaća samo u sporovima male vrijednosti. Za redovni parnični postupak sukladno čl. 298. ZPP-a vrijedi da stranke mogu i kasnije tijekom glavne rasprave iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze, ali su dužne (na zahtjev suprotne stranke) naknaditi troškove koji time budu izazvani protivnoj stranci, osim ako potreba za iznošenjem novih činjenica i predlaganja novih dokaza nije izazvana ponašanjem protivne stranke. Taj je sustav u biti sličan starom austrijskom ZPO-u u verziji do novele 2003. godine.

⁷ Za potvrdu učinaka prekluzija vidi, na primjer, presude Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 84/2008 od 26. 11. 2009., br. II Ips 400/2009 od 21. 10. 2010., br. III Ips 142/2009 od 2. 4. 2010. i br. III Ips 44/2008 od 24. 11. 2009.

⁸ Wedam-Lukić, D., *Pravica do sodnega varstva civilnih pravic in obveznosti*, Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerza v Ljubljani, vol. LVI, 1996., str. 317.

⁹ Wedam-Lukić, D., *Vloga in odgovornost sodnika v civilnem pravdnem postopku*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2003., str. 1671.

vlja upozorenja teorije¹⁰ da su prekluzije način ograničavanja prava stranaka na saslušanje pa je njih stoga potrebno oprezno i proporcionalno primjenjivati.¹¹ Nije riječ o rigidnoj eventualnoj maksimi.¹² Stranka može i poslije prvog ročišta iznositi nove činjenice i dokaze uz uvjet neskrivljenosti, a sudovi taj pojam ne tumače strogo.¹³ Kao opravdan razlog za kasnije iznošenje novih činjenica i dokaza prihvaća se i to da stranka neke činjenice i dokaze prethodno nije iznijela iako je za njih već tada znala, ali se u tadašnjem tijeku postupka još nisu bila pokazala pravno relevantnima.¹⁴ Sudska praksa realistički prihvaća situacije kad u postupku dođe do neočekivanog obrata zbog kojeg se određeni aspekti tek u kasnijoj fazi pokažu relevantnima.¹⁵ Takav pristup je opravdan ne samo zbog zaštite ustavnog prava na saslušanje nego i zato da ne dođe do negativnih učinaka koje su bile karakteristične za nekadašnju eventualnu maksimu. Ako bi se stranke strogo prisiljavalo da odmah i istodobno iznesu sve argumente koji bi barem eventualno mogli biti relevantni, to bi vodilo do nepreglednosti i nerazumljivosti podnesaka.¹⁶

¹⁰ Galič, A., *Ustavno civilno procesno pravo*, Ljubljana, 2004., str. 294; Wedam-Lukić, D., *Ustavnopravni vidiki izvajanja dokazov v pravdnem postopku*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2012., str. 1391.

¹¹ Na primjer, rješenje Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 289/2010 od 26. 7. 2012., presuda Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 449/2008 od 10. 7. 2008., presuda Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 1083/2007 od 10. 3. 2011.

¹² Rješenje Vrhovnog suda Slovenije br. III Ips 14/2010 od 20. 12. 2011.

¹³ Na primjer, rješenje Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 302/2011 od 26. 4. 2012.

¹⁴ Na primjer, Šipec, M., *Med liberalnim in socialnim civilnim procesom*, Podjetje in delo, br. 6-7, 1999., str. 1200 - 1209.

¹⁵ Rješenje Vrhovnog suda Slovenije br. III Ips 14/2010 od 20. 12. 2011. Sudska praksa uvažava i to da se prekluzija odnosi samo na činjenice (i dokaze), a ne na izlaganje pravnih stajališta i na promjenu pravne kvalifikacije (v. rješenje Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 302/2011 od 26. 4. 2012.). Isto tako, ako suprotna stranka tek na prvom ročištu iznese određene činjenice, suprotna stranka nije prekludirana da u vezi s tim činjenicama i sama iznese daljnje činjenice poslije prvog ročišta (Presuda Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 197/2009 od 7. 4. 2011.). Bitno je i stajalište da prijedlog stranke da vještak dopuni svoj nalaz (u okviru iste dokazne teme) ne predstavlja nov dokazni prijedlog koji bi zato bio podvrgnut propisima o prekluziji (presuda Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 191/2007 od 16. 12. 2009.). Upozorava se i na vezu između odredaba o prekluziji na jednoj strani i upravo zbog njih još naglašenije obveze da sud pravilno provede načelo otvorenog pravosuđenja na drugoj strani (presuda Vrhovnog suda Slovenije br. II Ips 449/2008 od 10. 7. 2008.).

¹⁶ Wedam-Lukić, D., *Vloga sodišča in strank pri zbiranju procesnega gradiva*, Podjetje in delo, br. 6-7, 1998., str. 990.

3. PROŠIRENJE SUSTAVA PREKLUZIJA PREMA NOVELI ZPP-A IZ 2008. (ZPP-D)

3.1. Zahtjev za pravovremenim podnošenjem pripremnih podnesaka

ZPP iz 1999. napravio je određene korake radi postizanja koncentracije postupka, ali je u tome zastao na pola puta. Pokazalo se da to uređenje nije bilo dovoljno izrađeno i sustavno. Sustav prekluzija nije omogućavao cjelokupnu pripremu glavne rasprave, a nije mogao spriječiti raširenu, ali za djelotvornost i koncentraciju parničnog postupka pogubnu praksu da odvjetnici tek na ročištu podnose pripremljene podneske, a to je često rezultiralo odgodom ročišta ili nemogućnošću da se ročišta (zbog novih navoda na koje ni sud ni suprotna stranka nisu mogli biti spremni) kvalitetno održe.¹⁷

Po uzoru na rješenja u njemačkom¹⁸ i austrijskom pravu¹⁹ novela slovenskog ZPP-a iz 2008. godine (ZPP-D) u tom je pogledu donijela bitne novine. U novom članku 286.a postavila je opći zahtjev da stranka pripremljene podneske koji sadržavaju nove navode predloži dovoljno rano da njih suprotna stranka može primiti barem sedam dana prije održavanja ročišta tako da za ostvarivanje načela kontradiktornosti neće biti potrebna odgoda ročišta.²⁰ Povreda te obveze sankcionirana je prekluzijom osim ako stranka nije navode iznijela prekasno zbog obične nepažnje ili njihovo prihvaćanje ne bi prouzrokovalo odugovlačenje postupka. Vjerojatno je još važnija novina da sud i prema vlastitoj inicijativi od stranaka može zahtijevati da dopune ili razjasne svoje prethodne navode, da predlože pismene isprave ili predmete i da se izjasne o određenim pitanjima koja je potrebno razjasniti (na primjer, da se izjasne o nalazima vještaka ili o drugim rezultatima dokazivanja²¹). Zapravo je riječ o proširivanju instituta otvorenog

¹⁷ Usp. Betetto, N., *Pospešeni pravdni postopek*, Pravna praksa, br. 29, 2004., str. 37.

¹⁸ §§ 131, 282 i 273 njemačkog ZPO-a.

¹⁹ § 179 austrijskog ZPO-a prema noveli ZPO-a iz 2003. godine.

²⁰ Detaljno o tim novostima Ude, L. *et al.*, *Pravdni postopek - zakon s komentarjem. IV. knjiga*, Ljubljana, 2009., str. 219 - 237; Voglar, M., *Prekluzije in sankcije po ZPP-D v praksi: izkušnja sodnika*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2009., str. 1649 - 1655; Bergant-Rakočević, V., *Materialno procesno vodstvo v pisnih fazah postopka in razmerje do prekluzije*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2008., str. 1597 - 1606.

²¹ Prva iskustva s novim institutom pokazuju da ga sudovi najčešće upotrebljavaju upravo kod poziva za izjašnjanje o nalazu vještaka pri čemu su iskustva pozitivna. Voglar, M., *ibid.*, str. 1655.

pravosuđenja na pismenu fazu postupka s tim da sadržaj provođenja tog načela i u toj formi ostaje isti.²² Sudac je time dobio izričita ovlaštenja (i mogućnost upotrebe sankcija) da strankama postavlja konkretna i usmjerena pitanja, odnosno da ih potiče na iznošenje nove procesne građe. Taj poziv sudac može dati pismeno ili na (prethodnom) ročištu. Ako stranka u postavljenom roku na ta pitanja, odnosno zahtjeve suca ne reagira, u kasnijim fazama postupka takva će stajališta, odnosno izjašnjenja moći iznijeti samo pod uvjetom da dokaže da ih bez svoje krivnje pravovremeno nije mogla iznijeti ili da ni kasnije izjavljivanje neće prouzrokovati odugovlačenja parnice. To uređenje može sudu omogućiti da, ako se za upotrebu tih mogućnosti odluči, već prije ročišta za glavnu raspravu bude skupljena procesna građa, da bude jasno što je među strankama sporno, da navodi stranaka budu jasniji, potpuniji i konkretizirani te da budu otklonjene nejasnoće u pogledu iznesenih tvrdnja.²³ Osim toga, na ročištu za glavnu raspravu bit će predloženi ili barem poznati relevantni dokazi i činjenične tvrdnje. U tom pogledu nije riječ o velikoj novini. Već prije donošenja te novele iskusni su suci preporučivali da se pitanja kojima se ispunjavaju obveze otvorenog pravosuđenja mogu postavljati već prije ročišta, u pismenom obliku.²⁴ Novina je da je sada predviđena djelotvorna sankcija. Prema prethodnom uređenju, naime, stranke nije mogla zadesiti nikakva negativna posljedica ako na pismeni poziv suca (na primjer, za komentiranje nalaza i mišljenja vještaka) nije reagirala i ako je onda to učinila tek na ročištu ili čak i kasnije.²⁵

²² V. *Obrazloženje predloga novele ZPP-D*, Ministarstvo pravde, EVA: 2007-2011-0001, br. 007-24/2006, str. 136. Vidi i odluku Ustavnog suda Slovenije br. U-I-164/09 od 4. 2. 2010.; Cerar, R., *Izvajanje dokazov v pravdnem postopku*, magistrska naloga, Pravna fakulteta v Ljubljani, 2009., str. 66; Bergant-Rakočević, V., *Prekluzije in posebni procesni položaji*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2009., str. 1658.

²³ Na primjer, nakon što tuženik porekne određenu činjeničnu tvrdnju koju je tužitelj u tužbi stavio bez konkretnije specifikacije, sud tužitelju nalaže da iznese konkretnije navode kojima utemeljuje svoje tvrdnje. Juhart, J., *Zbiranje procesnega gradiva*, Pravnik, br. 5-8, 1957., str. 229.

²⁴ Dolenc, M., *Materialno procesno vodstvo v luči odločb Ustavnega sodišča*, Pravosodni bilten, br. 1, 2007., str. 70.

²⁵ Betetto, N., *Vloga sodnika v postopku na prvi in drugi stopnji*, Pravni letopis, 2010., str. 12.

3.2. Mogućnost učinka prekluzije već prije prvog ročišta za glavnu raspravu

Sustav prekluzija prema ZPP-u iz 1999. djelovao je u fazama postupka poslije prvog ročišta. U svim prethodnim fazama, uključujući i prvo ročište za glavnu raspravu, stranke nisu bile ograničene u odlučivanju kada će iznijeti i po potrebi dopuniti, razjasniti i supstancirati činjenice i dokaze. To uređenje bilo je potpuno nespojivo s inače zakonski prihvaćenim načelom da se postupak u pravilu treba završiti već na prvom ročištu. Naravno da taj cilj nije moguće postići ako stranka na samom tom prvom ročištu iznese nove bitne činjenice i predloži nove dokaze, na primjer, svjedočenje. Međutim, bezuvjetno inzistiranje na sustavu da stranke sve nove činjenice i dokaze moraju iznijeti već prije prvog ročišta bilo je potpuno nespojivo s načelom otvorenog pravosuđenja (čl. 285. slovenskog ZPP-a).²⁶ Sud, naime, u okviru tog instituta ima mogućnost i dužnost da stranke pitanjima i opservacijama potiče da navode i dopunjavaju činjenice i dokaze. Ako bi pak zakon utvrdio strogu prekluziju koja bi uključivala i prvo ročište za glavnu raspravu, izvođenje načela otvorenog pravosuđenja, ako se ono može ostvarivati tek na usmenoj glavnoj raspravi, ne bi bilo praktički izvedivo. Isto je tako potrebno uvažiti i to da je u nekim parničnim postupcima korisnije da se sve raščisti na usmenom ročištu, a ne razmjenom pismenih podnesaka pa i stoga ne bi bilo svrsishodno da se stranke prisiljava da se u svemu izjasne već prije početka glavne rasprave.

S druge pak strane ne smije se zanemariti da postojeće uređenje prema kojem su stranke potpuno slobodne da na prvom ročištu iznose i sasvim nove činjenice i dokaze sprečava da se efikasno provede načelo koncentracije glavne rasprave i da se glavna rasprava dobro i svestrano pripremi. Spomenuta novela iz 2008. stoga je uvela novinu (novi stavci 2. i 3. u čl. 286.) da sud već i prije prvog ročišta za glavnu raspravu može strankama postaviti zahtjev da se pismeno izjasne o određenim pitanjima. Taj poziv suda morao bi prema sadržaju biti isti načinu na koji inače sud na samoj glavnoj raspravi provodi načelo otvorenog pravosuđenja (znači, konkretna, usmjerena pitanja koja nužno pretpostavljaju da sam sudac već dobro poznaje parnični spis).²⁷ Stranka snosi teret da na taj

²⁶ V. *Obrazloženje predloga novele ZPP-D*, Ministarstvo pravde, EVA: 2007-2011-0001, br. 007-24/2006, str. 135.

²⁷ Bergant-Rakočević, V., *op. cit.* u bilj. 20, str. 1602; Betetto, N., *op. cit.* u bilj. 25, str. 12. Usp. i Dolenc, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 1573 - 1574. O nužnoj vezi između otvorenog

poziv suda reagira i da već prije prvog ročišta za glavnu raspravu u postavljenom roku iznese nove činjenice i dokaze, odnosno razjasni svoje prethodne navode (sukladno tom pozivu suda). Ako stranka tako ne postupi, bit će spriječena takve činjenice i dokaze kasnije iznijeti na prvom ročištu osim ako učini vjerojatnim da bez svoje krivnje nije mogla pravovremeno reagirati na poziv suda ili ako prihvaćanje zakašnjelih izlaganja ne bi odugovlačilo postupak. Oluči li se sudac za tu mogućnost, može se postići da cjelokupna procesna građa, barem što se tiče iznesenih činjenica i predloženih dokaza, bude skupljena već prije prvog ročišta za glavnu raspravu.²⁸ To i jest idealan cilj razgraničenja između faze pripreme glavne rasprave i same glavne rasprave. Glavna bi rasprava trebala biti faza postupka u kojoj se utvrđuju sporne i pravno relevantne činjenice, a koje su to činjenice i kojim se dokazima trebaju utvrditi moralo bi biti jasno već prije početka glavne rasprave.²⁹

Ne smije se zanemariti ni pozitivan učinak takva pravovremenog skupljanja procesnog materijala u pogledu poticanja stranaka da sklope sudsku nagodbu. Izuzetno je korisno da stranke mogu ocijeniti na temelju svih navoda i dokaza suprotne strane kakve su realne mogućnosti za uspjeh u parnici ako ne dođe do nagodbe. Sustav u kojem stranka prije početka glavne rasprave još ne može znati s kakvim informacijama i dokazima raspolaže suprotna stranka i zato ne može realno ocijeniti svoj položaj u sporu izuzetno je nepovoljan za sklapanje sudske nagodbe.³⁰

Potrebno je naglasiti da je opisani sustav prilagodljiv. Sudac nije obvezan nego samo ovlašten upotrijebiti gore spomenute instrumente i prije prvog ročišta i u kasnijim zahtjevima za pismeno izjavljivanje. Hoće li ih upotrijebiti zavisit će od procjene suca je li takvo vođenje postupka svrsishodno.³¹ Parnični postupci međusobno su vrlo različiti: neki su složeni, neki jednostavni (a to ne zavisi samo od vrijednosti spora); u nekima je u središtu spor u pogledu pravnih, a u drugim u pogledu činjeničnih pitanja; u nekima stranke zastupaju odvjetnici, u drugima ne; u nekima je odnos odvjetnika međusobno ili u odnosu prema

pravosuđenja i sustava prekluzija vidi i Plauštajner, K., *Posljedice zaostrenih obveznosti v civilnem postopku*, Pravni letopis, 2010., str. 46.

²⁸ Bergant-Rakočević, *op. cit.* u bilj. 20, str. 1600. Usp. Rješenje Višeg suda u Ljubljani br. I Cpg 888/2010 od 13. 10. 2010.

²⁹ V., npr., Trampuš, *op. cit.* u bilj. 1, str. 50 *sqq.*

³⁰ O tome s komparativnopravnog aspekta Brus, M., *Prvostopenjski civilni proces po nemškem ZPO*, Podjetje in delo, br. 2, 2007., str. 336.

³¹ Cerar, *op. cit.* u bilj. 22, str. 66; Voglar, *op. cit.* u bilj. 20, str. 1654.

sudu kolegijalan, u drugima konfliktan itd. Zbog toga je poželjno da sudac može konkretan tijek postupka prilagoditi okolnostima konkretnog predmeta. Ako sudac procijeni da je bolje sa strankama sve usmeno raspraviti na glavnoj raspravi, on može i dalje postupati kao prije donošenja novele, znači neposredno odrediti ročište i na prvom ročištu za glavnu raspravu stranke će imati neograničenu mogućnost iznošenja novih činjenica i dokaza.

4. PREKLUZIJE I SADRŽAJNO PRAVILNA PRESUDA KAO CILJ POSTUPKA

Polemike u vezi s ustrojem i mogućim reformama parničnog postupka u Sloveniji često su opterećene ideološkim (a sve više i demagoškim) argumentima. Tipično je da u njima do izražaja dolazi očito nepoznavanje ustroja i modernih reforma parničnog postupka u drugim zemljama i povijesnog razvoja građanskoga procesnog prava na našim prostorima. Njihova je karakteristika i to da se nude jednostrani, udarni i jednostavni odgovori (a takvi su za širu publiku uvijek dopadljivi) o tome što je cilj građanskoga parničnog postupka. Tako je bilo već u vrijeme donošenja prvoga slovenskog ZPP-a u devedesetim godinama prošlog stoljeća. Tada su bila uobičajena negiranja da je cilj postupka sadržajna kvaliteta sudske odluke, negiranje značenja materijalne istine, zalaganje za potpunu pasivizaciju suda, poimanje da je ideja aktivnog suda i otvorenog pravosuđenja bila uvoz iz sovjetskog prava čemu u novom društvenom poretku nema više mjesta i time obrazloženo zalaganje za ukidanje načela otvorenog pravosuđenja.³² Pojam učinkovitosti postupka pojednostavljeno se svodio samo na pitanje njegove brzine. Sadržajna kvaliteta sudskog odlučivanja ostala je potpuno zanemarena.

Ideološki opterećene rasprave o parničnom postupku u Sloveniji su se poslije nekoliko godina zatišja opet intenzivirale u vrijeme donošenja novele iz 2008. Sličnosti s raspravama u devedesetim godinama ima više. Opet do izražaja dolazi potpuno nepoznavanje uređenja i razvoja parničnog postupka u drugim zemljama koje inače uzimamo za uzor i opet se nude jednostrani i jednostavni odgovori o cilju parničnog postupka. Danas je, međutim, upravo obrnuto od

³² Tipično Šipec, *op. cit.* u bilj. 14, str. 1207, koji smatra da je sudac “na zapadu pasivan”, a ideja aktivnog suda da je “tipična za sovjetski pravni krug”. Autor brisanje načela materijalne istine iz zakona smatra da je “spektakularan korak od istoka na zapad”.

rasprava u devedesetim godinama. Bilo kakva procesna ograničenja, prije svega prekluzije u pogledu iznošenja novota, danas se često kategorički napadaju tvrdnjama da ona narušavaju ustavno pravo na sudsku zaštitu. Kao jedini element prava na sudsku zaštitu poima se cilj - sadržajno pravilna odluka, odnosno postizanje materijalne istine.³³ Danas je kao argument protiv bilo kakvih većih procesnih očekivanja od stranaka moderno (i pomodno) isticati da "...novosti u parničnom postupku žele postići cilj kako da se sudac na lak način postavljanjem procesnih prepreka otarasi predmeta bez supstancijalne odluke". Cilj, meritorno pravilna odluka zbog toga se, tvrdi se, sasvim izgubio. Taj prigovor postao je i opće mjesto podnesaka i pravnih lijekova nekih odvjetnika.³⁴

Tako pojednostavljeno nije moguće gledati na cilj građanskoga parničnog postupka. Nije sporno (nikad ne bi smjelo ni biti) da je s privatnoga gledišta stranaka glavni cilj parničnog postupka zaštita, odnosno ostvarenje subjektivnih prava, da je za ostvarenje tih prava potrebno pravilno utvrditi pravno relevantne činjenice i pravilno primijeniti materijalno pravo (razumljivo samo po sebi, sve u okviru autonomije i načela dispozitivnosti stranaka) i da do te zaštite mora doći u razumnom roku da bi imala pravu vrijednost. Pitanje je kako se u taj cilj uklapaju ograničenja mogućnosti iznošenja novota (prekluzije). Kritičari sustava prekluzija su (barem donekle) spremni priznati da prekluzije pozitivno djeluju s aspekta ubrzanja postupka i suđenja u razumnom roku, ali tvrde da se to ostvaruje na štetu temeljnog sadržaja zaštite subjektivnih prava, a to je da sud donese odluku koja odgovara pravom činjeničnom i pravnom stanju.³⁵ Držimo da je ta tvrdnja pogrešna i da sustav prekluzija ni s aspekta postizanja sadržajno pravilne sudske odluke (u smislu cilja da se sudska zaštita nudi onomu koji je stvarno nosilac subjektivnog prava) ne djeluje negativno.

³³ Tipično Varanelli, L., *Sodišče in ocenjevanje dokazov v civilnem postopku*, Pravna praksa, br. 2, 2012., str. 6. "Istina mora biti glavni cilj svakog procesa jer bez istine nema pravde. Samo proces koji se temelji na utvrđenju istinitih činjenica društveno je prihvatljiv i omogućava ostvarenje temeljne funkcije pravosuđenja ...Proces koji iz svog djelovanja isključuje ili ograničuje put do utvrđenja istinitih činjenica korak je unatrag u vremenu i daleko od toga da bi odgovarao suvremenim mjerilima." Slično i Jelačin, M. D., *Novela ZPP-D, njene skrivene pasti in pravne praznine*, Pravna praksa, br. 25, 2008., str. 10. "...a ne slijedi temeljnom cilju – postizanju činjenično i pravno pravilne odluke. Zato smatram da su sve prepreke koje su prepreka na putu do tog cilja korak unatrag, a ne naprijed."

³⁴ Tipično Jelačin, *ibid.*

³⁵ Vidi, na primjer, Jelačin, *ibid.*; Varanelli, *op. cit.* u bilj. 33, str. 6; Ilc, J., *Pravno represivni postopek – k noveli ZPP-D*, Odvetnik, br. 40, 2008., str. 20.

U zaoštavanju procesnih zahtjeva za aktivnošću stranaka (za pravovremenim iznošenjem činjenica i dokaza) nije riječ o tome “da se sudac na lak način postavljajući procesne prepreke otarasi predmeta bez supstancijalne odluke”. Naprotiv, riječ je o instrumentu kojim se u konačnici želi postići viša sadržajna kvaliteta sudske zaštite.

Naglašene procesne zahtjeve prekluzije (isto kao, na primjer, i zahtjev za obrazloženim, a ne samo paušalnim poricanjem činjenica suprotne strane ili zahtjev za supstanciranjem dokaznih prijedloga) potrebno je razumjeti, prije svega, kao jasnu stimulaciju strankama (odnosno njihovim odvjetnicima) da se aktivno i brižljivo pripreme za svoj predmet.³⁶ Brižljiva i aktivna priprema svih sudionika sudskog postupka po prirodi stvari može biti samo pozitivna za kvalitetu sadržaja sudske presude. To vjerojatno ni za kritičare sustava prekluzija nije sporno. Međutim, nekako se čini demagoškim zalaganje, s jedne strane, za to da se stranke i njihovi odvjetnici dobro pripreme za parnicu, a, s druge strane, oštro protivljenje (kao da je riječ o “represiji”) tomu da stranke i odvjetnike pogodi bilo kakva negativna posljedica ako to ne učine. Neodgovoreno, naime, ostaje pitanje kako je moguće ostvariti prvo bez drugoga. Treba realistički priznati da spomenuta želja za aktiviranjem stranaka ne može biti uspostavljena samo kao molba jer bi u tom slučaju ostala bez učinka. Mora biti riječ o jasnom zahtjevu s jasnim negativnim posljedicama za slučaj njegova nevažavanja. Stranke moraju znati da je sudac, ako bude potrebno, spreman primijeniti zakonske sankcije. Samo ako aktivnosti suda slijedi pravovremena i adekvatna aktivnost stranaka moguće je ostvariti glavne ciljeve postupka.³⁷

Kritičari prekluzija zaboravljaju nadalje da sustav prekluzija ne znači da će se brojni postupci zaključiti njihovom primjenom. Ograničenja u iznošenju novota računaju na to da će se se stranke tim zahtjevima prilagoditi i njih pridržavati (*culture of compliance*). Imaju, prije svega, opći preventivni učinak u smislu da će podnesci stranaka i njihovih ovlaštenika te njihovo sudjelovanje na ročištu biti rezultat pravovremene i brižljive pripreme te da će pravni i činjenični argumenti stranaka već prije glavne rasprave biti poznati i sustavno predstavljeni. Pouzdajemo li se u sposobnost odvjetnika i ako su rokovi za očitovanje stranaka u parničnom postupku dovoljno dugi, onda nije nerealno očekivati da će stranke, odnosno njihovi odvjetnici te rokove i poštivati. S

³⁶ O tome s aspekta odvjetnika vidi Slivnik, A., *Materialno procesno vodstvo – spodbuda za boljše ali slabše delo*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2008., str. 1607 - 1612.

³⁷ Zobec, J., *Zloraba procesnih pravic*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2009., str. 1373.

tim već imamo iskustva. Primjerice, ZPP iz 1999. uveo je obvezan odgovor na tužbu pod prijetnjom donošenja presude zbog ogluhe (prema jugoslavenskom ZPP-u iz 1976. odgovor na tužbu nije bio obvezan). Je li praktična posljedica te novine bila da sada mnoštvo parničnih postupaka završava presudama zbog ogluhe? Ne. Došlo je do toga da sada tuženici odgovaraju na tužbe. Vjerojatno nitko neće ocijeniti da s aspekta kvalitetne sadržajne pripreme glavne rasprave i kvalitetnog sudskog odlučivanja zahtjev da već prije glavne rasprave budu poznata barem glavna tuženikova stajališta nije koristan.

Pogrešno je u sustavu vremenskih ograničenja iznošenja novota vidjeti način pasivizacije suda. Točno je da se prekluzije prije svega temelje na očekivanju većeg i boljeg doprinosa stranaka i odvjetnika u parnici, ali posljedično se nužno povezuju i s očekivanom većom i pravovremenom aktivnošću suda. To je ujedno i opća karakteristika svakog razboritog sustava postrožavanja procesnih prekluzija. Povećavaju se odgovornost i obveze stranaka u postupku, ali isto tako i suda. Zbog prekluzija načelo otvorenog pravosuđenja dobiva, a ne gubi na značenju.³⁸ Samo sudac koji je sam dobro pripremljen za parnicu moći će (pravilno) upotrijebiti instrumente na koje se nadovezuju zakonske odredbe o prekluzijama u iznošenju novota.³⁹

5. JE LI SUSTAV BEZ PREKLUZIJA U KORIST SADRŽAJNE KVALITETE SUDSKE ZAŠTITE?

Iskustvo iz vremena primjene ZPP-a iz 1976. dosta dobro pokazuje da strankama naklonjen sustav bez prekluzija i drugih strogih procesnih zahtjeva postupke može posljedično još više formalizirati i lišiti ih sadržajnog odlučivanja. Je li sadržajno ono ročište koje se odmah okonča odgodom jer je stranka opsežno izlagala, odnosno predložila pripremni podnesak tek na ročištu i je li za odgovarajuću pripremu suprotne stranke i suda potrebna odgoda ročišta?

³⁸ Npr., Wedam-Lukić, *op. cit.* u bilj. 9, str. 1671; Bergant-Rakočević, *op. cit.* u bilj. 20, str. 1602; Betetto, *op. cit.* u bilj. 25, str. 12.

³⁹ Zato nije iznenađujuće da se uvođenju ili primjeni sustava prekluzija ne protive samo brojni odvjetnici nego i suci. Sudac koji se ne želi riješiti navike da tek na prvom ročištu prvi put ozbiljno pogleda u parnični spis sigurno neće moći (pravilno) upotrijebiti ni temeljne propise o ograničenju mogućnosti iznošenja novota samo na prvom ročištu, a pogotovo ne instrumente za širenje načela otvorenog pravosuđenja na stadij prije prvog ročišta za glavnu raspravu.

Sadržajno prazna ročišta koja se svode na mjesto za razmjenu pismenih pripremnih podnesaka (što je bila prevladavajuća praksa u vrijeme sustava bez prekluzija) sigurno ne mogu biti ono što odgovara idealu postizanja kvalitetne zaštite subjektivnih prava⁴⁰ kao što to ne mogu biti ni ročišta koja se odmah zaključuju konstatacijom da stranka još nije predložila određene isprave iako je to najavila⁴¹ i praksa da još i na samoj glavnoj raspravi ostaje nerazjašnjeno što je uopće relevantno i sporno dok se očitovanje o navodima suprotne stranke svodi na salvatorne klauzule (*poričem sve osim onoga što izričito priznajem*). Kako s aspekta sadržajno kvalitetne sudske odluke može biti poželjan sustav u kojem stranka iz taktičnih razloga može skrivati nove argumente ili relevantne isprave i njih sudu u pripremnom podnesku predložiti tek na samom ročištu (računajući na učinak iznenađenja, odnosno na to da suprotna stranka neće moći odmah kvalitetno reagirati)? Nije li upravo za postizanje sadržajne kvalitete sudskog odlučivanja bolje da su pripremni podnesci poslani unaprijed tako da ih i sud i protivna stranka mogu adekvatno proučiti i na iznesene nove aspekte spora adekvatno reagirati svojim argumentima? Naglašavanje načela materijalne istine može donijeti i sasvim suprotne učinke od onih koji su se priželjkivali. Tako je u vrijeme važenja jugoslavenskog ZPP-a iz 1976. Betetto tvrdila da je to “sistem, koji je – i to upravo u imenu naglašenog načela materijalne istine – teret naložio samo sudu, a stranke je, osim ‘časnih izuzetaka’, upravo zbog nedostatka prikladnih sankcija, koje bi njih prisilile k aktivnosti, ‘uspavao’ do potpunosti. ZPP njima je omogućio, da ‘nekažnjeno’ dolaze na ročišta i na njih nose pripreme podneske, a sud je iz njih morao ‘izvući’ dokazne prijedloge.”⁴²

Umjesto željenog traženja materijalne istine učinak je u praksi bio upravo suprotan. Sustav koji je dopuštao da odvjetnici dolaze potpuno nepripremljeni na ročišta koja su se svela na puku formalnost rezultirao je i destimulacijom sudaca. Nije bilo rijetko da su na rasprave posve nepripremljeni dolazili ne samo odvjetnici nego i suci, a prvo ročište za glavnu raspravu bilo je za sve tek početak ozbiljnog upoznavanja onoga što se nalazi u parničnom spisu. Razumljivo je da brojne odgode ročišta u takvim primjerima nisu zapravo ni suda ni odvjetnicima bile nepoželjne. Indikativno je da se ni tada zakonski predviđene sankcije za

⁴⁰ Usp. Bergant-Rakočević, *op. cit.* u bilj. 20, str. 1602, Betetto, *op. cit.* u bilj. 25, str. 12.

⁴¹ Tako o iskustvima u razvoju parničnog postupka u Engleskoj v. Zuckerman, A., *Court control and party compliance – the quest for effective litigation management*, u: Trocker, N.; Varano, V. (ur.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005., str. 146.

⁴² Betetto, N., *Ob predlogu novega ZPP*, Pravna praksa, br. 341, 1995., str. 10.

takvo ponašanje odvjetnika praktično nisu koristile. Ovdje prije svega mislimo na institut separatnih troškova (mogućnost da se odvojeno zahtijeva naknadu troškova koje je svojom krivnjom prouzrokovala suprotna stranka). Nema dvojbe da bi i u vrijeme važenja jugoslavenskog ZPP-a odvjetnik mogao tražiti separatne troškove od suprotne stranke ako je ona, primjerice, prekasnim podnošenjem pripremnog podneska na samo ročište prouzrokovala odgodu ročišta. U praksi se, međutim, pokazalo da takvih zahtjeva skoro nije bilo, štoviše takav bi se zahtjev u odvjetničkim krugovima smatrao krajnje nekolegijalnim. Zbog tog slovenskog iskustva ostajemo donekle skeptični glede djelotvornosti sustava u hrvatskom ZPP-u do Novele 2013. koji upravo u troškovnim sankcijama na prijedlog suprotne stranke vidi temeljni instrument za postizanje pravovremenog iznošenja novota (čl. 299. hrvatskog ZPP-a do Novele 2013.). Uz to treba napomenuti da ni sustav odvjetničke tarife nije bio takav da bi destimulirao odgodu ročišta i fragmentiranje parnice u pogledu brojnih ročišta i u pogledu brojnih pismenih pripremnih podnesaka.

Te dileme nisu nepoznate ni u drugim zemljama, u Engleskoj, primjerice, gdje je sredinom devetnaestog stoljeća prevladavao koncept takozvanog *merits-based justice* (u smislu naglašavanja pune mogućnosti meritornog odlučivanja bez procesnih prepreka, prekluzija i sankcija). Tipičan je sljedeći citat: "...zadatak sudova je da odlučuju o pravima stranaka, a ne da ih time što odluče drugačije nego što proizlazi iz njihovih prava kazne za njihove procesne greške u postupku. Sudovi ne postoje zbog discipliniranja nego zato da rješavaju sporove ..."⁴³

Međutim, u vrijeme usvajanja velike reforme engleskog parničnog postupka u *Civil Procedure Rules* (1999.) koja je povećala moć i aktivnost suda da pod prijetnjom proširenog sustava sankcija od stranaka zahtijeva pravovremeno obavljanje procesnih radnja procjenjivalo se sljedeće: "Na prvi pogled je koncept usmjeren isključivo prema sadržajnom vidu spora izuzetno atraktivan. Naglasak na tome da se spor riješi prema pravom sadržaju na kraju krajeva izražava temeljni cilj suđenja ...cilj da se zajamči supstancijalna pravda doveo je do paradoksalnog rezultata ...U konačnoj posljedici je koncept koji se temeljio isključivo na sadržajnom odlučivanju doveo baš do istih problema koje je želio prevladati: brojna ročišta koja se iscrpljuju u raspravljanju o procesnim pitanjima, dugotrajni i skupi postupci ..."⁴⁴

⁴³ Lord Justice Bowen u: *Clarapede & Co. v. Commercial Union Association* (1883) 32 WR 262, citirano prema Zuckerman, *op. cit.* u bilj. 41, str. 145.

⁴⁴ Zuckerman, *ibid.*, str. 146.

Po prirodi stvari opravdano je očekivati da će sustav u kojem je sva odgovornost u postupku na sudu dovesti do toga da se stranke sasvim pasiviziraju. To za kvalitetu sudskog odlučivanja nikako ne može biti dobro. S tog aspekta isto tako ne može biti dobro ni ako odvjetnik, iako je pravni stručnjak, ostane u lagodnom očekivanju da će rad koji bi inače morao obaviti on sam nadoknaditi sudac. Za učinkovitost sudskih postupaka najpogubnije bi bilo kad bi se stvorio privid kako stranke za zaštitu svojih prava ne trebaju napraviti ništa, odnosno da za njih neće biti nikakvih štetnih posljedica ako se same brižljivo ne pripreme za vođenje spora. Zato nije iznenađujuće da moderni procesni zakoni već na razini temeljnoga načela naglašavaju odgovornost samih stranaka da doprinesu učinkovitosti postupka.⁴⁵ I teorija i sudska praksa najviših sudova (prije svega Ustavnog suda i Europskog suda za ljudska prava) moraju biti oprezne kako ne bi jednostrano naglašavali samo obveze i odgovornosti suda, a zanemarili gore opisane odgovornosti samih stranaka i njihovih odvjetnika. Zbog svega navedenoga bilo bi pogrešno kad bismo u novom uređenju prekluzija vidjeli formaliziranje postupka i stavljanje forme iznad sadržaja. Novina može doprinijeti ne samo ubrzanju i koncentraciji postupka nego i većoj sadržajnoj kvaliteti sudske zaštite.⁴⁶

6. PROCJENA USTAVNOG SUDA SLOVENIJE

U 2009. godini Ustavni sud Slovenije potvrdio je da je novi sustav uređenja prekluzija u skladu s Ustavom.⁴⁷ Ustavni sud je u toj odluci objasnio da zakonsko uređenje mora biti koncipirano tako da i od stranaka zahtijeva da se brižljivo pripreme za parnicu, što bitno doprinosi i većoj sadržajnoj kvaliteti sudske zaštite.⁴⁸ To je moguće postići samo prijetnjom odgovarajućim sankcijama. Bitno je da se pritom u svakom konkretnom postupku pronađe ravnoteža između postizanja koncentracije i ubrzanja postupka na jednoj i cilja postizanja materijalno pravilne

⁴⁵ Njemački ZPO u § 282 sadrži obvezu stranaka da podupiru postupak (*Prozessfoerderungspflicht der Parteien*); vidi i čl. 1. st. 3. engleskog CPR-a prema kojem stranke imaju dužnost pomagati sudu u ostvarivanju temeljne svrhe (*overriding objective*) postupka.

⁴⁶ Zobec, J., *Predlagane novosti glede zamudne sodbe in posledic izostanka ter glede vmesne sodbe*, Podjetje in delo, br. 6-7, 2007., str. 1060.

⁴⁷ Odluka Ustavnog suda Slovenije br. Up-2443/08 od 7. 10. 2009.

⁴⁸ *Ibidem*.

presude na drugoj strani.⁴⁹ Slovenski ustavni sud je u drugoj odluci naglasio i pozitivan učinak proširenja načela otvorenog pravosuđenja kombiniranog sa sankcijama prekluzije (što je uvela novela ZPP-D).⁵⁰ Pod uvjetom adekvatne pripreme samog suca može se postići da se procesni materijal u što većoj mogućoj mjeri skupi već prije glavne rasprave. U toj odluci Ustavni sud je i jasno obrazložio nužnu vezu između načela otvorenog pravosuđenja (u pismenim fazama postupka) i sankcija prekluzije, a kombinacija tih instrumenata trebala bi imati pozitivan učinak i na sadržajnu kvalitetu sudske zaštite.⁵¹

Ustavni sud Slovenije je, dakle, vrlo pozitivno ocijenio sustav prekluzija kako je bio dopunjen novelom iz 2008. i jasno obrazložio zahtjev da je i odgovornost samih stranaka da doprinose ubrzanju i koncentraciji postupka te sadržajnoj kvaliteti sudske zaštite. Uz to je potrebno imati u vidu da isti Ustavni sud inače nije imao razumijevanja za one novosti u spomenutoj noveli koje su malo ili ništa doprinijele sadržajnoj kvaliteti sudske zaštite, u kojima je doista bila riječ o pukoj formalizaciji postupka. Takvih novosti prvotno u toj noveli nije bilo, ali su u zakonski tekst uvedene u kasnijim fazama zakonodavnog postupka, neke na prijedlog samog ministra pravde, a druge na prijedlog nekih sudaca (a sve bez ozbiljne komparativnopravne analize i šire stručne rasprave). Tako je Ustavni sud Slovenije ukinuo nove odredbe novele da se podnesak odvjetnika odmah odbacuje ako je nepotpun (čl. 108., st. 2. ZPP-a)⁵² ili ako odvjetnik tužbi nije priložio (pravilnu) punomoć (čl. 98., st. 5. ZPP-a).⁵³ Ustavni sud je ukinuo i odredbe o strogim sankcijama za nepristupanje tuženika⁵⁴ i tužitelja⁵⁵ na prvo ročište za glavnu raspravu.⁵⁶ Ukinuo je i novinu (čl. 143. ZPP-a) da se

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ Odluka Ustavnog suda Slovenije br. U-I-164/09 od 4. 2. 2010.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Odluka Ustavnog suda Slovenije br. U-I-200/09-14 od 20. 5. 2010.

⁵³ Odluka Ustavnog suda Slovenije br. U-I-74/12-6 od 13. 9. 2012. Suprotno tome, ta novost nije ustavno nedopuštena za postupak povodom izvanrednih pravnih lijekova pred Vrhovnim sudom uzimajući u obzir specifičnost postupka pred Vrhovnim sudom i okolnost da se bit ustavnog prava na sudsku zaštitu ostvaruje pred prvostupanjnskim sudom (Odluka Ustavnog suda Slovenije br. U-I-277/09 i dr. od 14. 6. 2011.).

⁵⁴ Odluka Ustavnog suda Slovenije br. U-I-164/09-13 od 4. 2. 2010.

⁵⁵ Odluka Ustavnog suda Slovenije br. U-I-161/10-12 od 9. 12. 2010.

⁵⁶ Prema noveli protiv tuženika se mogla donijeti presuda zbog ogluhe usprkos tome što je tuženik pravilno odgovorio na tužbu ako nije pristupio na prvo ročište za glavnu raspravu. Njegova stajališta (i dokazi) iz odgovora na tužbu i mogućih pripremljenih podnesaka za sud su i po sadržaju morali ostati bez utjecaja (čl. 282., st. 2.). Za tužitelja je bila

dostava fizičkoj osobi uvijek može pravilno obaviti na adresi formalno prijavljenog boravišta iako ona tamo stvarno ne živi (znači da je dostava u tom slučaju samo fiktivna).⁵⁷

Svi navedeni primjeri dokazuju da postoji realna opasnost da se procesni instrumenti (zlo)upotrijebe za puku formalizaciju postupka i za prekomjerno otežavanje postizanja cilja, sadržajno pravilne odluke. Potrebno je stalno kritički procjenjivati je li zakonodavac (a i sudac u konkretnom primjeru) uspio postići pravilnu ravnotežu između ciljeva koncentracije, ekonomičnosti i ubrzanja postupka na jednoj i cilja cjelovite sadržajne procjene spora na drugoj strani (a sve to uz uvažavanje temeljnih procesnih jamstava, prije svega prava na saslušanje). Međutim, kako diferencirana stajališta slovenskog Ustavnog suda lijepo pokazuju, nije moguće paušalno i jednostavno zaključiti o svim procesnim zahtjevima i o svakom povećanju očekivane aktivnosti i odgovornosti stranaka. Kako dokazuje primjer vremenskih ograničenja iznošenja novota, takvi procesni zahtjevi mogu upravo doprinijeti ne samo bržoj nego i kvalitetnijoj sudskoj zaštiti.

7. REFORME U ZAPADNOJ EUROPI – PRAGMATIČNI ARGUMENTI UMJESTO IDEOLOŠKIH

I u zapadnoj Europi (i šire u svijetu) u novije vrijeme svjedoci smo brojnim, u nekim primjerima i fundamentalnim, reformama uređenja građanskoga parničnog postupka. Tamo se, međutim, debate uz te reforme ne usmjeravaju više na klasična ideološka pitanja (aktivnost ili pasivnost suda, socijalna ili liberalna funkcija parničnog postupka kako je to bilo u sedamdesetim i još na početku osamdesetih godina 20. stoljeća). U središtu interesa je pragmatičan argument učinkovitosti⁵⁸, to jest kako optimalno raspodijeliti terete i odgovornosti sudionika u postupku s ciljem da se postigne najbolja ravnoteža između želje za svestranom meritornom ocjenom spora te sredstava i vremena koje konkretnom sporu mogu pokloniti stranke i država. Nužno je uzeti u obzir da su potencijali

predviđena čak i stroža sankcija ako nije pristupio na prvo ročište – fikcija odricanja od tužbenog zahtjeva i posljedično donošenje presude zbog odricanja (čl. 282., st. 1.).

⁵⁷ Odluka Ustavnog suda Slovenije br. U-I-279/08 od 9. 7. 2009.

⁵⁸ Hess, B., *Vergleichende Bemerkungen zur Rechtsstellung des Richters*, u: Oberhammer, P., *Richterbild und Rechtsreform im Mitteleuropa*, Wien, 2001., str. 6; Oberhammer, P., *ibid.*, str. 131.

sudova ograničeni. Uz to je očita tendencija da moderne reforme parničnog postupka posebnu pozornost posvećuju upravo fazi pripreme glavne rasprave.⁵⁹ Cilj je da se zajamči cjelokupna meritorna priprema da bi procesna građa, primarno činjenični navodi i dokazi, bili poznati već prije glavne rasprave, da se time omogući da se glavna rasprava okonča na (prema realnim mogućnostima) jednom, ali dobro pripremljenom ročištu.⁶⁰ Uz to je očita i tendencija da se, s jedne strane, povećava odgovornost stranaka te da se od njih pod prijetnjom prekluzije zahtijeva da doprinesu koncentraciji i ubrzanju postupka⁶¹, ali da se, s druge strane, baš zbog mogućnosti primjene sankcije prekluzije povećava odgovornost i uloga suda u fazi meritorne pripreme glavne rasprave. Može se, dakle, tvrditi da se zahtijeva veća odgovornost i brižljiva priprema svih subjekata postupka. To nije posljedica ideoloških argumenata nego spoznaje da je tako najbolje i s aspekta postizanja sadržajno kvalitetne sudske odluke i s aspekta racionalizacije i ubrzanja postupka.⁶² Zato se na pitanje zaoštavanja odgovornosti i očekivane aktivnosti stranaka ne može gledati s aspekta ideološki

⁵⁹ Nije točan prigovor da značenja faze pripreme glavne rasprave ne treba naglašavati jer nas iskustvo uči da ni institut pripremnog ročišta koji je poznao jugoslavenski ZPP iz 1976. u praksi nije uspio. Istina je da pripremna ročišta u praksi za vrijeme važenja jugoslavenskog ZPP-a iz 1976. nisu imala nikakvog značenja (ako su se uopće održavala), ali iz toga možemo naučiti nešto drugo. Razumljivo je da pripremno ročište kakvo je bilo koncipirano u ZPP-u iz 1976. svoj cilj, da se prije glavne rasprave utvrdi što je sporno i pravno relevantno te koje je dokaze potrebno izvesti, nije moglo ostvariti. Zakon tada, naime, nije sadržavao nikakva pravila o prekluzijama koje bi stranke natjerale na to da pripremno ročište shvate ozbiljno i da se za njega brižljivo pripreme i da na njemu raščiste ono čemu je ono bilo namijenjeno.

⁶⁰ Opći pregledi: Trocker, N.; Varano, V., *Concluding remarks*, u: Trocker; Varano, *op. cit.* u bilj. 41, str. 243 - 266 (osobito str. 247 - 255); Storme, M., *Tommorrow's civil trial*, u: Storme *et al.*: *The recent tendencies of development in civil procedure law*, Vilnius, 2007., str. 14 - 25; Stürner, R., *The principles of transnational civil procedure*, *RabelsZ*, 2005., str. 201 - 254 (osobito str. 223 - 230); Oberhammer, P., *Zivilprozessgesetzgebung: Content follows method*, u: Honsell, H. *et al.* (ur.), *Festschrift für Ernst A. Krammer*, Basel, 2004., str. 1025 - 1050 (osobito str. 1039 - 1046); Van Rhee, C. H., *History of civil litigation in Europe*, materijal za školu *Public and Private Justice – dispute resolution in modern societies*, Dubrovnik, 2006., <http://alanuzelac.from.hr/text/iuc-course.htm> (15. srpnja 2007.).

⁶¹ Domej, T., *Omejitve pri navajanju dejstev in dokazov v nemško govorečem pravnem krogu*, *Podjetje in delo*, br. 6-7, 2012., str. 1435, s aspekta njemačkog, austrijskog i švicarskog prava ustanovljuje sljedeće: "Danas na njemačkom govornom području gotovo nitko ne sumnja da je sustav prekluzija nužan element građanskoga procesnog prava."

⁶² V., npr., Oberhammer, *op. cit.* u bilj. 58, str. 142.

opterećenih rasprava o pasivnosti ili aktivnosti suda, odnosno stranaka. Te su rasprave u zapadnoj Europi prošlost jer su se temeljile na pogrešnoj pretpostavci da se aktivnost suda nužno povezuje s pasivnošću stranaka i obrnuto.⁶³

Sljedeća je karakteristika tendencija u suvremenom razvoju građanskoga procesnog prava ta da se prvostupanjskom sudu sve više omogućava da prilagodi vođenje postupka karakteristikama konkretnog predmeta (primjerice pismeni ili usmeni pripremni postupak ili svrstavanje predmeta u jedan od zakonom predviđenih modela, odnosno traka postupka) i dovoljno manevarskog prostora u određivanju vremenskog tijeka postupka.⁶⁴ Korisno je takvo uređenje koje sudu dopušta dovoljno manevarskog prostora u vremenskom okviru tijeka postupka i procesnih radnja. Još je jedna od općih karakteristika modernog razvoja građanskoga procesnog prava mogućnost sučeva izbora i prilagođavanja koje se, između ostalog, odražava i u većoj upotrebi pravnih standarda i pravnih norma apstraktnog sadržaja i u procesnom pravu, a sve češće i u pravu diskrecije. Za Sloveniju, na žalost, možemo ustanoviti da je prihvaćanje te tendencije rijetko.⁶⁵ Prevladavajuće je mišljenje sasvim suprotno i rašireno je oštro protivljenje mogućnosti da se sucu u postupku otvorenijim normama, diskrecijom, davanjem mogućnosti izbora između više ponuđenih načina za vođenje postupka omogući više slobode.⁶⁶ Govori se o tome da su takve norme nejasne, da ruše pravnu sigurnost, da suci takve norme i mogućnosti neće znati ili čak neće htjeti pravilno upotrijebiti, odnosno da će ih zloupotrebljavati, da

⁶³ Usp. Oberhammer, P., *Die Aufgabeverteilung zwischen Gericht und Parteien*, u: Commentaren op fundamentele herbezinning, Prinsengrachteeks, br. 1, 2004., str. 92.

⁶⁴ U Njemačkoj se tako sudac prvog stupnja slobodno odlučuje hoće li izvesti pismeni pripremni postupak ili će odrediti tzv. rano prvo ročište. U Engleskoj se sudu nalaže da u pripreмноj fazi odredi u koju od *pruga* uvrstiti predmet: *fast track*, *small claims track* ili *multiple track*. Upravo posljednja sudu omogućava punu mogućnost prilagođavanja okvira postupka karakteristikama konkretnog slučaja. Osborne, C., *Civil litigation*, Oxford, 2002., str. 225 - 265. Slično u Francuskoj Ferrand, F., *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, u: Trocker; Varano, *op. cit.* u bilj. 41, str. 44.

⁶⁵ Iznimku od općeg mišljenja izražava sljedeći citat jednog od najautoritativnijih slovenskih intelektualaca Franceta Bučara: "Iz njih smo napravili birokrate. Sudac mora biti osobnost. Mora biti vrijedan povjerenja. Zbog totalitarne prošlosti u Sloveniji smo mislili da sucu treba propisati svaki korak za svaki postupak. Ako njima propišeš svaki korak, ne traže više pravde nego zaštitu sebe. Sucima treba više slobode i više diskrecije." (citirano prema Mekina, B., *Demontaža države*, Mladina, br. 28, 10. 7. 2008.).

⁶⁶ Tako Ured predsjednika Višeg suda u Celju, *Pripombe na predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah ZPP*, 22. 6. 2007.

se stvara labirint, a sucu treba jasan put bez raskrsnica i sl. Ne treba nas čuditi da protivljenje većoj slobodi suca u formiranja postupka dolazi od onih koji ni inače nemaju poštovanja prema sudskoj vlasti. Paradoksalno je, međutim, i zabrinjujuće da dolazi i od onih koji sebe predstavljaju zaštitnicima sudske vlasti, a često i od samih sudaca. Protivljenje većoj slobodi sudaca u oblikovanju postupka, naime, u biti se temelji na nepovjerenju u suce, u sudove i u sudsku vlast u cjelini.

8. ZAKLJUČAK

Zahtjev da stranke naglašenom aktivnošću i odgovornošću doprinesu učinkovitosti sudske zaštite (i s aspekta ubrzanja i s aspekta meritorne kvalitete sudskih odluka) pokušali smo utemeljiti pragmatičnim argumentima. Jednostavno rečeno, ako su u čamcu troje (sudac i dvije stranke, odnosno njihovi odvjetnici), čamac će brže i bolje ploviti ako se sve natjera da veslaju. Ideološki argumenti su pritom suvišni iako se često čuju s druge strane. Oni koji se kategorički protive sustavu prekluzija sebe rado predstavljaju liberalnim zaštitnicima ljudskih prava i pravde, a one koji se zalažu za odgovornost i aktivnost stranaka etiketiraju kao represivne. Ipak, možda bi čak lakše bilo tvrditi upravo suprotno. Koncept da stranka ne treba snositi odgovornost za svoje odluke i propuštanja, naime, nije liberalan. Taj koncept je paternalistički. Suprotno tomu, upravo poštovanje čovjeka zahtijeva da se mu prizna i sposobnost, a posljedično i odgovornost za vlastite odluke. Poricanje odgovornosti je u biti poricanje sposobnosti i poricanje slobode. Isto tako, protivljenje tomu da se od odvjetnika očekuje kvalitetan i brižljiv rad te zalaganje za to da u zakonu ostane sustavno ugrađeno očekivanje da će loš rad odvjetnika nadomjestiti sud u biti izražava nepovjerenje u odvjetnike. Baš očekivanje doprinosa odvjetnika kvaliteti sudske zaštite izraz je povjerenja u njih. To očekivanje omogućuje odvjetništvu da u društvu zauzme ulogu koju treba imati. Poricanje uloge koju odvjetnik mora odigrati u parnici vodilo bi na kraju do takva položaja odvjetništva kakav je bio u zemljama realnog socijalizma, a to je nestanak odvjetništva najprije iz sudskih dvorana, a onda i iz društva u cjelini te do odumiranja odvjetništva kao profesije.

Ideološki opterećena rasprava ipak je suvišna. Prije svega stoga jer nema crno-bijelih odgovora. Preostaje samo zakonodavcu, ali i sucu da u svakom konkretnom predmetu traži pravu mjeru između sadržajno pravilne i kvalitetne odluke te utroška sredstava za postizanje tog cilja. Proporcionalnost je načelo

koje se u modernom razvoju parničnog postupka najviše naglašava. Pritom nije riječ samo o procjeni s aspekta konkretnih stranaka postupka nego i s aspekta djelovanja pravnog sustava i pravosuđa u cjelini.⁶⁷

Drugi razlog za to da ne treba naglašavati ideološke argumente je u tome što protivljenje sustavu prekluzija (odnosno bilo kakvim očekivanjima aktivnosti stranaka) u ime materijalne istine, odnosno meritorne kvalitete sudske zaštite katkad djeluje neiskreno. Parnični postupak bez prekluzija, kako je pokazalo iskustvo, barem je u Sloveniji u pravilu rezultirao time da su na ročišta nepripremljeni dolazili i odvjetnici i suci. Pozivanje na načelo materijalne istine i naglašavanje cilja, meritorno pravilne presude u takvu sustavu često je samo izgovor za odgodu početka ozbiljnog rada na sudskom predmetu za (u najboljem slučaju) neko kasnije vrijeme ili za (odvjetnikovo) očekivanje da će rad koji bi morao i, prije svega, mogao i znao obaviti sam umjesto njega obaviti netko drugi (sudac). I opće ljudsko iskustvo vjerojatno potvrđuje da sustav bez vremenskih ograničenja kod bilo kakva rada ne znači nužno da će sadržajnog rada biti više i da će biti kvalitetniji. Možda će samo kasnije početi.

Summary

Aleš Galič *

RESTRICTIONS FOR LATE FACTUAL ALLEGATIONS AND EVIDENCE AND THE GOAL OF CIVIL PROCEDURE

The Yugoslav Civil Procedure Act did not contain efficient tools that could assure concentration of proceedings and a substantial preparation of the main hearing. There were no sanctions for default in filing of preparatory submissions, and judges were not empowered to impose binding time limits for written clarifications and supplementations of the parties' submissions. Already the first Slovenian Civil Procedure Act (1999) brought some impro-

⁶⁷ V. Andrews, N., *The Modern Civil Process*, Tübingen, 2008., str. 22 – 26; Zuckerman, *op. cit.* u bilj. 41, str. 146. V. i (pod očitim utjecajem razvoja u Engleskoj) zaključni izvještaj Studijske komisije Međunarodnog sudačkog društva (CEPEJ, Trondheim, rujan 2007.). O tome Betetto, N., *Sankcije za neaktivnost strank v pravdnem postopku*, Pravna praksa, br. 42, 2007., str. 36.

* Aleš Galič, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana, Poljanski nasip 2, Ljubljana (Slovenia).

vements in this regard. Further steps were made by the CPA amendments in 2008. The legislator's intention was to put an emphasis on the preparatory stage of civil proceedings. For the first time, the judge was empowered to use his discretion in shaping the procedure and to adjust it to the characteristics of each individual case. The new amendments also promoted the idea that a party to civil litigation should contribute both to acceleration of the proceedings, as well as to achieving the goal of substantive justice on merits.

The relation between the goal of substantive justice and procedural sanctions cannot be determined based on ideologically burdened or even demagogical arguments. It is all about finding a right balance. The goal of preclusions is not to enable the court to avoid the determination of the merits of the case. The primary goal of such procedural sanctions is prevention. One can expect that parties comply with court orders and directions. If they do so, the preparation of trial and arguments of parties should be more comprehensive and of better quality. For achieving the goal of good quality of adjudication this can only be beneficial.

Keywords: civil procedure, new facts and evidence, preclusions, right to be heard, principle of proportionality.

VJEŠTAČENJE IZMEĐU ISTRAŽNOG I RASPRAVNOG NAČELA U GRAĐANSKOM PARNIČNOM POSTUPKU

*Mr. sc. Miljenko Giunio **

Da mihi factum dabo tibi jus! Jura novit curia. Kad je sudu potrebno neko posebno znanje kojim on ne raspolaže, pomaže mu vještak. Te tri rečenice, dvije iz rimske pravne aksiomatike i jedna parafrazirana odredba postupovnih zakona o izvođenju vještačenja, okvir su i podloga autorovim refleksijama o vještačenju s naglaskom na mjesto toga dokaznog sredstva u parničnom postupku u prevladavajuće dispozitivnom procesnom sustavu. Naglašavajući specifičnosti vještačenja među sredstvima kojima sud dolazi do relevantnih utvrđenja radi donošenja odluke autor zaključuje da odredbe Hrvatskoga Zakona o parničnom postupku i nakon što je novelom iz 2003. dodatno naglašena raspravna metoda (načelo) omogućuju sudu (istražnu) inicijativu za odlučivanje o provođenju vještačenja i o izboru osobe koja će komplementarnim stručnim znanjem upotpuniti njegova pravna znanja. Pledira za tumačenje prema kojemu je sud i bez odgovarajućeg prijedloga stranke obvezan pribjeći vještačenju ako smatra da mu je za presuđenje potrebno specifično znanje.

Ključne riječi: vještak, vještačenje, istražno načelo, raspravno načelo.

1. UVOD

Ako između stranaka nastane spor u vezi s njihovim osobnim i obiteljskim odnosima kao i ako dođe do nekoga radnog, trgovačkog, imovinskog ili drugoga građanskopravnog spora, o tome rješava sud u parničnom postupku, osim ako je propisano da neke od tih sporova sud rješava prema pravilima kojega drugog postupka.¹ Sudska zaštita prava u građanskopravnim odnosima zajamčena je i

* Mr. sc. Miljenko Giunio, prokurist, Metalmineral, predsjednik Udruge pravnika u gospodarstvu.

¹ V. čl. 1. Zakona o parničnom postupku (dalje u tekstu: ZPP), Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11.

Ustavom RH.² Značajka parnice jest postojanje spora. Ako spora nema, a odnose o kojima je riječ (iz navedenih područja) treba utvrditi, fiksirati, postoje mnogo jednostavniji, brži i jeftiniji načini od parnice – ugovor, javnobilježnički akt, javnobilježnički solemnizirana privatna isprava.

Građanski parnični postupak je opća, redovna i osnovna metoda zaštite ugroženih ili povrijeđenih subjektivnih građanskih prava koju pruža državna pravosudna organizacija.³ Parnični postupak uređuje pravila igre kod sudskoga parničnog rješavanja spora. Važnost postupovnih pravila velika je. To osobito dolazi do izražaja u parnicama u kojima je, ponajprije, činjenično stanje složeno s obzirom na količinu fakata koje treba utvrditi, njihove dostupnosti i načina prezentiranja, dovođenje tih činjenica u međusobnu vezu, njihovo međusobno suprotstavljanje, analizu i povezivanja s pravnim pravilima materijalnoga prava. Velika je zadaća na sudu (sucu) da primjenom procesnih pravila osigura dobivanje korektnoga i zakonitoga rezultata, ali je sud pritom ipak ograničen. S jedne strane, pravila postupka ne dopuštaju mu da prijeđe granice inicijative koje mu postavlja konkretan procesni sustav, a, s druge strane, neizostavan je i ljudski faktor, subjektivna procjena o potrebi poduzimanja stanovite radnje (koliko god ta procjena mora biti rezultat sučeve objektivnosti u odnosu na predmet raspravljanja). Osnovno je pravilo parničnog postupka da sud odlučuje u granicama postavljenog zahtjeva.⁴ Pritom još iz rimskih vremena vrijedi maksima *Da mihi factum, dabo tibi jus.*, a ona je usko vezana s drugom *Jura novit curia*. Dakle, na strankama je da osiguraju sudu raspolaganje činjenicama, a na sudu je da na činjenično stanje, utvrđeno točno i potpuno, primijeni odgovarajuću pravnu normu (norme). Međutim, nerijetko je sudu za donošenje odluke potrebno uz pravno i neko drugo znanje kojim sud može, ali ne mora raspolagati. Tu se onda javlja potreba za odgovarajućim stručnjacima kojima sud daje zadatak da mu na temelju konkretnih činjenica pomognu svojim ekspertnim znanjem i iskustvom.⁵ Sud pribjegava vještačenju kad mu je radi

² Čl. 29., st. 1. Ustava RH, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10.

³ Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004., str. 3.

⁴ Čl. 2., st. 1. ZPP-a.

⁵ Stoga se obično smatra da sudu nije potrebna, vjerojatno ni dopuštena, dodatna pravna ekspertiza. "Sud je dužan poznavati pravo (*jura novit curia*) pa sadržaj pravnih propisa ne može biti predmet dokazivanja", osim ako je riječ o utvrđivanju sadržaja stranog prava. Tako Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 3, str. 526. No, upitno je koliko danas još vrijedi rimska maksima, fikcija o sudskom poznavanju (svekolikog) prava kao i gdje je

utvrđenja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebno stručno znanje kojim on ne raspolaže.⁶

Odredbe o vještacima u ZPP-u nalaze se u Glavi osamnaestoj koja nosi naslov *Dokazi i izvođenje dokaza*. Ondje su, uz opće odredbe, uređeni uviđaj, isprave, svjedoci, saslušanje stranaka i vještaci (čl. 250. - 262.), s tim da se pretežan dio odredaba o vještacima primjenjuje i na tumače kao na specifične eksperte za sporazumijevanje i/ili prenošenje sudu nerazumljivih sadržaja zabilježenih na papiru ili drugim nosačima teksta.

Parnični postupak, uređujući način prikupljanja činjeničnog i dokaznog procesnog materijala radi donošenja odluke u sporu (tj. odluke o tužbenom zahtjevu), rukovodi se raspravnim i/ili istražnim načelom, a najčešće stanovitom kombinacijom tih dviju suprotstavljenih metoda. Procesni sustavi zasnovani na konzekventnoj primjeni raspravnog načela (*Verhandlungsmaxime*) inicijativu za

danas granica između domaćeg i stranog prava (posebno u zemljama Europske unije). Čapeta, T., govoreći na Tribini Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu na temu *Sudovi i sudovanje nakon ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju*, upozorila je na to da je fikcija o sudskom poznavanju prava danas postala nemoguća misija. “Zahtijeva se od nacionalnih sudova da barataju cijelim pravnim poretkom, ne samo jednom pravnom normom koja im se slučajno našla na stolu u tom trenutku, ali koja ne postiže rezultate koje zahtijeva europska norma. Europski sud zahtijeva od nacionalnih sudova da posegnu za različitim dijelovima pravnog sustava; da, primjerice, normu koja im stoji na putu isključe iz primjene kao, primjerice, neustavnu pa zaključe da tu postoji pravna praznina koju će popuniti u skladu s onim što zahtijeva pravna norma europskog prava. Dakle, zahtijeva se od sudova da pronađu kreativne tehnike koje su izvan njihovog uskog područja. Ako se radi o sucu koji sudi u kaznenom pravu on ne može ostati samo u kaznenom pravu, on mora posegnuti i za Ustavom, i za različitim drugim instrumentima ne bi li postigao onaj rezultat koji zahtijeva pravo EU. Naravno da je to ogroman posao za suce, pogotovo za naše suce koji nikako da dostignu i smanje broj predmeta koji čekaju na rješavanje. Očito je da zbog svakodnevnog posla to predstavlja veliko opterećenje za suce i zato je vrlo važno da se u to uključe i odvjetnici. Dok se ne uključe i odvjetnici, teško će uvijek suci sami kopati po mogućim europskim normama u skladu s kojima bi morali interpretirati neke norme ili koje bi morali izravno primjenjivati.” Pravo u gospodarstvu, br. 6, 2011., str. 1203. i 1204. Ne samo *acquis communautaire* nego i domaće, unutarnje pravo već je toliko puno specijalnih područja koja je teško olako obuhvatiti tako da ne bi trebalo *a priori* isključivati mogućnost pravne ekspertize. Ako se Ustavnomu sudu dopušta pribjegavanje vanjskim pravnim ekspertima (znanstvenim savjetnicima), zašto to ne bilo dostupno i “običnome” sudu? Zar samo stoga što odluke potonjega i njegove pravne pogreške “ima tko ispraviti”!?

⁶ Čl. 250. ZPP-a.

prikupljanje procesnog materijala priznaju samo strankama pa je kod toga sud samo pasivni promatrač njihova raspravljanja.⁷ Dosljedan proizvod primjene raspravnog načela s maksimalno naglašenom stranačkom dispozitivnošću bili su stariji procesni sustavi zasnovani na liberalno-kapitalističkim shvaćanjima kojima je bila strana intervencija države u imovinskopravne odnose.⁸ Naprotiv, dosljedna primjena istražnog ili inkvizitornog načela inicijativu za prikupljanje procesnog materijala daje sudu. Ti su sustavi bili proizvod apsolutističkih režima.⁹ U literaturi se, s obzirom na navedene karakteristike, upućuje na to da je primjena jedne ili druge od navedenih metoda prikupljanja procesne građe izraz sustava u kojemu funkcioniraju, dispozitivnog ili oficioznog.¹⁰ U pozitivnim sustavima redovito se primjenjuje kombinacija tih metoda¹¹, s tim da noviji razvoj, pa i u hrvatskome pravu, pokazuje tendenciju jačanja raspravne metode koja je postala dominantna i u ZPP-u, osobito nakon zakonske novele iz 2003. godine.

Vještačenje, s obzirom na ZPP-ovsku aplikaciju kombiniranih metoda s naglaskom na raspravnu, ima stanovitih specifičnosti u odnosu na ostala dokazna sredstva. O tome se katkad u praksi, ali i u teoriji ne vodi dostatno računa pa se moguća pasivnost stranke u inicijativi i/ili podršci ekspertizi izjednačava s takvom pasivnošću u prezentaciji (drugih) dokaza.

2. VJEŠTAČENJE KAO SPECIFIČNO DOKAZNO SREDSTVO

Vještačenjem se (u pravilu) sudu ne prezentira neka činjenica iz vlastitog iskustva nego stručni zaključak (mišljenje) koji je rezultat primjene ekspertnih znanja na konkretan slučaj. U tom bi smislu i za vještaka vrijedilo pravilo koje parafrazirano glasi – *da mihi factum, dabo tibi opinionem*. Razlika je ipak u tome što se vještaku redovito daje ovlast traženja od stranaka da mu stave na raspolaganje

⁷ Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 3, str. 174. To je izraženo u rimskom pravilu *Judex judicare debet secundum allegata et probata partium*.

⁸ *Ibid.* Radikalna primjena raspravnog načela najpotpunije je izražena u francuskom *Code de procedure civile* iz 1806., a slični su i angloamerički procesni sustavi. Bio im je blizak i *Privremeni građanski parbeni postupak za Hrvatsku i Slavoniju* iz 1852.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, str. 175.

¹¹ Harmonična kombinacija dviju metoda izražena je u austrijskom zakonu *Zivilprozessordnung* iz 1895., a preslikana je u jugoslavenskom zakonu iz 1929. Tako *ibid.*

potreban materijal za provođenje ekspertize (uz onaj dobiven u sudskom spisu).¹² Parnični sud pribjegava vještačenju kad je radi utvrđivanja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebno stručno znanje kojim on sam ne raspolaže.¹³ Kriterij je, dakle, stupanj znanja čovjeka koji posjeduje opće obrazovanje i životno iskustvo kao sudac.¹⁴ Ipak, imajući na umu odredbu čl. 250. ZPP-a zaključuje se da sud može i sam donijeti ocjenu o nekom stručnom pitanju ako o tome posjeduje potrebno znanje.¹⁵ Pritom, ako sud sudi u vijeću, nije dostatno da samo jedan član ima to potrebno znanje nego ga moraju imati svi članovi vijeća.¹⁶ No, izvođenje vještačenja ima prednost pred oslanjanjem na stručno znanje suda jer se nalaz i mišljenje vještaka podvrgavaju diskusiji i kritici na raspravi na kojoj sudjeluju stranke.¹⁷ Kada sud pribjegava vještačenju, daje zadatak vještaku da iznese svoj nalaz i mišljenje. U literaturi se naglašava dvostruko značenje vještaka; oni su

¹² Vještaku se mogu davati razjašnjenja, a može mu se dopustiti i razmatranje spisa. Na zahtjev vještaka mogu se izvoditi i novi dokazi da bi se utvrdile okolnosti koje su važne za stvaranje mišljenja vještaka (čl. 259., st. 2. ZPP-a).

¹³ Sud će izvesti dokaz vještačenjem kad je radi utvrđivanja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže. (čl. 250. ZPP-a). Vještačenje se određuje kad za utvrđivanje ili ocjenu neke važne činjenice treba pribaviti nalaz i mišljenje od osobe koja raspolaže potrebnim stručnim znanjem ili vještinom. (čl. 308. Zakona o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 121/11). Kad je za utvrđivanje ili ocjenu određene činjenice koja je bitna za rješavanje upravne stvari potrebno posebno stručno znanje kojim službena osoba ne raspolaže, dokaz se može izvesti vještačenjem. (čl. 65, st. 1. Zakona o općem upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09).

¹⁴ Tako Poznić, B.; Vržalić, M.; Bačić, F., *Zakon o parničnom postupku sa komentarom*, Beograd, 1957., str. 220., cit. prema Čizmić, J., *Neka razmatranja o vještačenju u parničnom postupku – s posebnim osvrtom na vještačenjem u području medicine*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1, 2011., str. 473. V. i Salaj, Š., *Uloga vještaka u parničnom postupku*, Pravo i porezi, br. 10, 2000.

¹⁵ U tom smislu i revizijska odluka: "Da bi se utvrdilo zdravstveno stanje stranke nije uvijek nužno izvesti dokaz medicinskim vještačenjem. (VSRH Rev 878 od 8. 2. 1989. – PSP 44/162)"; citirano prema Grbin, I., *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom*, 6. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2012.

¹⁶ "Kada sud sudi u vijeću nužno je da svi članovi vijeća mogu sami stručno ocijeniti činjenice koje se utvrđuju. Ako samo jedan član vijeća raspolaže potrebnim stručnim znanjem u određenom slučaju, sud mora za izvođenje dokaza odrediti vještaka. Naime, stručno znanje s kojim eventualno raspolaže samo jedan član vijeća, nije stručno znanje suda." (Čizmić, J., *op. cit.* u bilj. 14, str. 475).

¹⁷ Triva, S.; Belajec, V.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 434.

klasično dokazno sredstvo ako samo obavještavaju sud o svojim zapažanjima (nalazom), ali, ako pomažu sudu da izvodi zaključke i formira mišljenje o zapaženome, oni obavljaju ulogu specifičnog pomagača u suđenju.¹⁸

3. PREDLAGANJE I ODLUČIVANJE O PROVOĐENJU VJEŠTAČENJA

U parničnom postupku svaka je stranka dužna iznijeti činjenice i predložiti dokaze na kojima temelji svoj zahtjev, odnosno kojim pobija protivnikove dokaze i navode.¹⁹ Ta temeljna odredba o dokazivanju u parnici izraz je uvodno spomenutoga raspravnog načela. Njegova je primjena u ZPP-u ublažena time što sud može upozoriti stranke na tu njihovu dužnost, a osobito na potrebu iznošenja odlučnih činjenica i predlaganja određenih dokaza kao i iznijeti razloge zbog kojih to smatra potrebnim. Sud će to učiniti (može učiniti) kad ocijeni svrsishodnim za pravilno rješenje spora.²⁰ Posljedica je neizvedenosti relevantnih dokaza da, ako sud na temelju onih izvedenih ne može sa sigurnošću utvrditi neku činjenicu, o njezinu će postojanju zaključiti primjenom pravila o teretu dokazivanja.²¹ Jedino ako je riječ o utvrđenju visine naknade štete, novčane svote ili količine zamjenjivih stvari, sud će o tome odlučiti prema slobodnoj ocjeni.²² Za pojedine vrste dokaznih sredstava postoje i posebne odredbe. Tako je za isprave propisano da je stranka dužna podnijeti ispravu na koju se poziva, a, ako je isprava na stranom jeziku, i njezin ovjerovljeni prijevod.²³ Za ispravu koja se nalazi kod druge strane, a ne one koja se na ispravu poziva, sud će pozvati stranku koja ispravu posjeduje da je u određenom roku podnese. Obveza

¹⁸ Vještaci obavještavaju sud o svojim *sadašnjim zapažanjima*, izvodeći eventualno zaključke o činjenicama koje su se dogodile u prošlosti ...Zadatak je vještaka ne samo da obavijeste sud o svojim zapažanjima, već i da sudu dadu svoje *mišljenje* o značenju, djelovanju, uzrocima i posljedicama određenih zbivanja. U konkretnom slučaju vještačenje bi se moglo ograničiti samo na davanje nalaza, ili samo na davanje mišljenja. (Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 3, str. 526. i 527.)

¹⁹ Čl. 7., st. 1.; čl. 219., st. 1. i čl. 220., st.2. ZPP-a.

²⁰ Čl. 219., st. 2. ZPP-a.

²¹ Čl. 221.a ZPP-a.

²² Čl. 223., st. 1. ZPP-a. ZPP upućuje sud na odlučivanje prema slobodnoj ocjeni radi ekonomičnosti postupka i u nekim stvarima manje vrijednosti (čl. 223., st. 2. i čl. 223.a).

²³ Čl. 232., st. 1. i 2. ZPP-a. Smatramo da sud ne bi trebao odbaciti kao dokaz ispravu na stranom jeziku samo zato što nije priložen i prijevod ako sud raspolaze znanjem toga jezika (analogna primjena pravila o vještačenju iz čl. 250. ZPP-a.)

druge strane na podnošenje isprave ovisi o procesnoj situaciji i vrsti isprave. U svakom slučaju, sud će, s obzirom na sve okolnosti, procijeniti značenje uskrate podnošenja isprave ili neopravdanog poricanja njezina posjeda.²⁴

Nakon ovoga kratkog pregleda pravila o predlaganju i izvođenju (nekih) dokaznih sredstava, usredotočit ćemo se na zakonske odredbe o izvođenju dokaza vještačenjem. Već smo podsjetili da sud izvodi dokaz vještačenjem kad sam ne raspolaže stručnim znanjem potrebnim za utvrđivanje ili razjašnjenje kakve činjenice. Određeni vještak dužan je odazvati se pozivu suda i iznijeti svoj nalaz i mišljenje. Dakle, sud izvodi dokaz vještačenjem kad sam ne raspolaže stručnim znanjem potrebnim za utvrđivanje ili razjašnjenje kakve činjenice. Iz toga temeljnog pravila o pribjegavanju ekspertizi zaključujemo da kod donošenja odluke o uključivanju vještaka kao sudskog pomoćnika sud može i treba odlučiti i mimo dispozicije stranaka. Stranka koja se na neke činjenice poziva, pa i kad njihovo proučavanje kod suda može stvoriti potrebu za stručnim pomoćnikom, ne mora, pod procesnom prijetnjom gubitka, sama predložiti vještačenje. Imajući na umu sve što je prethodno rečeno (napisano) u pogledu potrebe za angažiranjem sudskog pomoćnika eksperta²⁵, stranka ne mora znati ili pretpostavljati da sud stanovitim znanjem ne raspolaže. To će osobito vrijediti u situacijama kad je stranka podnijela sudu potreban materijal (dokumentaciju) koji daje dostatnu podlogu za procjenu opravdanosti njegovih, na primjer, računskih kalkulacija. Sud može, ali ne mora sam provjeravati računsku ispravnost tužbenog zahtjeva. Eventualan propust stranke da predloži vještačenje kao dokazno sredstvo ne bi smio dovesti do odbijanja tužbenog zahtjeva pozivom na propust predlaganja dokaza u primjeni raspravnog načela. Da je sud ovlašten pribjeći vještačenju i bez takva prijedloga stranke ili stranaka, upućuje, ali ne jedino i sama za sebe, i formulacija zakonske odredbe članka 250. ZPP-a: “sud će izvesti dokaz vještačenjem.”²⁶ Ako sud ne bi smio bez prijedloga stranke odrediti vještačenje, onda bi on morao, prihvaćajući to predloženo dokazno sredstvo, i odrediti onu osobu vještaka koju je predložila stranka. Predložena osoba važan je element prijedloga, često i bitan. Međutim, iz sasvim razumljivih razloga zakon propi-

²⁴ Čl. 233., st. 1. - 6. ZPP-a.

²⁵ V. pod 2. Vještačenje kao specifično dokazno sredstvo.

²⁶ Slično je i s drugim specifičnim dokaznim sredstvom, saslušanjem stranaka. Za to supsidijarno dokazno sredstvo “sud može odlučiti da se izvede” (čl. 264., st. 1. i 2. ZPP-a). Ipak, saslušanje stranaka, koliko god specifično, bliže je saslušanju svjedoka. Što je još važnije, to dokazno sredstvo nema onu naglašenu specifičnost koja može opravdati dopuštanje sudske inicijative, a to je nedostatak odgovarajućeg znanja suda.

suje drukčije pa “vještačenje obavljaju vještaci koje određuje parnični sud”, a samo će “prije nego što odredi koje će osobe uzeti za vještake o tome saslušati stranke”.²⁷ Sud je kod izbora vještaka, pa i moguće njegove zamjene, potpuno slobodan pa vještak ne mora biti ni osoba s popisa stalnih sudskih vještaka, a sud vještaka može i osloboditi dužnosti vještačenja.²⁸ Osim toga, iako je u parničnom postupku načelno dopuštena žalba i protiv rješenja, kad je riječ o rješenju kojim se određuje osoba vještaka (pa i njegova moguća zamjena ili se određuje više vještaka, obnavljanje vještačenja s istim ili drugim vještacima), žalba nije dopuštena.²⁹

Ne mislimo da je ta zakonom dana sloboda sudu u izboru toga specifičnog dokaznog sredstva rezultat omaške prilikom redakture novele ZPP-a 2003. godine kada je osnaženo raspravno načelo u hrvatskome parničnom procesu pa da bi ta pravila o slobodi suda zbog toga “ostala neusklađena s načelnom odredbom o dominantnoj ulozi raspravnog načela”.³⁰ Naprotiv, smatramo da su pravila o određivanju vještačenja kao iznimke u dispozitivnom sustavu baš u skladu s posebnom prirodom i svrhom (funkcijom) toga dokaznog sredstva, sredstva kojim se najčešće i ne dokazuje nego se na dokazni materijal koji podnose stranke primjenjuje posebno znanje (kojim sud ne raspolaže). Stoga i vještaci kao protagonisti vještačenja moraju biti osobe ne samo stručno kvalificirane za obavljanje povjerenog zadatka nego moraju ispunjavati i uvjete nepristranosti kao i suci.³¹ Smatramo da se potvrda iznesenog stajališta o zakonodavčevoj svjesnoj i korisnoj korekciji raspravnog načela nalazi i u odredbama o predumjivanju troškova za vještačenje.

²⁷ Čl. 251., st. 1. i 2. ZPP-a.

²⁸ Čl. 252. i 253. ZPP-a.

²⁹ Čl. 262. u vezi sa čl. 251., 252. i 261. ZPP-a.

³⁰ Tu dvojbu (pretpostavku?) iznosi Dika, M. u Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 3, str. 529. i 530.

³¹ Vještak može biti izuzet iz istih razloga iz kojih može biti izuzet sudac (čl. 254., st. 1. u vezi sa čl. 71. ZPP-a). Recentna odluka Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu u predmetu *Bajić protiv RH* br. 41108/10 od 13. 11. 2011. u drastičnom slučaju pokazuje važnost objektivnog vještaka za kojega nije dostatna stručna kvalificiranost. Bila je riječ o kaznenom postupku i medicinskom vještačenju, ali je primjer ilustrativan za svrhu upozoravanja na neophodnost vjerodostojnosti osobe vještaka, a ona se ne može osigurati bez aktivne uloge suda. Odluka u vrijeme pisanja ovog rada nije prevedena, a njezin engleski tekst dostupan je na internetskoj stranici www.echr.coe.in/hudoc (15. 9. 2012.).

4. PREDUJMLJIVANJE TROŠKA VJEŠTAČENJA

Parnične troškove čine izdaci učinjeni tijekom ili u povodu postupka, a svaka stranka prethodno podmiruje one troškove koje je sama uzrokovala svojim radnjama. Stoga, kad stranka predloži izvođenje dokaza, ona je dužna i predumjeti potreban iznos troškova za to.³² Međutim, kad sud po službenoj dužnosti odredi izvođenje dokaza (ili to predlože obje stranke), on objema strankama nalaže uplatu polovice predujma ili pak to nalaže samo jednoj stranci. Ako stranka kojoj je naloženo ne uplati predujam ili to ne učine obje stranke, sud će odustati od izvođenja dokaza, a posljedice toga propusta stranke ili stranaka procijenit će po svojem uvjerenju uzimajući u obzir sve okolnosti.³³ Iako se u odredbama o predujmljivanju troškova govori o izvođenju dokaza, redovito se to odnosi baš na predujmljivanje troškova vještačenja. I te odredbe pokazuju da hrvatski zakon nije potpuno napustio istražnu ulogu suda u situacijama koje takvu njegovu inicijativu opravdavaju. Treba naglasiti da takva aktivna uloga suda nije ograničena samo na slučajeve sumnje u nedopuštene stranačke dispozicije, tj. procesna raspolaganja koja su protivna prisilnim propisima i pravilima javnog morala (čl. 3., st. 3. ZPP-a). Taj zaključak potvrđuje iznimka od pravila o predujmljivanju troškova koja za slučaj iz čl. 3., st. 3. ZPP-a predviđa posebno rješenje – isplatu iz sudskih sredstava (čl. 153., st. 5. ZPP-a).

5. OCJENA VJEŠTAČKOGA NALAZA I MIŠLJENJA

Sud u obrazloženju presude uz ostalo mora iznijeti koje je činjenice utvrđivao, zašto i kako ih je utvrdio, a, ako ih je utvrdio dokazivanjem, koje je dokaze izvodio i zašto te kako ih je ocijenio.³⁴ Navedeno znači da sud ne mora prihvatiti nalaz i mišljenje vještaka, on nije njime nekritički vezan. Naime, vještačenje je dokazno sredstvo čiju dokaznu vrijednost sud ocjenjuje na osnovi savjesne i brižljive ocjene svih odlučnih okolnosti, posebno procjenjujući nalaz i mišljenje pravilima logičkog zaključivanja i iskustva.³⁵ U literaturi nismo naišli na poseb-

³² Čl. 151., čl. 152. i čl. 153., st. 1. ZPP-a.

³³ Čl. 153., st. 2. i 3. ZPP-a.

³⁴ Prema čl. 338., st. 4. ZPP-a.

³⁵ Tako Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 3, str. 527, dodajući da “(O)d sposobnosti suda da podvrgne kritici nalaze i mišljenje vještaka zavisi faktički stupanj njegove (ne)vezanosti za mišljenje vještaka.”

no naglašavanje važnosti preciziranja zadatka koji sud daje vještaku.³⁶ Praksa pokazuje da se zadatak vještaku nerijetko daje preopćenito, nedefinirano u smislu točnog određenja onoga što vještak treba utvrditi u nalazu i obrazložiti u mišljenju. To se događa najčešće kod vještačenja financijske naravi ako sud da vještaku zadatak “da utvrdi tko je u pravu”.³⁷

6. ZAKLJUČNO

Važnost dobra poznavanja i ispravne primjene norma o vještačenju motivirala je i Pravosudnu akademiju Republike Hrvatske da u program akcije za 2012. uvede i radionice o tome za suce, sudske savjetnike i državne odvjetnike te njihove zamjenike. Novija pravila o postupanju u građanskim parničnim stvarima koja uređuju način prikupljanja procesne građe “vraćaju se” razdoblju liberalnog kapitalizma, daje se prednost stranačkoj inicijativi i dispozitivnosti. Nije tome razlog povlađivanje doktrini *laissez faire* nego prije, rekli bismo, očekivano veća pravna pismenost stranaka u postupku (uveden je u velikom stupnju i odvjetnički, odnosno profesionalni ekskluzivitet)³⁸ kao i težnja za povećanjem brzine i učinkovitosti postupka. Normativne inovacije radi što bržeg završetka postupka nisu uvijek motivirane plemenitom željom ubrzanja pravde (*bis dat qui cito dat*) nego katkad primarnim ciljem smanjenja broja predmeta pred sudovima.³⁹ Ekonomijom i efikasnošću obrazlažu se i nastojanja, baš na

³⁶ Sud rukovodi vještačenjem, označuje vještaku predmet koji će se razgledati, postavlja mu pitanja i, prema potrebi, traži objašnjenja u vezi s danim nalazom i mišljenjem (čl. 259., st. 1. ZPP-a).

³⁷ Pozitivan je primjer spor u kojemu je provedeno financijsko vještačenje relativno složenog izračuna kamata u parnici precedentskog značenja kada je razdoblje ukamačivanja obuhvaćalo vrijeme tzv. složenog računa (s konformnim kamatnjakom) i vrijeme jednostavnog računa. Ocjena metode s obzirom na trenutak “prijeloma” pripada u područje gospodarske matematike, ali je istovremeno eklatantno pravno i logičko pitanje, odnosno pitanje na koje je sud mogao i morao dati svoje mišljenje na temelju logičkog zaključivanja i iskustva (što je u tom slučaju i učinio). V. pravomoćnu presudu Županijskog suda u Virovitici br. Gž-745/10 od 11. 11. 2010., revizijski potvrđenu pod br. Rev 35/11-2 od 18. 5. 2011.

³⁸ Čl. 89.a i čl. 91.a ZPP-a.

³⁹ Predlagatelji zakona, kada, npr., predlažu povećanje sudskih pristojaba ili revizijskog limita, ne ustručavaju se i javno obznaniti da im je cilj destimulirati stranke na korištenje pravnih lijekova. I uključenje javnih bilježnika u donošenje rješenje o ovrsi na temelju

polju korištenja vještaka, za automatizacijom primjene vrijednosnih kriterija za naknadu neimovinske štete. Godine 2009. inicirana je izrada Orijentacijskih medicinskih tablica za procjenu oštećenja tjelesnog i/ili duševnog zdravlja. U raspravi o tome polarizirali su se osiguravatelji s jedne strane te odvjetnici i vještaci s druge. Ne ulazeći u bit te rasprave ovdje samo uočavamo da moguće službeno inauguriranje takvih i/ili sličnih tablica povećava kvantum “raspoloživog stručnog znanja suda” i smanjuje potrebu za određivanjem vještačenja.

De lege lata smatramo da ne bi trebalo dovoditi u pitanje odredbe u važećem Zakonu o parničnom postupku koje upućuju na mogućnost da sud ne samo odlučuje o izboru osobe vještaka nego i da, ako to ocijeni potrebnim, odredi vještačenje po službenoj dužnosti, čak i ako to ne predloži nijedna stranka. Dapače, trebalo bi, pa i sudskim precedentima, upozoriti na tu mogućnost koja u danim uvjetima postaje potreba. Tako bi se izbjegli slučajevi zabilježeni u praksi da sud, na primjer, u nekom građevinskom sporu oko isplate nemale razlike cijene nakon podulje parnice donese presudu i usprkos temeljitom obrazloženju osnovanosti tužbenog zahtjeva taj zahtjev odbije uz konstataciju na kraju obrazloženja da tužitelj nije predložio provjeru zatražene svote vještačenjem građevinskog dnevnika i ostalih priloženih dokumenata. U takvu slučaju, ako sudu nije bila dostatna okolnost da tuženik i nije osporio računski dio tužbe nego sam zahtjev iz drugih razloga koje sud nije prihvatio⁴⁰, sud je trebao ili upozoriti stranku (stranke) “na potrebu predlaganja određenih dokaza” (u smislu čl. 219., st. 2. ZPP-a) ili pak sam odrediti vještačenje s obzirom na to da je ocijenio da provjera računice prelazi njegova znanja (u smislu čl. 250. u vezi sa čl. 153., st. 2. ZPP-a). Čini nam se da potrebu takva postupanja zahtijevaju i zakon i profesionalni moral. Ovako ispada da je u navedenom slučaju sud utvrdio postojanje obveze, ali je (zauvijek jer odluka pravomoćnošću postaje *res judicata*) odbio udovoljiti traženju vjerovnika da dužniku naloži isplatu. Nerado bismo u imaginarnoj ulozi suda takvu odluku imali na savjesti. Afirmacija stranačke dispozitivnosti osnaženjem raspravnog načela ne sprečava takvu, smatramo, korektnu i profesionalno čistu primjenu zakona.

vjerodostojnih isprava, uz ostale, imalo je i to za cilj. Jednako kao i pokušaj uvođenja institucije javnih ovršitelja koji je promjenom vladajuće garniture djelomično supstituiran izravnom naplatom (ovrhom) kod Financijske agencije.

⁴⁰ Slijedeći neke krute precedente sudovi katkad (često?) uzimaju kao da je sporna i visina, u smislu izračuna, čim tuženik ospori sam zahtjev.

De lege ferenda uvjereni smo da bi potpuna eliminacija aktivne uloge suda u postupku otežala ili katkad onemogućila ostvarivanje ustavnih prava građana (tj. svih subjekata koji pred sudom traže pravo), prava koja su zajamčena i europskom Konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴¹ U ovom smo se radu na kraju poslužili i iskustvom iz prakse jer samo teorijski pristup katkad (ili često, redovito?) ne biva dostatan. *Right to a fair trial* i *due process of law* imaju širok procesni obuhvat. Zadržani ostaci istražne metode na području angažiranja stručnog pomoćnika suda u parničnom postupku malen su dio toga obuhvata.

Quidquid agís, prudenter agás et réspice finem.

(Gesta Romanorum, Cap. 103).

Summary

Miljenko Giunio *

COURT EXPERTISE IN CIVIL LITIGATION BETWEEN THE INQUISITORIAL PRINCIPLE AND THE PRINCIPLE OF PARTY PRESENTATION

In litigation, the court decides within the boundaries of the claim. It is upon the parties to present and prove their factual allegations, and upon the court to apply the appropriate legal norm (norms) to the facts of the case, established correctly and completely. This is expressed in two Latin phrases - da mihi factum, dabo tibi jus, and jura novit curia. However, it often happens that, for making a decision on the merits, the court needs certain non-legal knowledge, which judges may or may not possess. In such cases, the court may engage experts in certain fields to whom it gives the task to assist by their expert knowledge and experience regarding specific facts.

Court expertise is regulated in Croatian Code of Civil Procedure (CCP) within the chapter on evidence and taking of evidence, but some provisions on experts may also be

⁴¹ Republika Hrvatska potpisala je Konvenciju 6. 11. 1996., ratificirala ju je 17. 10. 1997., a ratifikacijske isprave položila 5. 11. 1997. Zakon o potvrđivanju Konvencije, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997. Jamstvo pravičnog suđenja sadrži Ustav RH u čl. 29.

* Miljenko Giunio, legal counsel, Metalmineral, Zagreb, Chairman of the Association of Corporate Counsels.

found in other places. An important provision is the one on advance payment of costs. In 2003 amendments to CCP, the existing combination of party presentation and inquisitorial principle with respect to collection of case material was modified by emphasizing the party presentation principle, while at the same time some elements of the ex officio (inquisitorial) initiative have been maintained.

The author presents some specific features of court expertise as a means of evidence, applying his conclusions to the provisions maintained in the CCP, which, in the author's opinion, allow the court to order taking of evidence on its own initiative, and to appoint an expert even if both parties are opposed to it. The court shall resort to expertise if it considers that deciding the case requires knowledge that the court does not possess.

The author argues that the provisions in the existing CCP which allow the court to decide not only on the person who will act as expert, but also, if it is deemed necessary, to determine the expertise ex officio, should not be brought into question. The author is of the opinion that a total elimination of the active role of the court would make the enforcement of the constitutional rights of the citizens and legal persons, and of human rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, difficult or sometimes even impossible. The notions of 'fair trial' and 'due process of law' have a broad procedural range. Maintaining the elements of the inquisitorial method in the area of court expertise in litigation proceedings means reinforcing these two notions.

Keywords: expert witness, expertise, inquisitorial principle, party presentation principle.

PREINAKA TUŽBE

*Dr. sc. Ivo Grbin **

U radu su predmetom razmatranja odredbe ZPP-a o preinaci tužbe. Opisuju se i komentiraju objektivna i subjektivna preinaka tužbe.

Ključne riječi: preinaka tužbe, objektivna preinaka tužbe, subjektivna preinaka tužbe.

1. UVODNE NAPOMENE

Iako su procesne odredbe dosta krute, one u priličnoj mjeri omogućuju strankama (i ostalim sudionicima u postupku) slobodu kretanja. Svoje ciljeve stranke nastoje ostvariti poduzimanjem ili pak propuštanjem raznih pravno dopuštenih parničnih radnja. U tome su one posve slobodne i same odlučuju o svojoj aktivnosti u postupku. Rezultat toga je da je parnica često vrlo dinamična i da se situacija u njoj mijenja, i to katkad ne na način koji bi se po redovnom tijeku stvari očekivao. Tako se, uz ostalo, može dogoditi da na kraju postupka sud ne odlučuje o onome što je zatraženo u tužbi već o nečem drugom ili pak da tijekom postupka dođe do promjene stranaka. Do toga dolazi u slučaju preinake tužbe.

Preinaka tužbe je institut koji se vrlo često primjenjuje u praksi pa bi se moglo očekivati da će mu zakonodavac posvetiti odgovarajuću pažnju, ali do toga nije došlo ni u Hrvatskoj ni u onim državama (Austrija i Njemačka) čiji su parnični postupnici slični hrvatskom. Zakonske odredbe o preinaci tužbe su u svim tim državama manjkave, neprecizne i često nerazumljive.¹ Nije posve

* Dr. sc. Ivo Grbin, umirovljeni sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske.

¹ U ovom ćemo se članku katkad pozivati na propise, literaturu i sudsku praksu u Austriji i Njemačkoj isključivo zato da bismo upozorili na probleme koji se u vezi s preinakom

jasno što to zapravo znači preinačiti tužbu. Ne postoji jedinstven, točno određen pojam preinake tužbe. U taj se pojam trpaju različiti pravni instituti koji često međusobno nemaju mnogo zajedničkog, a svaki od njih nosi sa sobom posebnu problematiku i traži odgovore na brojna pitanja koja, međutim, zakonodavac ne daje ili ih ne daje u cijelosti. Poteškoće nastaju ne samo zbog toga nego i zato što se pojam preinake tužbe katkad nastoji definirati i negativno, određivanjem što se ne smatra preinakom. To se često radi tako da nije posve jasno po kojem je kriteriju određeno da se neka procesna radnja ne smatra preinakom tužbe. U takvoj situaciji ne preostaje nam drugo nego pokušati pojasniti što se pod preinakom tužbe razumijeva u hrvatskom pravu i uputiti na određene probleme koji se u vezi s tim institutom javljaju.

Preinaka tužbe može biti objektivna kad se promijeni predmet spora ili subjektivna kad se promijeni neka od stranaka u sporu.² Takva podjela nije, međutim, univerzalno prihvaćena. Na primjer, u austrijskoj literaturi³ zastupa se stajalište da promjena stranaka nema značenje preinake tužbe. Na svaki se način navedene dvije vrste preinake tužbe međusobno toliko razlikuju da ih treba odvojeno razmatrati.

2. OBJEKTIVNA PREINAKA TUŽBE

2.1. Općenito

Hrvatski Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 148/11 - pročišćeni tekst, 25/13, dalje u tekstu: ZPP) pripada među one zakone koji su pokušali dati definiciju objektivne preinake tužbe, ali tomu nisu poklonili potrebnu pažnju. ZPP je to učinio u čl. 191., st. 1. koji glasi: "Preinaka tužbe jest promjena istovjetnosti zahtjeva, povećanje postojećeg ili isticanje drugog

tužbe javljaju u Hrvatskoj, a bez pretenzije da cjelovito kompariramo pravne sustave tih zemalja u pogledu instituta preinake tužbe.

² V. Čizmić, J., *Preinaka tužbe*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 28, br. 1, 2007., str. 40.; Juhart, J., *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961., str. 274. sqq.; Nakić, J., *Preinačenje i proširenje tužbe te stupanje u parbu*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, godišnjak 5, Zagreb, 1998., str. 577. sqq.; Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 425; Zöllner, R., *Zivilprozessordnung*, Köln, 2002., str. 748.

³ V. Fasching, H. W., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 1984., str. 178.

zahtjeva uz postojeći.” Takva formulacija je, kao što će biti vidljivo iz daljnjeg izlaganja, ostavila otvorenim mnoga pitanja.⁴ U njoj nije ni pokušano stavljanje pod zajednički nazivnik svih navedenih oblika preinake tužbe. To je nastojala učiniti doktrina⁵, ali se bojimo da time nije mnogo pomogla onima koje preinaka tužbe zanima s praktične strane. To je posve razumljivo jer između raznih oblika preinake tužbe ima više razlika nego sličnosti pa ih je teško sve uklopiti u jednu definiciju. Pored toga, iz razloga koji nisu uvijek posve jasni ZPP sadrži brojne iznimke od pravila iz njegova čl. 191., st. 1. tako da postoje slučajevi koji bi prema logici stvari trebali pripadati u preinaku tužbe, ali su izričitim odredbama zakona iz toga isključeni dok se, s druge strane, preinakom tužbe smatraju slučajevi koji se ne uklapaju u definiciju iz spomenute zakonske odredbe.

2.2. Pojam

Zakonska definicija objektivne preinake tužbe je takva da je uvijek vezuje uz tužbeni zahtjev. Stvari su ipak mnogo složenije nego što se na prvi pogled čini. Čl. 191., st. 1. ZPP-a poznaje tri oblika preinake, a to su: a) promjena istovjetnosti zahtjeva; b) povećanje postojećeg zahtjeva i c) isticanje drugog zahtjeva uz postojeći.

⁴ Ona je, međutim, znatno preciznija od odgovarajućih odredaba austrijskog (§ 235.), odnosno njemačkog (§ 263.) ZPO-a (austrijski, odnosno njemački Zivilprozeßordnung). Npr., § 263. njemačkog ZPO-a, doduše, govori o preinaci tužbe, ali ni ne nastoji definirati taj pojam. Tek u § 264. taj zakon navodi što se ne smatra preinakom tužbe, ali time nije mnogo dobiveno na jasnoći.

⁵ U literaturi se tako daju sljedeće definicije preinake tužbe: “Preinaka tužbe je promjena predmeta spora (objektivna preinaka), odnosno stranaka (subjektivna preinaka) zbog koje izmijenjena tužba u objektivnom i/ili subjektivnom smislu nije istovjetna s onom prvobitnom. Tužba je u pravilu preinačena u onom slučaju kad se pravomoćnost presude, koja bi bila izrečena na temelju prvobitne tužbe, ne proteže i na preinačenu tužbu.” (Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 40.) “Tužba se smatra preinačenom kada se u njoj izmijeni neki od bitnih elemenata tako da izmijenjena tužba nije istovjetna s onom prvobitnom pa se pravomoćnost presude koja bi bila izrečena na osnovi prvobitne tužbe ne bi odnosila i na preinačenu tužbu.” (Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 425.) “Preinačenje tužbe nastaje kad se u toku parničnog postupka izmijeni neki od bitnih elemenata prvobitne tužbe tako da preinačena tužba nije više identična s onom prvobitnom tužbom.” (Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 382).

Promjena istovjetnosti zahtjeva

O promjeni istovjetnosti zahtjeva govorimo kad tužitelj tijekom postupka umjesto zahtjeva postavljenog u tužbi istakne neki drugi tužbeni zahtjev. On, dakle, traži da se u daljnjem postupku ne odlučuje o prvotnom zahtjevu nego o onom koji je on naknadno postavio. On, npr., najprije traži utvrđenje da je vlasnik određene zgrade, a zatim u istom postupku zahtijeva da se tuženiku naloži da mu plati određenu svotu novca. Razlozi za takvo tužiteljevo ponašanje mogu biti vrlo različiti. U navedenom primjeru tužitelj najčešće preinačava tužbu kad je postupak otpočeo u uvjerenju da prema tuženiku ima stvarno-pravni zahtjev, ali ga rezultati dokaznog postupka upozore da takav zahtjev nije opravdan, ali postoje izgledi da će uspjeti u parnici ako u parnici istakne obveznopravni zahtjev jer je na strani njegova protivnika došlo do stjecanja bez osnova. Međutim, za sam pojam preinake tužbe nije bitan motiv ni razlozi zbog kojih se tužitelj odlučio za taj korak. Bitno je jedino da se predmet spora potpuno izmijenio. Razlozi zbog kojih tužitelj preinačava tužbu mogu eventualno utjecati na uspješnost njegove nakane da preinači tužbu.⁶ Promjenu istovjetnosti zahtjeva često prati i promjena činjenične osnove tužbe, ali to nije neophodno. Na primjer, tužbom se na temelju izvjesnih činjenica zahtijeva predaja u posjed određene stvari. Tijekom postupka, međutim, tužitelj zaključi da mu na temelju tih istih činjenica pripada pravo na novčanu tražbinu, a ne na predaju stvari. Ako on u skladu s tim preinači tužbu, njena činjenična osnova ostat će neizmijenjena.

O preinaci tužbe u doslovnom smislu te riječi moglo bi se govoriti samo onda kad se tužbeni zahtjev u cijelosti izmijeni, tj. kad na mjesto ranijeg tužbenog zahtjeva dođe novi, kvalitativno posve drugačiji zahtjev. Zato se u literaturi⁷ taj oblik preinake naziva preinakom u pravom, užem smislu. Naime, čl. 191., st. 1. ZPP-a poznaje i druge zahvate u tužbeni zahtjev koje također smatra preinakom tužbe.

Kod promjene istovjetnosti zahtjeva nastaje situacija u kojoj do preinake tužbe postoji jedan tužbeni zahtjev, a nakon toga se on "gubi" i zamjenjuje ga novi, drugačiji zahtjev. U parničnom postupku nije moguća situacija u kojoj neki tužbeni zahtjev jednostavno nestaje pa se nameće pitanje koje su pravne posljedice takve preinake tužbe. O tome ZPP šuti pa je sudskoj praksi i literaturi

⁶ V. čl. 190., st. 2. ZPP-a.

⁷ Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 49.; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 425.

prepušteno da se bavi onim što je trebalo riješiti zakonom, što stvara određenu pravnu nesigurnost jer se može pojaviti dvojba o tome jesu li odgovori na ta zakonom neriješena pitanja prihvatljivi. U našoj literaturi⁸ i sudskoj praksi⁹ u tom je pogledu zauzeto stajalište da se u odnosu na raniji zahtjev primjenjuju zakonske odredbe o povlačenju tužbe. To je, međutim, lakše reći nego provesti u djelo. Iako kod preinake tužbe promjenom istovjetnosti zahtjeva glede zahtjeva koji se zamjenjuje novim nastaje situacija slična onoj kod povlačenja tužbe, valja imati na umu da su preinaka tužbe i njeno povlačenje posve različiti instituti s različitim ciljevima pa ih je teško izjednačavati glede njihovih pravnih posljedica.

Bez obzira na to zašto i u kojem stadiju postupka povlači tužbu¹⁰, tužitelj želi da se taj postupak okonča kao da ga nije ni bilo.¹¹ To znači da povlačenje tužbe dovodi do prestanka litispendencije, i to *ex tunc*, kao i do toga da se gube učinci procesnih radnja poduzetih u tom postupku. Posljedica toga je da se smatra kao da povučena tužba nije ni bila podnesena i može se ponovno podnijeti (čl. 193., st. 9. ZPP-a). Sve to može tuženika dovesti u nezavidan i neizvjestan položaj. Zato je za povlačenje tužbe nakon tuženikova upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari neophodan njegov pristanak (čl. 193., st. 1. i 2. ZPP-a) koji ne može zamijeniti sudska odluka.

Kad preinačava tužbu mijenjajući istovjetnost zahtjeva, tužitelj nema namjeru time dovršiti postupak. On, naprotiv, hoće da se postupak nastavi, ali s drugačijim tužbenim zahtjevom o kojem sud treba odlučiti. Ta preinaka ne dovodi do objektivne kumulacije tužbenih zahtjeva pa se o prvotnom zahtjevu više neće raspravljati ni odlučivati, ali to ipak neće glede tog zahtjeva dovesti do posve istih posljedica kao kod povlačenja tužbe. Prije preinake odvijao se je postupak rezultati kojeg mogu biti korisni i kod odlučivanja o novom zahtjevu. Sve to, dakako, ovisi o okolnostima slučaja. U prvom redu, katkad prije preinake tužbe nisu poduzimane nikakve procesne radnje pa neće ni postojati mogućnost da se njihovi rezultati koriste u budućnosti u istoj parnici. Nekada su takve radnje poduzimane, ali njihovi rezultati su neuporabljivi nakon preinake tužbe. Na

⁸ Tako Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 50; Juhart, *op. cit.* u bilj. 2, str. 275; Nakić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 582; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 426; Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 382.

⁹ V. odluku Vrhovnog suda Rev 2283/86 od 31. 8. 1988., Pregled sudske prakse, 43/103.

¹⁰ A on to uz određene pretpostavke može učiniti sve do pravomoćnosti odluke kojom se postupak pred sudom prvog stupnja dovršava (čl. 193., st. 3. ZPP-a).

¹¹ O povlačenju tužbe v. Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 429. *sqq.*

primjer, kad je postupak otpočet sa zahtjevom za utvrđenje ništetnosti ugovora o kupoprodaji nekretnine, a tužba je naknadno preinačena tako da tužitelj traži određen iznos kao naknadu štete zbog uništenog automobila, teško je zamisliti da bi procesni materijal nastao povodom prijašnjeg zahtjeva ubrzao ili olakšao raspravljanje o novom zahtjevu. Naprotiv, ako je povodom istog životnog događaja tužitelj najprije tražio predaju stvari da bi zatim tužbu preinačio i postavio novčani zahtjev, mnoge parnične radnje poduzete prije preinake mogu biti pravno relevantne i nakon nje. Zato se u literaturi¹² smatra da učinci tih radnja ne gube svoju vrijednost zbog preinake tužbe jer je to u interesu objiju stranaka, a i države koja mora voditi računa o načelu ekonomičnosti.

I daljnji bitni učinak povlačenja tužbe, koji se sastoji u tome da se povučena tužba može ponovno podnijeti, dvojbena je kad je riječ o zahtjevu koji je preinakom tužbe zamijenjen novim. Postavlja se, naime, pitanje treba li tužitelju dopustiti da, nakon što je već tužbu preinačio promijenivši istovjetnost njena zahtjeva, tužbu ponovno preinači i uspostavi stanje koje je glede tužbenog zahtjeva postojalo prije prvotne preinake. Neki autori dovode to u sumnju¹³ te postavljaju pitanje nije li se tužitelj promjenom istovjetnosti zahtjeva odrekao prvotnog tužbenog zahtjeva. U tom slučaju ne samo da se taj zahtjev ne bi mogao ponovno istaknuti u istoj parnici nego ga tužitelj ne bi mogao postaviti ni u novoj parnici. Ta dilema pojavila se, međutim, u vrijeme kad je povlačenje tužbe u ZPP-u bilo regulirano drugačije nego danas. Naime, prema odredbama čl. 181., st. 3. - 6. ZPP-a iz 1957. (Službeni list FNRJ, br. 4/57), odnosno čl. 193., st. 4. - 7. ZPP-a iz 1977. (Službeni list, br. SFRJ 4/77) odricanje od tužbenog zahtjeva bilo je uređeno kao kvalificirani oblik povlačenja tužbe.¹⁴ Zato se tada kad je tužitelj preinačio tužbu promjenom istovjetnosti zahtjeva moglo postaviti pitanje je li on onaj prvobitni zahtjev samo povukao ili ga se i odrekao. Svako od tih rješenja rađalo je vrlo različitim pravnim posljedicama. Takvo stanje potrajalo je do 1. srpnja 1991. kad je stupio na snagu Zakon o izmjenama i dopunama ZPP-a (Službeni list, br. 27/90) koji je odricanje od tužbenog zahtjeva posve odvojio od povlačenja tužbe. St. 4. - 7. čl. 193. ZPP-a, koji su se odnosili na odricanje od tužbenog zahtjeva, brisani su, a dodan je čl. 331.a ZPP-a koji

¹² V. Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 51; Juhart, *op. cit.* u bilj. 2, str. 275; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 426; Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 383 *sqq.*

¹³ V. Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 50 *sqq.*; Juhart, *op. cit.* u bilj. 2, str. 275; Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 383 *sqq.*

¹⁴ O tome v. Triva, S., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1980., str. 332 *sqq.*

znatno drugačije postavlja taj institut tako da odricanje od tužbenog zahtjeva rezultira presudom na temelju odricanja kojom se odbija tužbeni zahtjev. Takvo stanje ostalo je neizmijenjeno sve do danas. Nove odredbe o odricanju od tužbenog zahtjeva teško bi se bez odgovarajuće intervencije zakonodavca mogle uklopiti u institut preinake tužbe. U hrvatskoj sudskoj praksi (odluka Vrhovnog suda Rev 2283/86 od 31. 8. 1988., Pregled sudske prakse, 43/103) zauzeto je stajalište da se kod preinake tužbe promjenom istovjetnosti zahtjeva na prijašnji zahtjev primjenjuju pravila o povlačenju tužbe. U skladu s tim je u judikaturi (odluka Privrednog suda Hrvatske Pž 24/91 od 12. 2. 1991., Pregled sudske prakse, 48/135) ocijenjeno da u istoj parnici tužitelj može preinačiti tužbu povećanjem tužbenog zahtjeva za iznos za koji je prije povukao tužbu. Isto tako je u sudskoj praksi u skladu s njenim shvaćanjem o pravnoj prirodi promjene istovjetnosti tužbenog zahtjeva zauzeto stajalište da se tada preinakom tužbe parnica u pogledu prijašnjeg zahtjeva gasi i litispendencija prestaje *ex tunc* (odluka Vrhovnog suda Rev 2283/86 od 31. 8. 1988., Pregled sudske prakse, 43/103).

Čitajući čl. 191., st. 1. ZPP-a mogao bi se steći dojam da je pretpostavka objektivne preinake tužbe zadiranje u tužbeni zahtjev, tj. da nema preinake ako je tužbeni zahtjev ostao isti, neizmijenjen. To, međutim, nije uvijek tako. Iz odredbe čl. 191., st. 3. ZPP-a, iako to nije izričito rečeno, slijedi da je tužba preinačena ako je tužitelj izmijenio, dopunio ili ispravio pojedine navode, a zbog toga je došlo do promjene identiteta spora.¹⁵ Tužbeni zahtjev treba, naime, promatrati u povezanosti s historijatom tužbe. Ako je u tužbi tužitelj tvrdio da mu tuženik duguje iznos od 100.000,00 kuna na ime naknade štete na automobilu pa naknadno navede da taj iznos potražuje jer ga je tuženiku isplatio kao zajam, tada je tu riječ o dvama različitim zahtjevima bez obzira na to što je svota koju tužitelj zahtijeva ostala ista. Ako tužitelj promijeni činjeničnu cjelinu na kojoj temelji svoj zahtjev, riječ je o promjeni istovjetnosti zahtjeva, iako u njemu samom nije ništa promijenjeno. U praksi nije uvijek lako i jednostavno ocijeniti je li promjenom tužiteljevih navoda izmijenjen identitet spora ili su u pitanju izmjene koje su u tom pogledu pravno irelevantne. Katkad će jedan te isti dodatni navod značiti da je tužba preinačena, a katkad neće. To najčešće ovisi o materijalnopravnim normama koje u sporu treba primijeniti. Tako je,

¹⁵ O tome v. Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 51 *sqq.*; Juhart, *op. cit.* u bilj. 2, str. 274 *sqq.*; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 426 *sqq.*

npr., u judikaturi ocijenjeno da je tužba preinačena u sljedećim slučajevima: kad tužitelj tijekom parnice umjesto vindikacijskog zahtjeva istakne zahtjev da ga tuženik prestane uznemiravati u vršenju njegova prava vlasništva (*actio negatoria*), time je preinačio tužbu jer je promijenio istovjetnost zahtjeva (odluka Vrhovnog suda Rev 1386/85 od 13. 8. 1986., Pregled sudske prakse, 32/144); kad tužitelj umjesto zahtjeva za iseljenje iz stana postavi zahtjev za otkaz ugovora o korištenju stana na temelju druge činjenične osnove (odluka Vrhovnog suda Rev 341/86 od 23. 4. 1986., Pregled sudske prakse, 32/145); kad je tužitelj umjesto utvrđenja ništavosti ugovora zatražio njegovo poništenje (odluka Vrhovnog suda Rev 367/06 od 14. 8. 2006., Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1/06-154); tužitelji su promijenili istovjetnost tužbenog zahtjeva kada su prvobitno tužbom tražili isplatu troškova mjesnog prijevoza u mjestu rada, a kasnije su tražili isplatu troškova mjesnog prijevoza u mjestu stanovanja (odluka Županijskog suda u Varaždinu Gž 1202/2007 od 11. 2. 2008., Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 2/08-211).

U judikaturi je, međutim, ocijenjeno da tužba nije preinačena u sljedećim slučajevima: kad je tužitelj u tužbi postavio zahtjev radi uklanjanja svih nedostataka u stanu, njegovi kasniji navodi kojim se pobliže precizira tužbeni zahtjev u pogledu opisa potrebnih radova na uklanjanju nedostataka nemaju značenje preinake tužbe (odluka Vrhovnog suda Rev 2346/88 od 7. 12. 1989., Pregled sudske prakse, 47/128); dopuna činjenične osnove tužbe ne smatra se preinakom tužbe jer time nije promijenjena istovjetnost tužbenog zahtjeva (odluka Vrhovnog suda 1018/2007-2 od 15. 10. 2008., Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 2/08-212).

Katkad tužitelj u tužbi izrazi svoje shvaćanje o pravnoj osnovi tužbenog zahtjeva. On, npr., navede da tužbu podnosi radi naknade štete. Tužitelj to, međutim, nije dužan učiniti, a ako i učini, sud nije vezan njegovim shvaćanjem nego će sam dati pravnu ocjenu spornog odnosa (čl. 186., st. 3. ZPP-a). Takvi učinci naznake pravne osnove tužbenog zahtjeva nemaju utjecaja na njegovu istovjetnost. S njom ili bez nje on ostaje identičan. To isto vrijedi i onda kad je u tužbi navedena pravna osnova tužbenog zahtjeva, ali tijekom postupka tužitelj promjeni njenu kvalifikaciju, npr., u tužbi navede da se njegov zahtjev odnosi na naknadu štete, a naknadno ustvrdi da je riječ o stjecanju bez osnove. S obzirom na to, ZPP (čl. 191., st. 3.) izričito propisuje da tužba nije preinačena ako je tužitelj promijenio pravnu osnovu tužbenog zahtjeva. Sve to, međutim, vrijedi samo pod pretpostavkom da tužitelj zajedno s promjenom pravne osnove tužbenog zahtjeva nije izmijenio i njegovu činjeničnu osnovu.

Povećanje postojećeg zahtjeva

O povećanju tužbenog zahtjeva riječ je kad se on promijeni na više. Time on kvalitativno ostaje neizmijenjen, a nakon preinake tužbe jedino je količina onog što je predmet tužbenog zahtjeva veća. Npr., u tužbi je zatraženo plaćanje iznosa od 100.000,00 kuna, a tijekom postupka tužitelj poveća svoj zahtjev na 200.000,00 kuna. Ako se uspoređi tužbeni zahtjev naveden u tužbi s onim nakon njene preinake, vidljivo je da prvotno utuženi zahtjev zapravo nije izmijenjen. On i dalje postoji i pravne posljedice koje je prije preinake tužbe proizveo (prekid zastare, litispendencija i sl.) ostaju nedirnuti. Naprotiv, s onim povećanim dijelom tužbenog zahtjeva situacija je posve drugačija. U pogledu njega tužitelj dolazi u situaciju kao da je podnio novu tužbu, što uz ostalo znači da će u vezi s njime parnica početi teći tek kad tuženik bude o njemu obaviješten (čl. 194., st. 2. ZPP-a) te da će tek preinaka tužbe dovesti do prekida zastare (čl. 241. ZOO-a).

S obzirom na to da povećanje postojećeg zahtjeva ne mijenja samu prvobitnu tužbu, u hrvatskoj se literaturi¹⁶ ističe da tu nije riječ o preinaci tužbe u pravom smislu¹⁷ nego o naknadnoj objektivnoj kumulaciji tužbenih zahtjeva pa da bi u tom slučaju za njenu dopustivost trebalo primijeniti i pravila o preinaci tužbe i ona o objektivnoj kumulaciji do koje dolazi već podnošenjem tužbe (čl. 188. ZPP-a). Naravno, takva kumulativna primjena tih pravila otežala bi mogućnost povećanja postojećeg tužbenog zahtjeva. U vezi s tim pitanjem posve drugačiji pristup ima literatura u Austriji u kojoj su zakonske odredbe o povećanju tužbenog zahtjeva slične hrvatskim. Iako je i prema austrijskom pravu (§ 235., st. 1. ZPO-a) proširenje tužbenog zahtjeva oblik preinačenja tužbe, austrijski autori¹⁸ smatraju da za takvu preinaku tužbe ne moraju biti ispunjene pretpostavke koje se u smislu odredaba § 227. ZPO-a traže za objektivnu kumulaciju do koje dolazi već prilikom podnošenja tužbe.

Za razliku od povećanja postojećeg zahtjeva, njegovo smanjenje se u smislu odredbe čl. 191., st. 3. ZPP-a ne smatra preinakom tužbe.¹⁹ Smanjiti tužbeni

¹⁶ V. Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 52 *sqq.*; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 426; Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 382 *sqq.*

¹⁷ Prema odredbi § 264., t. 2. njemačkog ZPO-a proširenje tužbenog zahtjeva ne smatra se preinakom tužbe.

¹⁸ Rechberger, W. H., *Kommentar zur ZPO*, Wien, New York, 1994., str. 666; Fasching, *op. cit.* u bilj. 3, str. 572.

¹⁹ Jednako rješenje prihvatila je austrijska (§ 235., st. 4. ZPO-a) i njemačka (§ 264., t. 2. ZPO-a).

zahtjev znači kvantitativno ga promijeniti na niže. Što se, međutim, nakon smanjenja događa s onim dijelom tužbenog zahtjeva koji je otpao? O tome propisi ništa ne govore, što otvara vrata raznim dvojbama i razilaženjima. Sigurno je da se na smanjenje tužbenog zahtjeva ne odnose zakonske odredbe o preinaci tužbe (odluka Vrhovnog suda Gž 599/79 od 8. 8.1979., Pregled sudske prakse, 16/187; odluke Županijskog suda u Zagrebu Gž 2558/96 od 4. 2. 1997. i Gž 3451/96 od 25. 2. 1997., Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1/1997-113). Jedno od mogućih rješenja je da se glede onog dijela tužbenog zahtjeva za koji je smanjen tužbeni zahtjev primijene pravila o povlačenju tužbe. Zakonske odredbe o tome su, međutim, takve da pružaju zaštitu tuženiku tako da se nakon njegova upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari za povlačenje tužbe traži njegov pristanak (čl. 193. ZPP-a). To svakako otežava tužiteljevo nastojanje da smanjenjem tužbenog zahtjeva okonča parnicu barem u jednom dijelu. Druga mogućnost je da se uklone sve zapreke smanjenju zahtjeva kome se tuženik uopće ne bi mogao protiviti. Takva bi solucija, međutim, omogućila tužitelju zaobilaženje zakonskih odredaba o povlačenju tužbe jer bi on i nakon upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari, u namjeri da povuče tužbu, mogao tužbeni zahtjev smanjiti na neki njegov minimalni dio.²⁰ Kako riješiti to pitanje sporno je u austrijskoj literaturi i judikaturi.²¹ Dok se u literaturi zastupa stajalište da kod smanjenja tužbenog zahtjeva treba primijeniti odredbe o povlačenju tužbe, u sudskoj se praksi smatra da u tom slučaju ne vrijede ograničenja koja zakon propisuje kod povlačenja tužbe. U Hrvatskoj glede toga, čini se, nema dileme. I doktrina²² i judikatura²³ zauzimaju stajalište da smanjenje tužbenog zahtjeva ima značenje djelomičnog povlačenja tužbe s posljedicama koje ono nosi sa sobom.

Isticanje drugog zahtjeva uz postojeći

Taj slučaj objektivne preinake tužbe je što se tiče problema koje nosi sa sobom vrlo sličan preinaci tužbe o kojoj je bilo riječi u slučaju opisanom u dijelu rada o

²⁰ V. o tome Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 381 *sqq.*

²¹ V. Fasching, *op. cit.* u bilj. 2, str. 573.

²² Tako Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 56 *sqq.*; Nakić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 579; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 428; Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 381 *sqq.*

²³ Odluke Županijskog suda u Zagrebu Gž 2558/96 od 4. 2. 1997., Gž 3451/96 od 25. 2. 1997., Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, 1/1997-113.

povećanju postojećeg tužbenog zahtjeva. Razlika između njih je prvenstveno u tome što se kod povećanja postojećeg zahtjeva on ne mijenja kvalitativno nego jedino količinski, i to na više, dok se kod isticanja drugog zahtjeva uz postojeći ranijem zahtjevu dodaje novi, kvalitativno drugačiji zahtjev. Npr., u tužbi je tužitelj zatražio da se tuženiku naloži da mu preda u posjed određeno motorno vozilo, a naknadno on postavi zahtjev da mu se dosudi i iznos od 100.000,00 kuna.

Prema odredbi čl. 187., st. 3. ZPP-a, ako odluka o sporu ovisi o tome postoji li ili ne postoji kakav pravni odnos koji je prije ili tijekom parnice postao sporan, tužitelj može istaknuti i tužbeni zahtjev da sud utvrdi da takav odnos postoji, odnosno da ne postoji ako je sud pred kojim parnica teče nadležan za takav zahtjev.²⁴ Takav zahtjev, ovisno o okolnostima slučaja, tužitelj može istaknuti već u tužbi kojom je pokrenuo spor.²⁵ Tada će biti riječ o objektivnoj kumulaciji tužbenih zahtjeva. Međutim, tužitelj može isti zahtjev postaviti i naknadno, kad je parnica već u tijeku. Iako se time ističe drugi zahtjev uz postojeći, u čl. 187., st. 4. ZPP-a to se ne smatra preinakom tužbe.

2.3. Postupak u vezi s preinakom tužbe

Preinaka tužbe je parnična radnja koja, iako je u praksi dosta česta, predstavlja nešto što se prema redovnom tijeku stvari u parnici ne očekuje. U vezi s njom sukobljavaju se interesi raznih subjekata (tužitelja, tuženika, države)²⁶ pa se nameće pitanje po kakvu postupku i uz koje pretpostavke treba omogućiti preinaku. Pritom valja imati na umu da i onda kad bi se tužitelja spriječilo u njegovoj nakani da preinači tužbu, to bi značilo jedino da svoj novi zahtjev on ne bi mogao ostvariti u parnici koja je već u tijeku, ali bi to svakako mogao učiniti u posebnoj parnici, što bi objema strankama moglo stvoriti razne poteškoće i troškove. Uzimajući to u obzir zakonodavac nastoji s, jedne strane, omogućiti tužitelju da svoj tužbeni zahtjev uskladi sa svojim saznanjima i razmišljanjima nastalim tijekom postupka, a, s druge strane, zaštititi tuženika od eventualnog šikaniranja i nepotrebnih troškova.

²⁴ O toj tzv. incidentalnoj tužbi za utvrđenje v., npr., Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 40 *sqq.*

²⁵ *Arg. ex* čl. 187., st. 4. ZPP-a.

²⁶ O tome v. opširnije Fasching, *op. cit.* u bilj. 3, str. 570; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 424.

Mogućnost objektivne preinake tužbe vremenski je ograničena. Do nje može doći od početka postupka, tj. od podnošenja tužbe pa sve do zaključenja prethodnog postupka (čl. 292., st. 7. ZPP-a). Zato nije moguće tužbu, npr., preinačiti u žalbi protiv presude (odluka Višeg privrednog suda Hrvatske Pž 3282/87 od 7. 6. 1988., Pregled sudske prakse, 39/188). U vezi s vremenom do kojeg se može preinačiti tužba u postupku za izdavanje platnog naloga bilo je sporno može li se tužba preinačiti nakon što je sud izdao platni nalog protiv kojeg je tuženik podnio prigovor. To pitanje razriješio je Vrhovni sud koji je na sjednici Građansko-privrednog odjela održanoj 12. 12. 1988. zauzeo sljedeće stajalište: "I nakon što je tuženik podnio prigovor protiv platnog naloga, tužitelj može u skladu s odredbama čl. 190. i 191. ZPP-a preinačiti tužbu povećanjem tužbenog zahtjeva" (Pregled sudske prakse, 40/95A).

Međutim, i kad tužitelj želi preinačiti tužbu unutar razdoblja u kojem je to moguće učiniti, položaj stranaka i suda nije uvijek jednak. Pretpostavke za dopuštenost preinake ovise, naime, o tome u kojem se stadiju postupka namjerava preinačiti tužba. Do preinake tužbe nikada ne može doći bez tužiteljeve inicijative, ali hoće li ona polučiti rezultat ne ovisi uvijek samo o njemu.²⁷ U vezi s tim treba reći da do dostave tužbe tuženiku tužitelj može preinačiti tužbu bez ikakvih ograničenja (čl. 190., st. 2. ZPP-a).²⁸ Za to mu nije potreban ničiji pristanak ni odobrenje. Sve se to događa u vrijeme dok tuženik zapravo još i ne sudjeluje u postupku. Njemu će biti dostavljena preinačena tužba i litispendencija će po njoj nastupiti u isto vrijeme kad bi do nje došlo i da nije bilo preinake. Postavlja se, međutim, pitanje kada preinaka tužbe u opisanom slučaju proizvodi svoje učinke. Budući da do nje dolazi prije usmenog raspravljanja pred sudom, tužitelj tu parničnu radnju može poduzeti samo u pisanom obliku, tj. podneskom (čl. 14. ZPP-a). Mišljenja smo da je tužba preinačena u trenutku predaje tog podneska sudu jer se nakon toga ne može dogoditi ništa što bi obezvrijedilo

²⁷ O postupku objektivne preinake tužbe v. Attias, A., *Objektivna preinaka tužbe*, Hrvatska pravna revija, vol. 5, br. 9, 2005., str. 99 sqq.; Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 41 sqq.; Juhart, *op. cit.* u bilj. 2, str. 277 sqq.; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 427 sqq.

²⁸ U vezi s trenutkom do kojeg tužitelj može slobodno objektivno preinačiti tužbu valja uočiti razliku između preinake i povlačenja tužbe. Kod preinake tužbe je u tom pogledu odlučno je li do nje došlo prije nastupanja litispendencije po prvotnoj tužbi. Naprotiv, za mogućnost povlačenja tužbe bez pristanka tuženika litispendencija nije ni od kakva značenja. I nakon nje tužitelj može slobodno povući tužbu sve do tuženikova upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari (čl. 193., st. 1. ZPP-a), tj. dok tuženik ne završi svoj odgovor na tužbu (čl. 297., st. 5. ZPP-a).

tužiteljevu izjavu o preinaci tužbe. U literaturi²⁹ je izraženo shvaćanje prema kojem učinci takve preinake nastupaju tek dostavom preinačene tužbe tuženiku. Takvo stajalište nema svog opravdanja. Tužba počinje proizvoditi učinke (i to i procesnopravne i materijalnopravne) čim je podnesena³⁰ pa isto pravilo treba vrijediti i za njenu preinaku. Kad preinačena tužba bude dostavljena tuženiku, njeni će se učinci proširiti, ali će neki od njih i prije toga postojati. Npr., prema odredbi članka 241. ZOO-a zastara se prekida, među ostalim, i podnošenjem tužbe. Ako tužitelj naknadno povuče tužbu, smatrat će se da prekid zastare nije ni nastupio (čl. 242. ZOO-a). Prema sudskoj praksi (odluka Privrednog suda Hrvatske Pž 24/91 od 12. 2. 1991., Pregled sudske prakse, 48/135) ako je tužitelj najprije smanjio tužbeni zahtjev, a zatim je preinačio tužbu povećanjem tužbenog zahtjeva za iznos za koji je prije povukao tužbu, takvom preinakom ponovno dolazi do prekida zastare. Nastaje, dakle, situacija jednaka onoj do koje bi došlo da je tužitelj umjesto povećanja tužbenog zahtjeva podnio novu tužbu.

Nastupanje litispencije zadnji je trenutak do kojeg tužitelj može samostalno objektivno preinačiti tužbu. Od tada pa nadalje zakonodavac ne vodi računa jedino o interesima tužitelja nego i o onima tuženika koga treba zaštititi od nepotrebnih neugodnosti koje eventualno sa sobom nosi preinaka, a pritom valja zaštititi i pravni poredak koji preferira što je moguće brže, sveobuhvatnije, ekonomičnije i konačno odlučivanje o sporu.³¹ U vezi s tim se prvenstveno štiti tuženik. Zato je nakon dostave tužbe tuženiku za preinaku tužbe u načelu neophodan njegov pristanak (čl. 190., st. 2. ZPP-a). Pristanak može biti izričit i daje se u obliku u kojem se i inače poduzimaju parnične radnje. On se, međutim, može dati i konkludentno ako se tuženik upusti u raspravljanje o glavnoj stvari po preinačenoj tužbi, a nije se prije toga protivio preinaci (čl. 190., st. 3. ZPP-a). Ako se tuženik usprotivi preinaci, za što ne treba navesti neke posebne razloge³², pa se nakon toga upusti u raspravljanje po preinačenoj tužbi, neće se smatrati da je pristao na preinaku. Kad se je jednom tuženik usprotivio preinaci, on ne mora u nastavku postupka stalno ponavljati to svoje stajalište. Trenutak od

²⁹ Fasching, *op. cit.* u bilj. 3, str. 579.

³⁰ V., npr., Triva, Dika, str. 416 *sqq.*

³¹ V. Fasching, *op. cit.* u bilj. 3, str. 570; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 424.

³² Preporučljivo je, međutim, da tuženik obrazloži svoje protivljenje preinaci tužbe, ne zbog njegova učinka nego zbog razjašnjenja svoje pozicije kad sud u smislu odredbe čl. 190., st. 2. ZPP-a odlučuje o tome hoće li usprkos tuženikovu protivljenju dopustiti preinaku.

kojeg preinaka tužbe u slučaju tuženikova pristanka na preinaku proizvodi svoje učinke ovisi o tome na koji je način tuženik dao svoj pristanak. Ako je on dao pristanak izričito, preinaka nastaje davanjem tuženikove izjave o pristanku. Ako je pak tuženik na preinaku pristao prešutno, ona djeluje od trenutka kad se on upustio u raspravljanje po preinačenoj tužbi, a da se prethodno nije protivio preinaci.³³ Kad su se stranke na opisani način usuglasile glede preinake, sud nema ni potrebe ni mogućnosti o njoj odlučivati. U tom slučaju on nema nikakva utjecaja na preinaku tužbe (odluka Vrhovnog suda Rev 1456/83 od 18. 1. 1984., Pregled sudske prakse, 25/177). Inače, tuženiku se mora dati mogućnost da se izjasni o tome pristaje li na predloženu preinaku. Ako je tužba preinačena na ročištu na koje tuženik koji je uredno pozvan ne dođe, a izostanak ne opravda, sud neće odgoditi ročište, nego će o preinaci odlučiti neovisno o tome što se tuženik nije izjasnio o preinaci (čl. 190., st. 7. ZPP-a).

U postupak preinake tužbe sud se uključuje tek onda ako se tuženik na zakonit način usprotivi preinaci. Glede toga, međutim, postoji velika razlika između povlačenja i preinake tužbe. Nakon tuženikova upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari za povlačenje tužbe neophodan je pristanak tuženika. Vodi se računa jedino o njegovim interesima pa mu se daje pravo veta na tužiteljjev pokušaj da povuče tužbu (čl. 193., st. 2. ZPP-a). Kod preinake tužbe situacija je znatno drugačija. Kad su interesi stranaka suprotstavljeni (tužitelj želi preinaku, a tuženik joj se protivi), tuženikovo protivljenje preinaci tužbe nema takvo apsolutno značenje. Tužba, naime, može biti preinačena usprkos tuženikovu protivljenju. O tome odlučuje sud vodeći računa i o interesima obiju stranaka i o onima pravnog poretka. Zakon (čl. 190., st. 2. ZPP-a) propisuje da i kad se tuženik protivi preinaci, sud je može dopustiti “ako smatra da bi to bilo svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama”. Ta je formulacija takva da iziskuje interpretaciju u doktrini i sudskoj praksi. Kada, dakle, ima mjesta dopuštenju preinake usprkos tuženikovu protivljenju? Očito je da zakon u vezi s tim ne gleda samo na parnicu koja je u tijeku nego i na to hoće li nakon njena okončanja sporni odnos stranaka biti definitivno razriješen ili će nastati potreba za novim parničnim postupcima. Valja, naime, uvijek imati na umu da sud, doduše, može uskratiti dopuštenje preinake tužbe, ali ne može spriječiti tužitelja da, ako ne uspije preinačiti tužbu, pokrene novu, posebnu parnicu s istim zahtjevom koji je želio postaviti preinakom tužbe. U takvu slučaju sud će, imajući na umu načelo ekonomičnosti, prilikom odlučivanja o preinaci morati

³³ Fasching, *op. cit.* u bilj. 3, str. 577; Rechberger, *op. cit.* u bilj. 18, str. 668.

uzeti u obzir i činjenicu da će, ako dopusti preinaku, neki već izvedeni dokazi i druge procesne radnje biti korisni u postupku po preinačenoj tužbi, a u novoj se parnici ne bi mogli upotrijebiti. U vezi s navedenim sud, npr., u konkretnom slučaju nije dopustio preinaku tužbe kojom je tužitelj uz postojeći zahtjev za utvrđenje nevaljanosti oporuke istaknuo zahtjev za utvrđenje nevaljanosti ugovora o doživotnom uzdržavanju imajući u vidu da ni tužitelj nije naveo zbog čega bi dopuštanje preinake tužbe s procesnopravnog stajališta bilo svrhovito za konačno rješenje odnosa među strankama (odluka Županijskog suda u Zagrebu Gž 38/08 od 23. 1. 2008., ING pregled sudske prakse, 2008-8-120). U tumačenju odredbe čl. 190., st. 2. ZPP-a sudska je praksa izrazila i sljedeće stajalište: "Kad odlučuje o dopuštenu preinake tužbe, sud treba ocijeniti je li ona s procesnopravnog stajališta svrhovita za konačno rješenje odnosa među strankama. Odluka o dopuštenu preinake ne ovisi, naprotiv, o tome kakve će eventualno biti materijalnopravne posljedice usvajanja ili odbijanja preinačenog tužbenog zahtjeva." (odluka Vrhovnog suda Rev 1413/85 od 19. 11. 1985., Pregled sudske prakse, 31/90).³⁴

Odredbe ZPP-a o intervenciji suda u vezi s dopuštenu objektivne preinake tužbe pokazuju da zakon preferira preinaku jer omogućava da se ona ostvari odlukom suda u situaciji kad zbog tuženikova protivljenja ne bi inače do nje moglo doći. Iako bi se iz formulacije odredbe čl. 190., st. 2. ZPP-a moglo zaključiti da će se u odlučivanje o dopuštenu preinake sud uključiti samo iznimno, i to kad smatra da je usprkos tuženikovu protivljenju ona opravdana, u stvarnosti to nije tako. Ako se tuženik usprotivi preinaci, neophodna je odluka suda kojom će on ili dopustiti ili odbiti preinaku. Tu odluku sud donosi u obliku rješenja (čl. 190., st. 8. ZPP-a). Što se tiče žalbe protiv tog rješenja situacija je kad sud dopusti preinaku drugačija od one kad je ne dopusti.³⁵ Prema odredbi čl. 190., st. 8. ZPP-a protiv rješenja kojim se prihvaća preinaka tužbe nije dopuštena posebna žalba, što znači da se ono može pobijati samo u žalbi protiv konačne odluke (čl. 378., st. 2. ZPP-a). To rješenje, doduše, ne postaje pravomoćno samim donošenjem (odluka Vrhovnog suda Gzz 41/93 od 15. 12. 1993., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1994/309), ali od tog trenutka ono proizvodi svoje učinke (čl.

³⁴ Jasnija i konkretnija od čl. 190., st. 2. ZPP-a je odredba § 235., st. 3. austrijskog ZPO-a koja, uz ostalo, kaže da će sud usprkos tuženikovu protivljenju dopustiti preinaku tužbe ako iz nje ne slijedi opasnost znatnog otežavanja ili odugovlačenja postupka.

³⁵ V. o tome Attias, *op. cit.* u bilj. 27, str. 101; Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 48 *sqq.*; Pavlović, *Objektivno i subjektivno preinačenje tužbe*, Hrvatske pravna revija, vol. 1, br. 5, 2001., str. 95; Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 385.

379., st. 2. ZPP-a). O žalbi protiv rješenja kojim se ne dopušta preinaka tužbe ZPP ne sadrži nikakve posebne odredbe pa u takvu slučaju valja primijeniti opće odredbe o žalbi protiv rješenja, a one ne pridonose ubrzanju odlučivanja o preinaci tužbe. Iz tih odredaba slijedi da je protiv rješenja kojim se ne dopušta preinaka tužbe moguće izjaviti žalbu (čl. 378., st. 1. ZPP-a) koja ima suspenzivan učinak (čl. 379., st. 1. ZPP-a). Protiv drugostupanjskog rješenja donesenog povodom te žalbe revizija nije dopuštena u smislu odredaba čl. 400. ZPP-a jer se tim rješenjem postupak pravomoćno ne završava (odluka Vrhovnog suda Rev 197/86 od 4. 3. 1986., Pregled sudske prakse, 32/163; Rev 777/87 od 3. 9. 1987., Pregled sudske prakse, 41/104; Rev 1179/09 od 3. 3. 2010., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/10-241).

Prijedlog za preinaku tužbe predaje se sudu pred kojim se vodi postupak, ali taj sud neće uvijek odlučivati o dopuštenju preinake.³⁶ Preinaka tužbe može, naime, dovesti do toga da sud koji vodi postupak neće više biti stvarno nadležan za odlučivanje u sporu (čl. 190., st. 4. ZPP-a). U tom će slučaju po primitku zahtjeva za preinakom taj sud dostaviti predmet sudu koji će biti stvarno nadležan ako dođe do preinake. U daljnjem postupku pred sudom kojem je predmet ustupljen moguće su razne situacije. Ako tuženik pristane na preinaku, postupak će se nastaviti pred tim sudom. Ako se tuženik usprotivi preinaci, isti će sud najprije riješiti je li preinaka dopuštena pa će u slučaju da dopusti preinaku nastaviti postupak kao stvarno nadležan sud. Zakon ne propisuje što će se dogoditi kad sud kojem je predmet ustupljen ne dopusti preinaku tužbe. Čini se da će se u tom slučaju ponovno uspostaviti stanje koje je postojalo prije stavljanja prijedloga za preinaku tužbe, tj. da će sud kojem je predmet ustupljen, kad njegovo rješenje kojim se ne dopušta preinaka tužbe postane pravomoćno, predmet vratiti na daljnji postupak sudu koji mu ga je bio ustupio.³⁷

Objektivna preinaka tužbe katkad ne dovodi do promjene stvarne nadležnosti nego se jedino mijenja sastav suda. Za taj slučaj ZPP u čl. 190., st. 5. upućuje na naprijed navedene odredbe čl. 190., st. 4. ZPP-a, ali i na odredbe čl. 18. istog zakona. Ovdje je riječ o situaciji kad postupak vodi sudac pojedinač, a po preinačenoj bi tužbi za suđenje bilo nadležno vijeće i obratno, kad se postupak vodi pred vijećem, a nakon preinake tužbe trebao bi suditi sudac

³⁶ Naravno, ako tuženik pristane na preinaku, o njoj neće odlučivati ni sud koji vodi postupak ni neki drugi sud.

³⁷ V. Attias, *op. cit.* u bilj. 27, str. 101; Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 47; Zuglia, *op. cit.* u bilj. 2, str. 385.

pojedinaac.³⁸ Ako se postupak vodio pred sućem pojedincem, on će predmet ustupiti vijeću da odlući o preinaci. Ako se pak postupak vodio pred vijećem, ono moųe, ali ne mora odlučivanje o preinaci tuųbe prepustiti suću pojedincu (ćl. 18., st. 1. i 2. ZPP-a).

Preinaka tuųbe mijenja, katkad i bitno, poloųaj stranaka u parnici. Zato kad sud dopusti preinaku tuųbe, duųan je ostaviti tuųeniku vrijeme potrebno da se moųe pripremiti za raspravljanje po preinaćenoj tuųbi ako za to nije imao dovoljno vremena. Međutim, i onda kad sud ne sudjeluje u postupku objektivne preinake tuųbe jer tuųenik pristaje na preinaku, tuųenik moųe zatraųiti da mu sud ostavi potrebno vrijeme radi pripremanja za raspravljanje (ćl. 190., st. 6. ZPP-a).

Od pravila da je nakon dostave tuųbe tuųeniku za njenu preinaku potreban njegov pristanak postoji jedna iznimka. Ćl. 191., st. 2. ZPP-a, naime, propisuje da, ako tuųitelj preinaćuje tuųbu tako da zbog okolnosti koje su nastale nakon podnoųenja tuųbe zahtijeva iz iste ćinjenićne osnove drugi predmet ili novćanu svotu, tuųenik se takvoj preinaci ne moųe protiviti. Tuųitelj, npr., zahtijeva da se tuųeniku naloųi da mu preda odrećenu stvar. Tijekom postupka³⁹, a nakon nastupanja litispendingije tuųenik uniųti tu stvar pa tuųitelj zbog toga preinaći tuųbu zahtijevajući naknadu Őtete. Za takvu preinaku tuųbe nije potreban tuųenikov pristanak, a ni sud ne dolazi u priliku odlučivati o dopuųtenju te preinake.

Kad o preinaci tuųbe odlućuje sud i dopusti je, ona djeluje od trenutka donoųenja rjeųenja kojim se preinaka dopuųta⁴⁰ jer protiv njega nema posebne Őalbe (ćl. 190., st. 8. ZPP-a). Kad sud uskrati dopuųtenje za preinaku tuųbe, postupak će se nastaviti po nepreinaćenoj tuųbi kad rjeųenje o uskraćivanju preinake tuųbe postane pravomoćno jer u tom slućaju protiv prvostupanjskog rjeųenja tuųitelj moųe izjaviti Őalbu koja djeluje suspenzivno.⁴¹

³⁸ V. o tome Ćizmić, *ibid.*, str. 47.

³⁹ Ne, dakle, prije podnoųenja tuųbe.

⁴⁰ Fasching, *op. cit.* u bilj. 3, str. 579.

⁴¹ V. Ćizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 48 *sqq.*

3. SUBJEKTIVNA PREINAKA TUŽBE

3.1. Općenito

Do promjene neke od stranaka u sporu može doći pod različitim okolnostima i uz različite pretpostavke. Katkad nova stranka stupa u parnicu po sili zakona, ali se tada ne može govoriti o preinaci tužbe jer je preinaka posljedica određene parnične radnje kojom ovlaštena osoba izražava svoju volju, odnosno želju da tužbu subjektivno preinači. Objektivnu preinaku tužbe ZPP je definirao vrlo široko i u nju je uklopio slučajeve koji često nisu slični jedan drugom. Drugačiji je, međutim, njegov pristup kad je riječ o subjektivnoj preinaci tužbe.⁴² On taj pojam tumači vrlo usko.⁴³ U smislu odredaba čl. 192. ZPP-a⁴⁴ o subjektivnoj je preinaci riječ samo kad umjesto neke od stranaka u parnicu stupi druga osoba. U ZPP-u nalazimo brojne odredbe kojima se također uređuje promjena stranaka kao posljedica parničnih radnja, ali se te promjene ne tretiraju kao preinaka tužbe nego se reguliraju u okviru drugih instituta. Ti su slučajevi sljedeći: kad osoba koja je pribavila stvar ili pravo o kojem teče parnica stupi u parnicu umjesto tužitelja, odnosno tuženika (čl. 195., st. 2. ZPP-a); kad se u smislu čl. 196., st. 2. i 3. ZPP-a uspostavi naknadno suparničarstvo, tj. kad uz tužitelja pristupi novi tužitelj ili tužba bude proširena na novog tuženika; kad umješač stupi u parnicu kao stranka umjesto stranke kojoj se pridružio (čl. 208., st. 5. ZPP-a); kad umjesto stranke u parnicu kao stranka stupi imenovani prethodnik (čl. 210. ZPP-a). Navedenim se institutima u ovom radu nećemo potanje baviti.

⁴² O subjektivnoj preinaci tužbe v. Čizmić, *op. cit.* u bilj. 2, str. 59 *sqq.*; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 427.

⁴³ Misli se u odnosu na pojam objektivne preinake tužbe.

⁴⁴ Tekst te zakonske odredbe glasi: "(1) Tužitelj može sve do zaključenja glavne rasprave svoju tužbu preinačiti i tako da umjesto prvobitnog tuženika tuži drugu osobu. (2) Za preinaku tužbe prema stavku 1. ovog članka potreban je pristanak osobe koja treba da stupi u parnicu umjesto tuženika, a ako se tuženik već upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, potreban je i pristanak tuženika. (3) Nakon što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, umjesto tužitelja može u parnicu stupiti novi tužitelj samo ako tuženik na to pristane. (4) Osoba koja stupa u parnicu umjesto stranke mora primiti parnicu u onom stanju u kakvu se ona nalazi u trenutku kad u nju stupa."

3.2. Promjena tuženika

ZPP u čl. 192., st. 1. ovlašćuje tužitelja da iz postupka odstrani tuženika tako da umjesto njega tuži drugu osobu koja postaje novi tuženik. Razlozi za to mogu biti vrlo različiti. Na taj će korak tužitelja najčešće ponukati saznanje da je promašio pasivnu legitimaciju i da će zbog toga njegov tužbeni zahtjev biti odbijen, a postoji osoba protiv koje kao tuženika on ima izgleda da uspije u parnici. Katkad, međutim, tužitelj kojemu se inače smiješi uspjeh u sporu postaje svjestan činjenice da ga taj uspjeh neće dovesti do cilja koji želi ostvariti pred sudom jer tuženik, npr., neće biti u stanju ispuniti tražbinu koja je predmet spora. Ako u takvu slučaju postoji neka druga osoba koja odgovara za tu tražbinu, tužitelj može preinačiti tužbu i tu osobu označiti kao tuženika umjesto osobe protiv koje je prvobitno pokrenuo postupak. Sve to ipak nije važno za subjektivnu preinaku tužbe jer ona ne ovisi o motivima tužitelja nego o njegovoj volji i volji novog, katkad i prvobitnog tuženika. Svakako, nakon što je tužba preinačena, prvobitni tuženik prestaje biti stranka u postupku i u odnosu na njega se tužba smatra povučenom.⁴⁵

Da bi moglo doći do promjene tuženika u parnici, neophodno je da on ima stranačku sposobnost i da bi se, što se toga tiče, parnica s njim kao strankom mogla dovršiti i bez preinake tužbe. Ovo naglašavamo stoga što preinaku tužbe valja lučiti od radnja tužitelja kojima on nastoji otkloniti nedostatak svoje tužbe koji se sastoji u tome što onaj protiv koga je postupak pokrenut nema stranačku sposobnost. Te radnje su po svojoj pravnoj prirodi ispravljanje, a ne preinaka tužbe za koje vrijede posebna pravila. Takvo ispravljanje tužbe je, naravno, u interesu tužitelja, ali i suda jer, ako bi u postupku kao stranka sudjelovala osoba koja ne može biti stranka u postupku, bila bi učinjena apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka iz čl. 354., st. 2., t. 8. ZPP-a zbog koje bi povodom žalbe drugostupanjski sud po službenoj dužnosti (čl. 365., st. 2. ZPP-a) ukinuo donesenu prvostupanjsku presudu (čl. 369., st. 3. ZPP-a). U skladu s tim, kad sud utvrdi da osoba koja se pojavljuje kao stranka ne može biti stranka u postupku, a taj se nedostatak može otkloniti, pozvat će tužitelja da izvrši potrebne ispravke u tužbi ili će poduzeti druge mjere da bi se postupak mogao nastaviti s osobom koja može biti stranka u postupku (čl. 83., st. 1. ZPP-a). Ako tužitelj u roku koji mu je odredio sud ne udovolji njegovu nalogu, može doći do odbacivanja tužbe (čl. 83., st. 5. ZPP-a). U judikaturi nisu rijetke

⁴⁵ V. Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 427.

nedoumice o tome je li u konkretnom slučaju riječ o preinaci ili ispravku tužbe pa se u vezi s tim razvila odgovarajuća sudska praksa. Tako je ocijenjeno da je u pitanju ispravak tužbe kad je tužitelj umjesto Republike Hrvatske kao tuženika naznačio neko ministarstvo, a ono ne može biti stranka u postupku. Zato će tužitelja koji je kao tuženika označio ministarstvo sud pozvati da ispravi tužbu i pravilno naznači osobu tuženika (odluka Vrhovnog suda Rev 3006/93 od 9. 12. 1993., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/1995-114; Rev 3745/94 od 25. 2. 1998., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/1998-151). Kad je umjesto pravne osobe (grada) tužena fizička osoba (predsjednik gradske skupštine), sud ne treba pozvati tužitelja da ispravi tužbu jer tuženik kao fizička osoba može biti stranka u postupku (odluka Vrhovnog suda Gž 8/97 od 18. 12. 1997., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/1998-152). Kad je tužba podnesena protiv samostalne obrtničke radnje koja nema svojstvo pravne osobe pa tužitelj naknadno kao tuženika naznači vlasnika te radnje, time tužba nije preinačena nego ispravljena (odluka Vrhovnog suda Rev 8/07 od 22. 5. 2007., Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/07-230). Kad je tužba podnesena protiv nekoga tko ne može biti stranka u postupku pa tužitelj u roku koji je odredio sud kao tuženika naznači osobu koja ima stranačku sposobnost, riječ je o ispravku, a ne o subjektivnoj preinaci tužbe (odluka Vrhovnog suda Rev 1245/2008-2 od 8. 4. 2009., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/09-263). Kad tužitelj naknadno naznači da njegovo potraživanje potječe iz poslovanja druge poslovne jedinice tuženika, a ne one koja je bila označena u tužbi, time ne dolazi do preinačenja tužbe (odluka Vrhovnog suda Rev 3057/93 od 29. 8. 1996., Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/1996-110). Naknadno označavanje osobe koja može biti stranka u postupku umjesto one koja to ne može biti (fizičke osobe umjesto obrta) nije subjektivna preinaka tužbe nego ispravak tužbe (odluka Županijskog suda u Splitu Gžx 242/2008 od 8. 1. 2010., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/10-231).

Kad se postupak vodi protiv osobe koja više ne postoji pa tužitelj kao tuženika naznači neku drugu osobu, moguće su dvije situacije od kojih ni u jednoj nije riječ o subjektivnoj preinaci tužbe. Katkad tužitelj iz neznanja pokrene postupak protiv osobe (fizičke ili pravne) pa nakon što utvrdi da ona u vrijeme podnošenja tužbe više nije postojala kao tuženika naznači drugu osobu. Osoba koja u vrijeme kad je protiv nje pokrenut postupak više ne postoji, ne može biti stranka u postupku pa naknadna naznaka kao tuženika osobe koja to može biti nema značenje subjektivne preinake tužbe nego njena ispravka (odluka Vrhovnog suda II Rev 70/85 od 17. 10. 1985., Pregled sudske prakse, 30/112). U drugoj situaciji postupak je pokrenut protiv osobe koja može biti

stranka u postupku, ali tijekom tog postupka ona prestane postojati i time izgubi stranačku sposobnost. Kad nakon toga tužitelj kao nove tuženike naznači pravne sljednike tuženika koji je prestao postojati, tužba time nije preinačena nego ispravljena (odluka Vrhovnog suda II Rev 81/89 od 23. 1. 1990., Pregled sudske prakse, 47/137; Rev 1025/03 od 26. 1. 2005., Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/2005-284).

Do promjene tuženika dolazi na prijedlog tužitelja koji on može staviti od podnošenja tužbe do zaključenja prethodnog postupka (čl. 192., st. 1. ZPP-a). Hoće li doći do promjene tuženika, nikada ne ovisi o volji suda nego su za to potrebne suglasnosti tužitelja i osobe koja treba stupiti u parnicu umjesto tuženika, a katkad se traži i pristanak prvobitnog tuženika. Bez obzira na to u kojem stadiju postupka želi promjenu osobe tuženika, tužitelju je neophodan pristanak osobe koja treba stupiti u parnicu umjesto dotadašnjeg tuženika (čl. 192., st. 2. ZPP-a). Ako nema tog pristanka, preinaka nije moguća (odluka Vrhovnog suda Gr 641/00 od 7. 2. 2001., Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/01-185). Ne postoji mogućnost da taj pristanak zamijeni odluka suda. U tome se ogleda velika razlika između objektivne i subjektivne preinake tužbe. Razlog takvoj zakonskoj odredbi leži u činjenici da stupanjem u parnicu novog umjesto prvobitnog tuženika parnica ne počinje iznova. Naime, prema odredbi čl. 192., st. 4. ZPP-a osoba koja stupa u parnicu umjesto stranke mora primiti parnicu u onom stanju u kakvu se ona nalazi u trenutku kad u nju stupa. Značenje te zakonske odredbe pojašnjeno je u judikaturi (odluke Vrhovnog suda Rev 688/81 od 3. 9. 1981.; Rev 1314/81 od 4. 11. 1981., Pregled sudske prakse, 20/128) na sljedeći način: "Procesni značaj preinačenja tužbe u subjektivnom smislu u tome je što novotuzenik mora primiti parnicu u onom stanju u kakvu se ona nalazi u trenutku kad u nju stupa. Posljedice subjektivnog preinačenja tužbe takve su da se ima smatrati da je tužba protiv novog tuženika podnesena onda kad je podnesena protiv prvobitnog, a postojanje parnice računa se od vremena kad je tužba dostavljena prvom tuženom. Prema tome, novotuzenik je dužan trpjeti sve posljedice propuštanja procesnih radnji prvotuzenika, a sve procesnopravne i materijalnopravne prigovore treba cijeliti od dana podnošenja tužbe protiv prvog tuženika." To, dakako, vrijedi i za prigovor zastare (odluka Županijskog suda u Varaždinu Gž 178/03 od 3. 2. 2003., Izbor odluka Vrhovnog suda, 2/04-288). S obzirom na sve to, osoba koja treba stupiti u parnicu kao tuženik treba dobro razmisliti prije nego što pristane na preuzimanje uloge tuženika. Pritom ona mora biti svjesna toga da tužitelj uvijek može protiv nje pokrenuti novu parnicu, a o okolnostima slučaja će ovisiti je li to za nju povoljnije od ulaska u

svojstvu tuženika u već postojeću parnicu. Svoj pristanak na preinaku tužbe može osoba koja stupa u parnicu kao tuženik dati izričito ili konkludentno, npr., davanjem odgovora na tužbu, ali se puko pasivno držanje te osobe ne može smatrati njenim pristankom na stupanje u parnicu umjesto prvobitnog tuženika (odluka Vrhovnog suda Rev 1286/88 od 27. 12. 1988., Pregled sudske prakse, 43/104; odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu VTSRH) Pž 1337/07 od 22. 5. 2007., Zbirka odluka hrvatskih trgovačkih sudova, 14/144). Ako nema tog pristanka, sud mora nastaviti voditi parnični postupak ne dopuštajući preinaku tužbe te donijeti odluku u kojoj je stranka prvobitno označeni tuženik (VTSRH, Pž 1337/07 od 22. 5. 2007., Zbirka odluka hrvatskih trgovačkih sudova, 14/144). U takvu slučaju sud, međutim, nije ovlašten odbaciti tužbu u odnosu na osobu koja je trebala stupiti u parnicu (VTSRH, Pž 856/05 od 23. 10. 2007., Zbirka odluka hrvatskih trgovačkih sudova, 14/143).

Da bi moglo doći do promjene tuženika, pristanak osobe koja treba stupiti na njegovo mjesto je, doduše, neophodan, ali nije uvijek dovoljan. Ako je, naime, prijedlog za tu promjenu stavljen nakon što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, za preinaku je potreban i pristanak prvobitnog tuženika (čl. 192., st. 2. ZPP-a). Preinaka tužbe ima u tom slučaju za njega značenje povlačenja tužbe pa mu zakon osigurava položaj koji u smislu odredbe čl. 193., st. 2. ZPP-a i inače pripada tuženiku kad tužitelj namjerava povući tužbu. Kad dođe do preinake tužbe, prvobitni tuženik će prestati biti stranka u postupku te će imati pravo na naknadu parničnih troškova. Neće se, međutim, osloboditi opasnosti da ga tužitelj naknadno ponovno tuži jer se povučena tužba smatra kao da nije ni bila podnesena i može se ponovno podnijeti, što za prvobitnog tuženika može biti nepovoljno. Zato mu se daje mogućnost da se još u ranom stadiju postupka usprotivi preinaci tužbe te ostane i dalje u parnici u svojstvu tuženika.

3.3. Promjena tužitelja

U ranijem tekstu čl. 192. ZPP-a koji regulira subjektivnu preinaku tužbe nije bilo ni spomena o mogućnosti da se preinakom tužbe promijeni osoba tužitelja tako da se umjesto prvobitnog pojavi novi tužitelj. Sudska praksa zaključila je da u ZPP-u ne postoji pravilo da je u parničnom postupku općenito dopušteno preinakom tužbe promijeniti osobu tužitelja nego da je ta promjena moguća

samo u onim slučajevima u kojima je ZPP izričito dopušta. U vezi s tim je Vrhovni sud (Rev 527/87 od 14. 7. 1987., Pregled sudske prakse, 38/127) zauzeo sljedeće stajalište: “Do promjene osobe tužitelja tijekom postupka može doći samo u slučaju otuđenja stvari ili prava o kojem teče parnica (čl. 195. ZPP-a), odnosno stupanja umješača u parnicu kao stranke umjesto tužitelja kojem se pridružio (čl. 208. st. 5. ZPP-a). Ako sud izvan navedenih slučajeva dopusti takvo subjektivno preinačenje tužbe, čini bitnu povredu odredaba parničnog postupka.”

Člankom 101., st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a iz 2003. (Narodne novine, br. 117/03, dalje u tekstu: ZIDZPP/03) u čl. 192. ZPP-a dodan je novi stavak 3. koji glasi: “Nakon što se tuženik upustio u raspravljanje o glavnoj stvari, umjesto tužitelja može u parnicu stupiti novi tužitelj samo ako tuženik na to pristane.” Postavlja se, međutim, pitanje koja je točno svrha, domašaj i značenje te nove zakonske odredbe. Za nju je u Konačnom prijedlogu ZIDZPP/03 dano sljedeće obrazloženje: “Novim stavkom 3. članka 192. prevladava se u praksi sporno pitanje je li za stupanje u parnicu novog tužitelja umjesto postojećeg potreban pristanak tuženika nakon što se on upustio u raspravljanje o glavnoj stvari. Prihvaćeno rješenje po kojem je taj pristanak potreban u skladu je s općim pravilom da je za promjenu identiteta – subjektivnog i objektivnog – nakon upuštanja tuženika u raspravljanje o glavnoj stvari potreban njegov pristanak.” U navedenom obrazloženju teško je pronaći odgovor na naprijed navedeno pitanje. Čini se da novim stavkom 3. članka 192. ZPP-a nije proširen krug slučajeva u kojima je dopuštena preinaka tužbe promjenom osobe tužitelja nego je jedino preciziran položaj tuženika kad treba doći do takve promjene. Naravno, u takvoj ne baš jasnoj situaciji moguće su različite interpretacije, ali je činjenica da u ZPP-u ne postoje općenite odredbe o pretpostavkama za preinaku tužbe promjenom osobe tužitelja.⁴⁶

Raniji stavak 3. članka 192. ZPP propisivao je da “(O)soba koja stupa u parnicu umjesto tuženika mora primiti parnicu u onom stanju u kakvu se ona nalazi u trenutku kad u nju stupa.” To je bilo razumljivo jer je taj članak govorio samo o promjeni tuženika. Međutim, kad je čl. 101., st. 1. ZIDZPP/03 dopuštena i mogućnost preinake tužbe promjenom tužitelja, st. 2. tog članka izmijenjena je odredba čl. 192., st. 3. (koji je postao st. 4.) tako da je riječ “tuže-

⁴⁶ U slučaju otuđenja stvari ili prava o kojem teče parnica (čl. 195., st. 2. ZPP-a), odnosno stupanja umješača u parnicu kao stranke umjesto tužitelja kojem se pridružio (čl. 208., st. 5. ZPP-a) u ZPP-u su navedene pretpostavke za promjenu osobe tužitelja.

nika” zamijenjena riječju “stranke”. Odredba čl. 192., st. 4. ZPP-a⁴⁷ odnosi se, dakle, sada i na novog tuženika i na novog tužitelja.

Summary

Ivo Grbin *

CLAIM MODIFICATION IN CIVIL PROCEDURE

Litigation is often dynamic, and sometimes things do not happen in the regularly expected way. Among other things, it can happen that in the end of the proceeding the court is not deciding on what was claimed in the suit, but about something else or about somebody else. This happens in the case of claim modifications. As claim modifications often happen in practice, it would be expected that legislation pays due attention to adequate regulation in this field. This, however, is not the case. Legal provisions on claim modification are faulty, imprecise and often incomprehensible. Various phenomena, which sometimes do not have a lot in common, are shoved under that notion. Each of them brings special issues with it and requires answers to many questions, which the legislator is either not providing or not answering in full. Difficulties result not only from that fact, but also because the term “claim modification” is sometimes defined negatively, by determining what is not considered a modification. It is sometimes not completely clear according to which criteria it is determined that a procedural action is not considered to be a claim modification. Claim modification may be “objective” when the subject of dispute changes, or “subjective” when a party in the dispute changes. Both types of claim modification are discussed.

The legal definition of “objective modifications” is always related to the claim. The Civil Procedure Act recognizes three forms of modification: replacement of a single claim by another, increasing the amount of the existing claim, and presenting another claim in addition to the existing one. The text elaborately describes each one of the claim modification forms. The Act has not even attempted to place all claim modification forms under a common denominator. This is completely understandable because there are more differences than similarities among different claim modification forms, so it is hard to fit them all under a single definition. Besides, due to reasons that are not always clear, the Civil Procedure Act has many exceptions to the rules contained in Art. 191 para. 1, so there are

⁴⁷ O kojoj je bilo pobliže riječi naprijed u vezi s promjenom osobe tuženika.

* Ivo Grbin, Ph. D., retired Judge of the Supreme Court of the Republic of Croatia.

cases, which should logically belong under claim modification but have been excluded by express legal provisions, while on the other hand cases which do not fit the legal definition are considered to be claim modifications. The interests of various parties are clashing with regard to it (plaintiffs, defendants, state), so that a question arises: according to what procedure and under which conditions the modifications should be allowed. The Act tried to take care of that, so at a certain stage in the procedure the defendant is allowed to refuse agreeing on claim modification but the court can allow it nevertheless if it is considered that modifications would be useful for final resolution of the parties' dispute.

In contrast to broad legal definition of objective claim modification, subjective claim modification is very narrowly construed. Under Art. 192 CPA, subjective claim modification happens only when another person enters the litigation instead of one of the parties. In the Civil Procedure Act, we can find numerous provisions that also regulate the change of parties, but these changes are not treated as claim modifications but are regulated within the other headings.

Under the original text of Article 192 CPA, the only recognized form of claim modification was the change of defendant. The change of defendant occurs upon proposal from the plaintiff, which may be submitted from the moment of filing the suit to the conclusion of the main hearing. In small claims cases, modification may be proposed until the conclusion of the preliminary proceedings. Whether a claim modification will be permitted is not decided by the court only, since it cannot be granted without the consent of the plaintiff and the person who will enter the litigation in lieu of the defendant. Also, if the original defendant already engaged in discussion on the merits, then his consent is required as well. The lack of discretion on the side of the court in permitting the modification marks the vast difference between the objective and subjective claim modification.

The former CPA provisions on subjective claim modification did not mention the modifications caused by the change in plaintiff's person (appearance of new plaintiff instead of the original one). Case law drew a conclusion that the Civil Procedure Act contains no rule that generally allows the change of the plaintiff's person through claim modification but that this change is possible only in cases where the law explicitly allows it. The 2003 amendments to the CPA brought a change pursuant to which, once the defendant engaged in the arguments on the merits, his consent is required for the change of the plaintiff's person. However, it seems that this has not broadened the scope of cases where claim modification is allowed through the change of the plaintiff's person. The only change is a more precise definition of the defendant's rights and position. The Civil Procedure Act still does not contain adequate general provisions on the preconditions for claim modification caused by the change of the plaintiff's person.

Keywords: modification of a claim, objective modification, subjective modification.

NEKA POSTUPOVNA PITANJA U VEZI S NEIMOVINSKOM ŠTETOM

*Ivica Crnić, dipl. iur.**

Relativno nov Zakon o obveznim odnosima, koji je na snazi od 1. siječnja 2006., prihvatio je objektivnu koncepciju neimovinske štete u slučaju povrede prava osobnosti. Takva (nova) koncepcija pravične novčane naknade za pretrpljenu neimovinsku štetu otvara i postupovna (procesna) pitanja. (a) Što su činjenice, a što pravna osnova pravične novčane naknade neimovinske štete? (b) Koje činjenice utječu na iznos (visinu) pravične novčane naknade? (c) Kako utvrđivati navedene činjenice? (d) Kako sastaviti tužbu i postaviti tužbeni zahtjev za isplatu pravične novčane naknade? (e) Kakav je sadržaj naloga za vještačenje koji sud daje medicinskom sudskom vještaku? (f) Kako obrazložiti sudsku odluku? To su teme ovog rada.

Ključne riječi: nematerijalna šteta, pravična novčana naknada, postupovna pitanja, zahtjev za naknadu štete.

1. UVOD

Zakon o obveznim odnosima¹, koji je na snazi od 1. siječnja 2006., prihvatio je objektivnu koncepciju neimovinske štete u slučaju povrede prava osobnosti (čl. 19. ZOO-a u vezi s čl. 1046. tog Zakona). Prema toj koncepciji neimovinsku štetu čini već sama povreda prava osobnosti koja su primjerično navedena u čl. 19. tog Zakona. To znači da svaka povreda prava osobnosti, iako je time objektivno nastala neimovinska šteta, ne znači i bezuvjetno oštećenikovo pravo na isplatu pravične novčane naknade. To će pravo u slučaju spora oštećenik ostvariti samo ako sud nađe da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju (čl. 1100.

* Ivica Crnić, dipl. iur., odvjetnik, Zagreb.

¹ Narodne novine, br. 35/05, 41/08, dalje u tekstu: ZOO.

ZOO-a).² Pri odlučivanju o visini, dakle iznosu pravične novčane naknade sud će imati na umu jačinu i trajanje povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha³, cilj kojemu služi ta naknada, ali će voditi računa i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.⁴ To su činjenice koje su mjerilo težine povrede prava osobnosti, ali su i zapreka prodoru lukrativnosti i komercijalizacije u ovo pravno područje (čl. 1100., st. 1. i 2. ZOO-a koji se odnosi na fizičke osobe). I pravnim osobama sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu za povredu ugleda i drugih prava osobnosti pravne osobe ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju (čl. 1100., st. 3.).

ZOO u pogledu prava na naknadu neimovinske štete izjednačuje fizičke i pravne osobe. Te osobe imaju pravo na popravlanje neimovinske štete, i u nenovčanu (primjerice, objavljivanje ispravka ili isprike – čl. 1099. ZOO-a) i u novčanu obliku (pravična novčana naknada iz čl. 1100. i 1101. tog Zakona). To je bitna razlika u odnosu na Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 112/99 i 88/01, dalje u tekstu: ZOO iz 1991.). Naime, prema praksi koja je nastala u primjeni tog ZOO-a pravne osobe imale su pravo na popravlanje nematerijalne štete, ali samo u nenovčanu obliku (primjerice, pravo na ispravak ili objavu presude).⁵ Pravne osobe nisu, dakle, imale pravo na pravičnu novčanu naknadu za pretrpljenu nematerijalnu štetu.

2. PRAVNA OSNOVA

Pravni temelj za zahtijevanje naknade neimovinske štete je povreda prava osobnosti⁶ kao neimovinska šteta (čl. 1046. ZOO-a). Naime, ZOO u čl. 1046.

² Jačina i trajanje pretrpljenih fizičkih bolova, straha i duševnih bolova (smanjenje životne aktivnosti, naruženosti) imaju tek značenje osobito važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati na umu pri određivanju iznosa pravične naknade. Sud u obzir uzima i životnu dob, vrstu zanimanja, odnosno profesije oštećenika i slično. Tako Vrhovni sud u odluci Rev-585/10 od 27. 10. 2010.

³ Tako i Vrhovni sud u presudi broj Rev-610/09-2 od 9. 3. 2011.

⁴ Tako i Vrhovni sud, Rev-585/10 od 27. 10. 2010.

⁵ Pravo na ispravak ili objavu presude na temelju čl. 157. i 199. ZOO-a iz 1991. priznao je pravnoj osobi Ustavni sud Republike Hrvatske odlukom U-III-1558/2000 od 19. veljače 2004. koja je objavljena u Narodnim novinama, br. 27/04, str. 1199.

⁶ O pravima osobnosti, primjerice, v. u literaturi: Brezak, M., *Pravo na osobnost*, Zagreb, 1998.; Crnić, I., *Neimovinska šteta*, Zagreb, 2006.; Crnić, I., *Zakon o obveznim odnosima*, Za-

određuje štetu kao umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povredu prava osobnosti (neimovinska šteta). Činjenice (kriteriji, mjerila odnosno kvalifikatorne okolnosti) koje opravdavaju dosudu pravične novčane naknade i utječu na njezin iznos (visinu) uređene su u čl. 1100.⁷

3. ČINJENICE (KRITERIJI) ZA DOSUDU NAKNADE

Prema čl. 1100. fizičke boli, duševne boli i strah nisu, dakle, samostalan oblik povrede prava osobnosti. To su činjenice (kriteriji, mjerila odnosno kvalifikatorne okolnosti) koje zajedno s ostalim okolnostima slučaja iz čl. 1100. ZOO-a utječu na ocjenu suda je li pravo osobnosti iz čl. 19. ZOO-a povrijeđeno u toj mjeri da zbog toga oštećenik ima pravo na isplatu pravične novčane naknade. Jačina i trajanje tih boli kao i druge okolnosti slučaja činjenice su (kriteriji, mjerila odnosno kvalifikatorne okolnosti) koje utječu na iznos naknade u svakom konkretnom slučaju.

Jačina i trajanje pretrpljenih fizičkih bolova, straha i duševnih bolova (smanjenje životne aktivnosti, naruženosti) imaju tek značenje osobito važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati na umu pri određivanju iznosa pravične naknade. Sud uzima u obzir i životnu dob, vrstu zanimanja, odnosno profesije oštećenika i slično.⁸ Tako su pozivom na čl. 1100. ZOO-a sudovi dosu-

greb, 2010.; Dropulić, J., *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Zagreb, 2002.; Finžgar, A., *Prava ličnosti*, Beograd, 1988.; Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1978., str.141; Gavella, N., *Osobna prava. Prvi dio*, Zagreb, 2000.; Kalodera, M., *Naknada neimovinske štete – poredbena studija*, Zagreb, 1941.; Klarić, P., *Naknada neimovinske štete*, u: Novi Zakon o obveznim odnosima: najznačajnije izmjene, novi instituti, Zagreb, 2005., str. 31; Krneta, S., *Lična prava – uvodna razmatranja*, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada. Prvi tom. A - Lj, Beograd, 1978., str. 904; Matijević, B., *Prava osobnosti*, Svijet osiguranja, br. 8, 2006., Zagreb, str. 43; Petrović, Z., *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Beograd, 1996.; Radolović, A., *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, disertacija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, 1985. (neobjavljeno); Vodinić, V., *Lična prava - pojedina lična prava*, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada. Prvi tom. A - Lj, Beograd, 1978., str. 925; Vuković, M., *Obvezno pravo. Knjiga I. Uvod, odgovornost za štetu i ostale vanugovorne obveze*, Zagreb, 1956.; Vuković, M., *Odgovornost za štete*, Zagreb, 1971., str. 62.

⁷ Ako se uz broj članka ne spominje puni ili skraćeni naziv zakona, riječ je o ZOO-u.

⁸ Vrhovni sud, Rev-585/10 od 27. 10. 2010.

dili pravičnu novčanu naknadu u iznosu 1.000.000,00 kuna u slučaju kada je tužitelj u vrijeme štetnog događaja bio u dobi od 16 godina, a zbog posljedica ozljeđivanja nalazi se u moždanoj komi koja neprekidno traje te se kod njega razvilo trajno vegetativno stanje. Takvo stanje kome sudovi su ocijenili činjenicom odlučnom za ocjenu iznosa odštete.⁹

Opsežnije o pojedinim činjenicama (fizičke boli, duševne boli, strah, naruženost, smanjena životna aktivnost) koje utječu na dosudu i iznos (visinu) pravične novčane naknade u knjizi Ivica Crnića, *Zakon o obveznim odnosima*, četvrto izdanje, Zagreb, 2010., str. 1458 - 1494.

Ako pak je povreda prava osobnosti neznatna, tada objektivno postoji neimovinska šteta, ali ne i oštećenikovo pravo na dosudu pravične novčane naknade. O tome više u dijelu ovog rada pod međunaslovom 3.2. *Kada ne postoji pravo na pravičnu novčanu naknadu*.

To izaziva praktične probleme pri sastavljanju tužbe i postavljanju tužbenog zahtjeva. Naime, prema objektivnoj koncepciji neimovinske štete naknada se dosuđuje za povredu prava osobnosti kao neimovinsku štetu (čl. 1046.), a ne za posljedice te povrede koje se očituju u trpljenju fizičkih i raznih oblika duševnih boli i straha. Logično bi bilo da sud prvo utvrdi činjenice iz kojih se može zaključiti kakve su štetne posljedice nastale za oštećenika (trajanje i jačina fizičkih i duševnih boli i straha – čl. 1100.) te da na osnovi tih činjenica sud odredi iznose koji bi oštećeniku pripadali i ocijeni koje je povrede prava osobnosti oštećenik pretrpio i onda dosudi pravičnu novčanu naknadu u jednom iznosu.

3.1. Promjene koje to zapravo nisu

U literaturi¹⁰ se o tim promjenama navodi sljedeće: “Za ZOO kaže se da je unio velike promjene u pravila o naknadi neimovinske štete, jer da je umjesto prijašnje subjektivne prihvatio objektivnu koncepciju te štete. Kada je, međutim, riječ o kriterijima za određivanje neimovinske štete, teško je reći da oni opravdavaju takav zaključak. Oni se, naime, u odnosu na prijašnje stanje nisu uopće

⁹ Vrhovni sud, Revr-689/08 od 1. 4. 2009.

¹⁰ Grbin, I., *Orijentacijski kriteriji Vrhovnog suda Republike Hrvatske za utvrđivanje visine pravične novčane naknade neimovinske štete*, u: *Naknada neimovinske štete - pravno-medicinski okvir*, Zagreb, 2009., str. 52.

promijenili. U odnosu na fizičke osobe ti se kriteriji nalaze u čl. 1100. st. 2. ZOO-a koji glasi: 'Pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade sud će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.' Sadržaj te odredbe u biti u potpunosti odgovara onom članka 200. ZOO/91. Iz odredbe čl. 1100. st. 2. ZOO-a proizlazi da jačina i trajanje povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha imaju dominantnu ulogu pri odlučivanju o visini naknade neimovinske štete. Ta odredba, međutim, nije posve jasna i omogućava različita tumačenja. Problem se svodi na pitanje ima li na naknadu neimovinske štete pravo osoba čije je zdravlje toliko poremećeno da ne osjeća ni bolove ni strah. Naveo sam slučaj u kojem je Vrhovni sud, polazeći od subjektivne koncepcije nematerijalne štete, odbio dosuditi naknadu zbog smanjenja životne aktivnosti osobi koja zbog oštećenja mozga nije svjesna svog stanja te ne trpi duševne bolove. Bi li sud i pod režimom novog ZOO-a donio jednaku odluku? Ako bi, onda, čini mi se, bolovi i strah prestaju biti samo kriteriji za utvrđivanje visine neimovinske štete, već postaju konstitutivni element pojma te štete. To bi značilo da je subjektivna koncepcija neimovinske štete doduše izbačena kroz vrata (tj. kroz odredbe članka 19. stavka 2. i članka 1100. stavka 1. ZOO-a), ali se vratila kroz prozor (tj. kroz odredbu članka 1100. stavka 2. ZOO-a). Od objektivne koncepcije bi tada, bojim se, malo ostalo. Ako bi, međutim, u iznesenom slučaju sada sud dosudio pravičnu novčanu naknadu neimovinske štete, a moramo znati da je tu riječ o ekstremno teškoj povredi prava osobnosti, trebalo bi pronaći odgovarajuće kriterije za utvrđivanje te naknade, jer se glavni kriteriji propisani odredbom članka 1100. stavak 2. ZOO-a ovdje ne bi mogli primijeniti."

3.2. Kada ne postoji pravo na pravičnu novčanu naknadu

Novčanu naknadu koju oštećenik dobiva ne treba shvatiti kao ekvivalent ugrožena ili izgubljena dobra. Novac treba oštećeniku osigurati mogućnost pribavljanja drugih dobara i ugodnosti koje mu pomažu da lakše prebrodi tjelesnu ili duševnu krizu ili strah nastao kao posljedica štete. Korektiv takva pristupa popravljajući neimovinske štete, cilj koje je što potpunija zaštita osobe, u Republici je Hrvatskoj nesumnjivo, ali i opravdano odredba čl. 1100., st. 2. ZOO-a prema kojoj sud pri odlučivanju o visini pravične novčane naknadu mora

voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom namjenom. Propis je zapreka prodoru lukrativnosti i komercijalizacije u to pravno područje. Sudska praksa utemeljena na sličnom propisu čl. 200. ZOO-a iz 1991. dosljedno ga je tako tumačila i primjenjivala.

U životu, dakle, ima situacija kad sudovi neće smjeti dosuditi pravičnu novčanu naknadu. Naime, i kad utvrde da postoji povreda prava osobnosti iz čl. 19., jer je oštećeno tjelesno ili duševno zdravlje neke fizičke osobe ili neko pravo osobnosti pravne osobe, sudovi neće priznati oštećeniku pravo na pravičnu novčanu naknadu ne budu li to opravdavale težina povrede i okolnosti slučaja (čl. 1100.). Sudovi će, dakle, od slučaja do slučaja morati prosuđivati opravdavaju li težina povrede prava osobnosti i okolnosti slučaja dosuđenje pravične novčane naknade (čl. 1100.).

Tako je u sudskoj praksi temeljenoj na čl. 200. ZOO-a iz 1991. rečeno da tjelesne ozljede zbog kojih je tužitelj trpio fizičke bolove srednjeg intenziteta u trajanju od pola sata i lakog intenziteta u trajanju od dva dana, zbog kojih nije nastao strah, a duševne boli zbog smanjenja životne aktivnosti trpio pet dana nisu osnova za dosuđenje naknade nematerijalne štete.¹¹ Svako smanjenje životnih aktivnosti zbog kojih oštećenik trpi duševne boli ne daje osnovu za dosuđenje pravične novčane naknade. U tom smislu smatramo aktualnom praksu u kojoj su sudovi ocijenili da kratko trajanje smanjenja životne aktivnosti (tri mjeseca, odnosno mjesec dana) i utvrđeni stupanj invaliditeta (10%) ne opravdavaju dosuđenje pravične novčane naknade.¹² U primjeni čl. 200. ZOO-a iz 1991. sudovi nisu prihvaćali zahtjeve da se dosudi pravična novčana naknada za strah koji je kratko trajao. Tako je rečeno da nema osnove da se dosudi takva naknada u slučaju kad je strah jakog stupnja trajao jedan do dva sata, srednjeg stupnja jedan do dva dana i strah laganog stupnja dva do tri dana i u duljem razdoblju nije narušio duševnu ravnotežu oštećenika.¹³ Nije dosuđena ta naknada ni kad je strah trajao samo nekoliko sati¹⁴, odnosno kad je potrajao samo dva dana.¹⁵ Nije pravno priznat kao neimovinska šteta ni

¹¹ Županijski sud u Koprivnici, Gž-767/03-2 od 11. 9. 2003., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/04-78.

¹² Općinski sud u Zagrebu, Gž-4425/85 od 2. 7. 1985.

¹³ Tako Vrhovni sud, Rev-111/93 od 6. 10. 1993., Izbor odluka Vrhovnog suda, 1/95-73.

¹⁴ Tako Općinski sud u Zagrebu, Gž-1122/87-2 od 24. 2. 1987.

¹⁵ Općinski sud u Zagrebu, Gž-5765/87-2 od 26. 11. 1987.

strah koji je oštećenik trpio glede zdravstvenog stanja supruge, i to u mjesec dana.¹⁶ Također je rečeno da nema osnove za priznavanje nematerijalne štete protiv Republike Hrvatske na ime duševnih boli koje trpi oštećenik koji nije ishodio pravomoćnu osuđujuću presudu protiv štetnika koji su mu povrijedili čast i ugled.¹⁷ Dakle, kad je povreda prava osobnosti neznatna, tada objektivno postoji neimovinska šteta (čl. 1046.), ali ne i pravo na isplatu pravične novčane naknade (čl. 1100.).

3.2.1. Relativno male posljedice ne isključuju pravo oštećenika na isplatu naknade

Relativno male posljedice ne isključuju pak pravo oštećenika na isplatu pravične novčane naknade. Naime, oštećenik ima pravo na isplatu pravične novčane naknade prema čl. 1100. ZOO-a i kad je riječ o manjim fizičkim ozljedama ili manjim povredama duševnog zdravlja ili strahu, primjerice, fizičke boli u trajanju od sedam dana, strah u trajanju od 15 dana i slično. Tada će i pravična novčana naknada biti odgovarajuće manja, ali nije isključena. Pravo na tu naknadu ne postoji samo ako je riječ o zaista neznatnim posljedicama koje smo opisali u ovom odjeljku rada.

4. ZAKON O OBVEZNIM ODNOSIMA U SUKOBU S NAČELIMA UNIDROIT-A

UNDROIT je međunarodni institut za ujednačivanje privatnog prava (*UN International Institute for the Unification of Private Law*). Njegova Načela važan su izvor privatnog pa i obveznog prava.¹⁸ Člankom 7.4.2. Načela uz ostalo je određeno da “šteta može biti neimovinske naravi i podrazumijeva, primjerice, fizičke i moralne patnje.” Iz toga se može razumjeti da su pravna osnova za naknadu neimovinske štete, primjerice, fizički bolovi kao i razni oblici duševnih (psihičkih, moralnih) boli (patnja) kao posljedica povrede prava osobnosti.

To bi moglo upućivati na to da odredba čl. 1100. ZOO-a koja fizičke i duševne boli ne određuje kao pravnu osnovu za naknadu neimovinske štete

¹⁶ Tako Županijski sud u Zagrebu, Gž-4765/97 od 30. 12. 1997.

¹⁷ Tako Županijski sud u Zagrebu, Gž-6748/01 od 2. 9. 2003.

¹⁸ Tako Radolović, A., *Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora*, u: Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., str. 87. i 88.

nego su to povrede prava osobnosti iz čl. 19., st. 2. i 3. ZOO-a nije uzela u obzir taj međunarodni izvor obveznog prava koji polazi od logike da se naknada za neimovinsku štetu treba dosuditi za posljedice povrede prava osobnosti koje se, primjerice, ogledaju kao fizičke ili duševne patnje oštećenika. Dakle, člankom 7.4.2. UNDROIT-ovih načela iz 1994. osnova obveze određena je kao fizička ili duševna patnja oštećenika, a ne povreda prava osobnosti sama po sebi. Ta je logika dominirala u prijašnjem hrvatskom zakonodavstvu (čl. 200. - 202. ZOO-a iz 1991.), a bila je dobro prihvaćena i u sudskoj praksi. Pritom nije nevažno da su sudovi u primjeni propisa ZOO-a iz 1991. uložili dugogodišnji velik trud u stvaranje (koliko je to pravna narav nematerijalne štete dopuštala) ujednačenih kriterija za isplatu pravične novčane naknade, a koji su rezultirali prihvaćanjem orijentacijskih kriterija iz 2002. koji su u praksi bili dobro prihvaćeni kao objektivni i korisni. Nova koncepcija neimovinske štete zahtijeva opet dugo razdoblje prilagodbe koje će ipak najviše osjetiti oštećenici. Izvjesno je da će sudska praksa opet dugo vremena lutati u potrazi za novim, ujednačenim kriterijima za dosudu pravične novčane naknade. To smo naveli da bismo upozorili na svu složenost problematike koja očekuje oštećenike, odgovorne osobe, njihove pravne zastupnike i, dakako, sudove.

5. O SASTAVLJANJU I SADRŽAJU TUŽBE

Pravne osnove koje su prema čl. 200. ZOO-a iz 1991. omogućivale oštećeniku pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete (fizički bolovi, različiti oblici duševnih boli, strah, naruženost itd.) prema novom ZOO-u koji je na snazi od 1. siječnja 2006. potpuno su, dakle, izgubile to pravno značenje te su dobile značenje činjenica.

Pravna osnova postaje povreda prava osobnosti kao neimovinska šteta (čl. 1046. ZOO-a u vezi s čl. 19.). Pravne osnove prema ZOO-u iz 1991. prema novom ZOO-u samo su činjenice (kriteriji, mjerila odnosno kvalifikatorne okolnosti) prema kojima sud, uzimajući u obzir težinu povrede i okolnosti slučaja, određuje visinu pravične novčane naknade (čl. 1100. ZOO-a). U tom smislu i Županijski sud u Splitu u odluci Gž-5114/08 (Gžnš-7/08) od 15. listopada 2009. u kojoj navodi sljedeće: "Na obvezne odnose nastale nakon 1. siječnja 2006. primjenjuje se 'novi' ZOO, koji na drukčiji način regulira pravičnu naknadu za neimovinsku štetu i to tako da se ista vezuje uz povredu prava osobnosti dok su pretrpljeni fizički bolovi, duševne boli i strah prestali biti pravne osnove

za dosuđenje pravične naknade i dobili značenje kriterija koja valja imati na umu pri odlučivanju o iznosu (visini) pravične naknade (*arg. ex* čl. 1100. st. 2. ZOO-a).¹⁹

5.1. Što treba sadržavati tužba (čl. 186. ZPP-a)

Prema čl. 186., st. 1. ZPP-a tužba treba sadržavati određen zahtjev u pogledu glavne stvari i sporednih traženja (u ovom primjeru to su zatezne kamate), činjenice na kojima tužitelj temelji zahtjev, dokaze kojima se utvrđuju te činjenice i druge podatke koje mora imati svaki podnesak (čl. 106. ZPP-a).

Tužitelj je u tužbi, na osnovi obveze iz čl. 186., st. 1. ZPP-a, dužan određeno navesti činjenice na kojima temelji zahtjev. Dakle, on određeno mora navesti (opisati) fizičke i/ili duševne boli, strah i ostale patnje, primjerice, smanjenje životne aktivnosti, naruženost, koje je pretrpio, a koje prema ZOO-u dobivaju značenje činjenica kako bi sud mogao raspraviti upravo o tim činjenicama (kao kriterijima ili mjerilima, odnosno kvalifikatornim okolnostima) i utvrditi ih, a zatim donijeti odluku.

5.2. Smanjenja životne aktivnosti i naruženja nema, ali ipak ima

Istina, novi ZOO ne spominje izričito smanjenje životne aktivnosti i naruženje kao činjenice koje utječu na iznos (visinu) pravične novčane naknade. No, činjenica je da je riječ o okolnostima koje dodatno razjašnjavaju što se (uz ostalo) oštećeniku dogodilo i zbog čega i u kojem stupnju oštećenik trpi duševne boli (kao činjenicu iz čl. 1100., st. 2. ZOO-a). Oni koji tvrde da pri određivanju pravične novčane naknade više ne treba uvažavati (respektirati) činjenicu da je zbog štetnog događaja oštećeniku smanjena životna aktivnost jer da se pojam smanjenja životne aktivnosti više izrijeком ne spominje u ZOO-u time eliminiraju i oštećenikovo pravo na naknadu za duševne boli koje trpi kao posljedicu naruženja (kao činjenice). Naime, ZOO ni naruženje izrijeком ne spominje. Dakako, takva stajališta nemaju osnova ni u pravu ni u običnoj životnoj logici.

¹⁹ Odluka je zbog svoje pravnonačelne važnosti objavljena u Izboru odluka Vrhovnog suda, 2/09-73.

Nije, naime, moguće objektivno utvrditi trajanje i jačinu duševnih boli ako oštećenik ne dokaže kakve je posljedice trpio nakon štetnog događaja. Pritom smanjenje životne aktivnosti, naruženost i slične objektivne medicinski i pravno dokazive činjenice mogu imati i drukčiji naziv. Primjerice, umjesto smanjenja životne aktivnosti može se govoriti o preostaloj životnoj sposobnosti ili slično. No, važno je opisati oštećenje tjelesnog ili duševnog zdravlja koje nakon štetnog događaja oštećenik trpi kako bi to mogla postati objektivno i medicinski i pravno provjerljiva činjenica o kojoj ovisi utvrđenje je li oštećenik trpio duševne boli, a time i iznos pravične novčane naknade u smislu čl. 1100. ZOO-a.

Čini se da u tom pravcu kreće i praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji ne otklanja mogućnost da se iznos pravične novčane naknade odredi i na temelju činjenice postoji li ili ne smanjenje životne aktivnosti i naruženost.²⁰ Jednako tako, Vrhovni sud uzeo je u obzir činjenicu postojanja umanjenja životne aktivnosti kad je u predmetu Revr-990/10 (presuda od 15. rujna 2010.) odlučivao o iznosu pravične novčane naknade za pretrpljenu neimovinsku štetu. U odluci Rev-585/10 od 27. 10. 2010. taj sud pak kaže: “Jačina i trajanje pretrpljenih fizičkih bolova, straha, te duševnih bolova (*smanjenje životne aktivnosti, naruženosti* – posebno označio a.) imaju tek značaj osobito važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati na umu pri određivanju iznosa pravične naknade, kao što su životna dob, vrsta zanimanja odnosno profesije oštećenika i slično.” Očito je da praksa najvišeg suda prihvaća stajalište da je smanjenje životne aktivnosti činjenica koju treba akceptirati i ocijeniti pri prosuđivanju iznosa pravične novčane naknade, na što upućuje čl. 1100., st. 2. ZOO-a.

Oni koji se pozivaju na *Europske indikativne tabele za ocjenu umanjenja psihičkog i fizičkog integriteta*²¹ morali bi pak imati na umu njihovu preambulu prema kojoj se “zadatak liječnika vještaka sastoji (se) u tome s jedne strane odrediti oštećenja čovjeka koja se medicinski mogu utvrditi i/ili razjasniti, a s druge strane dati stručno mišljenje o konačnom navedenom broju mogućih posebnih oštećenja.

²⁰ Iz presude Vrhovnog suda Rev-610/09-2 od 9. ožujka 2011. navodimo sljedeće: “Nižestupanjski sudovi su pravilno odredili iznos (visinu) pravične novčane naknade tužitelju zbog povrede prava osobnosti na tjelesno i duševno zdravlje, pri čemu su pravilno vrednovali i kriterije za dosuđenje te naknade propisane u čl. 1100. st. 2. ZOO-a, a to su duljina i jačina (intenzitet) fizičkih bolova i straha. Posebno valja istaći da kod tužitelja nema naruženja, niti je došlo do smanjenja životne aktivnosti, a isto tako niti PTSP koji je dijagnosticiran kod tužitelja nije u uzročno posljedičnoj vezi s predmetnim štetnim događajem.”

²¹ *Europske indikativne tabele za ocjenu umanjenja psihičkog i fizičkog integriteta*, u: Naknada neimovinske štete - pravno-medicinski okvir, Zagreb, 2009., str. 245. i 246.

Osnova za procjene je procjena ograničenja psihičke i fizičke cjelovitosti koje se s medicinskog aspekta može utvrditi, dakle izmjeriti.”²²

Prema *Tabelama* ograničenje psihičke i fizičke cjelovitosti (BPPI) određeno je (definirano) kao konačno *smanjenje psihičkog i/ili fizičkog potencijala*²³ koje je moguće utvrditi ili razjasniti na medicinskoj osnovi, a kojem se dodaju bolovi i psihičke posljedice za koje liječnik zna da u pravilu nastupaju s oštećenjem kao i objektivni učinci na svakodnevni život, a koji su u pravilu povezani s oštećenjem. Stupanj BPPI-ja, tj. stupanj ograničenja određen (definiran) pak je kao poteškoća koju osjeti osoba (za koju se mjere oštećenja) u poduzimanju normalnih radnja svakodnevnog života izvan radnog mjesta, tj. opseg “osobnog ograničenja” s obzirom na maksimum 100% oštećenja koji je teoretski moguće postići.²⁴ Što je to drugo nego utvrđivanje u kojem je stupnju smanjena (umanjena ili ograničena) oštećenikova životna aktivnost? *Europske indikativne tabele*, dakle, ne otklanjaju dužnost stranaka i suda da razmotre kakve posljedice za svoje tjelesno i duševno zdravlje oštećenik trpi. To znači da u praksi prema ZOO-u nesumnjivo i dalje valja imati na umu smanjenje (ograničenje) oštećenikove životne aktivnosti kao pravno odlučnu (relevantnu) činjenicu koja pokazuje je li oštećenik trpio i u kojem obujmu duševne boli kao činjenicu koja u smislu čl. 1100., st. 2. ZOO-a utječe na iznos pravične novčane naknade. Čini se da je u tom smjeru krenula i praksa Vrhovnog suda. Tako je taj sud pozivom na čl. 19. i 1100. ZOO-a dosudio naknadu štete zbog povrede prava tužitelja na tjelesno i duševno zdravlje pri čemu je kao činjenicu imao na umu i da je kod oštećenika utvrđena 100% smanjena životna aktivnost.²⁵

U praksi se uobičajilo govoriti o stupnju invaliditeta kao činjenici važnoj za odluku postoji li pravo i u kojem iznosu na naknadu neimovinske štete. Valja napomenuti da nije riječ o invaliditetu u smislu propisa o mirovinsko-invalidskom osiguranju nego o utvrđivanju činjenice je li i u kojoj mjeri smanjena oštećenikova životna aktivnost. To se uobičajilo izraziti postotkom kao zaključnom ocjenom stupnja smanjenja te aktivnosti. Postotak utvrđenog invaliditeta nikako nije jedino mjerilo koje bi valjalo imati na umu.²⁶

²² *Ibid.*, str. 249.

²³ Istaknuo autor rada.

²⁴ *Europske indikativne tabele*, *op. cit.* u bilj. 21, str. 249.

²⁵ Presuda Vrhovnog suda Revr-689/08 od 1. 4. 2009. kojom je potvrđena presuda Županijskog suda u Koprivnici, Gž-1424/08 od 4. 9. 2008.

²⁶ Opsežnije o tome u knjizi Ivice Crnića, *Zakon o obveznim odnosima*, 4. izd., Zagreb, 2010., str. 1464 - 1470.

5.3. Iznošenje činjenica u povijesnom dijelu tužbe

Prvostupanjski sud ne bi smio raspravljati o zahtjevu u kojem nisu određeno navedene činjenice odlučne za ocjenu visine pravične novčane naknade (čl. 1100. ZOO-a). Naime, sud smije odluku temeljiti samo na činjeničnoj osnovi na koju se pozvao tužitelj. Tako je u sudskoj praksi rečeno da sud prekoračuje tužbeni zahtjev kad svoju odluku utemelji na činjeničnoj osnovi drukčijoj od one na koju se pozvao tužitelj.²⁷ Primjerice, ako tužitelj u tužbi, odnosno do trenutka kad mu je dopušteno isticati činjenice ne navede da je pretrpio strah ili da mu je smanjena životna aktivnost, sud ne smije dosuditi pravičnu novčanu naknadu iako sam uviđa da te činjenice postoje (*arg. ex* čl. 7., st. 1. ZPP-a). O procesnim pitanjima tereta dokazivanja vidjeti i u odjeljku 5.5. *Minimum činjenica koje bi tužba trebala sadržavati.*

Činjenična osnova tužbe, dakle, bitna je za individualizaciju tužbenog zahtjeva. Na osnovi ocjene tih činjenica sud utvrđuje koji iznos pravične novčane naknade pripada tužitelju. Prema autorovu stajalištu sastavni dio tog činjeničnog stanja čini i izjašnjenje tužitelja o iznosu pravične novčane naknade za koji smatra da mu pripada s obzirom na određenu činjenicu (pojedinačni kriterij ili mjerilo, odnosno kvalifikatornu okolnost). Time se tuženiku omogućuje da se određeno izjasni o tužiteljevim tvrdnjama i zahtjevima, a prvostupanjski sud dolazi u poziciju da raspravlja o činjenicama na kojima tužitelj određeno temelji zahtjev. Ta utvrđenja sud treba iznijeti u obrazloženju presude. Time se strankama omogućuje ocjena je li sud raspravljao u okviru određenog činjeničnog stanja. Osim toga, na taj se način omogućuje i egzaktna kontrola primijenjenih kriterija u postupku po pravnim lijekovima, ali i ujednačivanje sudske prakse. Kad utvrdi koji iznos (visina) pravične novčane naknade pripada tužitelju po pojedinoj činjenici (kriteriju, mjerilu, odnosno kvalifikatornoj okolnosti), sud u odnosu na pojedinu ili više srodnih povreda prava osobnosti, koja se međusobno isprepleću, dosuđuje jedan iznos pravične novčanu naknade kao glavnu tražbinu.

Naše je stajalište, dakle, da su okolnosti koje sud prema čl. 1100. ZOO-a mora imati na umu kad odlučuje o visini pravične novčane naknade činjenične naravi. Zbog toga smatramo da postoji obveza tužitelja da u povijesnom dijelu tužbe određeno, kao činjenice, opiše i navede fizičke i duševne boli i strah koji su izazvani povredom prava osobnosti, ali i druge okolnosti slučaja kao

²⁷ Tako Vrhovni sud, Rev-2790/91 od 11. 3. 1992., Izbor odluka Vrhovnog suda, 94/321.

kriterije (mjerila), odnosno kvalifikatorne okolnosti koje omogućuju ocjenu štetnih posljedica koje oštećenik trpi (primjerice, smanjenje životne aktivnosti, naruženost, stanje kome i dr.) i da za svaki pojedini kriterij određeno navede iznos naknade za koji smatra da mu pripada.

Tom stajalištu može se prigovoriti da se time vraća na stanje kakvo je bilo u primjeni čl. 200. ZOO-a iz 1991., tj. da se fizičkim i duševnim bolima te strahu daje značenje pravne osnove. Tomu nije tako jer pri odlučivanju o povredi prava osobnosti kao neimovinskoj šteti (čl. 1046. ZOO-a u vezi s čl. 19. ZOO-a), tj. kao pravnoj osnovi za zahtjev pravične novčane naknade valja imati na umu ne samo materijalno pravo nego i procesne propise koji upućuju na to da fizičke, duševne boli i strah od stupanja na snagu ZOO-a, tj. od 1. siječnja 2006., valja tretirati činjenicama koje trebaju biti određeno opisane i navedene, i glede samih (medicinskih) posljedica i glede visine pravične novčane naknade za koju oštećenik ocjenjuje da na nju ima pravo (čl. 186., st. 1. ZPP-a). Sve to kako bi se o tim činjenicama moglo raspravljati i na njima utemeljiti presudu (čl. 325., st. 1. ZPP-a u vezi s čl. 1100. ZOO-a).

5.3.1. Usporedba sa zahtjevima za naknadu imovinske štete

Budući da je riječ o činjenicama, vrijedi isto načelo kao i kod tužba za naknadu imovinske štete. Nije, naime, zamislivo da oštećenik zahtijeva naknadu izgubljene zarade, a da kao činjenicu ne navede o kakvoj vrsti gubitka je riječ, tj. je li, primjerice, riječ samo o naknadi izgubljene plaće ili zahtijeva uz to i naknadu za izgubljenu zaradu zbog nemogućnosti prekovremenog rada, terenskog dodatka, odvojenog života i sl. Pritom, dakako, mora određeno navesti i iznos koji zahtijeva kao naknadu štete. Nikom ne bi, s obzirom na obvezu stranaka da navedu činjenice na kojima temelje svoj zahtjev (čl. 7., st. 1. ZPP-a), palo na pamet da bi bila obveza suda po službenoj dužnosti istraživati u čemu se (u kojim oblicima) sastoji oštećenikov (tužiteljev) gubitak zarade.

Zato nam nije prihvatljivo ni da sud istražuje činjenice na kojima oštećenik temelji svoj zahtjev za neimovinsku štetu, tj. da oštećenik kao tužitelj samo navede pravo osobnosti koje mu je povrijeđeno (primjerice, na tjelesno ili duševno zdravlje iz čl. 19. ZOO-a), a da unutar te pravne osnove ne navede činjenice na kojima osniva svoj zahtjev. Tada bi zapravo sud prema vlastitom nahodaženju i iskustvu istraživao je li oštećenik pretrpio fizičke ili duševne boli i strah, naruženost i sl. Time bi zapravo sud umjesto tužitelja navodio činjeničnu

osnovu²⁸, što je suprotno čl. 7., st. 1. ZPP-a. Ako pak uz te činjenice oštećenik ne bi bio u obvezi naznačiti koji iznos pravične novčane naknade zahtijeva, sud bi imao slobodno polje ocjene koji će iznos dosuditi. Ako ne bi postojala barem obveza prvostupanjskog suda da određeno navede za koju je činjenicu (pravnu posljedicu) i u kojem iznosu dosudio naknadu, uopće nije jasno kako bi se u instancijskom postupku odlučivalo o žalbi ili reviziji, odnosno kako bi viši sudovi ujednačivali sudsku praksu.

5.4. Umjesto suđenja arbitrarnost i samovolja

Mogućnost da sud bez prethodnog utvrđivanja činjenica, prema potpuno slobodnoj ocjeni određuje iznos novčane naknade neimovinske štete pozivom samo na pravne osnove, tj. povredu jednog ili više oblika prava osobnosti (čl. 1046. ZOO-a u vezi s čl. 19. ZOO-a) dovodi do područja arbitrarnosti i samovolje. To nije suđenje. Ne budu li se u prvostupanjskom sudskom postupku utvrđivale činjenice na osnovi kojih se može utvrditi trajanje i jačina fizičkih i duševnih boli te straha i (zatim) u instancijskom postupku provjeravati njihova valjanost (validnost), posljedica će biti nejednakost pred zakonom (čl. 14., st. 2. Ustava Republike Hrvatske). Naime, kad bi sudovi bili oslobođeni utvrđivanja činjenica i imali potpunu slobodu ocjene koliki će iznos novčane naknade dosuditi u nekom slučaju neimovinske štete, to bi stvorilo pravnu nesigurnost i nejednakost pred zakonom, a oštećenici i odgovorne osobe zapravo nikad ne bi znali što ih na sudu očekuje. Zato smatramo da je vrlo važno da se u sudskoj praksi postignu standardi koji će omogućiti da se sudi prema činjenicama. To, dakako, ne moraju biti isključivo činjenice na koje u ovom radu upućujemo. U literaturi nailazimo na određene prijedloge koji se odnose na psihijatrijska vještačenja. Tako ima, s psihijatrijskog gledišta, prijedloga da se duševne boli nakon stupanja na snagu novog ZOO-a vještače kao cjelina, tj. kao povreda duševnog integriteta. Tako se u literaturi predlaže da se duševne boli ocjenjuju prema tablicama u pet kategorija od kojih bi svaka orijentacijski pokrivala 20% oštećenja. Tablice se zasnivaju na tablicama sačinjenim u Švicarskom zavodu za osiguranje od nesreća u Luzernu.²⁹

²⁸ Vidi izvadak iz odluke Vrhovnog suda Rev-2790/91 od 11. 3. 1992., *ibid.*

²⁹ To stajalište iznosi Miroslav Goreta u knjizi *Psihijatrijska vještačenja povrede duševnog integriteta kao oblika neimovinske štete*, Zagreb, str. 90.

5.5. Minimum činjenica koje bi tužba trebala sadržavati

Rečenim ne dovodimo u pitanje mogućnost drukčijih promišljanja o sadržaju tužbe za naknadu neimovinske štete. Moglo bi se, naime, razmišljati o tome da oštećenik u zahtjevu za naknadu neimovinske štete za svaku pojedinu činjenicu ne mora određeno navesti iznos naknade za koji smatra da mu pripada. No, smatramo da je oštećenik u tužbi, pa čak i u izvansudskom zahtjevu za naknadu štete, obvezan navesti minimalno činjenice koje u smislu čl. 1100. ZOO-a utječu na iznos naknade.

Ako tužba ne bi sadržavala (barem te minimalne) činjenice na osnovi kojih se može raspravljati i odlučivati o iznosu pravične novčane naknade, tj. one na koje upućuje odredba čl. 1100. ZOO-a u vezi s čl. 186., st. 1. ZPP-a, sud bi takvu tužbu trebao vratiti tužitelju na ispravak ili dopunu u smislu čl. 109. ZPP-a. To isto vrijedi i kad oštećenik postavlja izvansudski zahtjev odgovornoj osobi, primjerice, osiguratelju, jer i on mora znati činjenice na kojima oštećenik temelji svoj zahtjev (čl. 12. Zakona o obveznim osiguranjima u prometu, Narodne novine, br. 151/05, 36/09 i 75/09). Isto vrijedi i za slučajeve kad je oštećenik, primjerice, dužan postaviti imovinskopravni zahtjev prema Republici Hrvatskoj za mirno rješenje spora u smislu čl. 186.a ZPP-a, odnosno u drugim slučajevima kad je zakonom naložena obveza oštećeniku da prije podnošenja tužbe sudu mora ili treba pokušati izvansudski razriješiti mogući spor.

Nije, naime, dovoljno u tužbi navesti samo pravnu osnovu tužbenog zahtjeva, primjerice, da tužitelj zahtijeva naknadu neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti na tjelesno i/ili duševno zdravlje (čl. 19. u vezi s čl. 1046. ZOO-a), a takva tužba nije ni jasna ni razumljiva. U toj pravnoj situaciji nedostaju činjenice na kojima tužitelj temelji svoje tvrdnje i na osnovi kojih se može odrediti iznos pravične novčane naknade jer tužitelj mora navesti zahtijeva li tu naknadu zbog toga što je pretrpio fizičke i/ili duševne boli, strah, naruženost, smanjenje životne aktivnosti i slično. To vrijedi i za pokušaj mirnog rješenja spora prije podnošenja tužbe, o čemu je već bilo riječi u ovom odjeljku ovog rada.

Kad bi se dopustilo da se raspravlja o tužbi u kojoj nisu (minimalno) navedene činjenice o kojima ovisi iznos pravične novčane naknade (čl. 1100. ZOO-a), posljedica toga bilo bi da prvostupanjski sud zapravo po službenoj dužnosti istražuje što zapravo oštećenik zahtijeva. Takvo postupanje suda bilo bi suprotno čl. 7. i čl. 219., st. 1. ZPP-a prema kojem su stranke dužne iznijeti činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve i predložiti dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Sud, u pravilu, nije ovlašten utvrditi činjenice koje stranke nisu

iznijele ni izvesti dokaze koje one nisu predložile. Na tužitelju je teret dokaza da sudu predoči činjenice i dokaze na osnovi kojih sud može odlučiti pripada li tužitelju pravična novčana naknada i u kojem iznosu (visini).

Prema drukčijem promišljanju sadržaja tužbe za neimovinsku štetu tužitelj bi, dakle, u povijesnom dijelu tužbe trebao navesti činjenice na koje upućuje čl. 1100. ZOO-a, odnosno opisati patnje i neugodnosti kojima je bio izvrnut (fizičke i duševne boli, strah, smanjenje životne aktivnosti, naruženost i dr.) s obzirom na pojedini oblik povrede prava osobnosti kao neimovinske štete, primjerice, povredu prava na tjelesno i/ili duševno zdravlje, ali ne i iznos koji zahtijeva za svaku od tih činjenica. Međutim, ni u tom slučaju to ne bi oslobodilo sudove obveze da za svaku činjenicu navedu određen iznos pravične novčane naknade koji su na osnovi te činjenice dosudili oštećeniku. O tome više u odjeljku ovog rada pod međunaslovom 7. *Postupanje prvostupanjskog suda*.

Sve što je rečeno nema pretenziju konačnih zaključaka nego je namjera upozoriti na moguće dvojbe i poteškoće koje će se javiti u primjeni novih propisa o neimovinskoj šteti te pozvati na raspravu o tim pitanjima.

6. ODREĐIVANJE MEDICINSKOG VJEŠTAČENJA

Znanja sudskih medicinskih vještaka vrlo se često koriste u parničnom postupku, osobito kad je riječ o naknadi neimovinske štete. U tom postupku sud ima ovlast izvesti dokaz vještačenjem. To će sud učiniti kad je radi utvrđivanja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebno stručno znanje koje sud nema (čl. 250. ZPP-a). Primjena novih propisa o naknadi neimovinske štete otvorila su i pitanje kakva je zadaća (uloga) sudskih medicinskih vještaka u parničnom postupku za naknadu tog oblika štete. U ovom radu bavimo se pitanjima medicinskog vještačenja u parničnom postupku, i to u slučaju kad je potrebno da sudski medicinski vještak obogati sud znanjem o štetnim posljedicama koje žrtva (oštećenik) u nekom događaju trpi u odnosu na prethodno stanje svojeg tjelesnog i/ili duševnog zdravlja i zbog toga zahtijeva naknadu neimovinske štete (čl. 1046. u vezi s čl. 19. ZOO-a).

6.1. Ponešto o sukobu sudskih medicinskih vještaka i osigurateljnih cenzora

U literaturi se piše o nelagodi prilikom vještačenja. Tekst koji ovdje citiramo³⁰ odnosi se na nelagodu psihijataru prilikom vještačenja koja se obavljaju za osiguratelje. Smatramo ga aktualnim i u odnosu i na druge vrste medicinskih vještačenja u slučaju naknade štete ili isplate iz odnosa osiguranja. Posebice pritom mislimo na sukobljene pozicije stalnih sudskih vještaka, s jedne strane, i liječnika cenzora koji rade u osigurateljnim društvima ili za njihove potrebe, s druge strane. Kad bi postojali objektivizirani i općeprihvaćeni medicinski kriteriji za ocjenu posljedica na zdravlje oštećenika, te nelagode i sukobi bili bi bitno manji. U tom se tekstu kaže: "Liječnik osjeća nelagodu kad vidi koliko se često zanemaruje, ili bi se trebalo zanemariti, zdravstveni interes osiguranika zbog ekonomskog interesa osiguravajućeg društva (...). Liječnici cenzori koji rade za osiguravajuća društva u svojim preporukama idu na ruku osiguravajućeg društva često ostavljajući dojam kako obavljaju na neki način ekonomsko-odvjetničke stručne poslove. Nije nerealno pretpostaviti da to, izuzmemo li povlašteni odnos lojalnosti zbog prostorne povezanosti, vjerojatno i čine kako bi osigurali stalnost (kontinuitet) svog zaposlenja, kao što i slobodni liječnici često mogu biti skloni rezultatu vještačenja u prilog naručitelju kako bi osigurali postojan priljev narudžbi (...). Oblikovanjem jedinstvenog osigurateljskog modela mogli bi se prevladati dosad navedeni i slični oblici nelagode. Međutim, sve dok se od liječnika bude zahtijevalo da bude i znanstveni sudac i pomiritelj u osigurateljnim razmiricama, on će i dalje zamjećivati izvore svoje nelagode. Ta nelagoda potječe od nesavršenosti i nesigurnosti njegove znanstvene mogućnosti svjedočenja."

6.2. Kad medicinskog stručnjaka angažira jedna od stranaka u sporu

Problemi koji su uočeni na području psihijatrijskih vještačenja pojavljuju se i u drugim vrstama medicinskih vještačenja. Zato u parnicama za naknadu

³⁰ Gmür, M., *Das Unbehagen der Psychiatrie bei der versicherungsrechtlichen Begutachtung und dessen Überwindung. Die verunfallte Psyche - Psychische Schäden und Unfallfolge*, Zürich, 1999., str. 46 - 69. Prijevod iz knjige Goreta, M.; Peko-Čović, I.; Buzina, N., *Psihijatrijska vještačenja. Zbirka ekspertiza. Knjiga druga: građansko pravo*, Zagreb, 2006., str. 523. i 524.

štete, ponajčešće za naknadu neimovinske štete, nailazimo na bitno suprotstavljena mišljenja vještaka kojega je privatno angažirao oštećenik (koji time dokazuje veći opseg štete, odnosno posljedica koje je po stanje svojeg zdravlja pretrpio) i odgovorne osobe, primjerice, osigurateljnog društva koja na temelju mišljenja svojeg liječnika cenzora dokazuje da su te posljedice bitno manje nego što to tvrdi oštećenik. Između tih dviju vatra nalazi se stalni sudski vještak medicinske struke, a na kraju tog lanca je sudac koji mora odlučiti o valjanosti određenog dokaza.

U sudskoj je praksi izraženo stajalište da su nalaz i mišljenje koje jedna od stranaka izradi o svom trošku samo pomoćna građa u parničnom postupku. Sudac ima ovlast odlučiti hoće li uzeti takav nalaz kao osnovu za odlučivanje o daljnjem tijeku postupka.³¹ Smatramo da nema razloga da sud nalaz i mišljenje sudskog medicinskog stručnjaka kojeg je angažirala jedna od stranaka u parničnom postupku unaprijed (*a priori*) ne prihvaća. Postoje, naime, životne situacije kada propisi ZPP-a to, prema našem mišljenju, dopuštaju. Naime, dužnost je stranaka iznijeti činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve i predložiti dokaze kojima se utvrđuju te činjenice (čl. 7., st. 1. i čl. 219. ZPP-a). Smatramo da bi, primjerice, u slučaju kad tužitelj već uz tužbu, kao dokaz priloži nalaz i mišljenje sudskog medicinskog stručnjaka, a tuženik ga ne ospori, sud trebao svoju odluku zasnovati i na tom dokazu. Sud ne bi trebao (tada zapravo samo formalno) određivati novo vještačenje samo zato da bi se reklo da je mišljenje dao od suda određeni vještak.

To bi otvorilo nove mogućnosti angažiranja sudskih medicinskih vještaka u parničnom postupku i bez formalne odluke suda. Bitna je pretpostavka za takav angažman sudskih vještaka na poziv stranke, a ne suda, da postoje objektivni medicinski kriteriji. Time bi se pridonijelo i bržem suđenju. Međutim, bez tih kriterija stranke će se i nadalje sporiti koje su medicinske posljedice koje oštećenik trpi. To će zahtijevati da sudac, prije nego donese odluku, uz već angažiranog vještaka odredi provođenje sudskog vještačenja, što nesumnjivo povećava troškove spora, ali i produljuje trajanje parnice.

6.3. Sadržaj zadatka (naloga) medicinskom vještaku

Sud rukovodi vještačenjem, tj. određuje pitanja o kojima se vještak treba očitovati i prema potrebi zahtijeva objašnjenja u vezi s danim nalazom i

³¹ Tako Županijski sud u Zagrebu, Gžn-3723/02 od 28. 10. 2003.

mišljenjem. Prema čl. 1100., st. 2. ZOO-a pri odlučivanju o iznosu (visini) pravične novčane naknade sud mora imati na umu jačinu i trajanje a) fizičkih boli, b) duševnih boli i c) straha kao i cilj kojemu služi ta naknada, ali će voditi računa i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.

Taj propis ZOO-a, dakle, obvezuje suca da u slučaju spora zahtijeva od vještaka da se očituje o trajanju i jačini fizičkih boli, duševnih boli i straha.³² Tako se u odluci Vrhovnog suda Rev-585/10 od 27. 10. 2010. navodi da “jačina i trajanje pretrpljenih fizičkih bolova, straha, te duševnih bolova (smanjenje životne aktivnosti, naruženosti) imaju tek značaj osobito važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati na umu pri određivanju iznosa pravične naknade, kao što su životna dob, vrsta zanimanja odnosno profesija oštećenika i slično.”

I navedena odluka Vrhovnog suda upućuje sudove nižeg stupnja na obvezu da od sudskog medicinskog vještaka zahtijevaju da se očituje i o drugim štetnim posljedicama koje je oštećenik pretrpio u odnosu na svoje zdravstveno stanje, a povezani su s oštećenjem fizičkog i/ili duševnog zdravlja i straha. Sudski medicinski vještak, polazeći od medicinske dokumentacije koju je oštećenik priložio, ima obvezu opisati ne samo trajanje i jačinu pretrpljenih fizičkih, duševnih boli i straha nego mora imati na umu ukupne štetne posljedice koje je oštećenik pretrpio po svoje zdravlje. Samo na taj način sud je u poziciji da s obzirom na sve okolnosti slučaja utvrdi i dosudi pravičnu novčanu naknadu za pretrpljenu neimovinsku štetu. Važno je da se sudski vještak očituje i o tim okolnostima jer se tako postiže cjelovita zaštita žrtve.

To su zakonske granice vještačenja. Ostali zadaci vještaku koji se susreću u sudskoj praksi su pravno nedopušteni eksperimenti na oštećeniku. U tom sklopu vještak kao činjenice treba utvrditi, ako ih je oštećenik naveo, i postoji li kod oštećenika i smanjenje životne aktivnosti i naruženost, a sud mora raspraviti i ocijeniti i druge medicinske činjenice koje upućuju trpi li oštećenik i dodatne štetne posljedice po svoje zdravlje. Vidjeti o tome i u dijelu ovog rada pod međunaslovom 5.2. *Smanjenja životne aktivnosti i naruženja nema, ali ipak ima.* Određujući zadatak sudskom medicinskom vještaku sudac, dakle, mora od njega zahtijevati da opiše ne samo trajanje i jačinu pretrpljenih fizičkih, duševnih

³² Iz presude Vrhovnog suda Rev-610/09-2 od 9. ožujka 2011. navodimo: “Nižestupanjski sudovi su pravilno odredili iznos (visinu) pravične novčane naknade tužitelju zbog povrede prava osobnosti na tjelesno i duševno zdravlje, pri čemu su pravilno vrednovali i kriterije za dosuđenje te naknade propisane u čl. 1100. st. 2. ZOO-a, a to su duljina i jačina (intenzitet) fizičkih bolova i straha.”

boli i straha nego da uzme u obzir ukupne štetne posljedice koje je oštećenik pretrpio po svoje zdravlje.³³ Sudac na taj način omogućuje utvrđivanje ukupnih štetnih posljedica koje je pretrpio oštećenik i stvara činjeničnu podlogu za pravni zaključak o iznosu (visini) pravične novčane naknade koja pripada oštećeniku prema čl. 1100., st. 2. ZOO-a. Ako se ne bi postupalo na takav način, vještak i/ili sud onemogućili bi oštećenika u ostvarivanju njegovih ukupnih prava na novčanu naknadu neimovinske štete. Valja podsjetiti da Vrhovni sud Republike Hrvatske ističe da sudovi svaki pojedini slučaj trebaju individualizirati prema okolnostima svakog konkretnog slučaja.³⁴

6.4. Je li sudsko medicinsko vještačenje potrebno ili nije

S druge strane, nikako ne znači da je u svakom slučaju zahtjeva za naknadu neimovinske štete nužno zahtijevati nalaz i mišljenje sudskomedicinskog vještaka. Postoje, naime, životne situacije kad vještačenje nije nužno. Npr., duševne boli koje oštećenik trpi zbog smrti ili osobito teškog invaliditeta bliske osobe (čl. 1101. ZOO-a), kad sudovi odlučuju o naknadi neimovinske štete koju je stranka pretrpjela zbog nerazumno dugog trajanja sudskog postupka, u slučaju povreda prava na duševno zdravlje do kojeg je došlo objavom informacije u medijima ili zbog povrede ugleda ili časti u nekoj drugoj situaciji³⁵, (katkad) kod utvrđivanja naruženosti i dr.

Suci ne smiju biti formalisti i odbijati prosudbu je li žrtvi povrijeđeno duševno zdravlje ili duševni mir i kad nije provedeno sudsko medicinsko vještačenje kad okolnosti slučaja omogućuju sudačku prosudbu na temelju životne logike. Tako su u jednom slučaju općinski i županijski sud odbili tužbeni zahtjev jer da oštećena nije predujmila dovoljno novaca za medicinsko vještačenje kojim bi dokazala da je pretrpjela duševne boli zbog silovanja. Te su presude sudova nižeg stupnja ukinute u revizijskom postupku.³⁶

³³ O tim drugim okolnostima koje valja povezati s trajanjem i jačinom pretrpljenih fizičkih i/ili duševnih boli i straha više v. u knjizi autora ovog rada *Zakon o obveznim odnosima s opsežnom sudskom praksom*, 4. izdanje, Zagreb, 2010., str. 1459 - 1476.

³⁴ Tako Vrhovni sud u odluci Rev-387/11-2 od 18. 1. 2012.

³⁵ Tako, primjerice, presuda Vrhovnog suda Rev-1114/09 od 15. 10. 2009.

³⁶ Opsežnije o tim pitanjima v. Crnić, I., *O (ne)potrebi medicinskog vještačenja u slučaju duševnih boli kod neimovinske štete*, Informator, br. 5650, 2008., str. 1 - 3 i br. 5654, 2008., rubrika Male stranice, str. 1 - 12; Crnić, I., *Povreda prava osobnosti na duševno zdravlje*, Aktualnosti građanskog,

6.5. Objektivnost medicinskih i pravnih kriterija

U slučaju kad pravni poredak oštećeniku priznaje pravo na naknadu neimovinske štete, javlja se kao iznimno složeno pitanje utvrđivanja objektivnih medicinskih, a zatim i pravnih kriterija prema kojima bi se ocjenjivalo postoji li uopće pravo oštećenika na takvu naknadu, a onda i u kojem novčanom iznosu.³⁷

U literaturi se navodi da odštetno pravo nema sistematizirane odredbe o utvrđivanju neimovinske štete na osobama. Ne postoje ni relativno jednostavne formule kao kod naknade štete na uništenoj ili oštećenoj stvari. Nadalje, u većini zemalja zakonodavac nije donio precizne norme pa je polje slobodne sudske (pr)ocjene jako široko, a posljedica toga je različitost sudske prakse.³⁸ U Europi ne postoje jedinstvene metode vrednovanja neimovinske štete, odnosno ocjene njezinih posljedica i visine naknade.³⁹ Bolja situacija nije ni u Hrvatskoj. Naime, taj se problem pojavljuje i u praksi hrvatskih sudova. Uočeno je da postoje katkad i vrlo velike razlike u mišljenjima medicinskih stručnjaka o posljedicama koje za svoje zdravlje trpi oštećenik. Ovisno o posljedicama, oštećenik ima pravo na veću ili manju pravičnu novčanu naknadu pa mišljenje koje daju medicinski stručnjaci ima itekakav praktičan utjecaj na konačan rezultat, tj. iznos odštete.⁴⁰ Nepostojanje objektiviziranih i općeprihvaćenih medicinskih kriterija pri procjeni posljedica na zdravlje oštećenika nesumnjivo je važno pitanje. Odgovor na nj morale bi dati medicinska znanost i struka.⁴¹

trgovačkog, radnog i upravnog prava, Opatija, vol. 17, 2010., str. 179 - 181; Goreta, M., *Psihijatrijska vještačenja povrede duševnog integriteta kao oblika neimovinske štete*, Zagreb, 2008.

³⁷ Ovdje ponajprije govorimo o pravičnoj novčanoj naknadi kao obliku popravljivanja neimovinske štete zbog toga što je to u praksi i najčešći oblik naknade. Dakako, postoje i nenovčani oblici popravljivanja neimovinske štete, primjerice, objavljivanje presude ili ispravka.

³⁸ Takvo stajalište iznose Szoeloesy, P.; Tissot, Ch. R., *L'evaluation du dommage resultant de l'invalidité dans divers pays européens*, Zürich, 1974., str. 10.

³⁹ O toj neujednačenosti Ćurković, M., *Europa neujednačena u određivanju šteta*, Svijet osiguranja, br. 8, 2006., str. 38 - 42.

⁴⁰ O tim pitanjima v. u zborniku radova *Multidisciplinarni aspekti ozljede vratne kralježnice* koji je objavljen nakon međunarodnog simpozija koji su 8. i 9. ožujka 2002. u Zagrebu organizirali Hrvatski liječnički zbor i Hrvatsko društvo za medicinska vještačenja. O tome pišu i Marović, A.; Štimac, S., *Metodika izračuna ukupnog postotka smanjenja životne aktivnosti*, Odvjetnik, br. 9-10, 2005., str. 38 - 42.

⁴¹ Pokušaj stvaranja ujednačenih medicinskih kriterija nalazimo kod Zečević, D.; Škavić, J. et al., *Osnove sudske medicine za pravnike*, Zagreb, 1996., str. 281 - 289 i bili su u praksi dobro prihvaćeni.

6.5.1. Nastojanja osigurateljnih društava da nametnu svoje kriterije

No, pritom nije dopušteno da samo jedna struka nameće svoje kriterije kako je u proteklo vrijeme, primjerice, (srećom neuspješno) pokušala struka osiguratelja. Dvije najveće strukovne udruge sudskih vještaka – Udruga sudskih vještaka i Hrvatsko društvo za medicinska vještačenja Hrvatskog liječničkog zbora u kojima je okupljeno nekoliko stotina liječnika sudskih vještaka odbacili su tablice koje su predlagala osigurateljna društva. Te su tablice odbačene jer imaju brojne nedostatke: preniske postotke za određene posljedice oštećenja, nestručno i neprihvatljivo zbrajanje postotaka, što u konačnici rezultira zanemarivanjem osobnosti oštećene osobe. Isto tako, nisu mogle biti prihvaćene jer sadrže parametre, brojeve i određuju visinu naknade štete, što ne pripada ni u medicinsku struku ni u kompetenciju trgovačkih društava koja se bave osiguranjem.

Hrvatska odvjetnička komora saznala je u travnju 2012. iz medija⁴² (!?) i o inicijativi Hrvatskog ureda za osiguranje o prijedlogu novog Zakona o obveznom osiguranju u prometu. Prema mišljenju Hrvatske odvjetničke komore ti su prijedlozi u odnosu na utvrđivanje iznosa pravične novčane naknade sporni sa stajališta ljudskih prava oštećenih osoba kao i s gledišta kompetencije zakonodavne vlasti u odnosu prema sudbenoj. Komora nije mogla prihvatiti stajalište osiguratelja prema kojemu su ta trgovačka društva jedini zaštitnici oštećenih u prometu jer je taj interes po samoj naravi stvari u izravnom sukobu s interesom profitnog poslovanja.

Takav pristup institutu naknade štete izravno dijeli oštećene osobe u Hrvatskoj u dvije grupe, u one koji stradaju u prometu pa za njih vrijede kriteriji iz tog prijedloga koji su dali osiguratelji kao interesna grupacija i one koji stradaju u drugim nesrećama ili drugim štetnim događajima. To je krajnje upitno sa stajališta čl. 14., st. 2., 26. i 29. Ustava Republike Hrvatske kojima se uređuje pitanje ravnopravnosti svih pred zakonom i sudovima kao i pitanje pravičnosti u suđenju. Stoga Hrvatska odvjetnička komora smatra da se pitanje kriterija za određivanje iznosa (visine) odštete mora ostaviti u nadležnosti sudova, odnosno Vrhovnog suda Republike Hrvatske koji s obzirom na iskustvo jedini mogu meritorno ocjenjivati interese oštećenika s jedne i istovremeno interese

⁴² U intervjuu Marijana Ćurkovića objavljenom u časopisu Svijet osiguranja od 12. travnja 2012. iznijeta su stajališta koja Hrvatski ured za osiguranje predlaže ozakoniti novim zakonom.

odgovornih osoba, poglavito osiguratelja, s druge strane, a Vrhovni sud i ujednačavati sudsku praksu.

Osobito pak je prema stajalištu autora ovog rada problematičan prijedlog tog zakona u dijelu u kojem bi se kriteriji za utvrđivanje neimovinske štete uredili zakonom, tj. da se odlučivanje o tome izuzme iz nadležnosti sudova. Nije prihvatljivo da te kriterije određuje zakonodavno tijelo (Hrvatski sabor) koji ne raspolaže odgovarajućim iskustvom i kompetencijama za tu materiju. Zato postoji objektivna opasnost da se ne sagledaju sve posljedice predloženih rješenja, odnosno opasnost od manipulacije Saborom. S obzirom na izričitu osjetljivost te pravne materije, koja je vrlo česta u sudskoj praksi i tiče se tisuća ljudi, nužno je da se o tim prijedlozima provede stručna rasprava kako bi se čulo mišljenje i drugih, a ne samo osigurateljnih društava koja tim prijedlogom zakona žele osigurati monopol i dovesti žrtve u ovisnost o njima ne poštujući činjenicu da svaki slučaj valja individualizirati i ocijeniti konkretne štetne posljedice koje žrtva trpi. Individualizacija se svakako ne može postići predloženim *tarifiranjem* odštete. Valja podsjetiti da Vrhovni sud Republike Hrvatske na osnovi sada važećih propisa također ističe da sudovi svaki pojedini slučaj trebaju individualizirati prema okolnostima svakog konkretnog slučaja⁴³, što predloženo *tarifiranje* zakonom stvarno onemogućuje.

Ujednačivanje medicinskih kriterija bitno bi pridonijelo i pravnoj jednakosti oštećenika jer bi u slučaju spora sudovi mogli kritičnije ocjenjivati nalaze i mišljenja sudskih vještaka, a zatim i prosuđivati postoji li pravo na naknadu štete i u kojem iznosu (visini). No, do toga mora doći konsenzusom svih zainteresiranih, a ne samo jedne interesne skupine. Prema tome, objektivnost, općeprihvaćenost i ujednačenost medicinske prakse pretpostavka je i za kvalitetnije i objektivnije suđenje.

6.6. Orijentacijski kriteriji Vrhovnog suda iz 2002. i njihova aktualnost u primjeni ZOO-a

Ujednačenost pravnih kriterija, a time i jednakopravnost stranaka u dosuđivanju istih iznosa odštete u istim činjeničnim situacijama sudovi, manje ili više uspješno, osiguravaju primjenom *Orijentacijskih kriterija o načinu utvrđivanja štete i odmjeravanju novčanih iznosa satisfakcije za neimovinsku štetu* (dalje u tekstu:

⁴³ Tako Vrhovni sud u odluci Rev-387/11-2 od 18. 1. 2012.

Orijentacijski kriteriji). Te kriterije utvrđuje Vrhovni sud Republike Hrvatske⁴⁴, a to bi mu trebalo omogućiti i ubuduće.

U novijoj praksi Vrhovnog suda Republike Hrvatske o tome je rečeno sljedeće: “Pravno shvaćanje Vrhovnog suda Republike Hrvatske doneseno na odjelnoj sjednici 29. studenoga 2002. kada su razmatrani i prihvaćeni Orijentacijski kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete, kako sama riječ kaže, upućuje na takve kriterije koji trebaju omogućiti ujednačenu primjenu odredbe čl. 200. ZOO/91, a aktualni su i u primjeni čl. 1100. ZOO-a.”⁴⁵ Međutim Orijentacijski kriteriji nisu matematička formula koja pukim automatizmom služi za izračunavanje pravične novčane naknade, već sudovi svaki pojedini slučaj trebaju individualizirati prema okolnostima svakog konkretnog slučaja, zbog čega, ali samo u numeričkom smislu, može doći do razlika glede visine dosuđenih naknada (čl. 1100. ZOO-a).⁴⁶

Orijentacijski kriteriji samo su, dakle, određena orijentacija u dosuđivanju naknade štete. Zato su nužna odstupanja od iznosa navedenih u kriterijima jer se novčana naknada određuje prema svim okolnostima svakog konkretnog slučaja. Takvo shvaćanje ne dovodi u pitanje primjenu odredbe čl. 1100. ZOO-a. Prema stajalištu Vrhovnog suda Orijentacijski kriteriji nisu izvor prava⁴⁷ pa sudovi ovisno o konkretnim okolnostima naknadu nematerijalne (neimovinske) štete smiju utvrđivati izvan granica njima predviđenih za pojedine vidove takve štete. Stoga su ti kriteriji aktualni i u primjeni ZOO-a⁴⁸ pri utvrđivanju pravične novčane naknade u slučaju povrede prava osobnosti jer će u smislu čl. 1100. ZOO-a sud dosuditi naknadu za tu povredu ako nađe da je težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju. Pri odlučivanju o visini pravične novčane naknade sud će voditi računa o jačini i trajanju povredom izazvanih fizičkih boli, duševnih boli i straha, cilju kojemu služi ta naknada, ali i o tome da se

⁴⁴ O primjeni Orijentacijskih kriterija Vrhovnog suda Republike Hrvatske u literaturi v. Grbin, I., *Orijentacijski kriteriji Vrhovnog suda Republike Hrvatske za utvrđivanje visine pravične novčane naknade neimovinske štete*, u: *Naknada neimovinske štete - pravno-medicinski okvir*, Zagreb, 2009.; Crnić, I., *op. cit.* u bilj. 6, Zagreb, 2010., str. 1438 - 1440; Crnić, I., *Neimovinska šteta*, Zagreb, 2006.

⁴⁵ Tako i Vrhovni sud u odlukama Rev-585/10 od 27. 10. 2010., Rev-597/09 od 6. 10. 2010. i Rev-517/10 od 29. 9. 2010.

⁴⁶ Navedeno prema presudi Vrhovnog suda Rev-387/11-2 od 18. 1. 2012.

⁴⁷ Vrhovni sud, Rev-637/09 od 24. 3. 2010.

⁴⁸ Da Orijentacijske kriterije smatra aktualnima i u primjeni čl. 1100. ZOO-a, Vrhovni se sud očitovao i u odlukama Rev-517/10 od 29. 9. 2010. i Rev-17/10 od 30. 6. 2010.

njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive s njezinom naravi i društvenom svrhom.⁴⁹

Budući da ne postoje egzaktna ili precizna mjerila za utvrđenje naknade nematerijalne štete, ona se utvrđuje ovisno o svim okolnostima konkretnog slučaja. Zato se visina (iznos) utvrđene naknade mora kretati samo u okviru tih osnovnih (i općih) smjernica⁵⁰ i njene pravne naravi: ona mora biti pravična satisfakcija za oštećenika.⁵¹

7. POSTUPANJE PRVOSTUPANJSKOG SUDA

Prema čl. 2., st. 1. ZPP-a sud u parničnom postupku ima ovlast odlučivanja samo u granicama zahtjeva koji su postavljeni. Sud je, dakle, vezan i granicama zahtjeva tužitelja s obzirom na iznos koji zahtijeva kao pravičnu novčanu naknadu kao neimovinsku štetu (čl. 19., st. 2. i 3. u vezi s čl. 1046. ZOO-a), ali i novčanim zahtjevom tužitelja za pojedine činjenice (kriterije, odnosno kvalifikatorne okolnosti) koje bi trebale opravdati dosuđenje naknade upravo zbog povrede tog prava osobnosti. To, dakako, ako se u sudskoj praksi prihvati da bi tužitelj trebao s obzirom na pojedine činjenice (kriterije, odnosno kvalifikatorne okolnosti) zahtijevati određeni novčani iznos. Sud je vezan za tužbeni zahtjev i za činjenične navode stranaka, što znači da ne bi smio odlučivati izvan činjenica (kriterija, odnosno kvalifikatornih okolnosti) na koje se oštećenik pozvao (*arg. ex* čl. 219., st. 1. i čl. 299. ZPP-a).⁵² To bi značilo da bi sud, kad oštećenik u tužbi navede samo pravne osnove (primjerice, povredu tjelesnog ili duševnog zdravlja), a ne navede (barem) činjenice na kojima temelji svoj zahtjev, morao postupiti prema čl. 109. ZPP-a. Vidjeti o tome više u odjeljku ovog rada pod međunaslovom 5. *O sastavljanju i sadržaju tužbe.*

Podsjećamo da je u parničnom postupku tužitelj dužan dokazivati istinitost svojih tvrdnja, a tuženik mora dokazivati istinitost svojih navoda, odnosno prigovora (čl. 219., st. 1. ZPP-a). Ako sud na osnovi izvedenih dokaza (čl. 8.

⁴⁹ Navedeno prema presudi Vrhovnog suda Rev-585/10 od 27. 10. 2010.

⁵⁰ Misli se na Orijentacijske kriterije Vrhovnog suda.

⁵¹ Vrhovni sud, Rev-637/09 od 24. 3. 2010.

⁵² Na vezanost suda činjenicama koje navedu stranke upućuje i stajalište izraženo u odluci Vrhovnog suda Rev-476/06 od 12. 7. 2006. prema kojoj sud nije vezan pravnom osnovom tužbenog zahtjeva (*arg. ex* čl. 186., st. 3. ZPP-a), ali je vezan činjenicama na kojima stranke temelje svoje zahtjeve.

ZPP-a) ne može sa sigurnošću utvrditi neku činjenicu, o postojanju činjenice zaključit će primjenom pravila o teretu dokazivanja (čl. 221.a ZPP-a). Pravila o teretu dokazivanja u osnovi obvezuju sud da uzme kako nije istinita tvrdnja za istinitost koje stranka koja se na određenu činjenicu poziva u svoju korist nije pružila sudu dovoljno odgovarajućih dokaznih sredstava (*idem est non esse aut non probari* - svejedno je: ne postojati ili ne biti dokazan).⁵³

7.1. Sadržaj izreke sudske presude

U izreci presude prvostupanjski sud, u pravilu, ne treba navoditi činjenice ili pravnu osnovu prema kojima je odlučio o prihvaćanju tužbenog zahtjeva, primjerice, nabrajati da je tužitelju dosuđen za povredu prava osobnosti na tjelesno zdravlje određen iznos, zatim za povredu prava osobnosti na duševno zdravlje određen iznos, daljnji iznos zbog popravka oštećene stvari itd. Dovoljno je navesti u rečenoj situaciji koliki je iznos (visina) odštete koja se u ukupnom iznosu tuženiku nalaže platiti tužitelju. Naime, izreka presude mora sadržavati sažetu i jasnu odluku o obvezi tuženika. Sve ostalo, dakle pojedine činjenice i pravnu osnovu, sud treba razložiti u obrazloženju presude (čl. 338., st. 3. i 4. ZPP-a). Iznimno, ako kod novčane obveze zatezne kamate teku od različitih datuma, tada u izreci valja navesti ukupan iznos koji sud nalaže platiti tuženiku, a onda još posebno za koji dio tog iznosa teku te kamate od pojedinog datuma.⁵⁴

U praksi se uobičajilo govoriti o usvajanju tužbenog zahtjeva iako bi valjalo rabiti izraz određen zakonom - prihvaćanje tužbenog zahtjeva (čl. 338., st. 3. ZPP-a). Uobičajilo se također u izreci presude navoditi da je tuženik *dužan* tužitelju neku činidbu, primjerice, isplatu svote novca kao naknadu štete. Izraz *dužan* odgovarajući je u opisivanju materijalnopravnog odnosa stranaka. Međutim, on ne odgovara procesnom položaju suda u odnosu na stranke. Smatramo da bi s obzirom na odredbu čl. 328., st. 1. i 3. ZPP-a izreku osuđujuće (kondemnatorne) presude valjalo pisati tako da sud *nalaže* tuženiku ispunjenje kakve činidbe.⁵⁵

⁵³ Citirano prema Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004., str. 499.

⁵⁴ Primjer takve izreke vidjeti u knjizi Ivica Crnića, *Parnični postupak u praksi*, Zagreb, 2006., primjeri broj 172, str. 504 - 505.

⁵⁵ Više u Crnić, I., *Vještvo i odbiće u raljama propisa*, Hrvatska pravna revija, vol. 7, br. 4, 2007., str. 88 - 94.

Time se želi naglasiti važnost sudske odluke koja proizlazi iz autoriteta sudbene vlasti kao jedne od triju jednakopravnih državnih vlasti (čl. 4. Ustava Republike Hrvatske).⁵⁶ U tom smislu bi valjalo da tužitelji, odnosno njihovi punomoćnici već u tužbi postavljaju tužbeni zahtjev tako da predlažu da sud tuženiku naloži određenu činidbu. Ako to oni propuste, sud ne bi trebao robovati tužbenom zahtjevu u kojem se navodi da je tuženik nešto dužan učiniti tužitelju nego bi kod sastavljanja pisane odluke trebali koristiti odgovarajući izraz - *nalaže se*.

7.2. Sadržaj obrazloženja sudske presude

Za provjeru primjenjuje li prvostupanjski sud jednake kriterije pri dosudi iznosa naknada u sličnim slučajevima najvažnije je obrazloženje činjenica koje je taj sud uzeo u obzir pri odlučivanju. Zato bi sud morao za svaku činjenicu (kriterij, odnosno kvalifikatornu okolnost) koju je utvrdio u obrazloženju presude određeno navesti određen iznos pravične novčane naknade kad je tu činjenicu prihvatio kao pravno odlučnu (čl. 1100. ZOO-a). To bi u instancijskim postupcima osiguralo mogućnost ujednačivanja prakse s obzirom na iznose koji se određuju po pojedinim činjenicama (kriterijima, odnosno kvalifikatornim okolnostima), tj. posebno za fizičke boli, duševne boli, strah, naruženost, smanjenu životnu aktivnost i dr.

Ako stranke ne znaju po kojoj je činjenici sud odredio neki iznos pravične novčane naknade, one će biti dovedene u nejednak položaj pred zakonom, što je suprotno čl. 14., st. 2. Ustava. Takvo postupanje suda omogućuje sudačku arbitarnost i samovolju.

U obrazloženju prvostupanjski bi sud zatim morao navesti pravne osnove (povrede prava osobnosti iz čl. 19. ZOO-a) za koje je oštećeniku dosudio pravičnu novčanu naknadu. Ovisno o okolnostima slučaja, sud ima ovlast dosuditi jednu (jedinstvenu) naknadu za više različitih povreda prava osobnosti. Ne bi trebalo isključiti ni mogućnost da sud dosudi naknadu za određene povrede prava osobnosti svaku za sebe. Razloge za postupanje na jedan ili drugi način sud, dakako, mora obrazložiti.

⁵⁶ Narodne novine, br. 41/01 - pročišćeni tekst i ispravak - 55/01.

8. POSTUPANJE DRUGOSTUPANJSKOG SUDA

Ako prvostupanjski sudovi ne bi postupali kako smo naveli u prethodnom odjeljku, nije jasno kako bi drugostupanjski sud kao žalbeni mogao ujednačivati sudsku praksu jer bi u rukama imao samo arbitrarnu i, zapravo, neobrazloženu presudu prvostupanjskog suda. Kako bi viši sud znao koje je činjenice niži sud imao na umu pri donošenju svoje presude i koliku im je važnost dao u konkretnom slučaju ako to niži sud ne izrazi u točno određenim apsolutnim brojkama? Takva bi prvostupanjska presuda, prema našem stajalištu, sadržavala bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354., st. 2., t. 11. ZPP-a jer ne bi imala obrazloženja o bitnim spornim činjenicama.

Ako bi se u praksi prihvatilo stajalište da oštećenici nisu dužni u tužbi navoditi iznose koje zahtijevaju kao naknadu štete po pojedinim činjenicama (što smatramo krajnje upitnim sa stajališta procesnog prava - čl. 2., st. 1. ZPP-a, ali i sa stajališta odgovorne osobe koja mora znati za što ju se određeno tereti pa i u pogledu iznosa zahtijevane naknade štete), očito je da bi i prvostupanjski i drugostupanjski sud morali na taj način potpuno precizno izraziti svoja stajališta o svim činjeničnim i pravnim pitanjima.

Takvo postupanje nižih sudova u instancijskim bi postupcima osiguralo mogućnost ujednačivanja prakse s obzirom na iznose koji se određuju po pojedinim činjenicama (kriterijima, odnosno kvalifikatornim okolnostima), tj. posebno za fizičke boli, duševne boli, strah, naruženost, smanjenu životnu aktivnost i dr. Sve drugo vodi nas na put arbitrarnosti, samovolje i pravne nesigurnosti i nejednakosti svih pred zakonom, a time i do povrede ustavnih prava iz čl. 14., st. 2., čl. 26. i čl. 29., st. 1. Ustava.

9. PRAVNI POLOŽAJ VRHOVNOG SUDA U ODNOSU NA MOGUĆNOST UJEDNAČIVANJA SUDSKE PRAKSE

S obzirom na to da su propisi o neimovinskoj šteti novijeg datuma (važe od 1. siječnja 2006.), iznimno je važna uloga Vrhovnog suda u ujednačivanju kriterija za dosudu pravične novčane naknade prema čl. 1100. i 1101. ZOO-a. Vrhovni sud Republike Hrvatske zapravo nije mogao u cijelosti ispunjavati svoju ustavnu zadaću da kao najviši sud osigurava jedinstvenu primjenu prava i ravnopravnost svih u njegovoj primjeni (čl. 119., st. 1. Ustava). Naime, prema čl. 382., st. 1., t. 1. ZPP-a stranke imaju ovlast podnijeti reviziju protiv pravomoćne

drugostupanjske presude samo ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi 200.000,00 kuna⁵⁷ (prije toga, tj. do 1. lipnja 2011., 100.000,00 kuna). Budući da iznosi neimovinske odštete rijetko prelaze tu granicu (cenzus), Vrhovni sud zapravo nije bio u mogućnosti ujednačivati sudsku praksu.

Vrhovnom sudu stvorene su bitno bolje mogućnosti u ujednačivanju kriterija za dosudu pravične novčane naknade od 1. listopada 2008. kad je na snagu stupio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku⁵⁸ (dalje u tekstu: Novela ZPP-a iz 2008.) s obzirom na odredbu noveliranog čl. 382. (čl. 29. Novele ZPP-a iz 2008.). Naime, kad vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude ne prelazi prethodno rečene iznose, stranka može podnijeti reviziju protiv drugostupanjske presude ako odluka u sporu ovisi o rješenju nekoga materijalnopravnog ili postupovnopravnog pitanja važnog za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni (tzv. izvanredna revizija).⁵⁹ U toj reviziji stranka treba određeno naznačiti pravno pitanje zbog kojeg ju je podnijela i uz određeno navođenje propisa i drugih važećih izvora prava koji se na njega odnose izložiti razloge zbog kojih smatra da je ono važno za osiguranje jedinstvene primjene prava i ravnopravnosti svih u njegovoj primjeni (čl. 382., st. 3. ZPP-a). Prema tome, Vrhovni sud nakon 1. listopada 2008. ima učinkovit pravni instrument da u novoj pravnoj materiji popravljajući neimovinske štete ujednačuje sudsku praksu pa tako i u pogledu iznosa (visine) pravične novčane naknade za neimovinsku štetu.

Međutim, i najviši sud u državi naći će se u čudu kako ujednačiti sudsku praksu s obzirom na pravo oštećenika da u bitno istim životnim situacijama dobiju bitno isti iznos pravične novčane naknade (čl. 14., st. 2. Ustava) ako sudovi prvog i drugog stupnja ne budu vrednovali činjenice iz čl. 1110. ZOO-a nego budu prema potpuno slobodnoj vlastitoj prosudbi primjenjivali samo pravne osnove iz čl. 19. tog Zakona.

⁵⁷ Čl. 29. Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a (Narodne novine, br. 57/11). Zakon je stupio na snagu 2. lipnja 2011.

⁵⁸ Narodne novine, br. 84/08.

⁵⁹ Grbin, I., *Zakon o parničnom postupku*, Zagreb, 2012., napomene i sudska praksa uz čl. 382. ZPP-a.

Ivica Crnić

Summary

Ivica Crnić *

SOME PROCEDURAL ISSUES REGARDING NON-MATERIAL DAMAGE

The right to repair damages of non-material nature due to loss, pain and suffering is regulated in Law on Obligations, effective from January 1, 2006. The new provisions raise new questions, in particular: how such damages should be claimed; what is the proper way of formulating requests for just compensation; what form of court orders for medical expertise is the correct one; and, what should be the reasoning of judicial decisions in such cases. Namely, the legislator has left open some important issues, in particular what facts and in which manner should be established in order to determine the monetary amount of non-material damage that may be claimed by the injured party. These issues of fundamentally procedural nature are the main topic of this paper.

Keywords: non-material damage, just compensation, procedural issues, claim for damage compensation.

* Ivica Crnić, attorney-at-law, Zagreb.

O ODNOSU MATERIJALNOG I PROCESNOG GRAĐANSKOG PRAVA U PARNICAMA POGLED SA STAJALIŠTA PRIVATNOG (GRAĐANSKOG) PRAVA

*Prof. em. dr. sc. Nikola Gavella **

Predmet rada je međusobni odnos i funkcija procesnog i materijalnog građanskog (i svakog drugog privatnog) prava u suvremenom hrvatskom pravnom poretku. Razmatra se njihov međusobni odnos u parničnim postupcima s težištem na ulozi materijalnog prava u njima i na djelovanju parničnih postupaka te njihovih rezultata na sporne pravne odnose parničnih stranaka.

Ključne riječi: građansko pravo, privatno pravo, građansko procesno pravo, subjektivno pravo, pravni temelj, spor, parnica.

1. UVODNE NAPOMENE O ODNOSU MATERIJALNOG I PROCESNOG PRAVA

Odnos tzv. materijalnog, osobito građanskog i ostalih privatnih prava¹ s jedne i građanskog procesnog (postupovnog) prava s druge strane veoma je složen.

* Dr. sc. Nikola Gavella, *profesor emeritus* Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Materijalno (supstancijalno) pravo je naziv kojim se u zakonskim i drugim tekstovima, a osobito u onima koji su usredotočeni na sudski postupak, naziva ono pravo koje nije procesnopravne naravi. Tomu da se naziva materijalnim nešto što je tako nematerijalno kao što su to pravne norme zasigurno bi se moglo prigovoriti, ali se u to nećemo upuštati. Naziv materijalno pravo već se duboko ukorijenio. Njime se podcrtava razlika prema procesnom (postupovnom) pravu o kojem se nekada govorilo kao o formalnom pravu. Takvo je gledanje na procesno pravo napušteno. O njemu se više ne govori kao o formalnom pravu, ali se u pogledu ostalog neprocesnog prava zadržao naziv materijalno pravo. Tako za potrebe svoje studije o tužbama Mihajlo Dika rabi naziv materijalno pra-

Nije, stoga, ni čudno da je bio predmetom različitih shvaćanja i dugogodišnjih prijepora u znanstvenoj i stručnoj literaturi i publicistici, što se, dakako, odrazilo i na zakonodavstvo i na sudsku praksu. Raspon tih shvaćanja veoma je širok; od onih koja su građansko procesno pravo smatrala tek dijelom ili svojevrsnim refleksom građanskog, privatnog prava pa sve do onih prema kojima je građansko procesno pravo od tog potpuno neovisno.² No, kao što to i inače najčešće biva, ekstremna su se shvaćanja pokazala pretjeranima i neadekvatnima. Premda su se katkad oslanjala i na uvjerljive argumente, bila su ipak pogrešna onoliko koliko nisu dovoljno vodila računa o ulozi (funkciji) koju je pravni poredak povjerio građanskom pravosuđu u pogledu građanskopravnih odnosa u društvu. Stoga je postupno prevladalo shvaćanje da su građansko materijalno i građansko procesno pravo dva samostalna segmenta pravnog poretka, ali da među njima postoji takva veza da Siniša Triva i Mihajlo Dika govore o “dijalektičkoj sintezi između građanskog materijalnog prava i građanskog procesnog prava”.³ S tim se, dakako, možemo samo složiti. To dvoje je povezano ulogama (funkcijama) koje svako od njih ima u pravnom poretku.

Uloga materijalnog građanskog prava u pravnom poretku je, kao što je poznato, da svojim normama u društvu uređuje međusobne odnose slobodnih i ravnopravnih pojedinaca, građanskopravne (privatnopravne) odnose. U obavljanju te uloge ono uspostavlja pravni kauzalitet s obzirom na koji nastupaju građanskopravni učinci – osnivanje, mijenjanje

vo za “norme o primjeni kojih ovisi odluka o osnovanosti tužbenog zahtjeva u konkretnom postupku” čemu dodaje da su to norme “koje uređuju izvanprocesni odnos sam po sebi u vezi s kojim se traži pravna zaštita, ali i s tim normama povezane tzv. pravozaštitne norme, norme koje s obzirom na određeno izvanprocesno pravno stanje opravdavaju donošenje odluke traženog pravozaštitnog sadržaja, dakle određenu kondemnaciju, konstituciju ili deklaraciju.” (v. Dika, M., *Građansko parnično pravo. VI. knjiga. Tužba*, Zagreb, 2009., str. 10, bilj. 29.). Poštovat ćemo to. Nazivom građansko materijalno pravo ili, jednostavno, materijalno pravo služiti ćemo se kao zajedničkim nazivom za norme građanskog, a i ostalih grana privatnog prava (obiteljskog, trgovačkog, autorskog i dr.) jer se u vezi s građanskim procesnim pravom u prvom redu one pojavljuju kao materijalno pravo. Slijedom toga ćemo i o pravnim odnosima koji su uređeni tim normama govoriti kao o građanskopravnim, privatnopravnim ili, jednostavno, materijalnopravnim odnosima.

² V. Zuglia, S., *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957., str. 11 - 18; Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., Zagreb, 2004., § 3, str. 11 - 13 i tamo navedenu literaturu.

³ Triva, S.; Dika, M., *ibid.*

i prestanak subjektivnih građanskih (privatnih) prava^{4 5 6} (odnosno

⁴ Pod nazivom subjektivno pravo, odnosno subjektivno građansko, odnosno subjektivno privatno pravo mislimo na privatnu pravnu vlast (pravnu moć, *Rechtsmacht*) koja u građanskopravnom odnosu pravno pripada pojedincu (pravnom subjektu) nositelju prava, a proizlazi iz norma objektivnog građanskog (privatnog) prava. Kakva i kolika privatna pravna vlast pripada pojedincu, ovisi o pravnoj naravi i sadržaju njegova subjektivnog prava, a u pogledu čega – o objektu tog njegova prava. Takvo shvaćanje privatnog prava slijedi ono koje je uglavnom općeprihvaćeno u suvremenoj građanskopravnoj i uopće pravnoj znanosti. (V. osobito u: Enneccerus, L.; Kipp, Th.; Wolff, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. I. Halbband*, 15. izd., Tübingen, 1959., str. 427 sqq. i 476; Krneta, S., *Evolucija pojma "zajtjev" i njegov odnos prema subjektivnom pravu*, Godišnjak Pravnog fakulteta Sveučilišta u Sarajevu, vol. XXIII, 1975., str. 297 – 309; Krneta, S., *Subjektivna prava*, u: Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada, Beograd, 1977., str. 186 - 201; Larenz, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. izd., München, 1988., §§ 13 i 14, str. 209 - 269; Gschnitzer, F., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2. izd., Wien, New York, 1992., str. 169 – 175; Bydlinski, P., *Bürgerliches Recht I, Allgemeiner Teil*, 2. izd., Wien, New York, 2002., § 3, str. 60 - 74.) Postoje, međutim, i drukčija gledanja na subjektivna prava. Na početku XX. stoljeća, kada se rješene društvenih problema tražilo daleko od zasada individualizma i liberalizma, neki su teoretičari (H. Kelsen, R. David, P. Roubier, L. Raiser i dr.) pokušali drukčije poimati subjektivna prava i drukčije shvaćati njihovu ulogu u pravnim odnosima. Neki su, štoviše, negirali samosvojno postojanje subjektivnih prava kao i samosvojno postojanje privatnog prava. Takva učenja su, i kada nisu bila u potpunosti prihvaćena, ipak ostavila dubok trag. U novije doba pravna znanost ide ponovno putem afirmacije subjektivnih prava pa ne negira nego prihvaća njihovu egzistenciju i društvenu ulogu, i to ne samo na području privatnog nego i javnog prava (v. Schulev-Steindel, E., *Subjektive Rechte*, Wien, 2008.).

⁵ Subjektivnim građanskim, odnosno privatnim pravima naša se pravna znanost, nažalost, nije mnogo, čak ni dovoljno, bavila, nekako izbjegavajući tu temu. Među rijetkim radovima o subjektivnim pravima ističu se oni Slavice Krnete koji se oslanjaju na mjerodavnu njemačku i francusku literaturu. Tako u nas već neko vrijeme postoji svojevrsan deficit u izučavanju subjektivnih prava s materijalnopravnog stajališta. Nešto više se s procesnopravnog gledišta pisalo o zaštiti subjektivnih građanskih prava (v. Dika, M., *Građansko parnično pravo u Jugoslaviji i zaštita subjektivnih građanskih prava - procesnopravni aspekt*, Naša zakonitost, br. 8-9, 1989., str. 993 - 1008; Grbin, I., *Sudska zaštita stvarnih prava prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima: usporedba s dosadašnjim stanjem*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, br. 4, 1997., str. 283 - 310), ali se primjećuje neka suzdržanost u *baratanju* pojmom subjektivnih prava i uopće neko zanemarivanje tog pravnog fenomena. Razlozi su različiti, a jedan od njih je vjerojatno utjecaj učenja koje u pravnom poretku ne vidi subjektivna prava nego samo obveze/dužnosti (v. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2. izd., Wien, 1960., pretisak 2000.). Iako su ta i slična učenja u međuvremenu (1. izd. 1934.) mnogo izgubila na privlačnosti, ona su ostavila dubok trag koji se odražava i na izbjegavanju nekih tema.

⁶ O subjektivnim pravima koja u građanskim, materijalnopravnim odnosima pripadaju pravnim subjektima govorit ćemo kao o subjektivnim građanskim ili privatnim pravima

obveza⁷) pojedinaca u njihovim pravnim odnosima s drugim pojedincima. Tako materijalno građansko pravo, izgrađeno na postulatima slobode i ravnopravnosti (formalne jednakosti) sviju, svakome omogućuje da, pod za sve jednakim pretpostavkama koje određuju norme materijalnog (građanskog, privatnog) prava, stječe i ima subjektivna građanska prava, da izvršava njihov sadržaj, da njima raspolaže, a i da ih štiti od tuđih protupravnih postupaka. Međutim, za ostvarenje toga nerijetko je potrebna pomoć javne vlasti. Pravne norme, a i subjektivna prava koja iz njih proizlaze, postoje u nematerijalnom svijetu, a namjena im je da u zbiljskom svijetu djeluju na odnose među pojedincima.⁸ Za to je potrebno da ih se u zbiljskom svijetu poštuje i njih se pridržava. Budući da to neke osobe katkad neće činiti dragovoljno, bit će potrebna pomoć javne vlasti da bi se i u odnosima s njima ostvarivala subjektivna prava utemeljena na materijalnom pravu. U tom je pogledu dužnost i odgovornost javne vlasti jako velika; ona je dužna ne samo poštivati subjektivna prava svih osoba nego i omogućiti njihovo ostvarivanje u zbilji društvenih odnosa. Stoga su u pravom uređenim društvima uspostavljeni pravosudni mehanizmi kojima je funkcija omogućiti i pomagati ostvarivanju i zaštititi subjektivnih prava u skladu s normama materijalnog prava. Suvremeni pravni poreci, uključujući, dakako, i naš, daju svakom "...pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama." (čl. 29.,

ili, jednostavno, o subjektivnim pravima. Nećemo ih nazivati subjektivnim materijalnim pravima jer se u nekim ne baš uvijek striktno pravnim diskursima tako nazivaju neka subjektivna prava koja služe zadovoljavanju specifičnih potreba njihovih nositelja, npr., materijalna prava radnika na božićnicu, na naknadu troškova prijevoza ili na potporu u slučaju rođenja djeteta.

⁷ Obveze nisu zasebni elementi građanskopravnih odnosa nego su u njima naličje tuđih subjektivnih prava.

⁸ Tek kada djeluju u zbilji društvenih odnosa, subjektivna građanska prava omogućuju svojim nositeljima zadovoljenje legitimnih interesa, što je svrha (cilj) pravnog uređenja prema kojem iz norma materijalnog građanskog prava proizlaze za pojedince subjektivna građanska (privatna) prava.

st. 1. Ustava RH).⁹ ¹⁰ Svatko ima pravozaštitni zahtjev¹¹. Stoga je svaki nositelj subjektivnog građanskog (privatnog) prava koje bi trebao ostvariti (odnosno zaštititi) u odnosu s nekom drugom osobom, ali i onaj tko smatra ili samo tvrdi (ili čak ni to) da je nositelj takva prava ovlašten zahtijevati od suda da djeluje u smjeru ostvarivanja njegova subjektivnog prava u odnosu s drugim osobama pokaže li se da to pravo postoji.¹² ¹³ Sud je dužan tako djelovati, i to u skladu s materijalnim pravom, ali postupajući pritom prema pravilima građanskog procesnog prava jer način kako sudovi obavljaju svoju funkciju određuju organizacijske i funkcionalne norme građanskog procesnog prava. To je uloga građanskog

⁹ Na davanje i poštovanje tog jamstva Republika Hrvatska se obvezala i pristupanjem Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te Protokola 1 - 14 uz tu Konvenciju. V. Uzelac, A., *Hrvatsko procesno pravo i jamstvo "pravičnog suđenja" iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, supplement, 1998., str. 1005 - 1030; Garašić, J., *O upravnom sporu pred Upravnim sudom RH u svjetlu čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, supplement, 1998., str. 967 - 1004; Uzelac, A., *Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 60, br. 1, 2010., str. 101 - 148.

¹⁰ V. Jug, J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i njezin utjecaj na svakodnevni rad sudaca i državnih odvjetnika*, Informator, br. 5499, 2006., str. 1 - 3; Vladušić, J., *Pravo na pošteno suđenje, uz osvrt na utvrđivanje građanskih prava i obveza*, Informator, br. 6124, 2012., str. 1 - 3; Marković, S., *Povreda ustavnog prava na pravično suđenje u upravnom postupku*, Informator, br. 6007, 2011., str. 1 - 3; Marković, S., *Povreda ustavnog prava na pravično suđenje u stečajnom postupku*, Informator, br. 5967, 2011., str. 12 - 13.

¹¹ O pravozaštitnom zahtjevu v. osobito Dika, M., *Pravo na tužbu*, Zagreb, 1987.; Uzelac, A., *Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zagreb, 2011., str. 88 - 125.

¹² Pravni poredak omogućuje svakome da preko javne vlasti ostvaruje onu privatnu pravnu vlast koja mu u društvu pripada kao nositelju subjektivnog građanskog prava i da štiti svoja prava od tuđih protupravnih zadiranja. Omogućuje to u pravilu preko sudova, a samo ako je to određeno posebnim propisom, preko drugih tijela vlasti, odnosno osoba kojima su dane neke javne ovlasti (npr., javni bilježnici u ostavinskom i ovršnom postupku, izmiritelji u postupku mirenja). Za slučajeve kada o subjektivnim građanskim pravima odlučuju tijela upravne vlasti ili druga tijela vlasti ili pak osobe koja imaju javne ovlasti, suvremeni pravni poreci osiguravaju sudsku kontrolu zakonitosti. Radi pojednostavljenja izlaganja govorit ćemo samo o sudovima misleći pritom i na ostala tijela i pojedince s javnim ovlastima na području pravosuđa.

¹³ Pravni poredak daje to pravo svakome, ali nikoga ne sili na to nego prepušta svakome da se svojim pravom služi ili ne služi.

procesnog prava. Zbog nje se u djelovanju sudova susreće materijalno građansko pravo s građanskim procesnim pravom pa zajedno teže donošenju meritornih odluka u onim pojedinačnim slučajevima koji su predmetom sudskog postupanja, a koji se (prilično nezgrapno) nazivaju građanskopravnim stvarima.¹⁴ U tome građansko materijalno i građansko procesno pravo surađuju onako kako i ako to zahtijevaju i omogućuju njihove uloge u pravnim porecima. Premda svako od njih ima vlastito područje svog djelovanja¹⁵, vlastite metode, a i vlastitu vrlo različitu pravnu narav, u situacijama kada im se područja djelovanja podudaraju, građansko materijalno pravo i građansko procesno pravo djeluju u svojevrsnoj simbiozi.¹⁶

Pritom građansko materijalno pravo daje procesnomu smisao i svrhu postojanja, a procesno sa svoje strane omogućuje materijalnomu da se ostvaruje u društvenim odnosima i kada je za to potrebna moć javne vlasti, suda.¹⁷ U težnji k zajedničkom cilju svako podupire ono drugo, ali ga ujedno i donekle ograničava. Njihov se međusobni odnos time ne iscrpljuje. Kada sudovi vode postupke i odlučuju u tzv. građanskopravnim stvarima, oni postupaju prema pravilima građanskog procesnog prava, ali norme materijalnog građanskog prava imaju izuzetno važnu ulogu u sudskom postupanju i odlučivanju u tzv. građanskopravnim stvarima; određuju mu smjer i daju smisao. S druge strane,

¹⁴ Riječ je o sudskim postupcima u pogledu pravnih odnosa u bitnom uređenima normama materijalnog (građanskog, privatnog) prava.

¹⁵ O tome v. Uzelac, A., *Civilistička i procesualistička redakcija supstancijalnih normi: o neprimjerenoj procesualizaciji nekih materijalnih normi na primjeru ZOO-a*, Pravni život, vol. 41, br. 3-4, 1991., str. 425 - 451.

¹⁶ Ovdje, dakako, govorimo samo o građanskopravnim sredstvima ostvarivanja i zaštite prava. Uz građanskopravna pravni poredak ima i druga sredstva zaštite građanskih prava od povreda (kaznenopravna i dr.). Njima se pravni poredak služi radi postizanja nekih širih društvenih ciljeva. Hoće li ta sredstva javnopravne zaštite biti primijenjena u nekom slučaju ili neće, u pravilu ne ovisi o volji nositelja povrijeđenih građanskih prava.

¹⁷ Teško bi bilo ne složiti se s tvrdnjom Siniše Trive i Mihajla Dike da "iako je nesumnjivo da bi građansko procesno pravo izgubilo svoj smisao bez postojanja građanskog prava – jer se zadatak građanskog procesnog prava iscrpljuje u ostvarenju pretpostavaka za zaštitu građanskopravnih ovlaštenja – to ipak građanskom procesnom pravu ne oduzima značaj samostalnog pravnog područja u okviru jedinstvenog pravnog sistema. U mjeri u kojoj je umjesna podjela na javno i privatno, građansko pravo pripada u privatno pravo; građansko procesno pravo je specifična grana javnog prava. Za mnoge od njih nema korespondirajućih ustanova na području građanskog prava (npr., za deklaratornu pravnu zaštitu, za pravne lijekove i sl.)." V. Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 2, § 3/2, str. 12.

rezultati procesa sudskog postupanja i odlučivanja – meritorne sudske odluke donesene u tim tzv. građanskopravnim stvarima, ako su pravomoćne, utječu na subjektivna prava stranaka (*iudicium facit ius inter partes*). One posredno djeluju i na objektivno materijalno pravo jer su gradivo od kojeg se gradi sudska praksa, a ona je, priznavalo se to ili ne, jedan od veoma obilnih pravnih izvora objektivnog prava uopće pa tako i materijalnog građanskog (privatnog) prava.¹⁸

Međusobni odnos materijalnog i procesnog građanskog prava u suvremenom hrvatskom pravnom poretku razmotrit ćemo sa stajališta uloge građanskog materijalnog prava u postupcima koji se pred sudovima vode u građanskopravnim stvarima. Kod toga ćemo se usredotočiti na parnične postupke, kojima i naša procesnopravna znanost, sasvim opravdano, oduvijek pridaje najveću pažnju.¹⁹ Polazna će nam pozicija biti da građanskopravni (privatnopravni) sporovi koji nastaju među sudionicima građanskopravnih odnosa redovito prethode obraćanju sudu, a nakon podizanja tužbe dobivaju dodatnu dimenziju sudskog spora. Taj će na pravnoj razini (ne uvijek i na socijalnoj i emotivnoj) biti riješen i okončan pravomoćnošću meritorne sudske odluke (presude ili rješenja o smetanju posjeda), što će utjecati na građanskopravni spor. Pri tom razmatranju izostavit ćemo nejuridičke i metajuridičke elemente sporova, a i sve one juridičke koji su isključivo postupovni da bismo zadržali pažnju samo na onom u čemu građansko materijalno i građansko procesno pravo surađuju.

¹⁸ Propisi, koji su u pravnim porecima kontinentalne Europe, a i ne samo u njima, glavni izvor građanskog (privatnog) prava, nerijetko će na pravne odnose moći djelovati tek preko sudova ili kojih drugih tijela vlasti, a tada će ih se primjenjivati s onim sadržajem kakav im sudska, odnosno druga pravna praksa (ustavnosudska, upravna) daje svojim tumačenjem i načinom primjene. Uvjetovanost primjene propisa praksom sudova i drugih tijela vlasti takva je da se do pune spoznaje o tome kako će na pravne odnose djelovati neke zakonske norme (isto vrijedi i za norme iz drugih propisa i međunarodnih ugovora) jedino može doći ako ih se sagleda zajedno.

¹⁹ I Mihajlo Dika, koji se mnogo bavio problematikom ovršnih postupaka (*Građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007.), sada obogaćuje našu pravnu literaturu novim sustavnim djelom o parničnom pravu planiranom u dvanaest svezaka pod zajedničkim nazivom *Građansko parnično pravo*. Od toga su do sada već objavljene u nakladi Narodnih novina d. d. iz Zagreba sljedeće: Dika, M., *Građansko parnično pravo. IV. knjiga. Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, Zagreb, 2008.; *V. knjiga. Parnične radnje*, Zagreb, 2008.; *VI. knjiga. Tužba*, Zagreb, 2009.; *X. knjiga. Pravni lijekovi*, Zagreb, 2010., a objava daljnjih svezaka tog djela očekuje se s nestrpljenjem.

2. MATERIJALNOPRAVNA KOMPONENTA SPORA

A. Spor o subjektivnom pravu i sudski spor

U društvenim odnosima sporovi nipošto nisu rijetkost; izgleda da su povremene razmirice, nesuglasice, prepirke i sukobi različitog intenziteta, etiologije, tijeka i ishoda neizbježni. Među sudionicima građanskopravnih odnosa, dakle društvenih odnosa koji su uređeni materijalnopравnim normama građanskog (ili kojeg drugog privatnog) prava, česti su građanskopravni sporovi o međusobnim (subjektivnim) pravima i njihovu naličju - dužnostima i obvezama te o privatnopravnom statusu osoba.²⁰ Sporovi među njima redovito ne nastaju pred sudom, ali mogu dobiti dodatnu dimenziju sudskog spora, parnice. Dobit će je ako onaj tko želi da se u odnosu s drugom osobom ostvari subjektivno materijalno pravo za koje smatra da mu pripada, a da mu ga ta osoba krši, podnese sudu tužbu kojom od njega zahtijeva da o tom njihovu sporu donese odluku. Sud će tada biti dužan provesti parnični postupak u kojem će osobe u tom tada već sudskom sporu imati ulogu tužitelja, odnosno tuženika.²¹ Njihov će građanskopravni spor postojati i nadalje, usporedno s parnicom. Nju bi sud trebao okončati svojom odlukom utemeljenom na normama materijalnog prava, a mjerodavnom za obje strane, što bi se potom trebalo odraziti na građanskopravnom odnosu stranaka. Njega bi trebalo uskladiti s onim što je sud odlučio o subjektivnim materijalnim pravima i obvezama stranaka. Ako do tog usklađenja ne dođe dobrovoljnim podvrgavanjem stranaka autoritetu sudske odluke, pravni poredak omogućuje da se ono što je sud odredio svojom odlukom ostvari preko tijela sudske ili druge javne vlasti u sudskom ovršnom ili kojem drugom sudskom ili pak upravnom postupku.

²⁰ Budući da se privatnopravni status osoba u njihovim građanskopravnim (privatnopravnim) odnosima sastoji od njihovih subjektivnih prava i obveza, nije ga neophodno posebno spominjati. Nije neophodno ni posebno spominjati obveze jer su one u pravnim odnosima naličja subjektivnih prava. Subjektivnom pravu jedne osobe u pravnom odnosu odgovara obveza (dužnost) druge osobe u tom odnosu. Da tekst ne bismo suviše opterećivali, uglavnom ćemo izbjegavati da uz subjektivna prava pravnih subjekata spominjemo i njihov pravni status i obveze.

²¹ Podnošenjem tužbe uspostavlja se procesnopravni (javnopravni) odnos između tužitelja i suda, sadržaj kojega je zahtjev tužitelja da sud donese odluku određenog sadržaja. Pošto se tužba dostavi tuženiku, dolazi i on u procesnopravni odnos sa sudom u kojem on sa svoje strane zahtijeva od suda odluku o tužiteljevu zahtjevu.

Sve je to dobro poznato, ali želimo naglasiti da svaki sudski spor, parnica, ima i procesnopravni i materijalnopravni element kojima je krajnji cilj zajednički – ostvarenje onih subjektivnih materijalnih prava i obveza koje strankama pripadaju na temelju norma materijalnog prava. Procesnopravni element je dužnost suda da postupa prema pravilima građanskog procesnog prava, a materijalnopravni usmjerenost tog sudskog postupanja prema donošenju odluke o meritumu spora ovisne o tome ima li tužitelj zaista ono subjektivno materijalno (građansko, privatno) pravo na kojem se navodno temelji njegov tužbeni zahtjev, odnosno ima li pravni status koji si svojata. Potrebno je, međutim, razlikovati materijalnopravni temelj tužbenog zahtjeva od materijalnopravnog temelja sudskog spora koji je tom tužbom pokrenut i presude koja bude donesena o meritumu tog spora.

B. Pravni temelj tužbenog zahtjeva

B.1. Navodni pravni temelj

Svatko može tužbom postaviti svoj tužbeni zahtjev sudu, ali da bi sud mogao tom zahtjevu udovoljiti (usvojiti ga) svojom odlukom o meritumu spora, taj bi zahtjev trebao imati odgovarajući pravni temelj – subjektivno materijalno pravo koje tužitelja ovlašćuje da mu tuženik učini ono što tužitelj zahtjeva da sud naredi tuženiku. Doduše, za mnoge će se tužbene zahtjeve ispostaviti da nisu materijalnopravno utemeljeni, da tužitelj, naime, nema pravo na ono što zahtjeva. No, pravni temelj tužbenog zahtjeva je pretpostavka njegova usvajanja, ne i postavljanja. U logici je sudskog rješavanja sporova da će u trenutku podnošenja tužbe pa sve do pravomoćnosti sudske odluke vladati veća ili manja neizvjesnost o tome je li, odnosno koliko je tužiteljev tužbeni zahtjev zaista pravno utemeljen. Kondemnatorna i konstitutivna tužba će barem implicitno, a često i izričito, sadržavati tužiteljevu tvrdnju da mu u odnosu s tuženikom pripada subjektivno materijalno pravo na ono što tužbom zahtjeva.²² No, bez obzira je li tužitelj

²² Kao pravni temelj kondemnatornih zahtjeva dolaze u obzir subjektivna materijalna prava jedne vrste, a konstitutivnog zahtjeva druge (o čemu će kasnije biti više riječi), ali uvijek će to biti neko tužiteljevo subjektivno materijalno pravo. Drukčije je s deklaratornim tužbenim zahtjevima. Njihova neposredna svrha je procesnopravna pa im je i neposredni pravni temelj procesnopravne, a ne materijalnopravne naravi (i o tome će kasnije biti više riječi).

izričito u tužbi ustvrdio da ima neko subjektivno pravo prema tuženiku ili je to u tužbi samo implicirano²³, ono je uvijek tek navodni, više ili manje vjerojatni materijalnopравни pravni temelj njegova tužbenog zahtjeva.^{24 25}

Svatko, doduše, ima “pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama”, ali to, naravno, ne znači da ima pravo i na to da sud usvoji bilo kakav njegov tužbeni zahtjev. Za to je potrebno da je taj zahtjev utemeljen na odgovarajućem

²³ Prema našem građanskom procesnom pravu tužba ne mora, iako može, sadržavati navod o građanskopravnom temelju tužbenog zahtjeva. V. Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 2, § 87, str. 413 - 416.

²⁴ Sud bi trebao što prije spoznati na kojem je to navodnom subjektivnom materijalnom pravu tužitelj utemeljio svoj zahtjev pa, ako ga tužitelj nije izričito naveo u tužbi, sud će dobro postupiti ako već u fazi pripremanja glavne rasprave ukloni moguće nedoumice o tome na čemu tužitelj temelji svoj tužbeni zahtjev.

²⁵ Postupovnu odredbu da će “sud ...po tužbi postupiti i kad tužitelj nije naveo pravnu osnovu tužbenog zahtjeva, a ako je tužitelj pravnu osnovu naveo, sud nije za nju vezan” (čl. 186., st. 3. ZPP-a) treba razumjeti u tom smislu da sud nije vezan tužiteljevim shvaćanjem/tumačenjem norma materijalnog prava (građanskog, odnosno nekog drugog privatnog prava u objektivnom smislu) ni kada ga je tužitelj izričito iskazao u svojoj tužbi. Ne bi se tu odredbu smjelo shvatiti u smislu da sud nije vezan tužiteljevim navodom o tome koje to subjektivno pravo želi ostvariti ili zaštititi u parnici koju je pokrenuo svojom tužbom jer, shvati li je se tako, moglo bi se povrijediti slobodu pojedinaca da se prema svojem nahodjenju služe ili ne služe svojim subjektivnim pravima, da raspolazu ili ne raspolazu njima, da ih štite ili ih ne štite. Podizanje tužbe kao i tužiteljevo poduzimanje daljnjih parničnih radnja u biti je ostvarivanje subjektivnog prava za koje on smatra ili tvrdi (izričito ili prešutno) da je njegovo, dakle neka specifična uporaba tog navodnog prava. Budući da prije pravomoćnosti presude nitko pa ni sud ne može pouzdano znati je li postavljanje tužbenog zahtjeva bila tužiteljeva dispozicija pravom koje je zaista njegovo, sud ne bi smio tražiti neki drugi materijalnopравни temelj tužbenog zahtjeva. Ako taj i postoji kao neko drugo tužiteljevo subjektivno pravo različito od onoga na kojemu se temelji njegov tužbeni zahtjev, na tužitelju je, a ne na sudu, da to pravo izvršava ili ne izvršava prema svojoj volji. Stoga je potreban velik oprez pri primjeni pravila iz čl. 368., st. 2. ZPP-a prema kojem će “drugostupanjski sud ...presudom odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu ako utvrdi da je prvostupanjski sud pogrešno primijenio materijalno pravo, ali da je pravilnom primjenom materijalnog prava trebalo jednako odlučiti o tužbenom zahtjevu”. Ispravno tvrdi Mihajlo Dika da sud jedino nije vezan tužiteljevom pravnom kvalifikacijom (Dika, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 181), a tome dodajmo da je vezan tužiteljevom dispozicijom onim subjektivnim pravom koje je prema tužiteljevoj (izrečenoj ili barem impliciranoj) tvrdnji materijalnopравни temelj njegova tužbenog zahtjeva.

tužiteljevu subjektivnom pravu. Je li tako utemeljen ili nije, predmet je sudskog spora. No, predmet sudskog spora se redovito ne svodi samo na to. Na drugoj se strani u sporu nalazi tuženik koji najčešće ima neke svoje materijalnopravne prigovore tužbenom zahtjevu, a katkad i protuzahitjeve (da ih nema, ne bi bilo ni materijalnopravnog elementa spora). I oni baš kao i tužitelj tužbeni zahtjev u sudskom sporu isprva počivaju tek na navodnom, više ili manje vjerojatnom materijalnopravnom temelju, izričito navedenom ili impliciranom. I njihova će materijalnopravna utemeljenost biti, ako je tužitelj ospori, predmetom sudskog spora koji se vodi o tužiteljevu tužbenom zahtjevu. Taj, naime, nije osnovan ako, odnosno ukoliko su utemeljeni tuženikovi materijalnopravni prigovori i protuzahitjevi, što bi se trebalo spoznati u parnici i odraziti na presudi o meritumu tužbenog zahtjeva.

B.2. O pravnom temelju kondemnatornog zahtjeva

Da bi sud mogao usvojiti kondemnatorni tužbeni zahtjev, taj bi se trebao temeljiti na utuživom materijalnom subjektivnom pravu koje svog nositelja ovlašćuje na to da traži od tuženika onu činidbu (pozitivnu ili negativnu) za koju tužitelj zahtijeva da je sud naredi tuženiku. Dakle, kondemnatorni se tužbeni zahtjev treba temeljiti na takvu subjektivnom pravu koje je utuživo, a to nipošto nisu sva subjektivna građanska prava.

Apsolutna subjektivna prava kao, npr., prava osobnosti, pravo vlasništva, nasljedno pravo, autorsko pravo nisu utuživa jer su usmjerena prema svima, a ne prema nekoj određenoj osobi protiv koje bi se moglo podnijeti tužbu da bi sud s njom kao tuženikom vodio parnični postupak. Tek povredom takva prava, ako i kada određena osoba ne udovoljava svačijoj dužnosti poštovanja tuđeg apsolutnog prava, nastaje situacija u kojoj treba u odnosu s tom osobom ostvariti, odnosno zaštititi povrijeđeno pravo. U takvoj situaciji će iz povrijeđenog apsolutnog prava za njegova nositelja nastati novo subjektivno građansko pravo koje će ga ovlašćivati da od te osobe, povreditelja zahtijeva onakvo činjenje kojim bi se ostvarilo, odnosno zaštitilo apsolutno pravo koje je u odnosu s tom osobom neostvareno ili je povrijeđeno. Ta nova subjektivna građanska prava ovdje nazivamo pravima-zahitjevima²⁶ za razliku od onih subjektivnih prava iz

²⁶ Budući da se naša pravna znanost i publicistika nisu mnogo bavili subjektivnim pravima, postoje u pogledu njih mnoge nedoumice i nesporazumi pa i oni semantičke naravi.

kjih su ta prava povredom proizašla.^{27 28} Prava-zahitjevi su uvijek usmjereni prema nekoj određenoj osobi; ovlašćuju svoje nositelje da od određene osobe zahtijevaju određeno činjenje koje je ona dužna izvršiti. Kada ta njezina obveza dospije za izvršenje, a da nije ispunjena, pravo-zahitjev je moguće utužiti^{29 30} sve dok ne nastupi zastara.^{31 32} Prava-zahitjevi su, dakle, prikladni biti neposredni materijalnopravni temelj kondemnatornih tužbenih zahtjeva.³³ Dakako, kada

²⁷ Nerijetko se o pravima koja nazivamo prava-zahitjevi govori kao o materijalnopравnim zahtjevima. Time ih se razlikuje od procesnopравnih zahtjeva, što je dobro jer su materijalnopравne naravi. No, prijeti opasnost da se izgubi iz vida kako su to potpuna subjektivna prava pa ih radije nazivamo pravima-zahitjevima.

²⁸ O pravima-zahitjevima kao i o materijalnopравnim prigovorima na njih v. Larenz, K., *op. cit.* u bilj. 4, § 14, str. 243 - 269.

²⁹ Prava-zahitjevi imaju materijalnopравnu, a ne procesnopравnu egzistenciju pa ih se i bez sudjelovanja suda može stavljeti i ostvarivati. Po tome se prava-zahitjevi suvremenog prava razlikuju od akcija (*actiones*) rimskog prava.

³⁰ Utuživost prava-zahitjeva može, ali ne mora biti iskorištena. Hoće li se tko poslužiti kojim svojim subjektivnim pravom i kako, ovisi o njegovoj prosudbi i volji. Uzgred rečeno, smatramo da su na opasnom putu oni koji predlažu obvezatno sudjelovanje u postupku mirenja ili u bilo kojem drugom građanskopравnom postupku pred sudom. Time bi se bez dovoljno razloga odstupilo od načela dispozitivnosti na kojem je izgrađeno građansko pravo. Dakako, onaj tko bi se ustručavao ostvarivati i štiti svoje subjektivno građansko pravo pred sudom, trpjet će zbog toga nepovoljne posljedice.

³¹ Utuživost subjektivnih prava je njihovo građanskopравno svojstvo koje pravo-zahitjev gubi ako i kada nastupi njegova zastara. Time, naravno, ne prestaje ono subjektivno pravo iz kojeg pravo-zahitjev proizlazi. No, zastarom ne prestaje ni pravo-zahitjev, prestaje samo utuživost. Više se pravo-zahitjev ne može ostvariti sudskim putem, ali se i nadalje može valjano izvansudski (dobrovoljno) ostvariti.

³² Pošto iz subjektivnog prava proizlazi za njegova nositelja pravo-zahitjev prema određenoj osobi, pravo-zahitjev je njegovo novo subjektivno građansko (privatno) pravo pored onoga iz kojeg je pravo-zahitjev proizašlo (time što iz nekog prava proizlazi pravo-zahitjev, to pravo ne prestaje). Pravo-zahitjev je, premda potpuno pravo, u vezi s onim pravom iz kojeg je proizlazio. Među njima postoji veza; subjektivno pravo iz kojeg zahtjev proizlazi daje zahtjevu pravni temelj njegova postojanja, a on sa svoje strane služi ostvarivanju (zaštiti) tog prava. No, pravo-zahitjev ne mora trajati za čitava trajanja prava iz kojeg proizlazi jer može samostalno prestati i ranije, npr., ispunjenjem, zastarom ili odreknućem.

³³ Posredan materijalnopравni temelj kondemnatornih zahtjeva je apsolutno subjektivno građansko (privatno) pravo iz kojeg proizlazi pravo-zahitjev. Posredstvom tog apsolutnog prava kao svog neposrednog temelja, kondemnatorni tužbeni zahtjev može imati i dalje, posredne materijalnopравne temelje (prava iz kojih je to apsolutno pravo izvedeno, još dalje ona prava iz kojih su ta prava izvedena itd.). Na kraju tog niza će svakako biti neke norme materijalnopравna kao krajnji pravni temelj tužbenog zahtjeva.

tužitelj postavi svoj kondemnatorni zahtjev, tada je njegova utemeljenost na pravu-zahtjevu samo navodna. Ona je tada, više ili manje vjerojatna, a je li zahtjev zaista tako materijalnopravno utemeljen, provjerit će sud u parničnom postupku.

Ne samo apsolutna nego ni relativna subjektivna prava nisu sama po sebi utuživa iako svoje nositelje ovlašćuju na činidbu neke druge određene osobe. Mogu se utužiti tek prava-zahtjevi ako proizidu iz povrijeđenog relativnog prava. A proizići će ako osoba koja nositelju relativnog prava duguje činidbu, tu činidbu ne izvrši ni pošto ona dospije za izvršenje. Naime, i iz relativnih subjektivnih prava (npr., iz vjerovnikove tražbine od dužnika) također će, ako i kada nastane potreba da se takvo pravo ostvari (zaštiti) u odnosu s tom osobom (dužnikom), za nositelje takvih prava (vjerovnike) proizlaziti novi, utuživi subjektivni zahtjevi koji će ih, dok ne zastare, ovlašćivati da od onoga tko je njihovo pravo povrijedio zahtijevaju činjenja kojima će se ono ostvariti.^{34 35} Ako dužnik vjerovniku ne ispuni dužnu činidbu iako je njegova obveza dospjela za ispunjenje, povrijedio je vjerovnikovo relativno pravo (vjerovnikovu tražbinu, potraživanje) pa je time za vjerovnika nastao pravo-zahtjev koji ga ovlašćuje da od dužnika zahtijeva tu činidbu, i sudskim putem. Pravo-zahtjev može se utužiti (dok ne zastari) pa je prikladan biti neposredan materijalnopravni temelj kondemnatornog tužbenog zahtjeva.³⁶ No, dok dužnikova obveza nije

³⁴ Isto je i s ostalim pravima koja svojim nositeljima daju ovlast zahtijevati neku činidbu od određene osobe (npr., s pravom vlasnika povlasne nekretnine koji ima služnost kolnika na poslužnoj nekretnini pa ga ta ovlašćuje da od vlasnika poslužne nekretnine zahtijeva trpljenje radnja kojima se ostvaruje to pravo služnosti. Tek ako i kada osoba koja je dužna nositelju prava izvršiti neku činidbu (pozitivnu ili negativnu) to ne čini, za njega nastaje pravo-zahtjev da mu izvrši tu činidbu (da plati neki obrok stvarnog tereta, propusti provoz ili sl.).

³⁵ Prava-zahtjevi koji nastaju povredom relativnih prava su nesamostalna prava jer ovise o onom relativnom pravu (tražbini) iz koje su proizišli; s njima su u odnosu sporednih (akcesornih) prava prema glavnom pravu. Ti zahtjevi još su nesamostalniji od onih koji proizlaze iz apsolutnih prava gospodariti objektom. Naime, s prestankom relativnog prava iz kojeg proizide pravo-zahtjev ujedno prestaje i pravo-zahtjev (ne i obrnuto - s prestankom prava-zahtjeva, npr., zastarom, ne prestaje relativno subjektivno građansko pravo iz kojeg je proizišao).

³⁶ To nije jasno vidljivo u onim obveznim odnosima u kojima dužnikova obveza dopijeva odmah. U njima, ako dužnik ne ispuni dužnu činidbu odmah, on vrijeđa vjerovnikovo pravo na tu činidbu odmah pošto je ono nastalo pa vjerovnik nema utuživ zahtjev (pravo-zahtjev) prema dužniku. Ta dva prava koincidiraju pa ih nije lako razlikovati. Izgleda

dospjela za ispunjenje, dužnik još nije neispunjenjem povrijedio vjerovnikovo pravo na tu njegovu činidbu (a možda ni neće) pa vjerovnik još nema pravo zahtijevati ispunjenje te činidbe od dužnika. On ima pravo na činidbu, ali još nema utuživ zahtjev (pravo-zahtjev) za njezino ispunjenje. Doduše, uz ova materijalnopravna pravila u našem je pravnom poretku već neko vrijeme na snazi i posebna procesnopravna odredba kojom se anticipira nastanak prava-zahtjeva iz relativnih prava. Prema njoj “tužitelj koji učini vjerojatnim da tuženik ozbiljno dovodi u pitanje postojanje njegove još uvijek nedospjele tražbine, ili da će morati sudskim putem ostvarivati svoju tražbinu nakon što ona dospije, ili da iz drugih razloga ima za to pravni interes, može i prije dospelosti tražbine zatražiti od suda da tuženiku naloži da mu ispuni dužnu činidbu u vrijeme njezine dospelosti” (čl. 186.c, st. 1. ZPP-a).³⁷ Time je naš zakonodavac smiono zahvatio ZPP-om u uvijek veoma osjetljiv odnos materijalnog i procesnog prava. Na temelju te posebne odredbe ZPP-a nositelj relativnog prava može podnijeti tužbu na temelju samog tog svog još nepovrijeđenog prava. Može je podnijeti premda materijalnopravno nije ovlašten zahtijevati dužnikovu činidbu jer dužnikova obveza još uopće nije dospjela za ispunjenje.³⁸ Što više, ma koliko da je to paradoksalno, nositelj relativnog materijalnog prava može na temelju tog svojeg prava ishoditi čak i pravomoćnu presudu kojom će sud dužniku narediti da vjerovniku ispuni činidbu iako vjerovnika tužitelja njegovo subjektivno pravo uopće ne ovlašćuje na to da ju od dužnika zahtijeva prije nego što dužnikova obveza dospije za ispunjenje. Ipak se na temelju presude donesene bez potrebnog materijalnopravnog temelja “ovrha ...može ...tražiti tek nakon dospelosti tražbine”(čl. 186.c, st. 3. ZPP-a). Zasižno su neke okolnosti navele zakonodavca na to da pragmatično otvori procesnopravnu mogućnost za podizanje i usvajanje tužbe i prije nego što je nastao zahtjev (pravo-zahtjev) koji bi tome trebao biti materijalnopravni temelj.³⁹ Takvo procesnopravno uređenje

kao da je vjerovnikovo pravo na činidbu utuživo premda je zapravo utuživ zahtjev koji je iz tog prava proizašao njegovom povredom.

³⁷ Određena je člankom 99. ZIDZPP (Narodne novine, br. 117/03), a na snagu je stupila 1. prosinca 2003.

³⁸ Vjerovnik ne mora čekati da dužnik povrijedi relativno pravo pa da protiv njega nastane pravo-zahtjev nego se uzima kao da je zahtjev (pravo-zahtjev) za nj nastao premda sa svim očigledno još nije, a možda ni neće nastati.

³⁹ Unošenje takve odredbe u naš pravni sustav vjerojatno je bilo motivirano time što je u poslovanju nekih pravnih subjekata, izgleda, uzela maha žalosna praksa da dužnici ne udovoljavaju svojim obvezama dok god ne budu na to prisiljeni. Nemamo namjeru ovdje

kao da proturječi građansko-pravnom narušavajući međusobni odnos norma materijalnog i procesnog građanskog prava u parnicama, njihovu suradnju u rješavanju sudskih sporova. No, ta suradnja ipak postoji jer sud, doduše, može kondemnatorni zahtjev usvojiti i ranije, ali to će biti jalov posao dok god ono što tužitelj zahtijeva ne dospije za ispunjenje pa nastane pravo-zahhtjev jer dotad neće moći tražiti ovrhu. Tek ako naknadnim dospijecom nastane pravo-zahhtjev kao pravni temelj onoga što je tužitelj zahtijevao, presuda koju je sud o tome donio, moći će, kao plod suradnje materijalnog i procesnog građanskog prava, postati ovršnom pa služiti svrsi zbog koje je tužitelj bio zatražio od suda odluku o sporu.

I tužbe zbog smetanja posjeda su kondemnatorne tužbe. I one, da bi ih sud mogao usvojiti, trebaju imati svoj materijalno-pravni temelj u odgovarajućem utuživu pravu-zahhtjevu usmjerenu na osobu koja je protupravno smetala (oduzela ili smetala u užem smislu) posjed. Za onoga kome je posjed oduzet ili smetan ne proizlaze prava-zahhtjevi iz ikakva njegova subjektivnog prava koje bi se trebalo ostvariti ili zaštititi (posjed nije subjektivno pravo) nego iz materijalno-pravnih norma koje pod zakonom određenim pretpostavkama daju posjednicima pravo na zaštitu posjeda (čl. 21. - 27. ZV-a). Te norme određuju i neke posebnosti u pogledu prava-zahhtjeva za zaštitu posjeda i njihova ostvarivanja, ali u bitnome ta prava-zahhtjevi ne odudaraju od ostalih prava-zahhtjeva na kojima se trebaju temeljiti kondemnatorne tužbe.

B.3. O pravnom temelju konstitutivnog zahtjeva

Da bi se mogao usvojiti neki konstitutivni tužbeni zahtjev, u pravilu bi taj trebao imati materijalno-pravni temelj u odgovarajućem utuživom subjektivnom građanskom pravu. Kao neposredan temelj takvih zahtjeva dolaze u obzir, baš kao i u pogledu onih kondemnatornih, utuživi zahtjevi (prava-zahhtjevi) kakvi nastaju i iz subjektivnih građanskih (privatnih) prava kada ih treba, makar sudski, ostvariti (odnosno zaštititi) u odnosu s određenom osobom. Međutim,

potaknuti polemiku o svrsishodnosti takva uređenja premda sumnjamo u nju. Bojimo se da ta odredba ZPP-a može pridonijeti povećanju broja tužba podnesenih sudu (ne možemo tvrditi da se to i dogodilo jer ne raspolažemo potrebnim podatkom, ali bilo bi korisno to istražiti pa potom odlučiti o daljnjoj sudbini te odredbe). Želimo, međutim, upozoriti na to da su takvim uređenjem pravomoćne odluke u parnicama gotovo pa degradirane na puka sredstva za pokretanje daljnjeg, ovršnog postupka.

razlikuju se od njih po tome što nastaju iz one vrste subjektivnih prava koja se nazivaju potestativna (njem. *Gestaltungsrechte*) ili preobražajna prava ili, opisno, prava kojim se odobrava ili utječe na pravni odnos, a katkad i pravne moći.⁴⁰ Prava te vrste ovlašćuju svoje nositelje na to da svojim jednostranim voljnim aktima, ali nerijetko posredstvom odluke suda koju nositelj prava tek treba ishoditi, utječu na neki pravni odnos s određenom osobom.^{41 42} Redovito takva prava nisu utuživa. Tek ako i kada nastane situacija u kojoj to pravo, pošto je dospjelo, treba i ostvariti u odnosu s određenom osobom, iz potestativnog prava će za njegova nositelja proizaći pravo-zahhtjev prema toj osobi.⁴³

Materijalnopravni temelj konstitutivnih tužba treba, dakle, kao i kod kondemnatornih, biti tužitelj (navodni) zahhtjev (pravo-zahhtjev) odgovarajućeg sadržaja usmjeren prema tuženiku. Razlika od pravo-zahhtjeva koji su pravnim temeljem kondemnatornih tužba je u porijeklu pravo-zahhtjeva.⁴⁴ Da bi sud mogao udovoljiti zahhtjevu koji je postavljen konstitutivnom tužbom, taj treba biti

⁴⁰ Katkad se za tu vrstu prava rabi i naziv pravna moć, ali je pojam pravne moći širi od pojma preobražajnih prava. U širem smislu je pravna moć (*Rechtsmacht*) svaka privatna pravna vlast koja nositelju subjektivnog prava pripada u određenom građanskopravnom (privatnopravnom) odnosu na temelju norma objektivnog prava, makar ona i ne proizlazi iz nekog subjektivnog prava (npr., moć prihvaćanja ponude ugovora, čime će tek nastati prava iz ugovora i dr.). Zbog te višeznačnosti bolje je izbjegavati suviše širok naziv pravna moć.

⁴¹ Npr., nekom sudioniku ugovornog odnosa pripada potestativno pravo otkaza, raskida ugovora ili odustanka od njega (čime će uzrokovati prestanak tog odnosa) ili dužniku alternativne obveze pripada potestativno pravo odlučivanja koju će činidbu ispuniti da bi se oslobodio obveze i glede ostalih ili nositelju prava prvokupa pripada potestativno pravo kupnje stvari pod jednakim uvjetima pod kojima ju je prodavatelj ponudio na prodaju nekom drugom itd.

⁴² Budući da iz njih proizlaze pravo-zahhtjevi, potestativna prava su posredni pravni temelji konstitutivnih tužba. Daljnji posredni pravni temelj bit će im materijalnopravne norme iz kojih ta prava proizlaze.

⁴³ Npr., s ispunjenjem naplatnog ugovora redovito nastaje ispuniteljeva obveza da odgovara za nedostatke ispunjenja, a ujedno, kao njezin komplement, za osobu koja je primila ispunjenje odgovarajuće subjektivno potestativno pravo zahhtjeva otklanjanja nedostatka i sl. Pošto obveza odgovornosti za nedostatke ispunjenja doprije za ispunjenje, iz potestativnog prava nastaje za njegova nositelja utuživ zahhtjev (pravo-zahhtjev) prema osobi koja je obvezana odgovarati za nedostatke tog ispunjenja.

⁴⁴ U pojedinostima postoje, doduše, brojne razlike među pojedinim podvrstama potestativnih prava, što se odražava na pravima-zahhtjevima koji nastaju iz tih prava. No, u bitnome je, zanemarimo li pojedinosti, situacija poput one kod kondemnatornih tužba.

utemeljen na pravu-zahhtjevu koji je proizišao iz potestativnog prava.⁴⁵ Tako je to u načelu prema odgovarajućim materijalno-pravnim pravilima. No, kao što smo to već izložili u vezi s kondemnatornim tužbenim zahtjevima, na snazi je i posebna procesnopravna odredba čl. 186.c ZPP-a prema kojoj je i nositelj potestativnog prava ovlašten na temelju samog tog prava tužiti pa i ishoditi presudu prije nego što dospije za ispunjenje ono što zahtijeva. Procesnopravna situacija je, dakle, u pogledu materijalno-pravne utemeljenosti konstitutivnih tužbenih zahtjeva jednaka kao i u pogledu kondemnatornih, s jednakim posljedicama, o čemu je već bilo riječi. No i tada će za to da bi se postigla bitna svrha podnošenja tužbe i vođenja parničnog postupka biti potrebna suradnja materijalnog i procesnog građanskog prava. Tako donesena presuda neće biti ovršna dok dospijecom potestativnog prava naknadno ne nastane pravo-zahhtjev koji je materijalno-pravni temelj unaprijed usvojenog konstitutivnog tužbenog zahtjeva.

B.4. O pravnom temelju deklaratornog zahtjeva

Deklaratorni tužbeni zahtjevi postavljeni bilo tužbom na utvrđenje, bilo prejudicijelnim zahtjevom za utvrđenje po mnogo se čemu razlikuju od kondemnatornih i konstitutivnih. Za razliku od njih, oni nisu neposredno usmjereni na ostvarivanje ikojih subjektivnih materijalnih prava tužitelja u njegovu odnosu s tuženikom. Svojim deklaratornim zahtjevom tužitelj ne zahtijeva od suda da tuženiku naredi ikakvo činjenje ili nečinjenje ni ne zahtijeva da svojom odlukom utječe na neki pravni odnos tužitelja i tuženika. Tužitelj samo zahtijeva da sud svojom presudom utvrdi postojanje ili nepostojanje nekog spornog subjektivnog građanskog (privatnog) prava ili pravnog odnosa⁴⁶, odnosno istinitost ili neistinitost neke isprave⁴⁷

⁴⁵ Sud može konstitutivnom tužbenom zahtjevu udovoljiti, ako, odnosno ukoliko je taj zaista utemeljen na pravu-zahhtjevu proizišlom iz potestativnog prava (a ono možda na nekom drugom subjektivnom pravu, ovo na nekom daljnjem itd. sve do utemeljenja na odgovarajućim materijalno-pravnim normama).

⁴⁶ Riječ je o subjektivnim pravima ili pravnim odnosima koji postoje ili su postojali, ali ne i takvim koji će tek možebitno nastati u budućnosti. (v. Grbin, I., *Glavne značajke tužbe na utvrđenje*, u: Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić, Zagreb, 2009., str. 968).

⁴⁷ Deklaratornom tužbom se u pravilu ne može zahtijevati utvrđenje činjenica osim činjenice postojanja ili nepostojanja neke isprave i kada posebni propisi predviđaju tu mogućnost (mogućnost utvrđenja činjenice majčinstva ili očinstva). Poblize v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 266 - 268.

(čl. 187., st. 1. ZPP-a)⁴⁸ kako bi to utvrđenje, pošto postane pravomoćno, bilo za tuženika mjerodavno (*res iudicata*). To bi tužitelju trebalo omogućiti ili olakšati uspjeh u nekim drugim postupcima pred sudovima ili drugim tijelima javne vlasti. Neposredna funkcija tužba za utvrđenje je, stoga, zapravo procesnopravna, a ne materijalnopravna. I nakon što sud svojom odlukom usvoji tužiteljev deklaratorni tužbeni zahtjev pa i kada ta odluka postane pravomoćna, materijalnopravni odnos stranaka ostaje kakav je bio i do tada, barem naoko.^{49 50} Tako je i s prejudicijelnim zahtjevima za utvrđenje.⁵¹ Zbog takve njihove funkcije neposredni pravni temelj deklaratornih zahtjeva sudu nije materijalnopravne naravi. Stoga ni neposredni pravni temelj deklaratornog zahtjeva nije materijalnopravne nego procesnopravne naravi - tužiteljev pravni interes za utvrđenje koje traži (čl. 187., st. 2. ZPP-a). Iza toga se, međutim, krije materijalnopravni element spora tužitelja s tuženikom.

C. Materijalnopravni i činjenični temelj presude o meritumu spora

Predmet sudskog spora je u pravilu materijalnopravna utemeljenost (osnovanost) tužbenog zahtjeva kao i tuženikovih prigovora i protuzahajeva. Tako je to kadgod se sudski spor vodi o kondemnatornom ili o konstitutivnom tužbenom zahtjevu, odnosno spori o takvoj protutužbi, protuzahajevu ili prigovoru. Odluka o meritumu takva spora je ovisna o sudskoj ocjeni materijalnopravne utemeljenosti tužbenog zahtjeva, je li, naime, tužiteljev zahtjev utemeljen na odgovarajućem subjektivnom pravu, odnosno u kojoj mjeri je na njemu utemeljen

⁴⁸ *Ibid.*, str. 249 - 312.

⁴⁹ V. tako Grbin, I., *op. cit.* u bilj. 46, str. 981.

⁵⁰ U pravilu je to tako, ali iznimno od toga, podnošenje ili nepodnošenje nekih vrsta deklaratornih tužba ipak može utjecati na subjektivna prava stranaka. Naime, podnošenje nekih posebnih vrsta deklaratornih tužba je dopušteno jedino unutar nekih rokova s prekluzivnim djelovanjem (npr., tužba na utvrđenje očinstva, opozicijskih i opugnacijskih tužba) pa ne bude li tužba podnesena unutar roka, tužitelju će prestati ona subjektivna prava za koja je propustio tražiti da ih sud utvrdi. I obratno, pravovremenim podnošenjem takve tužbe na utvrđenje, održat će se egzistencija tih prava. Mihajlo Dika s tim u vezi govori o parakonstitutivnim učincima deklaratornih tužba (v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 255 - 256.).

⁵¹ V. Grbin, I., *op. cit.* u bilj. 46, str. 978 - 980; Dika, M., *Prejudicijelni zahtjev za utvrđenje*, u: *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić*, Zagreb, 2009., str. 985 - 1000.

kada se u obzir uzmu i tuženikovi materijalnopravni prigovori i protuzahitjevi. Odgovor će sud tražiti u parničnom postupku koji će se voditi prema pravilima građanskog procesnog prava⁵² poštujući pritom ustavno pravo objiju stranaka na pravično suđenje.⁵³ Bit će to traženje odgovora na materijalnopravno pitanje kakva treba biti sudska odluka o meritumu spora, a kriterij za prosudbu kakav treba biti odgovor na nj daju odgovarajuće norme materijalnog građanskog (privatnog) prava.⁵⁴ Primjenjujući ih s obzirom na ono što je o odlučnim činjenicama spoznao tijekom postupka, sud će zaključiti treba li svojom odlukom tužbeni zahtjev usvojiti (u cijelosti ili djelomično) ili ga odbiti (u cijelosti ili djelomično).⁵⁵

I kada je posrijedi spor o deklaratornom tužbenom zahtjevu, odnosno kada sud treba odlučiti o prejudicijelnom deklaratornom zahtjevu, predmet spora je zapravo u krajnjoj liniji materijalnopravne naravi. Sudski sporovi o deklaratornim zahtjevima nipošto nisu materijalnopravno neutralni; tužitelji te zahtjeve

⁵² Služeći se mogućnostima koje im daju postupovna pravila o parničnom postupku stranke će poduzimati svoje i izazivati parnične radnje suda. (Dika, M., *Građansko parnično pravo. Knjiga V. Parnične radnje*, Zagreb, 2008.). Poduzimat će te radnje da bi ishodile mjerodavnu sudska odluku o tome koja i kakva subjektivna prava, tj. koja i kakva privatna pravna vlast pripada pojedinoj od njih u odnosu prema drugoj da bi potom tu vlast i ostvarile (opet najčešće sudskim putem).

⁵³ O povredama ustavnog prava na pravično suđenje v. Marković, S., *Povreda ustavnog prava na pravično suđenje*, Informator, br. 6115, 2012., , str. 1 - 2.

⁵⁴ Bitno obilježje svih subjektivnih građanskih prava je da ona neposredno ili posredno proizlaze iz norma građanskog materijalnog (privatnog) prava u objektivnom smislu koje su im neposredni ili posredni pravni temelj. Stoga će privatna pravna vlast nositelja subjektivnog građanskog prava kada je on ostvari u društvenim odnosima biti posredstvom tog njegova subjektivnog prava utemeljena na građanskom pravu u objektivnom smislu. Tako je to u suvremenim pravnim porecima kontinentalne Europe iako nije uvijek i svugdje bilo tako niti je to i danas uvijek tako u svim pravnim porecima.

⁵⁵ Ako, odnosno ukoliko prema kriteriju koji mu daju materijalnopravne norme, sud zaključi da tužbeni zahtjev zaista nema svoj pravni temelj u subjektivnom materijalnom (građanskom ili nekom drugom privatnom) pravu koje tužitelja ovlašćuje na ono tuženikovo činjenje ili nečinjenje za koje je tužitelj zatražio da ga sud naredi tuženiku, zaključit će dalje da taj zahtjev nije materijalnopravno osnovan pa će ga svojom odlukom odbiti (čl. 338., st. 3. ZPP-a). Tek ako i ukoliko dođe do zaključka da tužitelj u svojem materijalnopravnom odnosu s tuženikom ima ono subjektivno materijalno (građansko ili neko drugo privatno) pravo koje je pravni temelj njegova tužbenog zahtjeva, sud će morati (u granicama procesnopravnih mogućnosti) usvojiti tužbeni zahtjev (u cijelosti ili djelomično).

postavljaju da bi, ishodivši pravomoćnu odluku o meritumu, dobili sredstvo kojim će u daljnjim postupcima sudskih ili upravnih tijela javne vlasti (odnosno osoba s javnim ovlastima) utjecati na svoje materijalnopravne odnose s drugim osobama. Neposredni predmet sudskog spora koji tužitelj pokreće svojom deklaratornom tužbom je postojanje ili nepostojanje nekog spornog subjektivnog građanskog (privatnog) prava ili pravnog odnosa, istinitost ili neistinitost neke isprave o činjenicama o kojima ovisi jedno ili više tužiteljevih subjektivnih materijalnih prava, ali sve je to u neposrednoj ili posrednoj vezi s materijalnopравnim odnosom tužitelja i tuženika.⁵⁶ Kada se i postavlja pitanje tužiteljeva pravnog interesa (čl. 187., st. 2. ZPP-a) za to da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje kakva prava ili pravnog odnosa ili istinitost, odnosno neistinitost kakve isprave prije dospelosti zahtjeva za činidbu iz istog odnosa, redovito je to pitanje o spornom materijalnopравnom odnosu stranaka i mogućem učinku zatraženog pravomoćnog utvrđenja na taj njihov odnos. Naime, "pravni interes postoji kada nekom pravu tužitelja prijeti aktualna opasnost nesigurnosti time što tuženik ozbiljno ugrožava neko tužiteljevo pravo ili si prisvaja neko pravo prema tužitelju i kad je pravomoćna deklaratorna presuda koju tužitelj nastoji ishoditi prikladna za otklanjanje te opasnosti".⁵⁷ Bilo da je deklaratorni zahtjev postavljen tužbom za utvrđenje, bilo da je postavljen kao prejudicijelni deklaratorni zahtjev, predmet spora među strankama je u krajnjoj liniji postojanje nekog navodnog tužiteljeva subjektivnog materijalnog prava u odnosu prema tuženiku ili postojanje nekog tužiteljeva pravnog statusa od utjecaja na materijalnopравni odnos ili odnose tužitelja s tuženikom. Sudskim se sporom teži rješavanju spornog materijalnopравnog odnosa stranaka.

⁵⁶ Kada tužitelj od suda traži utvrđenje da je njegov ugovor s tuženikom *ex lege* ništetan jer je, npr., fiktivan, predmet njihova spora su subjektivna materijalna prava koja bi na temelju tog ugovora postojala da ugovor nije ništetan (odnosno obveze kao naličje tih prava u pravnom odnosu). Kada traži utvrđenje očinstva, predmet spora je tužiteljev pravni status tuženikova djeteta, a i sva međusobna subjektivna materijalna prava i obveze koji čine pravni odnos djeteta i roditelja. Kada tužitelj traži utvrđenje da je tuženikova odluka o otkazu ugovora o radu ništavna, predmet spora je tužiteljev pravni status u radnom odnosu, a i sporna subjektivna materijalna prava i obveze koji u tom odnosu pripadaju tužitelju. Kada tužitelj traži utvrđenje da je ostaviteljeva oporuka ništetna, predmet njihova spora je pravni status ostaviteljeva nasljednika, nasljedno pravo i sve ono od čega se sastoji pravni položaj nasljednika ili pak drugo pravo nasljednopравne naravi (pravo na zapis) koje bi mu na temelju te oporuke pripadalo da ona nije ništetna itd.

⁵⁷ V. Grbin, I., *op. cit.* u bilj. 46, str. 972 - 973.

Sudski spor ima i svoju tzv. činjeničnu osnovu, činjenice koje su pravno relevantne za prosudbu materijalnopravnog odnosa tužitelja i tuženika, dakle za ocjenu osnovanosti tužbenog zahtjeva. Premda se katkad govori o pravno-generativnim činjenicama ili o pravno-proizvodnoj činjeničnoj osnovi, to se ne bi smjelo shvatiti doslovno. Činjenice same po sebi nisu niti mogu biti pravno-proizvodne. Postojanje nekih činjenica može tek biti pretpostavka koja će se trebati ispuniti u realnom svijetu da bi iz pravnih norma za neku osobu proizašlo neko subjektivno pravo, odnosno da bi se postojeće pravo promijenilo ili prestalo. Ako u nekom slučaju činjenice budu onakve kakve pravna norma za to predviđa, nastat će, izmijenit će se ili će prestati neko subjektivno pravo, ali ne kao proizvod tih činjenica nego kao posljedica djelovanja onih materijal-nopravnih norma koje su odredile da će posljedica postojanja te vrste činjenica biti nastanak, promjena ili prestanak tog subjektivnog prava.⁵⁸ Upravo zbog te uloge koju činjenice imaju u nastanku, promjeni i prestanku subjektivnih materijalnih prava postoji veza između materijalnopravnog elementa sudskog spora i činjeničnog stanja. Spoznaja činjeničnog stanja u spornom odnosu omogućuje zaključak o materijalnopravom temelju sudskog spora. Međutim, istinita spoznaja činjenica je jednako teška⁵⁹ koliko i važna. Ne utvrdi li se u sudskom sporu relevantno činjenično stanje istinito, to će za sobom povući pogrešnu ocjenu materijalnopravnih, a katkad i procesnopravnih elemenata tog spora.^{60 61}

⁵⁸ Pravno-proizvodne su jedino materijalnopravne norme (iz odgovarajućih pravnih izvora) koje su odredile da će subjektivna prava nastati (promijeniti se ili prestati) pod pretpostavkom da činjenice budu onakve kakve te norme za to predviđaju.

⁵⁹ Istini je Michel Foucault posvetio ciklus veoma poznatih predavanja (1983. - 1984.) na Collègeu de France kojima je bacio novo svjetlo na stare probleme i potaknuo razmišljanja u novom smjeru. Ta predavanja je pod naslovom *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II* objavio Gallimard u Parisu 2009., a na njemački preveo Jürgen Schröder pod naslovom *Der Mut zur Wahrheit*, Berlin, 2012.

⁶⁰ Prijeti velika opasnost od pogrešne slike o činjeničnom stanju u spornom odnosu pa u tom pogledu leži na sudu velika odgovornost. Uz poteškoće koje uopće opterećuju svaku spoznaju istine, u sudskim postupcima postoji i sasvim praktična opasnost od prikri-vanja, iskrivljavanja pa i lažnog prikazivanja činjenica, manipuliranja slikom o njima. Prijeti, dakako, i opasnost da sud možda neće uspjeti ispravno ocijeniti koje činjenice su sa stajališta norma materijalnog prava mjerodavne, a i od pogreške u zaključivanju.

⁶¹ S tim se problemom sudovi stalno susreću i bore, s više ili manje uspjeha. Nisu rijetki slučajevi u kojima viši sud ukida odluke suda nižeg stupnja zbog nepotpuno ili pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Time se, dakako, odugovlači pravomoćno rješavanje sud-

D. Uloga materijalnog prava u sudskom postupanju i odlučivanju

Sud koji vodi parnicu upravlja postupkom prema procesnim pravilima, ali nipošto sasvim neovisno o pravilima materijalnog prava. Prema odgovarajućim procesnopravnim pravilima sud ispituje stranke i odlučuje o njihovim prijedlozima i drugim procesnim radnjama⁶², odlučuje o izvođenju dokaza vodeći računa o materijalnopravnom temelju i predmetu spora te, u vezi s tim, o zahtjevima procesne ekonomije.⁶³ Da bi sud mogao zaključiti je li, odnosno koliko je tužba materijalnopravno osnovana, a i jesu li, odnosno koliko su osnovani tuženikovi materijalnopravni prigovori i eventualni protuzahitjevi, sud treba spoznati (utvrditi) činjenice koje su za to relevantne. No, koje bi činjenice mogle biti relevantne u sporu koji vodi, sud će trebati prosuditi prema normama materijalnog prava jer one su te koje određuju nastanak, promjenu i prestanak subjektivnih prava (i/ili obveza) kao posljedicu postojanja određenih vrsta činjenica i njihovih kombinacija. Sud prema procesnim pravilima odlučuje koje će od predloženih dokaza izvesti radi utvrđivanja relevantnih, a spornih činjenica, ali koje bi činjenice mogle biti relevantne, to će sud trebati prosuditi prema kriteriju koji mu za to pružaju odgovarajuće norme objektivnog materijalnog prava.⁶⁴

Pošto spozna relevantne činjenice (tj. ocijeni da su relevantne sporne činjenice dovoljno dokazane), sud je u stanju donijeti svoju odluku o meritumu spora. Nju treba donijeti prema odgovarajućim procesnim pravilima, ali, kao što se to obično kaže, primjenjujući materijalno pravo na činjenice koje je spoznao.⁶⁵ Ta će odluka odražavati njegovu prosudbu je li tužbeni zahtjev zaista materijalnopravno osnovan, odnosno koliko je osnovan kada se u obzir uzmu osnovani materijalnopravni prigovori i protuzahitjevi tuženika. Svojom odlukom o meritumu spora sud ne smije odrediti nešto drugo, a ni išta više od

skih sporova, ali to ne bi smjelo obeshrabiliti odgovorna nastojanja da spoznaja bitnih činjenica bude toliko bliska istini koliko je to u praksi najviše moguće postići.

⁶² V. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 52.

⁶³ Sud je dužan postupak provesti bez odugovlačenja, u razumnom roku, i sa što manje troškova te onemogućiti svaku zlouporabu prava u postupku (čl. 10., st. 1. ZPP-a).

⁶⁴ Tako je i kada sud odluči da će izvesti dokaze koje stranke nisu predložile, ali je posumnjao da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati jer su suprotni prisilnim propisima (čl. 7., st. 2. ZPP-a).

⁶⁵ O ulozi dokazivanja činjenica v. Radolović, A., *Suđenje osnovom pravičnosti, diskreciono ovlaštenje suca i slobodna ocjena dokaza*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, 1998., str. 1049 – 1063.

onoga što je tužitelj zahtijevao. Ako primijenivši materijalno pravo na ono što je u postupku spoznao o činjenicama dođe do zaključka da tužitelj ima ono subjektivno materijalno (građansko ili neko drugo privatno) pravo na kojem se temelji njegov tužbeni zahtjev, sud će taj tužbeni zahtjev usvojiti (u granicama procesnopравnih mogućnosti). No, neće smjeti udovoljiti tužbenom zahtjevu ako primjenom norma materijalnog prava dođe do zaključka da tužitelj nema to subjektivno materijalno pravo, odnosno neće mu smjeti udovoljiti u pogledu onoga do čega ne dosežu ovlaštenja koja mu daje njegovo subjektivno materijalno pravo.⁶⁶

Donese li sud svoju odluku o meritumu tužbenog zahtjeva, a da nije utvrdio ili je pogrešno utvrdio neku činjenicu koja je prema kriteriju koji daju materijalno-pravne norme odlučna za ocjenu materijalno-pravnog elementa spornog odnosa stranaka, ta će odluka biti pobojna zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (čl. 353., st. 1., t. 2. i čl. 355. ZPP-a) pa će je drugostupanjski sud povodom žalbe ukinuti i uputiti predmet prvostupanjskom na ponovno suđenje (čl. 370. - 371. ZPP-a). Odluka o meritumu tužbenog zahtjeva bit će pobojna i u slučaju da je sud potpuno i ispravno utvrdio sve relevantne činjenice ako ju je donio pogrešno primijenivši materijalno pravo (čl. 353., st. 1., t. 3. ZPP-a), ako, naime, nije primijenio neku odredbu materijalnog prava koju je trebao primijeniti ili je nije pravilno protumačio i primijenio (čl. 356. ZPP-a). Bude li prvostupanjska odluka žalbom osnovano pobijana zbog pogrešne primjene materijalnog prava, drugostupanjski sud će je preinačiti da bi sudska odluka bila primjerena onom što određuju norme materijalnog prava (čl. 373. ZPP-a). I drugostupanjski sud će svakako morati postupati prema odgovarajućim pravilima procesnog prava, ali će se pri ocjeni osnovanosti žalbe koja mu je uložena zbog pogrešne primjene materijalnog prava služiti kriterijem koji daju odgovarajuće norme materijalnog prava. Drugostupanjski sud će se i pri ocjeni osnovanosti žalbe koja je uložena zbog pogrešnog ili nepotpunog činjeničnog stanja redovito služiti materijalno-pravnim kriterijem jer, kao što je kazano, ocjena o tome koje činjenice su u postojećem sporu relevantne redovito ovisi o primjenjivim materijalno-pravnim normama.

⁶⁶ Ako, odnosno ukoliko prema kriteriju koji mu daju materijalno-pravne norme, sud zaključi da tužbeni zahtjev nema svoj pravni temelj u subjektivnom materijalnom (građanskom ili neko drugom privatnom) pravu koje tužitelja ovlašćuje na ono što je zatražio da sud naredi tuženiku, zaključit će da taj zahtjev nije materijalno-pravno osnovan pa će ga odlukom odbiti (čl. 338., st. 3. ZPP-a).

Drugostupanjske sudske odluke su podložne reviziji pod pretpostavkama što ih određuju pravila građanskog procesnog prava pa kada su te ispunjene, revizija protiv tih odluka može biti podnesena i zbog pogrešne primjene materijalnog prava (čl. 385., st. 1., t. 3. ZPP-a).⁶⁷ Bude li podnesena revizija pa revizijski sud utvrdi da je u drugostupanjskoj odluci materijalno pravo pogrešno primijenjeno, on će svojom presudom reviziju prihvatiti i u pravilu preinačiti pobijanu presudu (čl. 395., st. 1. ZPP-a). Ako ustanovi da je zbog pogrešne primjene materijalnog prava činjenično stanje nepotpuno utvrđeno pa da zbog toga nema uvjeta za preinaku pobijane presude, prihvatit će reviziju i u cijelosti ili djelomično ukinuti presude prvostupanjskog i drugostupanjskog suda (odnosno samo presudu drugostupanjskog suda) te vratiti predmet na ponovno suđenje (prvostupanjskom, odnosno samo drugostupanjskom sudu). (čl. 395., st. 2. i 396. ZPP-a).

Kada govorimo o odnosu materijalnog i procesnog prava u parnicama, moramo spomenuti i to da prosudba nekih, na prvi pogled isključivo procesnopravnih pitanja, ovisi u krajnjoj liniji o pravilima materijalnog prava. To je, npr., slučaj s ocjenom je li stranka uredno zastupana ili nije, je li izjava stranke o priznanju ili odricanju dana bez mana volje ili u bitnoj zabludi, pod utjecajem prisile ili prijevare. Često će i prosudba postojanja ili nepostojanja interesa o kojem ovise procesna prava stranaka (kolektivnog interesa, pravnog interesa)⁶⁸ ovisiti o materijalnopravnom aspektu položaja u kojem se nalazi ili bi se mogla naći ona stranka čiji se interes prosuđuje.

3. KOLIKO PARNICA UTJEČE NA SPORNI GRAĐANSKOPRAVNI ODNOS STRANAKA

A. Utjecaj litispendencije

Time što je dostavljanjem tužiteljeve tužbe tuženiku njihov spor postao sudski spor, njihov se građanskopravni odnos u biti nije izmijenio. Ipak, neke

⁶⁷ Podložnošću drugostupanjskih odluka reviziji zbog bitnih povreda parničnog postupka (čl. 385., st. 1., t. 1. i 2. te st. 2. i 3. ZPP-a) ovdje se ne bavimo nego pažnju usredotočujemo na ulogu materijalnog prava u parnicama.

⁶⁸ I kada ZPP nije postojanje pravnog interesa izričito odredio kao pretpostavku poduzimanja neke parnične radnje (kao što je to odredio za podnošenje deklaratorne tužbe, tužbe za izdavanje platnog naloga ili revizije), stranka treba imati takav interes jer pravo na pravnu zaštitu pripada samo onome tko ima pravni interes, koji zaslužuje da mu država (javna vlast) pruža sudsku zaštitu.

procesnopravne posljedice postojanja parnice (litispendencija) utječu ili bi mogle utjecati na građanskopravni odnos stranaka. Ne samo da se zbog litispendencije ne može među istim strankama pokrenuti nova parnica u pogledu istog zahtjeva (čl. 194., st. 3. ZPP-a)⁶⁹, što je neposredni procesnopravni učinak litispendencije, nego je otvorena mogućnost određivanja privremenih mjera osiguranja (radi osiguranja novčanih ili nenovčanih tražbina) i prethodnih mjera osiguranja (ako već postoji odluka koja nije ovršna).⁷⁰ Određivanje i ukidanje mjera osiguranja obavljaju se na temelju pravila procesnog prava, ali upravo s ciljem da se time utječe na izvršavanje subjektivnih građanskih prava osoba protiv kojih sud određuje tu mjeru. Kada sud odredi neku mjeru osiguranja, ta će, dok god ne bude ukinuta, u većoj ili manjoj mjeri utjecati na subjektivna građanska prava na koja se odnosi, a katkad i na materijalnopravnu poziciju trećih osoba.

B. Utjecaj pravomoćnih presuda

Pošto sudski spor tužitelja i tuženika bude okončan pravomoćnom sudskom odlukom o meritumu⁷¹, imat će to mnogostruke posljedice. Glavne procesnopravne posljedice bit će da više neće biti dopušteno ulaganje redovnih pravnih lijekova ni pokretanje nove parnice među istim strankama o istom zahtjevu, a da će, nakon što protekne paricijski rok, biti otvoren put za pokretanje ovršnog postupka radi ostvarivanja onoga što ta odluka određuje.⁷² Dakako da pravomoćno okončanje sudskog spora treba imati i materijalnopravne posljedice jer je svrha parnice upravo ta da pravomoćna odluka koju sud donese o meritumu spora utječe na materijalnopravni, izvansudski odnos parničnih stranaka. Taj je prethodio pokretanju sudskog spora, trajao je za vrijeme parničnog postupka, a kada je taj postupak dovršen pravomoćnom odlukom o meritumu stvari, ona bi na nj trebala djelovati. Ona to zaista i čini jer – kaže se – pravomoćna presuda

⁶⁹ S tim u vezi postoji problem određivanja predmeta i identiteta spora koji je iscrpno prikazao i o tome izložio vlastiti stav Mihajlo Dika u: Dika, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 112 - 211.

⁷⁰ V. Tomičić, L., *Privremene i prethodne mjere*, Zagreb, 2010.

⁷¹ Isto, dakako, vrijedi i za sudsku nagodbu.

⁷² O djelovanju pravomoćnosti sudskih odluka v. Triva, S.; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 626 - 657; Radolović, A., *Pravomoćnost (i definitivnost) sudske presude i nemogućnost odnosno nedopustivost sadržaja ili predmeta obveze*, Vladavina prava, br. 2/6, 1998., str. 113 - 119.

je za stranke zakon. To znači da je njome uklonjena dotadašnja neizvjesnost o onome o čemu je sud pravomoćno presudio; to je postalo pravno nesporno (premda će nerijetko biti među strankama i nadalje sporno na nepravnoj razini njihovih odnosa). Inače u pogledu djelovanja na građanskopravni odnos stranaka treba razlikovati pravni učinak pravomoćnih sudskih odluka o kondemnatornim, konstitutivnim i deklaratornim tužbenim zahtjevima.

Pravomoćne sudske odluke o kondemnatornim tužbenim zahtjevima ne mijenjaju subjektivna prava ni obveze stranaka pa ne utječu na pravni aspekt njihovih materijalnopravnih odnosa. Utječu na ostale aspekte njihovih socijalnih odnosa, socijalni, emotivni, financijski i sl., ali ne neposredno i na pravni. Sud svojom odlukom o kondemnatornom zahtjevu ne stvara strankama nikakvo novo pravo, odnosno obvezu nego samo s obzirom na stanje činjenica u spornom odnosu i materijalnopravne norme koje se na to odnose prosuđuje njihov pravni odnos. Sud je vodio postupak da bi prosudio je li tužitelju zaista pripadalo subjektivno pravo na kojem je temeljio svoj kondemnatorni tužbeni zahtjev, je li tuženik zaista s pravom postavio svoje materijalnopravne prigovore i protuzahtjeve pa je prema toj prosudbi presudio. Ta presuda je ovršni naslov pa će ono što je sud njome odredio moći biti i prisilno provedeno u ovršnom postupku ne bude li to izvršeno dobrovoljno. Presudivši da je tuženik dužan tužitelju izvršiti određenu činidbu sud nije odredio ništa novo nego je samo prosudio koji je bio pravni učinak djelovanja norma materijalnog prava na materijalnopravni odnos parničnih stranaka.⁷³ Tek izvršenjem, dobrovoljnim ili ovršnim, onoga što je pravomoćna sudska odluka odredila, uskladit će se odnos parničnih stranaka s materijalnim pravom. Međutim, ako je sud pogrešno prosudio da su neke činjenice pravno relevantne, iako one to nisu; da su neke činjenice dokazane, a one to nisu; da su norme materijalnog prava izazvale one pravne učinke koje one nisu izazvale pa je stoga njegova pravomoćna odluka u sudskom sporu bila pogrešna, ali je postala pravomoćna, njezin je materijalnopravni učinak drukčiji. Na temelju takve, pogrešne odluke nastalo je za neku od parničnih stranaka subjektivno pravo, odnosno obveza koje do tada nije bilo, ali joj je sud izrekom svoje odluke dao egzistenciju. Jedino pogrešna pravomoćna kondemnatorna odluka stvara subjektivno materijalno pravo, odnosno obveze među strankama, čime itekako utječe na njihov međusobni odnos.

⁷³ Pravomoćnom sudskom odlukom ne nastupa obnova (novacija) ičijih obveza.

Za razliku od kondemnatornih, pravomoćne konstitutivne odluke trebale bi utjecati na materijalnopravne odnose stranaka. Svrha parničnih postupaka koji se vode o konstitutivnim tužbenim zahtjevima je uređenje odnosa sudskom odlukom koja će, pošto postane pravomoćna, utjecati, i to u pravilu neposredno, na materijalnopravni odnos parničnih stranaka. Ako je na temelju nekog svog potestativnog prava, dakle subjektivnog materijalnog prava koje svojeg nositelja ovlašćuje da, ishodišći odluku suda, proizvede određeni pravni učinak prema drugoj osobi (osnivanje, promjenu ili prestanak pravnog odnosa s njom) tužitelj od suda zahtijevao da odredi nastupanje nekog pravnog učinka, pravomoćna sudska odluka kojom bi on taj zahtjev usvojio, imala bi odgovarajući učinak na pravni odnos tužitelja i tuženika.^{74 75} Sud će, naravno, do odluke i njezine pravomoćnosti doći u parničnom postupku prema odgovarajućim procesno-pravnim pravilima, ali će pravomoćna konstitutivna sudska odluka proizvesti materijalnopravni učinak.

Deklaratorne sudske odluke nemaju neposrednu materijalnopravnu nego procesnopravnu funkciju. Kao što smo već spomenuli, neposredna funkcija tužba za utvrđenje je zapravo procesnopravna. Ono što sud pravomoćno utvrdi svojom odlukom redovito je namijenjeno tomu da tužitelju posluži u nekom drugom sudskom ili upravnom postupku u kojem više neće moći biti osporavano. Deklaratorne sudske odluke ne proizvode nikakav neposredni materijalnopravni učinak na odnos tužitelja i tuženika⁷⁶, ali ih se donosi da

⁷⁴ Na primjer, ako je tužitelj na temelju svojeg prava na poništaj ili na razvod braka ishodio pravomoćnu presudu kojom sud poništava brak s tuženom osobom, odnosno razvodi ga, brak je prestao u trenutku pravomoćnosti te presude. (čl. 34., st. 2. Obiteljskog zakona).

⁷⁵ Od toga treba razlikovati situaciju u kojoj je tužiteljevo potestativno pravo već djelovalo po sili norma materijalnog prava (npr., poništivši ugovor). U takvoj će situaciji sudska odluka samo konstatirati učinak koji je u materijalnopravnom odnosu stranaka već nastupio. Ako je materijalnopravni učinak na pravni odnos tužitelja i tuženika već nastupio samim očitovanjem tužiteljeve volje (npr., primanjem izjave o prihvatanju ponude, čl. 262. ZOO-a) ili pak na temelju zakona (npr., ako je kupac robe s nedostatkom dao prodavatelju naknadni primjereni rok za ispunjenje ugovora, a taj nije ni u tom roku ispunio ugovor, čl. 413. ZOO-a), taj učinak na pravni odnos tužitelja i tuženika može biti predmetom sudskog spora, ali odluka koju će sud donijeti neće biti konstitutivne nego deklaratorne naravi.

⁷⁶ O tome da podnošenje ili nepodnošenje nekih vrsta deklaratornih tužba ipak ima parakonstitutivni učinak, na što je već upozorio Mihajlo Dika (v. Dika, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 255 - 256), bilo je već ranije govora.

bi se utvrdio materijalnopravni učinak koji je već nastupio⁷⁷ ili da se pripremi procesnopravni teren za vođenje daljnjih postupaka.⁷⁸

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Materijalno i procesno građansko pravo imaju, bez obzira na njihovu tako različitu pravnu narav, mnogobrojne, višeslojne i neraskidive funkcionalne veze. Stoga sudski sporovi imaju, uz procesnopravnu, i svoju neizostavnu materijalnopravnu komponentu (zanemare li se neke iznimne situacije). Procesnopravna im daje dinamiku, a materijalnopravna cilj i društvenu svrhu. Obje se u sudskom sporu isprepliću i međusobnom suradnjom vode k zajedničkom cilju, pravomoćnoj odluci o meritumu tužbenog zahtjeva.

Svaki se sudski spor zapravo vodi oko nekih subjektivnih prava (i/ili obveza), odnosno građanskopravnog (privatnopravnog) statusa stranaka, a ne oko činjenica, bez obzira što su najčešće (i) činjenice sporne pa se o njima raspravlja te nastoji spoznati i dokazati činjenično stanje. To je, naravno, potrebno. Spoznaja činjenica o pravnom odnosu parničnih stranaka otkriva postojanje i pravnu sudbinu subjektivnih materijalnih prava (i/ili obveza) stranaka jer norme materijalnog prava vežu nastajanje, promjenu i prestanak subjektivnih prava (i/ili obveza) uz neke vrste činjenica i njihove kombinacije kao pretpostavke nastupanja tih pravnih učinaka. Stoga Mihajlo Dika ispravno upozorava da “osnovanost tužbenog zahtjeva kao prijedloga izreke presude određenog sadržaja nije moguće ocijeniti izravno na temelju iznijetih činjenica koje će biti iznijete i utvrđivane u postupku. Da bi sud mogao donijeti odluku o tome, on mora na utvrđeno činjenično stanje primijeniti materijalno pravo i primjenom tog prava doći do zaključka jesu li *in concreto* ispunjeni uvjeti za prihvaćanje tužbenog

⁷⁷ Ako je materijalnopravni učinak na pravni odnos tužitelja i tuženika već nastupio samim očitovanjem tužiteljeve volje (npr., primanjem izjave o prihvaćanju ponude, čl. 262. ZOO-a) ili pak na temelju zakona (npr., ako je kupac robe s nedostatkom dao prodavatelju naknadni primjereni rok za ispunjenje ugovora, a taj nije ni u tom roku ugovor ispunio, čl. 413. ZOO-a), taj učinak na pravni odnos tužitelja i tuženika može biti predmetom sudskog spora, ali odluka koju će sud donijeti neće biti konstitutivne nego deklaratorne naravi.

⁷⁸ Ako je deklaratorna sudska odluka pogrešna, ona može izazvati materijalnopravne učinke kao, npr., u slučaju da je pogrešno utvrđeno očinstvo ili majčinstvo djeteta.

zahtjeva.⁷⁹ S time se svakako treba u potpunosti složiti i samo još možda dodati pojašnjenje da će to biti zaključak o subjektivnim pravima, odnosno obvezama ili o pravnom statusu parničnih stranaka.

Bez obzira na neka veoma utjecajna učenja (s kojima ovdje nećemo polemizirati) prema kojima pravni poreci nisu sustavi prava koja mogu pripadati pojedincima nego su sustavi njihovih dužnosti, iz norma materijalnog prava nesumnjivo za pojedince proizlaze subjektivna građanska (privatna) prava. Sporovi koji izbijaju među pojedincima u vezi s njihovim sudjelovanjem u pravnim odnosima sporovi su o njihovim subjektivnim pravima ili pravnim statusima, odnosno o obvezama kao naličju subjektivnih prava u tim odnosima. Kada neki od sudionika u sporu podnese tužbu sudu pa time spor dobije dimenziju sudskog spora, tada je subjektivno pravo ili pravni status koji tužitelju navodno pripada i koji on nastoji sudskim putem ostvariti (zaštititi) u odnosu prema tuženiku materijalnopravni temelj tog sudskog spora.

Za vođenje i tijek parničnog postupka najvažnija je jasna spoznaja na kojem je svojem navodnom subjektivnom materijalnom pravu ili pravnom statusu tužitelj utemeljio svoj tužbeni zahtjev, odnosno koje to svoje navodno subjektivno pravo ili pravni status nastoji tim putem ostvariti (ili zaštititi). Ta spoznaja je potrebna sudu, tuženiku kao i drugim sudionicima parničnog postupka (umješačima) da svoje djelovanje u parnici usmjere prema utvrđivanju i dokazivanju onih činjenica koje su zaista relevantne za pravno rješenje spora. Nema li o tom jasnu spoznaju, sud će se u obavljanju svojeg i inače veoma zahtjevna i teška zadatka nalaziti u zaista nezavidnoj situaciji u kojoj će moći samo nagađati o materijalnopravnom temelju spora. U takvoj će situaciji prijetiti opasnost da njegovo postupanje ne bude primjereno potrebama i zahtjevima procesne ekonomije.⁸⁰ Nipošto nije manje važno da je jasna spoznaja o pravnom temelju tužbenog zahtjeva potrebna i parničnim strankama da bi u sporu mogle nastupati kao

⁷⁹ Dika, M., *op. cit.* u bilj. I, § 19/3, str. 176.

⁸⁰ Sud, dakako, treba znati pravo (*iura novit curia*), ali treba i znati koje materijalnopravne norme dolaze u obzir za primjenu u pogledu tužiteljeva zahtjeva. Ako o materijalnopravnom temelju tog zahtjeva može samo nagađati, morat će utvrđivati puno širi krug činjenica od onih koje su zaista mjerodavne, morat će udovoljavati procesnim zahtjevima stranaka koji nisu potrebni itd. Kada viši sud bude odlučivao povodom žalbe, možda će doći do zaključka da je potrebno proširiti krug činjenica koje bi trebalo utvrditi i/ili da je potrebno udovoljiti nekim procesnim zahtjevima i prijedlozima koje je prvostupanjski sud otklonio kao nepotrebne.

svjesni i savjesni sudionici koji slobodno izvršavaju svoja subjektivna prava i njima raspolažu, pa i snose odgovornost za to.

Budući da sudski spor ima i materijalnopravnu i procesnopravnu komponentu, bilo bi potrebno u ocjeni identiteta sudskog spora⁸¹ uzimati u obzir i njegov materijalnopravni temelj. Obje komponente sudskog spora određuju njegov identitet koji je presudno važan s obzirom na probleme objektivne kumulacije tužbenih zahtjeva, preinake tužbe te djelovanja litispendencije i pravomoćnosti sudske odluke. Krajnje pojednostavljeno, da bi se moglo zaključiti da je jedan sudski spor identičan s drugim pa da mu zato nema mjesta jer se prvi vodi ili je već pravomoćno okončan, nije dovoljno da su oba sporovi među istim strankama, da su činjenice slučaja iste i da u obama tužitelj isto zahtijeva od tuženika nego je potrebno voditi računa i o materijalnom temelju sudskog spora. Ne uzme li se i on u obzir, može se katkad zaključiti da je jednako i ono što ipak nije jednako, a onda odatle mogu proizići procesnopravne posljedice koje će se negativno odraziti na subjektivnim pravima, privatnopravnom statusu i obvezama nekih osoba.⁸²

Summary

Nikola Gavella *

ON RELATIONSHIP BETWEEN SUBSTANTIAL AND PROCEDURAL LAW IN CIVIL DISPUTES THE VIEWPOINT OF PRIVATE (CIVIL) LAW

The relationship between so-called substantive law (in particular, civil and private law) on one side, and civil procedural law on the other side, was subject to various un-

⁸¹ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 1, § 19/38, str. 194 *sqq.*

⁸² Neuzimanje u obzir materijalnopravnog temelja spora ima za posljedicu sudsku praksu koja negira dopuštenost kumuliranja naknade štete i osigurnine iz ugovora o osiguranju od posljedica nesretnog slučaja. O tome v. Matijević, B., *Kumuliranje naknade za štetu i osigurnine*, Hrvatska pravna revija, br. 2, 2008., str. 27 - 35; Belanić, L., *Kumulacija zahtjeva za naknadu štete i osigurnine iz ugovora o osiguranju od posljedica nesretnog slučaja*, Informator, br. 5953, 2011., str. 11 - 12 i br. 5954, str. 5 - 6.

* Nikola Gavella, Ph. D., Professor Emeritus, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

derstanding and long standing disputes in academic writings and professional papers. This, of course, had its impact on legislation and case-law. Gradually, the prevailing opinion on this subject became the view according to which substantive civil law and civil procedural law are two independent segments of legal system, but interconnected by their respective roles and functions within the legal system. The role of substantive civil law within legal system is to regulate by its provisions mutual relationships among free and equal individuals – those who enter into relationships of civil (private) law. While fulfilling this role, substantive law establishes legal causation, according to which certain effects of civil law nature occur – creation, transformation and termination of subjective civil-law (private law) rights (as well as of respective obligations, which are in the law of obligations only the reverse side of rights). Legal norms and the rights of individuals that stem from them exist in a non-material world, and their purpose is to have an impact on the relationships between individuals in the real world. In order to achieve this purpose, the norms have to be respected and obeyed in the real world. Since some persons on some occasions do not wish to obey the norms voluntarily, it is necessary to secure the support of public authorities, so that the rights inherent in substantive law would become effective also in respect of such individuals. This function is given to courts, and the way of their operation is determined by the organizational and functional norms of civil procedural law. Insofar, through administration of justice, substantive civil law meets civil procedural law. In judicial area, substantive civil law and civil procedural law collaborate in the manner required and defined by their role in the legal system. In spite of the fact that both have separate areas of operation, separate methods, and separate, rather different legal nature, in the cases where their areas of operation overlap, substantive and procedural civil law live in a specific symbiosis. Substantive civil law gives to procedural law its sense and existential purpose, while procedural law enables substantive law to be effective in social interaction in all cases where power and intervention of the public authority – the court – is needed. While aspiring to achieve common goals, they support each other, but at the same time they limit somewhat each other.

Mutual relationship between substantive and procedural civil law in contemporary Croatian legal order may at best be discussed from the perspective of the role of substantive civil law in court litigation proceedings. It may be revealed that civil litigation has its procedural and substantive components; procedural side secures dynamics, while substantive provides goals and social purpose. Both are intertwined – they collaborate on the journey towards the common objective – final and binding decision on the merits of the dispute. The disputes that happen among individuals regarding their participation in legal relationships are the disputes on their rights or legal status, or the disputes regarding obligations that are the flip side of the rights in these relationships. When any of the parties in dispute

commences civil proceedings, and the disagreement escalates into court litigation, the right or legal status claimed and enforced by the claimant against the defendant is the private law foundation of this judicial dispute.

It is of utmost importance for the conduct and continuation of civil litigation to obtain clear picture of the alleged rights or legal status, ie to realize what alleged rights or legal status the claimant wishes to enforce (or to protect). This is important for both the court and the defendant, as well as for the other participants in the litigation proceedings (eg for the third intervening parties), so that they can direct their actions within the litigation proceedings on allegations and evidence-taking of only those facts that are really essential for the outcome of the case. If such clear picture is lacking, the court will find itself in the position in which its (otherwise very demanding and difficult) task will be even more precarious as it would be able only to speculate on the substantive law foundations of the dispute. This may further lead to inappropriate, inefficient and ineffective conduct of the proceedings. A clear picture of the legal foundations of the claim is not less important for the parties to a dispute, so that they may act in the dispute as conscious and conscientious participants that freely dispose of and enforce their rights, and assume liability for their actions.

Due to this dual nature - substantive and procedural - of judicial disputes, it is essential to consider their legal foundations when evaluating the identity of a judicial dispute. Both components of a judicial dispute determine its identity, which is of crucial importance when some other issues occur, eg the issue of merger of claims; amendments to statement of claim, as well as the operation of lispendetand res iudicataprinciples. In a rather simplified form: in order to conclude that one judicial dispute is identical with another one, so that the later dispute has to be dismissed because the earlier is pending or is finally adjudicated, it is not sufficient to have identical parties, identical facts and that in both disputes the same relief is claimed. In addition, it is necessary to pay attention to the substantive law foundation of the legal dispute. If such foundation is not taken into consideration, one can arrive to conclusion that a dispute is identical although this is not the case. From such an error, further procedural actions that negatively affect the rights, the status and the obligations of the involved persons can be derived.

Keywords: substantive law, civil (private) law, civil procedural law, rights, legal foundation, dispute, court litigation.

USTAVNO PRAVO NA ŽALBU U GRAĐANSKIM STVARIMA: JAMSTVO ISPRAVNOG PRAVOSUĐENJA ILI RELIKT PROŠLOSTI?

*Prof. dr. sc. Alan Uzelac **

Hrvatski pravni poredak jamči pravo na žalbu na vrlo velikodušan način. Ustavna jamstva tiču se ne samo kaznenog nego i građanskog te upravnog postupka. U tom smislu hrvatska ustavna jamstva nalaze se u raskoraku s ljudskopravnim standardima iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda koja pravo na žalbu u građanskim stvarima načelno ne jamči, a razlikuju se i od pristupa velikog dijela europskih pravosudnih sustava koji radi osiguranja djelotvornosti i pravodobnosti pravne zaštite te načela ekonomičnosti i razmjernosti diferencirano pristupaju tom pravu, djelomično ga ograničavajući, a djelomično isključujući u raznim kategorijama građanskih postupaka.

Ključne riječi: pravo na žalbu, Ustav, procesna ljudska prava, građanski postupak, parnica.

1. UVOD

Ideal svakog sudskog postupka je ispravna odluka. Mogućnost greške immanentna je svakoj ljudskoj djelatnosti, tako i suđenju. Pravilnost i zakonitost suđenja treba osigurati i u interesu stranaka i u javnom interesu. Kako navodi Dika, "...nepravilnim i nezakonitim suđenjem ugrožavaju se i temeljne (pravno-političke) zasade i ciljevi pravnog poretka, dovodi u pitanje pravna sigurnost, povjerenje pravnih subjekata u pravosudni sustav, njihova spremnost da poštuju zakone i odluke koje sudovi donose primjenjujući ih."¹

* Dr. sc. Alan Uzelac, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Dika, M., *Građansko parnično pravo. Pravni lijekovi. X. knjiga*, Zagreb, 2010., str. 2.

Utoliko je postojanje sustavnih mogućnosti provjere ispravnosti postupanja i suđenja poželjno te većina današnjih državnih pravosuđa omogućava u raznovrsnim tipovima postupaka preispitivanje i provjeru sudskih presuda, katkad u dvama stupnjevima, a katkad i u više stupnjeva suđenja. Najproširenije i najopćenitije sredstvo preispitivanja sudskih odluka sa svrhom osiguranja njihove pravilnosti i zakonitosti jest žalba (engl. *appeal*, fr. *appel*, njem. *die Berufung*).²

Ne dovodeći u pitanje načelnu korisnost i potrebu otklanjanja pogrešaka do kojih u sudskom postupku može doći, u ovom radu želimo ispitati bi li i u kojoj mjeri apsolutnost i univerzalnost prava na žalbu bile poželjne u kontekstu građanskih sudskih postupaka. To pitanje želi se istražiti na dvjema razinama: najprije na višoj razini ustavnih načela i ljudskopravnih standarda, a potom i na komparativnopravnoj razini, u usporedbi prakse europskih pravosudnih sustava. Glavna teza ovoga rada je da bi odredbu čl. 18. hrvatskog Ustava trebalo kritički preispitati te je reinterpretirati u svjetlu međunarodnih procesnih standarda i trendova u razvoju građanskog sudskog postupka.

2. USTAVNI HORIZONT – HRVATSKI USTAV V. EUROPSKA KONVENCIJA

A. Sadržaj ustavnog prava na žalbu u kontekstu građanskih predmeta

Članak 18. Ustava RH³ jamči pravo na žalbu “protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom.” Iznimno, pravo na žalbu može biti isključeno u slučajevima određenima zakonom “ako je osigurana druga pravna zaštita.” Ta odredba Ustava vrlo je široka te postulira pravo na žalbu kao univerzalno pravo u, načelno, svim

² Definicija žalbe sadrži nekoliko sastavnica univerzalno prihvaćenih u svim pravnim sustavima. Riječ je o obraćanju nezadovoljne stranke u postupku višem tijelu radi preispitivanja odluke nižeg tijela, radi otklanjanja grešaka koje je to tijelo navodno počinilo. Usp. Black, H. C., *Black's Law Dictionary*, 6. izd., St. Paul, 1990., str. 96; Gifis, S., *Law Dictionary*, 4. izd., New York, str. 27; Jauch, G. (ur.), *Lexicon Recht*, Wiesbaden, 1985, str. 30; Mozley, H. N.; Whiteley, G. C., *Law Dictionary*, London, 1993., str. 17; Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 672 - 673.

³ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 8/98 (pročišćeni tekst), 113/00, 124/00 (pročišćeni tekst), 28/01, 41/01 (pročišćeni tekst), 55/01 (ispr.), 76/10, 85/10 (pročišćeni tekst), dalje u tekstu: Ustav.

vrstama sudskih postupaka pa i šire. Citirani članak nalazi se u trećoj glavi Ustava koja uređuje zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, i to u njenu prvom dijelu koji nosi naziv Zajedničke odredbe (zajedno s ustavnim odredbama o jednakopravnosti, zabrani diskriminacije i s načelom zakonitosti, za razliku od, npr., prava na pošteno suđenje koje je smješteno u drugi dio koji uređuje osobne i političke slobode i prava).

Kako Ustav ne pravi razlike između vrsta postupaka, moglo bi se zaključiti da je pravo na žalbu ustavno zajamčeno u kaznenim, u upravnim i u građanskim predmetima. U tom smislu čl. 18. tumačen je i u praksi Ustavnog suda RH. Pravo na žalbu zajamčeno je univerzalno uz samo jednu naznačenu iznimku koja se u pravilu restriktivno tumačila. (Ustavni je sud kao dopušten slučaj isključenja prava na žalbu ponajviše isticao slučajeve u kojima je protiv upravnog akta bio dopušten upravni spor.) Gramatičkom bi se interpretacijom moglo doći i do dodatnih zaključaka o dosegu tog ustavnog jamstva: (1) pravo na žalbu zajamčeno je protiv "pojedinačnih pravnih akata", dakle protiv svih vrsta odluka bez obzira je li riječ o procesnim odlukama ili o odlukama o meritumu; također i bez obzira je li riječ o interlokutornim aktima ili o aktima kojima se postupak okončava; (2) pravo na žalbu zajamčeno je bez ograničenja u pogledu vrste i predmeta postupka pa bi, npr., u kontekstu građanskog sudskog postupka vrijedilo i u parničnom i u izvanparničnom postupku; i u redovnoj parničnoj proceduri i u posebnim postupcima – trgovačkim, obiteljskim, smetanjima posjeda, sporovima male vrijednosti itd.; nadalje, također i u predmetima u kojima se primjenjuju pravila ovršnog, stečajnog pa i registarskog postupka; (3) pravo je zajamčeno u "postupku prvog stupnja", a ne protiv odluka prvostupanjskog tijela – drugim riječima, pravo postoji i onda kada u prvom stupnju odlučuju najviše pravosudne instance.

Ako se izraz žalba iz ustavnog teksta tumači u smislu standardne procesne teorije kao devolutivno pravno sredstvo⁴, onda pravo na žalbu obuhvaća i jamstvo da će o njoj odlučiti tijelo višega stupnja. Čak i onda kada je prvostupanjsku odluku donio najviši sud, pa je devolutivnost u strogom smislu nemoguće osigurati, devolutivnost žalbe mogla bi implicirati da će o pravilnosti odluke trebati odlučiti drugo tijelo, a ne ono koje je donijelo pobijanu odluku (npr., drugo

⁴ Devolutivan je pravni lijek protiv odluke onaj o kojemu odlučuje drugo i više tijelo koje bi – u odnosu na ono koje je odlučivalo – bilo "objektivnije, više, neovisnije i kvalificiranije". Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 660 - 661; Vidaković-Mukić, M., *Opći pravni rječnik*, Zagreb, 2006., str. 141; Pezo, V. (ur.), *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007., str. 1860.

vijeće Vrhovnog suda, u drugačijem ili proširenu sastavu). Drugo bitno svojstvo žalbe kao pravnog lijeka je njena univerzalnost, tj. mogućnost da se izjavi zbog načelno svih vrsta grešaka – i grešaka u suđenju i grešaka u postupanju; i grešaka u primjeni prava i grešaka u utvrđenju činjeničnog stanja. U tom smislu moglo bi se tvrditi da su pravna sredstva koja bi bila remonstrativna ili ograničena na kontrolu samo nekih elemenata suđenja (isključujući, npr., mogućnost provjere činjeničnih utvrđenja) nedovoljna da bi zadovoljila ustavno jamstvo iz čl. 18. jer ono, naime, traži “pravni lijek pune jurisdikcije”.

Najšira interpretacija ustavnog prava na žalbu ciljala bi na obvezu da se funkcionalno razgraniči sudovanje u dva stupnja, od kojih bi se jedan trebao posvetiti suđenju (provođenju postupka, primjeni prava na utvrđeno činjenično stanje), a drugi kontroli suđenja (provjeri ispravnosti postupka te pravnih i činjeničnih zaključaka nižega suda). Prema takvu bi argumentu viši sud bio prekludiran u mogućnosti da po prvi puta rješava neka pitanja u žalbenom postupku (npr., utvrđujući činjenice koje nisu bile utvrđivane u prvostupanjskom postupku ili izvodeći dokaze koji u postupku ranije nisu bili izvedeni) jer bi se, samostalnim upuštanjem u pitanja koja nisu bila predmetom odlučivanja u prvostupanjskom postupku iz druge (kontrolne) instancije *de facto* pretvorio u prvu (odlučujuću) instanciju, uskraćujući tako ustavno pravo na provjeru svih aspekata pravosuđenja.⁵

a. Europska konvencija i (ne)postojanje prava na žalbu kao ljudskog prava

Za razliku od hrvatskog Ustava, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda pravo na žalbu koncipira bitno uže. Izvorni tekst Konvencije iz 1950. nije uopće sadržavao pravo na žalbu kao ljudsko pravo. Ono je uvedeno u Konvenciju tek 1984. godine donošenjem Protokola 7 koji, međutim, pravo na žalbu u sudskom postupku (“ponovno razmatranje presude ili kazne”) uvodi samo u odnosu na kaznene predmete.⁶ Međutim, čak i

⁵ Takvo tumačenje, premda nije izravno zastupano od strane Ustavnog suda, može se pronaći u procesnoj literaturi kao obrazloženje ograničenja ovlasti žalbenog suda da odlučuje na temelju činjenične i dokazne procesne građe koja nije bila iznesena pred prvostupanjski sud – “...u protivnom pretvorio bi se u sud prvog stupnja, protiv čije odluke o činjeničnom stanju više ne bi bilo nikakvog pravnog lijeka”. Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 709. Usp. i Dika, *Pravni lijekovi, op. cit.* u bilj. 1, str. 271.

⁶ Usp. Protokol 7 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 6/99), dalje u tekstu: Protokol 7, čl. 2., st.

u ograničenu području kaznenog postupka pravo na žalbu iz Konvencije nije apsolutno nego se može isključiti u nekoliko slučajeva: a) u odnosu na lakša kaznena djela; b) kad je u prvom stupnju suđeno pred najvišim sudom i c) ako je osoba osuđena povodom žalbe protiv oslobađajuće presude.⁷

Što se tiče predmeta u kojima se odlučuje o tzv. pravima i obvezama građanske naravi, Europski sud za ljudska prava imao se prilike očitovati o tome je li pravo na žalbu implicirano u čl. 6. Konvencije u okvirima jamstava poštenog (pravičnog) suđenja. Već je u ranim odlukama iz sedamdesetih godina prošlog stoljeća⁸ isticano da čl. 6. Konvencije uopće ne traži od država članica da uspostave ikakav sustav žalbenih ili kasacijskih sudova. Hoće li to pojedina država učiniti ili ne, unutar je njene slobode procjene jednako kao što je to i pitanje koliko će se široko (ili usko) zajamčiti pravo na žalbu. I u kasnijim se odlukama takvo stajalište suda ponavljalo uz isticanje da je pojedina država, u slučaju da za pojedinu vrstu predmeta uspostavi višestupanjske sustave provjere, dužna osigurati da se jamstva poštenog suđenja iz čl. 6., st. 1. Konvencije primjenjuju u svim stadijima sudskog postupka.⁹ Ako je procesnim zakonom predviđena mogućnost pravnog lijeka višoj instanciji, onda se za svaki od stupnjeva postupka mora osigurati pravo na pristup sudu¹⁰, a strankama se mora omogućiti da smisleno koriste pravo na žalbu i druge pravne lijekove.¹¹

Polazeći od utvrđenja da ni Europska konvencija ni Europski sud za ljudska prava ne smatraju žalbu apsolutno nužnom u postupcima u kojima se odlučuje o građanskim pravima i obvezama, i Vijeće Europe je u svojim programatskim

1. "1. Svatko osuđen od suda za kazneno djelo ima pravo od višeg suda tražiti ponovno razmatranje svoje presude ili kazne. Ostvarenje toga prava, kao i razlozi iz kojih se ono može vršiti, uređuju se zakonom."

⁷ Protokol 7, čl. 2., st. 2.

⁸ Usp. *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 25, Series A, br. 11.

⁹ "...It follows from established case-law that Article 6 para. 1 (art. 6-1) does not guarantee a right of appeal. Nevertheless, a Contracting State which sets up an appeal system is required to ensure that persons within its jurisdiction enjoy before appellate courts the fundamental guarantees in Article 6." *Tolstoy Miloslavsky protiv Velike Britanije*, 13. srpnja 1995., § 59, Series A, br. 316-B. V. i *Andrejev protiv Estonije*, 48132/07, § 68, 22. studenog 2011.; *Mercieca i ostali protiv Malte*, 21974/07, § 36, 14. lipnja 2011.; *Dunn protiv Velike Britanije*, 62793/10 (odluka o nedopuštenosti), § 29, 23. listopada 2012.

¹⁰ *Brualla Gómez de la Torre protiv Španjolske*, 19. prosinca 1997., § 37, Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII.

¹¹ *Hadjianastassiou protiv Grčke*, 16. prosinca 1992., § 33, Series A, br. 252; *Marpa Zeeland B. V. i Metal Welding B.V. protiv Nizozemske*, 46300/99, § 48, ECHR 2004-X.

dokumentima zauzelo stajalište da bi se pravo na žalbu trebalo uravnoteživati s drugim ciljevima sudskog postupka, u prvom redu s pravom na suđenje u razumnom roku. Kada je s djelovanjem počinjala Europska komisija za efikasnost pravosuđa (CEPEJ), već je u njenom akcijskom planu pod nazivom *Za optimalne i predvidive rokove u sudskim postupcima* među mogućim pravcima djelovanja izdvojena i potreba da se ograniči obijesna uporaba žalbe kao instrumenta odugovlačenja ili blokiranja sudskih postupaka. U tom je smislu istaknuto da se pravo na žalbu može, u skladu s praksom Europskog suda, ograničiti ili isključiti.¹² Također je preporučeno i da se razmotri mogućnost uvođenja “filtriranja” (diskrecijskog dopuštenja) pravnih lijekova, prije svega za pristup najvišim sudovima kao i mogućnost propisivanja novčanih kazna za očigledne zloporabe pravnih lijekova i drugih sredstava pobijanja sudskih odluka.

3. PRAVO NA ŽALBU U GRAĐANSKIM PREDMETIMA: KOMPARATIVNA EVALUACIJA

Promatrano iz komparativne perspektive, može se utvrditi da je malo država koje na jednako širok način ustavno jamče pravo na žalbu izvan konteksta kaznenog sudovanja. To su, u bitnom, države koje su nastale raspadom bivše Jugoslavije. Najbliže su tom ustavnom konceptu, premda bez izrijeком propisane ustavne deklaracije, države socijalističke pravne tradicije i nasljeđa koje imaju slično razgranate sustave raznovrsnih kontrolnih mehanizama u odnosu na sudske presude. U objema utjecajnim obiteljima pravnih sustava, i u europskokontinentalnoj i u *common-law* pravnoj tradiciji, pravo na žalbu nije tako široko i apsolutno koncipirano.

U anglo-američkim okvirima pojedini su strukturalni elementi sudskog postupka načelna prepreka univerzalnoj kontroli viših sudskih instancija. Prisutnost porotnog sudovanja koje je u Sjedinjenim Državama unatoč razmjerno maloj praktičnoj primjeni u građanskim slučajevima i dalje ustavno zajamčeno u načelu čini višestupanjsku kontrolu činjeničnih utvrđenja neprimjerenom jer je porota kao laički adjudikator i element neposredne demokracije u sudovanju ujedno i posljednja instancija u pitanjima koja treba odgovoriti. Međutim, i u

¹² *CEPEJ Framework Programme: For optimal and foreseeable timeframes in judicial proceedings – elements of an Action Plan*, CEPEJ (2004) 1 Rev 3, Strasbourg, 27 May 2004, p. 14 (t. 68-70).

Velikoj Britaniji, koja nema ustavno jamstvo porotnog suđenja, žalba protiv odluka građanskih sudova tradicionalno je ovisila o diskrecijskom pravu suda koji ju je za pojedini predmet trebao dopustiti (*leave/permission to appeal*). I danas je u anglo-američkim građanskim sudskim postupcima, iako je žalba kao pravo (*appeal as of right*) uzela maha, u mnogim slučajevima ona dopuštena samo po posebnoj odluci suda.¹³ Tako je, npr., prema engleskom pravu za žalbu protiv presuda viših sudova – županijskog suda (*county court*) ili Visokog suda (*High Court*) – redovito potrebno posebno dopuštenje suda (*permission to appeal*).¹⁴ Utoliko, na najopćenitijoj teorijskoj razini još je uvijek aktualna dihotomija Mirjana Damaške koji je dijeleći pravosudne sustave prema ustrojstvu sudbene vlasti na hijerarhijski i paritetni model upozorio da stroga piramidalna hijerarhijska struktura nije osobina svakog pravosudnog sustava i da organizacija postupovnih struktura može umjesto odnosa superordinacije i subordinacije imati jake horizontalne, paritetne komponente. U paritetnom (koordinativnom) modelu ustrojstva, koji je snažnije zastupljen u *common-law* zemljama, žalba kao hijerarhijsko pravno sredstvo kontrole nije apsolutna i prirodna značajka sudskog postupka, a kamoli zajamčeno pravo u odnosu na svaki pravni akt koji je u njemu donesen.¹⁵

Pravosudni sustavi europskog kontinenta imaju snažnije hijerarhijske i profesionalne strukture u sudovanju pa je tako i pravo na hijerarhijske pravne lijekove u *civil-law* zemljama proširenije i uobičajenije. Neke od romanskih

¹³ U američkoj doktrini prevladava teza da je filtriranje predmeta posebnim dopuštanjima pravnih lijekova prihvatljivo i potrebno ne samo u pristupu Vrhovnom sudu (u tzv. *certiorari* postupku) nego i u više vrsta postupaka na razini žalbenih sudova (npr., praktički u svim obiteljskim predmetima, predmetima stambenog prava, raznovrsnim ugovornim sporovima, naknadi štete zbog neispravnosti proizvoda, patentima i autorskim sporovima itd.). V. Dalton, H. L., *Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously*, Yale Law Journal, vol. 95, 1985., str. 106 sqq.

¹⁴ Usp. *Civil Procedure Rules*, pravilo 52.3 (<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules>, 22. travnja 2013.). Dopuštenje za žalbu (*permission to appeal*) sud će dati samo ako smatra da žalba ima realnih izgleda za uspjeh ili ako postoji drugi važan razlog zašto bi se žalba trebala dopustiti (st. 6.). Ako prvostupanjski sud ne dopusti žalbu, stranka dopuštenje može zatražiti od žalbenog suda (st. 3.).

¹⁵ Usp. Damaška, M., *Lica pravosuđa i državna vlast*, Zagreb, 2008., str. 17 sqq., str. 40 sqq. Konkretno, o žalbi Damaška navodi da “američki žalbeni postupak nije ni izdaleka tako obuhvatan kao što je to slučaj u kontinentalnom pravnom sustavu, tako da suci nižih sudova imaju široke ‘diskrecijske’ ovlasti koje praktički ne podliježu nikakvu preispitivanju.” *Ibid.*, str. 48.

država kao što su Francuska ili Italija imaju čak i ustavno zajamčen pristup najvišem, kasacijskom sudu. Međutim, sistemske paralele univerzalnom jamstvu prava na žalbu protiv svih prvostupajnskih pravnih akata u sudskom postupku u zemljama zapadne Europe nema.¹⁶ Žalba protiv sudskih rješenja može se ograničiti, a također i žalba protiv odluka koje ne okončavaju sudski postupak (tzv. interlokutorne odluke). Posebno je čest slučaj ograničavanja ili isključivanja žalbe u predmetima manje socijalne važnosti. U odnosu na sporove male vrijednosti u Europi dominiraju dva sustava ograničenja prava na žalbu: sustav u kojem se u cijelosti isključuje mogućnost pobijanja pred drugostupajnskim (žalbenim) sudom i sustav u kojem se takvo pobijanje omogućuje, ali ograničeno na samo neke žalbene razloge – tipično na povrede u primjeni prava – ili ograničeno potrebom dobivanja sudskog dopuštenja za ulaganje pravnog lijeka. Kao primjere sustava u kojima žalba u sporovima male vrijednosti načelno uopće nije dopuštena mogu se navesti neke od najvećih i najvažnijih jurisdikcija Europske unije. Tako je u Njemačkoj žalba dopuštena samo ako vrijednost pobijanog dijela prvostupajnske presude prelazi iznos od 600 eura, a za manje iznose samo ako ju prvostupajnski sud iznimno svojom odlukom dopusti.¹⁷ U Francuskoj žalba protiv odluka u građanskim stvarima dopuštena je ako nije drugačije propisano. Ona tako nije dopuštena, npr., u slučaju da viši prvostupajnski sud (*tribunal de grande instance*) odlučuje o predmetima do 4.000 eura vrijednosti iz vlastite isključive nadležnosti. Tada će taj sud djelovati kao sud “prvog i posljednjeg stupnja” (*en premier et dernier ressort*).¹⁸

¹⁶ Tako, npr., u judikaturi njemačkog Ustavnog suda postoji ustaljena praksa prema kojoj ni čl. 19., st. 4. njemačkog Ustava ni druge njegove odredbe ne traže uspostavu sustava pravnih lijekova. “O diskreciji zakonodavca ovisi hoće li u građanskim parnicama omogućiti kakvo pravno sredstvo, koje će ciljeve time ostvarivati i kako će ono u detaljima biti uređeno”; ako se kakav pravni lijek uspostavi, nema zapreka da se njegova primjena ograniči na samo pojedine povrede. Eichele, K.; Hirtz, B.; Oberheim, R., *Berufung im Zivilprozess*, 3. izd., Köln, 2011., str. 7 (citirajući BVerfG NJW, 1981., str. 39; 1994., str. 1053; 2003., str. 1924; 2004., str. 1371).

¹⁷ Usp. § 511/2 njemačkog ZPO-a. Sud može dopustiti žalbu samo ako je ona “važna za razvoj prava ili osiguranje jedinstvene pravne prakse” (st. 4.). Žalba prema njemačkom pravu nije dopuštena ni protiv nekih vrsta međupresuda, protiv presuda zbog izostanka (*Versäumnisurteile*), presuda o troškovima (*Kostenurteile*), a ni protiv presuda drugostupajnskog suda, “čak i onda kada je u drugostupajnskom postupku odlučeno o predmetu spora o kome je parnica počela teći tek povodom žalbe” kao ni protiv revizijskih presuda. Thomas, H.; Putzo, H., *ZPO*, 27. izd., München, 2005., str. 661.

¹⁸ Usp. Art. R 211-3 *Code de organisation judiciaire*.

U Nizozemskoj žalba nije dopuštena u građanskim stvarima do 1.750 eura kao ni u sporovima oko otkaza radnog odnosa.¹⁹ Kao primjer drugog sustava, u Austriji su u predmetima male vrijednosti (aktualno do 2.700 eura)²⁰ žalbeni razlozi također ograničeni na razloge apsolutne ništavosti (*Nichtigkeitsgründe*) i pogrešnu primjenu materijalnog prava.²¹ I u Velikoj Britaniji je u sporovima male vrijednosti, kojima se smatraju predmeti čija je vrijednost do 5.000 britanskih funti (cca. 5.800 eura)²², žalba protiv presude dopuštena samo zbog pogrešne primjene materijalnog prava (*mistake in law*) i teških procesnih povreda (*serious irregularity in the proceedings*).

4. IDEJNE OSNOVE I POVIJESNI RAZVOJ USTAVNE DEFINICIJE PRAVA NA ŽALBU U HRVATSKOM I BIVŠEM JUGOSLAVENSKOM PRAVU

O pravu na žalbu u hrvatskom i bivšem jugoslavenskom pravu ima vrlo malo radova i materijala. Objavljeni tekstovi češće se odnose na kazneno i upravno pravo te na pitanja pravno-tehničke naravi.²³ O pravu na žalbu u kontekstu

¹⁹ Usp. Van Rhee, R., *Appeal in Civil and Administrative Procedure: The Netherlands*, Report for the Joint EU/Council of Europe Project "Introduction of the Appeal in Russian Judiciary System", DG1/EXEC/10/2012, February 2013, 2.2.1, t. 18.

²⁰ Vidi § 501/1 austrijskog ZPO-a koji je povijesno određivao granice tzv. bagatelne presude (*Bagatellurteil*). Danas su posebna pravila prvostupanjskog postupka za sporove male vrijednosti u Austriji ukinuta, ali ograničenje žalbe u stvarima manje vrijednosti je preživjelo.

²¹ Takva "ograničena žalba" (*beschränkte Berufung*) tradicionalno se u teoriji obrazlagala potrebom "ubrzanja postupka i uspostavljanja ekonomski opravdanog odnosa između utroška vremena i rada potrebnog za obradu predmeta i vrijednosti samog predmeta". Fasching, H. W., *Zivilprozeßrecht*, 2. izd., Beč, 1990., str. 925 *sqq.*

²² Osim predmeta za naknadu štete uzrokovane povredom osobnosti te sporovi stanara protiv najmodavca za popravke na stanu, u kojem slučaju je vrijednost limitirana na 1.000 funti. Usp. *Civil Procedure Rules*, pravilo 26.6.

²³ V., npr., Garačić, A., *Pravo na žalbu i upute suda o tom pravu*, u: Benko *et al.* (ur.), *Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva*, Zagreb, 2007., str. 85 - 106; Rems, V., *Isključenje i ograničenje prava na žalbu u upravnim postupcima u Republici Hrvatskoj*, Hrvatska pravna revija, vol. 9, br. 1, 2009., str. 72 - 78; Horvat, I.; Senjak, K., *Ustavom zajamčeno pravo na žalbu u upravnom postupku*, u: *Upravno pravo – aktualnosti upravnog sudovanja i upravne prakse*, Zagreb, 2008., str. 246 - 285; Giunio, M., *Uskrata prava na žalbu (i pristup sudu) (ne)ispravnom kvalifikacijom žalbenih razloga*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 44, br. 5, 2005., str. 175 - 178.

ustavnog prava i građanskog sudskog postupka postoje tek usputne i općenite napomene. Tako je, npr., u *Rječniku građanskog procesnog prava* iz 1968. uz upućivanje na ustavne odredbe tadašnjeg jugoslavenskog i hrvatskog ustava navedeno da “pravo na žalbu protiv odluka sudova predstavlja u suvremenim pravnim sistemima nerazdvojan element osnovnih prava čovjeka i građanina.”²⁴ Stječe se dojam da je u domaćoj pravnoj literaturi posljednjih desetljeća ustavna odredba koja predviđa pravo na žalbu prihvaćena kao zadana vrijednost bez ispitivanja njenih ishodišta, korijena i pravno-povijesnog utemeljenja.

U nedostatku iscrpnijih komentara i programatskih tekstova za ispitivanje ishodišta ustavnog koncepta prava na žalbu može poslužiti uvid u evoluciju ustavnih norma od prvog jugoslavenskog ustava (tzv. Vidovdanskog ustava) iz 1921. godine preko ustavnih norma u ustavima SFRJ i SRH do današnjeg hrvatskog Ustava iz 1991. Već i površno ispitivanje ustavnih norma o pravima čovjeka i građanina otkriva zanimljivu činjenicu: spominjanje prava na žalbu protiv sudskih odluka pojavljuje se tek od šezdesetih godina 20. stoljeća. Prva takva odredba sadržana je, naime, u Ustavu SFRJ iz 1963. godine koji je navodio da se “...protiv rješenja i drugih pojedinačnih akata sudskih, upravnih, i drugih državnih organa, kao i protiv takvih akata organizacija koje vrše javna ovlaštenja, donesenih u prvom stupnju, može podnijeti žalba nadležnom organu.”²⁵

Od Ustava SFRJ iz 1963. preko Ustava SFRJ iz 1974. pa do Ustava RH iz 1991. godine svi su kasniji ustavni akti u bitnom ponavljali slične formulacije pri čemu je dikcija ustavnog teksta u jugoslavenskom periodu eskalirala: od “mogućnosti podnošenja žalbe nadležnom organu” (1963.) došlo se do toga da se “svakome jamči pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo” (1974.); pravo na pobijanje “rješenja i drugih pojedinačnih akata” (1963.) generalizirano je kao pravo na pobijanje “odluka” (1974.); domašaj prava zahvaćao je akte organizacija koje vrše javna ovlaštenja “u prvom stupnju” (1963.), što je kasnije prošireno na sve akte “sudova, državnih organa, i drugih organa i organizacija kojima se rješava o pravu [građanina] ili [njegovu] na zakonu osnovanom interesu” (1974.).²⁶ Tekst Ustava SFRJ iz 1974. nije predviđao ni iznimke – slučajeve u

²⁴ Triva, S., *Rječnik građanskog procesnog prava*, Zagreb, 1968., str. 257.

²⁵ Ustav SFRJ od 7. travnja 1963., čl. 158. Pravo iz Ustava iz 1963. nije bilo apsolutno – zakonom se mogla isključiti žalba “izuzetno, u određenim slučajevima, ako je zaštita prava i zakonitosti osigurana na drugi način.”

²⁶ Ustav SFRJ od 21. veljače 1974., čl. 180., st. 2. Identična norma bila je sadržana u Ustavu SRH od 22. veljače 1974., čl. 253., st. 2.

kojima bi se pravo na žalbu iznimno moglo isključiti ili ograničiti.²⁷ Usprkos široj i sveobuhvatnijoj dikciji (karakterističnoj za epski, optimistički stil normativnih akata iz sedamdesetih godina prošlog stoljeća) sadržajno važnijih razlika između tih ustavnih deklaracija nije bilo – zajednička im je bila ideja da se neka vrsta višeg, drugostupanjskog preispitivanja mora statuirati u odnosu na sve akte upravne i sudbene vlasti (pa čak i akte samoupravnih organizacija i drugih organizacija koje izvršavaju javne ovlasti).

Kako to da paralelnog prava na žalbu protiv sudskih odluka nije bilo u ranijim ustavnim tekstovima? Pomnijim ispitivanjem može se utvrditi da su na mjestu na kojem se kasnije pojavljuje norma o pravu na žalbu protiv akata “sudskih, upravnih i drugih vlasti” u ranijim ustavima bile sadržane odredbe koje su se ograničavale na pravo na žalbu i pritužbu protiv tijela državne uprave ili, još općenitije, pravo na peticiju u odnosu na sva tijela državne vlasti.²⁸ Ustav FNRJ od 17. siječnja 1946. određivao je da “građani imaju pravo molbe i peticije organima državne vlasti” i da “protiv rješenja organa državne uprave i nepravilnih postupaka službenih osoba građani imaju pravo žalbe, čije se podnošenje ima propisati zakonom.”²⁹

Ta se odredba može pratiti i dalje u povijest od Vidovdanskog i Oktroiranog ustava iz kojih je to pravo evidentno bilo preuzeto. Naime, u Ustavu Kraljevine SHS iz 1921. bilo je određeno da građani “imaju pravo molbe” koju “može potpisati jedan ili više njih kao i sve pravne osobe, a koje se mogu podnositi svim vlastima bez razlike”.³⁰ Posebno je bilo uređeno pravo da svaki građanin ima pravo tužiti državne i samoupravne organe za kaznena djela učinjena prema njemu u službenom radu.³¹ U Ustavu Kraljevine Jugoslavije iz 1931. ponavlja

²⁷ Prema tim osobinama čini se da je tekst Ustava RH iz 1991. bio u većoj mjeri inspiriran ustavnim odredbama iz 1963. na čiju se dikciju dijelom vraća.

²⁸ Pravo na peticiju (*right to petition*) jedno je od klasičnih jamstava iz arsenala političkih prava koje potječe još iz *Magna Carta* iz 1215., jamstvo mogućnosti da se podanici obrate kralju i da u slučaju bilo kakve povrede prava “zahtijevaju da povredu bez odlaganja ukloni” (*petent ut excessum illum sine dilatione faciamus emendari*). Svrha jamstva je omogućiti da se građani obraćaju tijelima vlasti sa svojim pritužbama i pitanjima od svoga interesa, bez straha od sankcija i osvete. Od recentnih akata pravo peticije jamči Povelja temeljnih prava Europske unije (v. čl. 44).

²⁹ Ustav FNRJ od 17. siječnja 1946., čl. 39. Identično u čl. 40. Ustava NRH od 18. siječnja 1947.

³⁰ Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 28. lipnja 1921. (Vidovdanski ustav), čl. 15.

³¹ *Ibid.*, čl. 18., st. 1.

se identična odredba o pravu na molbu (peticiju).³² Što se tiče pritužaba na djelovanje uprave, i Vidovdanski i Oktroirani ustav utvrđuju da će o upravnim sporovima odlučivati upravni sudovi predvođeni Državnim savjetom.³³

Kako je pravo na pritužbu tijelima javne vlasti i žalbu na nepravilne postupke službenih osoba postalo univerzalno pravo na žalbu koje se jednako odnosi i na upravne i na sudske postupke? Čini se da se mutacija između osnivanja socijalističke Jugoslavije i Ustava iz 1963. dogodila spontano i ne sasvim namjerno.³⁴ Na nju su mogle utjecati različite okolnosti, i na planu razvoja ustavnopravnog sustava te vladajuće socijalne i pravno-političke doktrine i na planu promjena u sferi građanskog pravosuđa.

Prva, načelna ideološka premisa koja je omogućila da se pravo pritužbe i peticije transformira u univerzalno pravo žalbe bila je prihvaćanju sovjetske socijalističke ustavnopravne doktrine o jedinstvu vlasti te načela demokratskog centralizma. Sukladno toj doktrini i sudska i upravna vlast samo su dio jedinstvenog ešalona državne vlasti koji je odgovoran predstavničkim tijelima koja izražavaju volju naroda i koji zato predstavnički organi i biraju i razrješavaju. Pritom načelo demokratskog centralizma znači i “pravo višeg organa vlasti na nadzor i direktive prema nižem organu vlasti i to u granicama zakonitosti”.³⁵ Ako se zajedno uzmu okolnost da prema toj doktrini sudovi nisu bitno različiti od uprave i opća težnja da se osigura nadzor više instancije, vrlo se logičnim doima i proširenje prava pritužbe i peticije protiv nezakonita djelovanja upravnih tijela i na sve aktivnosti i odluke sudova koji su u socijalističkom razdoblju promatrani kao specifičan oblik nižih birokratskih struktura preživjelih iz ranijeg, buržoaskog razdoblja.

Druga, tipično socijalistička karakteristika pri oblikovanju ustavnih (te općenito pravnih akata) bila je sklonost deklarativnom jamčenju većeg broja prava od onih koje je državni i pravni sustav efektivno mogao ostvariti. Svojevršno nadmetanje s pravnim sustavima Zapada uz pokušaj da se dokaže da je socijalističko društvo svim građanima zajamčilo najširi krug prava (osobito

³² Ustav Kraljevine Jugoslavije od 3. rujna 1931. (Oktroirani ili Septembarski ustav), čl. 14.

³³ Vidovdanski ustav, čl. 102. - 103.; Oktroirani ustav, čl. 98. - 99. Usp. i Blagojević, A.; Radonić, B., *O Ustavu Kraljevine Jugoslavije iz 1931.*, Pravni vjesnik, vol. 28., br. 1, 2012., str. 126, 133.

³⁴ Ni suvremeni tekstovi posvećeni razvoju ustavnih prava često ne registriraju promjenu u kontekstu prava na žalbu – usp. Mihaljević, J., *Ustavna uređenja temeljnih prava u Hrvatskoj 1946. - 1974.*, Časopis za suvremenu povijest, vol. 43, br. 1, 2011., str. 25 - 51.

³⁵ Čulinović, F., *Pravosuđe u Jugoslaviji*, Zagreb, 1946., str. 234.

onih ekonomskih i socijalnih) dovelo je do toga da ustavne norme postanu svojevrsan politički traktat, a Ustav akt u kojem je pravni diskurs zamijenjen političkim govorom u funkciji ideološke i vanjskopolitičke promidžbe. Unutar pravnog sustava ustavna su se jamstva često smatrala političkom deklaracijom i režimskom fasadom te su bila u praksi faktički ignorirana, što je bio jedan od općih simptoma tzv. pravnog nihilizma kao glavne pravno-sociološke osobine sovjetskog i drugih realsocijalističkih sustava.³⁶ Više takvih simptoma vidljivo je i u ustavima socijalističke Jugoslavije, osobito u Ustavu iz 1974. koji i pravo na žalbu kao univerzalno, apsolutno pravo postulira načelno beziznimno. Koliko je ozbiljno uzeto takvo apsolutno jamstvo u praksi socijalističkog pravosuđa (a i kasnije), razvidno je iz niza iznimaka koje u praksi nikada nisu bile ustavno-pravno problematizirane (v. *infra* pod 5.).

Ustavnom postuliranju univerzalnog prava na žalbu mogle su doprinijeti i transformacije pravosudnog sustava koje su se zbile između 1943. i 1963. godine. Rano revolucionarno razdoblje svakako nije bilo sklono pravu na žalbu. U ratnom razdoblju, tijekom stadija u izgradnji narodnog pravosuđa nove jugoslavenske države koje Čulinović opisuje kao “masovno suđenje sakupljenog naroda uhvaćenim izdajicama” građanskog pravosuđa praktički nije bilo, a i mogućnost žalbe bila je više iznimka no pravilo.³⁷ Tijekom 1943. i 1944. godine donesena su ipak tri *uputstva* ZAVNOH-a o uređenju narodnih sudova i postupku pred njima³⁸ koja su – usprkos tomu što su već 1945. bila stavljena izvan snage – praktički zamjenjivala građansko procesno zakonodavstvo sljedećih deset godina.³⁹ Njima je najprije uvedeno načelo dvostupanjskog, a potom i trostupanjskog

³⁶ Pravni nihilizam je stajalište prema kojem pravo nije sustav pravila koje jednako vrijede za sve nego instrument transmisije moći namijenjen manipuliranju u interesu pojedinih vladajućih struktura. Usp. Hendley, K., *Reflections on Legal Nihilism in Russia*, u: Kurkhiyan, M. (ur.), *The Russian Socio-Legal Tradition*, Report from Workshop at Wolfson College, Oxford, 19 April 2012, str. 21.

³⁷ Usp. Čulinović, F., *Propisi o sudstvu Hrvata za NOB-e*, Zagreb, 1951., str. 378.

³⁸ *Uputstva* od 20. rujna 1943. (I.); 2. prosinca 1943. (II.) i 15. studenog 1944. (III.). Zuglia, S., *O izgradnji građanskog postupka nove Jugoslavije*, u: Nova Jugoslavija. Pregled državnopravnog razvitka povodom 10-godišnjice Drugog zasjedanja AVNOJ-a, Zagreb, 1954., str. 341.

³⁹ *Ibid.*, str. 336 - 339. Među izvore sudskog postupka Zuglia ubraja i “načela starog zakonodavstva”, sudsku praksu i razne posebne propise, osobito Zakon o upravnim sporovima od 23. 4. 1952. “koji sadržava toliko uspješnih i suvremenih propisa o građanskom sudskom postupku, da bi on sam bio od neocjenjive vrijednosti za dalju pravilnu orijentaciju sudske prakse u parničnom postupku”.

suđenja.⁴⁰ O žalbi je drugostupanjski sud trebao u pravilu odlučivati na temelju usmene rasprave, a žalbeni je sud bio ovlašten uzeti u obzir i nove činjenice i nove dokaze te ih vrednovati neposredno, mijenjajući činjenično stanje utvrđeno u prvostupanjskom postupku.⁴¹ Prva dva *uputstva* ZAVNOH-a isključivala su žalbu u stvarima male vrijednosti (u sporovima do 2.000 dinara/kuna). Osim toga, viši su sudovi mogli utjecati na nadležnost prenoseći delegacijom stvari iz nadležnosti viših na niže sudove, odnosno povlačeći devolucijom u svoju nadležnost predmete koji su se nalazili kod nižih sudova.⁴² Pravo devolucije imao je osobito Vrhovni sud FNRJ koji je mogao “zatražiti od svakog suda u zemlji pojedine krivične i građanske sporove i sam ih raspraviti”⁴³, i to u prvom i posljednjem stupnju i bez prava na žalbu.

Krajem 1946. građansko se pravosuđe dijeli na dvije grane, na redovne sudove i državnu arbitražu. Kao još jedan element preuzet iz prava SSSR-a, Državna arbitraža FNRJ bila je svojevrstan vrhovni trgovački sud nadležan za rješavanje sporova do kojih je pri upravljanju planskom privredom dolazilo između raznih državnih (kasnije samoupravnih) poduzeća. Njen je postupak bio “brz, jednostavan, jednostupanjski”.⁴⁴ Početkom rada Državne arbitraže FNRJ “najvažniji i najkrupniji imovinski sporovi oduzeti su od sudova i preneseni na državnu arbitražu” gdje su se rješavali bez prava na pravni lijek višem državnom tijelu.

Paralelno s institutima koji su u duhu revolucionarne pravde ograničavali ili isključivali mogućnost žalbe, u prvim godinama nakon Drugog svjetskog rata uvode se pojedini novi instrumenti kontrole suđenja prema sovjetskom uzoru – u prvom redu afirmiranjem uloge javnih tužilaca kao tijela “vrhovnog nadzora nad točnim ispunjavanjem zakona odnosno odluka sa zakonskom snagom od strane svih organa izvršne vlasti”⁴⁵. Javni tužilac je poput sovjetskog prokuratora bio ovlašten na “zakonsku intervenciju i redovnu žalbu u svakom stadiju postupka”, a u odnosu na pravomoćna upravna rješenja i sudske odluke pripadalo mu je pravo tzv. nadzorne žalbe.⁴⁶ Na podnošenje nadzorne žalbe

⁴⁰ *Ibid.*, str. 344.

⁴¹ *Ibid.*, str. 345.

⁴² *Ibid.*, 346 - 347.

⁴³ Zakon od 17. lipnja 1946., čl. 63., st. 1. Cit. prema Čulinović, *Pravosuđe ..., op. cit.* u bilj. 35, str. 192.

⁴⁴ Zuglia, *op. cit.* u bilj. 38, str. 361.

⁴⁵ Taj institut po uzoru na sovjetskog prokuratora uveden je u veljači 1945. (usp. Čulinović, *Pravosuđe ..., op. cit.* u bilj. 35, str. 158).

⁴⁶ *Ibid.*, str. 159 (čl. 2., st. 2. Odluke Predsjedništva AVNOJ-a od 3. 2. 1945.).

kao pravnog lijeka u općem interesu bili su ovlaštene i predsjednici vrhovnih sudova.⁴⁷ Uz to, kontrola djelovanja sudova provodila se i obvezatnim *uputstvima* (kasnije: pravnim shvaćanjima) u pitanjima sudske prakse općih sjednica najviših sudova.

U razdoblju do 1948. postupno se prema sovjetskom uzoru transformira i žalbeno sudovanje, u prvom redu ograničavanjem revizijskih ovlasti žalbenog suda u korist njegovih kasacijskih ovlasti.

“Postupak je dvostepen. [...] Žalbeni sud odlučuje o žalbi u nejavnoj sjednici. [...] Predviđa se da žalbeni sud može provesti potrebne izviđaje preko prvostepenog suda, a može da zatraži i mišljenje medicinskog fakulteta. Po tom se vidi, da se drugostepeni sud nije još potpuno izjednačio sa žalbenim sudom po sovjetskom uzoru. On doduše ne izvodi sam nikakve nove dokaze. Ali može da ocjenjuje nove dokaze izvedene posredno. Postepeno žalbeni sud gubi to svoje pravo. Do donošenja prvog zakona o krivičnom postupku (1948) i građanski se postupak prilagodio sovjetskom uzoru, po kome žalbeni sud ne može ni izvoditi ni ocjenjivati nove dokaze tako, da bi na osnovu njih mogao izmijeniti činjenično stanje utvrđeno u prvostepenoj odluci.”⁴⁸

Nakon razlaza socijalističke Jugoslavije sa Staljinom u razdoblju od 1948. godine nadalje glavna je karakteristika u razvoju građanskog postupka bila, smatra Zuglia, “traženje novih putova i rješenja, koja bi odgovarala ekonomskom i kulturnom razvoju” – ukratko, rješenja koja ne bi značila ni vraćanje na staro ni potpunu kopiju sovjetskih uzora.⁴⁹ Potraga za takvim, parcijalno inovativnim rješenjima proizvela je kombinaciju procesnih instituta koja je najvjerojatnije kumovala i specifičnom jugoslavenskom konstitucionalnom konceptu – univerzalnom i neograničenom pravu na žalbu u svim vrstama sudskih postupaka. Među novim trendovima u razdoblju nakon 1948. godine nalazi se ukidanje ili bitno ublažavanje raznih forma jednostupanjskog odlučivanja, npr., odustajanje od prava devolucije za više sudove i postupno uvođenje mogućnosti preispitivanja odluka državne arbitraže⁵⁰, a kasnije i njeno približavanje pravilima koja su vrijedila za redovni sudski postupak te pretvaranja (od 1954.) u sustav

⁴⁷ Zuglia, *op. cit.* u bilj. 38, str. 350.

⁴⁸ *Ibid.*, str. 353.

⁴⁹ *Ibid.*, str. 355 - 356.

⁵⁰ Od prelaska na radničko upravljanje 1950. bilo je omogućeno da na inicijativu predsjednika Glavne državne arbitraže, predsjednika Savezne kontrolne komisije, Savezne planske komisije ili Privrednog savjeta vlade FNRJ Glavna državna arbitraža ponovno rješava o svakom sporu koji je već riješila.

specijaliziranih privrednih sudova. Nadalje, sovjetski sustav nadzorne žalbe je transformiran, ali ne i napušten. Nadomješten je novim pravnim lijekom, zahtjevom za zaštitu zakonitosti koji je u građanskom postupku u Hrvatskoj preživio sve do 2003. U sporovima male vrijednosti žalba je bila omogućena već od trećeg Uputstva ZAVNOH-a iz 1944. Koncept žalbenog postupka kao odlučivanja u nejavnim sjednicama s pretežno kasacijskim karakterom prema sovjetskom uzoru ostao je, međutim, nepromijenjen, a u bitnom je preživjela i opća doktrina demokratskog centralizma koja traži strogu hijerarhiju i sveobuhvatni “nadzor i rukovodstvo viših sudova”.⁵¹ U prilog univerzalnoj kontroli govorila je i nesređena normativna situacija u kojoj su postojale velike praznine i u pogledu procesnih i u pogledu materijalnopравниh norma pri čemu su sudovi trebali primjenjivati propise koji su bili na snazi prije 1941. godine samo ako oni nisu u suprotnosti s načelima novog uređenja. To je na razini primjene materijalnog prava tražilo diskrecijsku interpretaciju te po sebi pozivalo na uvođenje redovne više kontrole. Što se činjeničnih utvrđenja tiče, i nakon razlaza sa Staljinom u teoriji i praksi građanskog pravosuđa preživjelo je socijalistički shvaćeno načelo materijalne istine, tj. imperativ da se “u postupku bez ikakvih ograda utvrdi faktično i objektivno stanje stvari” tako da se realizira “puna mogućnost utvrđenja istine” i time “sudovi postanu bliski narodu”. Ideologija materijalne istine ne samo što je zahtijevala kontrolu činjeničnih utvrđenja i provjeru je li slobodno sudačko uvjerenje došlo do ispravnih rezultata nego je u duhu krilatice da “na putu do istine ništa ne smije stajati” tražila i otvaranje opcija preispitivanja odluka i nakon pravomoćnosti i isteka svih prekluzivnih rokova.⁵² U zbroju svih tih osobina može se naći i odgovor na pitanje zašto se nova, ekstremno široka ustavna impostacija prava na žalbu nije doimala neobičnom iz perspektive doktrine i prakse građanskog sudskog postupka. Tako je i došlo do toga da se uz razne druge izvorne jugoslavenske pravno-političke inovacije kao što su, npr., društveno vlasništvo ili radničko samoupravljanje gotovo neprimjetno afirmira i univerzalno, načelno beziznimno pravo na žalbu protiv svih sudskih odluka, pravo koje izvan jugoslavenskih prostora kao takvo nigdje drugdje, uključujući i Sovjetski Savez, nije u tako širokom obliku bilo ustavno zajamčeno.⁵³

⁵¹ Čulinović, *Pravosuđe ...*, *op. cit.* u bilj. 35, str. 238 - 239.

⁵² Usp. *ibid.*, str. 257 - 263. V. i Uzelac, A., *Istina u sudskom postupku*, Zagreb, 1997., str. 108 - 128.

⁵³ Ustav SSSR iz 1977. priznaje samo nešto prošireni oblik prava na peticiju (“pravo na prijedloge državnim tijelima i drugim javnopravnim organizacijama za poboljšanje nji-

Nabrajajući moguće izvore inspiracije za nekadašnji jugoslavenski (kao i današnji hrvatski) koncept ustavnog prava na žalbu može se ipak navesti i jedan međunarodni, i to u kontekstu potencijalne pogrešne recepcije uzrokovane neprikladnim prijevodom. Naime, pravo na peticiju je kao element kataloga ljudskih prava krajem pedesetih i početkom šezdesetih godina bilo predmetom rasprava unutar sustava Vijeća Europe i Ujedinjenih naroda da bi u Europskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima bilo prošireno i preoblikovano u pravo na djelotvorno pravno sredstvo. Ono traži da svaka država “osigura da osoba kojoj su [Paktom] priznata prava i slobode povrijeđeni raspolaže djelotvornim pravnim sredstvom, čak i kad povredu počine osobe koje djeluju u službenom svojstvu”; da se osigura da korišteno sredstvo bude ispitano od strane nadležnih vlasti uz eventualnu mogućnost sudske kontrole i da nadležna tijela izvrše odluku koja bude donesena.⁵⁴ U službenim prijevodima Međunarodnog pakta (koji je SFRJ ratificirala 1971.) pravo na djelotvorno pravno sredstvo (*legal remedy*) prevodilo se ili kao “pravni lijek” ili kao “žalba”. Bez obzira na nepravilnost takva prijevoda (jer izraz *legal remedy* u navedenu tekstu stoji u najširem smislu kao sinonim za put pravne zaštite) on se zadržao do danas⁵⁵ podupirući privid da ustavno pravo na žalbu iz čl. 18. hrvatskog Ustava ima svoje paralele u međunarodnim ljudskopravnim standardima.⁵⁶

hova djelovanja te kritiku nedostataka u njihovu radu”, a što su dužnosnici dužni ispitati i odgovoriti na navode te bez proganjanja predlagača poduzeti odgovarajuće aktivnosti – v. čl. 49.). Ustav iz 1936. (tzv. Staljinov Ustav) nije sadržavao slične norme.

⁵⁴ V. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 2., st. 3. Na sličan se način i u prijevodu čl. 13. Europske konvencije u nadnaslovu članka pojavljuje izraz “pravni lijek”.

⁵⁵ Usp. prijevod tog Pakta koji je objavljen na stranicama Ministarstva pravosuđa RH, <http://www.mprh.hr/medjunarodni-pakt-o-gradjanskim-i-politickim-pravi> (18. ožujka 2013.).

⁵⁶ Na sličan način i Ustavni sud u nekim razmjerno recentnim odlukama pokazuje da konfundira pravo na djelotvorno pravno sredstvo i pravo na žalbu kao pravni lijek. Usp. U-III/1569/2001, odluka od 9. 12. 2004.: “Pitanje osiguranja djelotvornog pravnog lijeka jedno je od temeljnih procesnih jamstava u svim pravnim postupcima, koje je zbog svog iznimnog značenja zajamčeno Ustavom kao temeljno ljudsko pravo (članak 18. stavak 1. Ustava).”

5. KAKO (RE)INTERPRETIRATI USTAVNO JAMSTVO ŽALBE U KONTEKSTU AKTUALNIH PRAVILA GRAĐANSKOG PARNIČNOG POSTUPKA?

U dosadašnjem tijeku rada pokazalo se sljedeće: (1) univerzalno i beziznimno pravo na žalbu nije dio međunarodnih standarda i kataloga ljudskih prava, osobito ne u građanskim predmetima; (2) formulacija iz čl. 18. Ustava RH ima korijene u ustavima SFRJ i SRH iz 1963. i 1974. prilagođenih uvjetima samoupravnog socijalizma; (3) razvoj ustavnog prava na žalbu nije promišljen i intencionalan nego je moguća posljedica pogrešnog tumačenja prava peticije (predstavke i pritužbe) i prava na djelotvorno pravno sredstvo.

Što bi danas trebalo značiti ustavno jamstvo iz čl. 18.? Treba li ga zanemariti kao svojevrsnu tiskarsku pogrešku ili ga interpretirati i primjenjivati onako kako glasi u ustavnom tekstu?

U prvom redu moglo bi se tvrditi da je svaki pravni sustav slobodan svojim subjektima zajamčiti i širi krug ustavnih prava od onoga koji je sadržan u standardnim međunarodnim instrumentima o zaštiti ljudskih prava jer oni predstavljaju svojevrsan minimum ispod kojega se ne može ići, ali koji se može nadmašiti. Načelno ta je teza svakako ispravna. Da bismo ju prihvatili, potrebno je, međutim, utvrditi uzrokuje li proširenje pojedinog prava potencijalne probleme s jamstvima drugih prava, a posebno onih prava koja pripadaju međunarodnim katalogima ljudskih prava koje se država obvezala štiti.

Što se tiče prava na žalbu, ranije je već navedeno da opće i beziznimno priznavanje prava na pravni lijek može imati negativan utjecaj na trajanje postupaka i njihovu ekonomičnost, a u radikalnim slučajevima može dovoditi do povreda ljudskog prava na suđenje u razumnom roku pa i do kriznih situacija u pravosuđu širih razmjera. Tako je upravo u odnosu na Republiku Hrvatsku Europski sud za ljudska prava utvrdio da pojedine osobine žalbenog postupka kao što je mogućnost višekratnog ukidanja povodom žalbe i vraćanja na ponovno suđenje predstavljaju "sistemski nedostatak domaćeg procesnog prava" (*deficiency in the procedural system*).⁵⁷ I inače su prekomjerno trajanje sudskih postupaka i

⁵⁷ V. *Vajagić protiv Hrvatske*, 30431/03, § 44, 20. srpnja 2006. "The Court observes that the delays in the proceedings were caused mainly by the successive remittals. Given that a remittal of a case for re-examination is usually ordered as a result of errors committed by lower instances, the Court considers that the repetition of such orders within one set of proceedings discloses a deficiency in the procedural system as applied in the present case." V. (za upravne sporove) i *Božić protiv Hrvatske*, 22457/02, § 39, 29. lipnja 2006.

nedjelotvornost pravne zaštite među najsimptomatičnijim osobinama hrvatskog građanskog pravosuđa pa je stoga osobitu pozornost potrebno posvetiti onim institutima koji doprinose takvu stanju. Preporuke Vijeća Europe da se između ostalih mjera razmotri mogućnost ograničavanja prava na žalbu treba, stoga, uzimati s osobitom pozornošću te prilagoditi ustavno tumačenje prava na žalbu na način koji neće dovoditi do potencijalnih povreda zajamčenih ljudskih prava.

Koliko ima prostora za fleksibilno tumačenje čl. 18. Ustava imajući u vidu našu pravnu tradiciju i sklonost gramatičkim, jezičkim i logičkim interpretacijama? Istina je da se ustavna tumačenja često drže doslovnog teksta, no ne treba previdjeti razvoj ustavnopravne prakse, sve češće oslanjanje na tumačenja ustavnih norma inspirirana praksom europskih sudova, a u konkretnom slučaju ustavnog prava na žalbu i okolnost da je do sada ustavna praksa u određenom smislu podržavala razmjerno široko i nedogmatsko tumačenje odredbe čl. 18. Ustava.

Najbolji primjeri za široko tumačenje čl. 18. mogu se naći manje u pozitivnim odlukama Ustavnog suda, a više u odsutnosti problematiziranja raznovrsnih aspekata koji bi prema doslovnom tumačenju tog članka mogli biti problematični. Navodimo neke od takvih slučajeva u kojima do sada – usprkos polustoljetnoj primjeni – nije pronađena povreda čl. 18. Ustava usprkos okolnosti da u njima nije u potpunosti omogućena žalba protiv “pojedinačnog pravnog akta donesenog u sudskom postupku prvog stupnja”.

- *Slučajevi isključivanja prava na žalbu protiv rješenja.*⁵⁸ Samo u ZPP-u može se naći preko dvadeset članaka koji isključuju svako pravo na žalbu protiv rješenja.

⁵⁸ Žalba nije dopuštena protiv rješenja o upravljanju postupkom izvan glavne rasprave (čl. 378.); protiv rješenja drugostupanjskog suda; protiv rješenja višeg suda o stvarnoj nenadležnosti (čl. 17.); o suđenju pred vijećem u stvarima o kojima sudi pojedinac (čl. 18.); o sukobu o nadležnosti (čl. 24.); o prihvaćanju zahtjeva za izuzeće (čl. 74.); o uklanjanju nedostataka stranačke i parnične nesposobnosti (čl. 83.); protiv naredbe da se podnese ovjerena punomoć (čl. 97.) ili isprava (čl. 108.); protiv rješenja o produženju roka (čl. 111.); o određivanju ročišta (čl. 114., 116.); o dopuštanju povrata u prijašnje stanje zbog opravdanog razloga (čl. 122.); o oslobađanju od plaćanja troškova postupka (čl. 173.); postavljanju besplatnog punomoćnika (čl. 174.); prisezi (čl. 237.); nekih pitanja vještačenja (čl. 251., 252., 261., 262.); o prihvaćanju prijedloga za osiguranje dokaza (čl. 275.); o zahtjevu za dopunu i ispravak žalbe (čl. 351.); o prihvaćanju prijedloga za izdavanje platnog naloga (čl. 449.); Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 716 - 717.

- *Slučajevi ograničavanja prava na žalbu.*⁵⁹ Među njima su ograničenije mogućnosti iznošenja novota (od 2003.), ograničenja žalbenih razloga kod kontumacijskih i dispozitivnih presuda i – najvažnije – isključivanje mogućnosti da se u postupcima u sporovima male vrijednosti stranke pozivaju na nepravilno utvrđeno činjenično stanje.
- *Slučajevi nesuspenzivnih žalba.* Iako je žalba načelno suspenzivan pravni lijek, zakon u nekim slučajevima propisuje da žalba neće zadržavati ovrhu. Ustavni sud je izričito zauzeo shvaćanje da se time ne vrijeđa ustavno pravo na žalbu.⁶⁰
- *Isključenje mogućnosti žalbe protiv nekih rješenja u upravnom postupku i protiv presude u upravnom sporu* (do 2012.). Protiv raznih upravnih rješenja žalba je isključena te se omogućuje tek vođenje upravnog spora (u kojem se do 2012. nije provodila usmena rasprava te se u pravilu svodio na kontrolu pravnih pitanja).⁶¹ Dvostupanjsko odlučivanje u upravnim sporovima uvedeno je tek novim Zakonom o upravnim sporovima u veljači 2010.⁶²
- *Zabrana dvostrukog ukidanja prvostupanjske presude.* Uvedena od 2008. (u posebnim postupcima), odnosno 2013. (univerzalno) ta zabrana potencijalno dovodi do toga da žalbeni sud pri drugom suđenju mora ponovno evaluirati ili iznova izvesti potrebne dokaze i poduzeti sve potrebne radnje da se meritorno odluči, čime se iz pozicije kontrole pomiče prema poziciji djelatnog odlučivatelja.

Iako bi se u nekim od navedenih slučajeva moglo tvrditi da je riječ o dopuštenim iznimkama jer je “osigurana druga pravna zaštita”, to je barem u nekim od nave-

⁵⁹ Usp. *ibid.*, str. 677 - 679.

⁶⁰ V. U-I-1026/1995, odluka od 5. 7. 2000.: “Budući da Ustav ne poznaje razliku između žalbe koja ima suspenzivan i žalbe koja nema suspenzivan učinak, nesuspenzivnost žalbe, ako je propisana zakonom kao u konkretnom slučaju, sama po sebi ne vrijeđa odredbu članka 18. Ustava, odnosno ustavno jamstvo na žalbu protiv pojedinačnog prvostupanjskog akta ovlaštenog tijela.”

⁶¹ Ustavni sud zauzeo je shvaćanje da isključenje prava na žalbu u upravnom postupku nije problematično ako je osigurana mogućnost pravne zaštite tužbom u upravnom sporu. V., npr., U-I-4176/2006, odluka od 2. 2. 2010. Našao je, međutim, povredu prava na žalbu u slučaju u kojem je upravno tijelo donijelo (a Upravni sud potvrdio) rješenje kojim je djelatni časnik preveden u pričuvni sastav vojske obrazlažući to nesupstantiranim navodom da “ima neprimjeren odnos prema potrebama službe i oružanih snaga”. V. U-III/740/1999, odluka od 11. 4. 2000.

⁶² Zakon o upravnim sporovima (dalje u tekstu: ZUS), Narodne novine, br. 20/10, 143/12.

denih slučajeva dvojbeno. Jednako tako, iako bi se iz spominjanja izraza pravna zaštita moglo zaključiti da je svrha norme usmjerena na odlučivanje o meritumu, izraz “pojedinačni pravni akt” u pravnoj je teoriji toliko širok da svakako obuhvaća i procesne odluke.⁶³ Ne ulazeći u opravdanost pojedinih od mogućih argumenata evidentno je da je čl. 18. u pravnoj i ustavnoj praksi kontinuirano percipiran kao norma koju se može i treba teleološki tumačiti. U tom duhu, na tragu utvrđenja do kojih se došlo preispitivanjem komparativnih praksa i povijesnih ishodišta ustavnog prava na žalbu zaključujemo ovaj rad prijedlogom premisa na kojima bi se trebalo temeljiti interpretaciju tog ustavnog prava ako se želi u procesnim reformama pratiti dobre prakse zapadnih pravosuđa – ne samo zbog održavanja visokog stupnja jamstava ljudskih prava u duhu Europske konvencije nego i zbog opće djelotvornosti, kakvoće i ekonomičnosti pravne zaštite.

A. Pravo na žalbu treba promatrati kao integralni dio prava na pošteno suđenje te ga tumačiti u skladu s načelom razmjernosti. U odnosu na građanske postupke tumačenje čl. 18. Ustava pozivom na čl. 29. i čl. 6. Europske konvencije omogućilo bi referiranje na ustaljen i komparativno prihvaćen korpus jurisprudencije unutar koje bi pravo na pravičan postupak imalo prioritet, a pravo žalbe trebalo bi ga nadopunjavati, a ne dolaziti s njime u sukob. Nerazmjerna ograničavanja prava na žalbu ne bi bila dopuštena tamo gdje bi to moglo dovesti u pitanje pravičnost postupka i u predmetima kod kojih bi zbog njihove važnosti ili vrijednosti to bilo nerazmjerno, no samo pravo na žalbu trebalo bi urediti tako da se time ne dovodi u pitanje druga prava iz spektra prava iz čl. 6. Europske konvencije (npr., pravo na sud; pravo na suđenje u razumnom roku; pravo na djelotvornu ovrhu sudskih odluka itd.).

B. Pravo na žalbu iz čl. 18. Ustava ne protivi se isključenju žalbe protiv interlokutornih odluka. Pozivanje na čl. 18. radi pobijanja mogućnosti da se isključi žalba protiv virtualno svih vrsta odluka kojima se postupak ne okončava nije u skladu s komparativnim trendovima u osiguranju djelotvorne i pravodobne pravne zaštite. U primjerenim slučajevima valja, međutim, omogućiti da se interlokutorna odluka pobija u sklopu pobijanja konačne odluke (ako je protiv nje dopušten pravni lijek).

C. Pravo na žalbu iz čl. 18. Ustava ne bi smjelo biti apsolutna zapreka ograničavanju žalbenih razloga ili uvođenju sustava dopuštenja (filtriranja) koji bi dopustivost žalbe vezivao uz, npr., realne izgleda za njen uspjeh. Pravo na žalbu ne implicira i pravo da

⁶³ Među pojedinačne akte ubrajaju se presude (sudova), rješenja (sudova i upravnih tijela), zaključci itd. Usp. Vidaković-Mukić, M., *op. cit.* u bilj. 4, str. 854.

se objesno i isključivo radi odugovlačenja postupka angažira pravosudni aparat, u uvjetima u kojima je žalba očigledno neosnovana. Jednako kao što pravo na pravnu zaštitu u sudskom postupku ne oslobađa stranke obveze da učine napor da sporove o svojim građanskim pravima i obvezama riješe same, izvan suda (pregovorima, medijacijom, drugim metodama mirnog rješavanja sporova), a što se za određene slučajeve može učiniti i pravno obvezatnim, tako i pravo na žalbu ne bi trebalo podrazumijevati oslobođenje svake obveze da se radi dopuštenosti žalbe zadovolji minimalni prag u pogledu sadržaja, detaljnog obrazloženja i dokaza vjerojatnosti da bi detaljno meritorno razmatranje moglo uroditi uspjehom žalbe. Načelo razmjernosti opravdava i sužavanje razloga za žalbu, osobito u predmetima manje socijalne i ekonomske važnosti (što je u uređenju postupka u sporovima male vrijednosti do sada već i postala konstanta domaćeg uređenja).

D. *Pravo na žalbu iz čl. 18. Ustava načelno ne bi trebalo priječiti uređenje prema kojem se u žalbenom postupku mogu ponovo ocjenjivati dokazi izvedeni u prvostupanjskom postupku, a iznimno i izvoditi dokazi koji nisu bili izvedeni u prvostupanjskom postupku.* Osobina pravog apelacijskog postupka u romansko-germanskoj europskoj tradiciji pretpostavlja da drugostupanjski sud ima reformacijske ovlasti koje redovito koristi⁶⁴; kasacijske ovlasti trebale bi u kontekstu žalbenih postupaka biti iznimka, a može ih se i isključiti.⁶⁵ Radi pravne sigurnosti i djelotvornosti pravne zaštite potrebno je imati sredstva koja će drugostupanjskom sudu omogućiti da u svakom slučaju, bez obzira na radnje poduzete u prvostupanjskom postupku, pravično, konačno i meritorno riješi predmet koji se pred njim nalazi.

E. *Pravo na žalbu iz čl. 18. Ustava ne bi trebalo biti apsolutna zapreka da se u iznimnim slučajevima u cijelosti isključi žalba protiv presude.* Ustavno jamstvo žalbe valjalo bi tumačiti kao obvezu da se u bitnom za pretežni dio građanskih predmeta omogući redovito vođenje postupka u dva stupnja, što je i dio procesne tradicije kojoj pripadamo.⁶⁶ Time se ne bi trebalo dovoditi u pitanje pravo zakonodavca da s valjanim razlozima i u mjeri u kojoj je to nužno potrebno za pojedine specifične vrste predmeta, uzimajući u obzir njihovu svrhu i značenje (npr.,

⁶⁴ U Njemačkoj žalbeni sud u pravilu nema ovlasti vratiti predmet na ponovno odlučivanje prvostupanjskom sudu; austrijsko pravo to nešto šire dopušta, ali i dalje je udio kasacije bitno manji od udjela reformacije.

⁶⁵ Upravo u tom pravcu išla je reforma žalbe u parničnom postupku Rusije u reformama 2010. i 2011., čime je prekinuto s tradicijom sovjetskog prava u kojem je žalba u osnovi bila kasacija, a ne apelacija.

⁶⁶ Doktrina građanskog procesnog prava i prije i nakon Drugog svjetskog rata u pravilu afirmira tzv. "načelo dvostepenosti". V. Čulinović, *Pravosuđe ..., op. cit.* u bilj. 35, str. 244.

u sporovima male vrijednosti ili u odnosu na presudu u postupku poništaja arbitražnog pravorijeka) žalbu u cijelosti isključiti.⁶⁷

F. *Pravo na žalbu iz čl. 18. Ustava ne implicira suspenzivnost žalbe ni ne ograničava pravo države da za pojedine slučajeve odredi da žalba redovito ili u pravilu neće zadržavati ovrhu.* Pravo na žalbu u pravilu nije narušeno ako se zakonom ili po odluci suda dopusti ovrha presude i prije no što se o žalbi odluči. O diskreciji zakonodavca ili suda ovisi kako će procijeniti šanse za uspjeh žalbe te koju će stranku opteretiti rizikom da prvostupanjska presuda ne izdrži preispitivanje. Limitiranje suspenzivnog učinka žalbe može doprinijeti i suzbijanju dilatornih taktika i drugih zlouporaba prava na žalbu.

Ako se ustavno pravo na žalbu uspije u praksi reinterpretirati u smislu predloženih premisa, ono bi moglo doprinijeti jačanju vladavine prava, kvaliteti i pravodobnosti pravne zaštite te harmonizaciji procesnog prava na europskoj razini uz zadržavanje ponekih nacionalnih osobitosti kao što su povećana sklonost kontroli i mogućnosti uniformiranja sudske prakse. S druge strane, ako to ne bude slučaj, ta će ustavna norma biti prepreka nužnim reformama, izolirati nas od vodećih europskih trendova u razvoju građanskog pravosuđa i tako dodatno udaljiti Hrvatsku od pravnog kruga europskih država koje jamče visoku razinu kvalitete i djelotvornosti pravne zaštite svojim građanima.

Summary

Alan Uzelac *

CONSTITUTIONAL RIGHT TO APPEAL IN CIVIL MATTERS: A GUARANTEE OF CORRECT ADJUDICATION OR A RELIC OF THE PAST?

In its Art. 18, the Croatian Constitution generously guarantees the right to appeal against the first instance decisions made by courts or other authorities. The right to appeal

⁶⁷ Ustavno jamstvo iz čl. 18. ne bi, dakle, trebalo mehanički tumačiti kao imperativ opće, beziznimne dopuštenosti žalbe protiv presude u parničnom postupku. Suprotno v. Dika, *op. cit.* u bilj. 1, str. 108.

* Alan Uzelac, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

may be excluded only exceptionally in cases specified by law, if other means of recourse are provided. This constitutional guarantee found its place in Croatian law as an element adopted from the former constitutional provisions of the federal constitution and the constitutions of constituent republics in the Socialist Federative Republic of Yugoslavia (SFRY). In this paper, the author compares the nearly unlimited, universal right to appeal entrenched in the national constitution with the procedural standards of international conventions and the provisions of national laws of various European states. The main area of interest is the guarantee of the appeal right in the context of civil and commercial matters.

The paper starts by setting forth various interpretations of the right to appeal in domestic law, and points to the fact that the constitutional guarantees in their broadest sense cover an extremely broad area: appeals are guaranteed not only against substantive decisions, but also against the procedural ones; not only against the final orders and dispositions, but also against the interlocutory decisions; not only against the decisions made by the lower courts, but also against the decisions of the highest courts and other authorities; finally, appeal should be provided irrespective of the type and object of the proceedings, meaning that it should be guaranteed also in civil non-contentious proceedings, in cases of pure administrative nature, as well as in small claims procedures. The right to appeal can also be interpreted in the way that a means of recourse to a higher instance should encompass both factual and legal control of the first instance decisions. All these elements found their place in legislative and doctrinal discussions, and had an important impact on the development of various norms and procedures in Croatia.

In contrast, the European Human Rights Convention does not recognize the right to appeal in civil matters. Such right was also consistently denied in the case-law of the European Court of Human Rights. Based on such premises, the European Commission on the Efficiency of Justice of the Council of Europe advised the member states to explore the limitation of appeal options as one of the measures for increasing effectiveness and efficiency of national civil justice systems. In this paper, the author lists various national legal systems of both civil and common law traditions that limit or exclude appeals in various matters (e.g. in small claims procedure).

Exploring the historic roots and emergence of the constitutional right to appeal, the author compares the provisions of all Yugoslav constitutions from 1921 to 1974. The analysis demonstrates that the universal right to appeal against judicial decisions first occurred in the 1963 Constitution. In the text of the Constitution, it replaced the previous reference to the right to petition – right to complain against illegal acts of the state authorities, which existed in previous constitutions. While historic sources are scarce, it seems that such transformation of the right to petition to right to appeal was a product of several developments. One was the rejection of the separation of powers doctrine and the socialist

idea that all bodies vested with public authorities (including courts and judges) have to be subject to “democratic centralism”, i.e. to hierarchical control by higher authorities. The other was the tendency to expand constitutional declarations of rights for political reasons, as a legitimizing element for the political regime. The split with Soviet Union and introduction of self-management doctrine led to weakening of judicial structures and procedures that excluded appeals, and to the transformation of other controlling instances, such as appeal (nadzor) by the public prosecutor (procurator). It is possible that the right to petition mutated to right to appeal also due to incorrect interpretation and translation of international conventions, such as the International Covenant on Civil and Political Rights, as the notions of “petition” and “legal remedy” were in official translations consistently translated as “appeals”.

In conclusion, the author argues that the constitutional right to appeal from the Croatian Constitution (as well as from the other constitutions of post-Yugoslav states) has to be reinterpreted or abandoned. It contributes to some features of national law that have been found by the Strasbourg Court to be “systemic deficiencies”, such as the endless cycle of remittals upon appeals. Therefore, new understanding of the right to appeal should take into consideration comparative and international trends, and ensure flexible and appropriate approach that will consider right to appeal in the context of well-established procedural human rights such as the right to a fair trial. This approach should not exclude policies that balance the right to appeal with the right to effective judicial protection. If this will not happen, it may mean that various progressive policies of judicial reforms face the prospects of being discarded as unconstitutional. Among them are the exclusion of interlocutory appeals and appeals in small claims; permission of filtering of appeals and re-adjudication upon appeal, prohibition of double remittals, and non-suspension of enforcement pending appeal. Therefore, a fundamentally different understanding of the constitutional right to appeal may be one of the preconditions for the success of reforms necessary to improve the functioning of the national judiciary, which has been continually facing crisis in the past decades.

Keywords: Right to appeal, constitutional rights, procedural human rights, civil proceedings, civil litigation.

**POSEBNI POSTUPCI
(TRGOVAČKI, OBITELJSKI,
ANTIDISKRIMINACIJSKI, PLOVIDBENI,
SMETANJE POSJEDA)**

TUŽBA ZA POBIJANJE ODLUKE GLAVNE SKUPŠTINE DIONIČKOG DRUŠTVA – NEKA ODABRANA PITANJA

*Akademik Jakša Barbić**

Raspravlja se nekoliko odabranih pitanja tužbe za pobijanje odluke glavne skupštine dioničkog društva. Razmatra se arbitrabilnost takva spora i, uz prijedlog za izmjenu propisa kojim se kod nas određuje arbitrabilnost, iznose razlozi za mogućnost da se spor rješava pred arbitražom. Obraduje se tko su stranke u sporu o pobijanju odluke glavne skupštine i tko zastupa društvo. Razmatraju se predmet spora, pravo stranaka i umješaća da sudjeluju u raspravljanju i raspolaganja stranaka u parnici. Iznosi se na kome je teret dokaza s obzirom na tvrdnje koje stranke iznose u parnici. Raspravlja se upis odluke glavne skupštine prije okončanja parnice o njezinu pobijanju u sudski registar i učinak tog upisa, nastavljanje parnice i izmjena tužbenog zahtjeva s posljedicama za vođenje spora i njegovo okončanje.

Ključne riječi: tužba za pobijanje odluke glavne skupštine dioničkog društva, arbitrabilnost, stranke u sporu i zastupanje, tužbeni zahtjev.

1. ARBITRABILNOST SPORA O POBIJANJU ODLUKE GLAVNE SKUPŠTINE

Za rješavanje spora o pobijanju odluke glavne skupštine isključivo je nadležan trgovački sud na području kojeg se nalazi sjedište društva upisano u sudskom registru (čl. 363., st. 1. Zakona o trgovačkim društvima). Sud na području kojeg je upisana podružnica društva može biti nadležan za suđenje u sporovima

* Akademik Jakša Barbić, redoviti član Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti; profesor emeritus Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

društva koji proizlaze iz pravnog odnosa društva preko njegove podružnice (čl. 59. Zakona o parničnom postupku), ali ne i u sporu o kojemu je ovdje riječ.

Više postupaka koji se vode o pobijanju iste odluke treba spojiti. Sud bi za pravo morao spojiti više postupaka koji se vode radi pobijanja iste odluke ako imaju isti predmet pobijanja (ali ne ako se, primjerice, svaki vodi glede pobijanja drugog dijela neke odluke). Ako se oni vode po tužbi zbog ništetnosti i tužbi kojom se pobija ista odluka, ti se postupci mogu, što treba preporučiti, ali i ne moraju spojiti (čl. 357., st. 2. Zakona o trgovačkim društvima) jer se vode s istim ciljem, a to je utvrđenje ništetnosti iste odluke glavne skupštine pa ne bi bilo dobro kad bi se završili na različit način. Tužitelji su u tako spojenim postupcima jedinstveni suparničari. Sud, naime, ne bi mogao o valjanosti pobijane odluke odlučiti različito za pojedine tužitelje.

Prema stajalištu Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske isključena je mogućnost da se takav spor rješava pred arbitražom.¹ U prilog tom stajalištu u njemačkoj se doktrini iznose ovi razlozi: a) odredba Zakona o nadležnosti suda ne dopušta da se spor vodi pred arbitražom jer se njome određuje isključiva nadležnost suda, b) djelovanje odluke prema svima s njezinim konstitutivnim učinkom nije spojivo s nadležnošću arbitraže, c) o predmetu spora objektivno se ne može sklopiti nagodba, što isključuje nadležnost arbitraže i d) stranke nemaju subjektivnu ovlast sklopiti nagodbu jer tužitelj i tuženi nemaju moć nagoditi se oko predmeta spora.² Protiv takva stajališta mogu se iznijeti razlozi koji opravdavaju da ga se napusti, a tu valja ubrojiti i prijedlog *de lege ferenda* kojim bi se definitivno otklonila jedna od mogućih prepreka arbitrabilnosti spora o kojem je ovdje riječ.

Osim okolnosti da je Zakonom propisana isključiva nadležnost suda, prigovori arbitrabilnosti spora o kome je ovdje riječ svode se u biti na a) nemo-

¹ Riječ je o odluci od 10. veljače 2004. donesenoj u predmetu Pž-195/04, objavljenoj u Zbirci odluka hrvatskih trgovačkih sudova, br. 8, str. 83, odluka pod br. 44 i u ING pregledu sudske prakse, br. 4, 2004., str. 11. Pritom se sud opredijelio za to da propisivanje nadležnosti suda u čl. 40. Zakona o trgovačkim društvima još ne znači i isključivu nadležnost suda nego taj učinak ima samo slučaj kad je takva nadležnost izričito propisana kao isključiva. V. i Gorenc, V. u: Filipović, V.; Gorenc, V.; Slakoper, Z.; Brkanić, V., *Zakon o trgovačkim društvima s komentarom*, Zagreb, 2004., str. 792 - 793. To je i praksa Saveznog suda SR Njemačke. V. odluke navedene u Dörr, T., u: Spindler, G.; Stilz, E., *AktG. Bd. 2*, München, 2007., str. 569, bilj. 12. To stajalište izloženo je kritici u literaturi koju navodi Dörr, T., *ibid.* u bilj. 14 povodom koje se ta praksa počela mijenjati.

² Schmidt, K., u: Gadow, E. *et al.*, *Großkommentar Aktiengesetz*, 6. izd., Berlin, New York, 1996., *op. cit.* u bilj. 1450; Semler, J. F., u: Hoffmann-Becking, M., *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. Aktiengesellschaft*, München, 1999., str. 563.

gućnost sklapanja nagodbe, b) neosiguravanje dioničarima da ostvaruju pravo raspravljanja u sporu, c) nedjelovanje odluke arbitraže i prema osobama koje nisu stranke u sporu.

Odredbom čl. 363., st. 1. Zakona o trgovačkim društvima propisana je isključiva stvarna i mjesna nadležnost suda kad se takav spor pokreće pred sudom pa se ne bi moglo ugovoriti da se spor vodi pred nekim drugim sudom, ali se tom odredbom ne isključuje mogućnost da se ugovori nadležnost arbitraže. To je domet spomenute odredbe. U Zakonu, naime, nema odredbe o zabrani da se rješavanje spora povjeri arbitraži.

Iz spomenutih prigovora proizlazi da bi smetnja arbitrabilnosti bila odredba čl. 3., st. 1. Zakona o arbitraži prema kojoj stranke mogu povjeriti arbitraži rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati, i to zato što postoji ograničenje, iako ne apsolutno, za sklapanje nagodbe u sporu. Stranke u sporu mogu slobodno raspolagati svojim zahtjevom pa bi spor prema tome u načelu bio arbitrabilan jer, ako dioničar može odlučiti o tome hoće li pobijati odluku glavne skupštine ili je prihvatiti onakvom kakva jest, on može i raspolagati zahtjevom za pobijanje odluke pa se, osim uz jedno ograničenje na strani tuženoga navedeno u kasnijem izlaganju u 4. dijelu rada (u pogledu mogućnosti sklapanja nagodbe upućuje se na to izlaganje), i nagoditi u sporu (objektivna podobnost za sklapanje nagodbe). Kako bi se otklonila svaka sumnja o postojanju te zapreke trebalo bi izmjenom Zakona proširiti mogućnost da se sporovi rješavaju arbitražom po ugledu na prava u kojima je to već učinjeno (primjerice, po ugledu na njemačko pravo zbog čega po njemu više nije odlučno može li se u sporu o pobijanju odluke glavne skupštine dioničkog društva sklopiti nagodba jer je riječ o sporu o imovinskopравnom zahtjevu). U Zakonu bi odredbu čl. 3., st. 1. trebalo zamijeniti drugom prema kojoj bi bio arbitrabilan svaki spor o imovinskopравnom zahtjevu kao što je to predviđeno u §-u 1030., st. 1. njemačkog ZPO-a i u §-u 582., st. 1. austrijskog ZPO-a. Nema sumnje da je spor o pobijanju odluke glavne skupštine spor o imovinskopравnom zahtjevu. Tada se više ne bi tražilo da je riječ o sporu o pravu kojim stranke mogu slobodno raspolagati.

Dioničarima je i u sporu pred arbitražom omogućeno ostvarenje prava da u njemu sudjeluju i raspravljaju pod pretpostavkom da sporazum o nadležnosti arbitraže veže sve dioničare. U tom slučaju imaju mogućnost, bez obzira na to tko je pokrenuo spor, da u njemu sudjeluju kao umješaci kao što i inače imaju mogućnost ustati s tužbom. Nalaze se u istom položaju u kojem su bili kad se na glavnoj skupštini odlučivalo o odluci koja je predmet pobijanja ili u kojem bi

bili da su na njoj sudjelovali. Ustali s tužbom ili sudjelovali u sporu kao umješači, dioničarima je omogućeno da ostvaruju pravo na raspravljanje u postupku pa u vezi s tim pravom ne treba praviti razliku između slučaja kada dioničar ustane s tužbom i slučaja kada u njemu u početnoj fazi sudjeluje kao umješač. Kako uprava, odnosno izvršni direktori društva moraju u glasilu društva bez odgađanja objaviti da je tužba podignuta i kada je po tužbi zakazano ročište, svaki se dioničar može u postupku pridružiti stranci u sporu kao umješač najkasnije u roku od mjesec dana od dana objave (čl. 363., st. 4. Zakona) i ne može prigovoriti da mu nije bilo omogućeno sudjelovati u raspravljanju prije nego što se donese odluka u sporu.

Konstitutivni učinak pravorijeka s djelovanjem prema svim dioničarima i članovima uprave i nadzornog, odnosno upravnog odbora ne bi trebao biti smetnja za rješavanje spora pred arbitražom ako ugovor o nadležnosti arbitraže veže sve dioničare i spomenute osobe, a ne samo stranke u sporu, i daje im mogućnost da u njemu sudjeluju kao umješači kao što imaju mogućnost ustati s tužbom kada im je omogućeno raspravljanje. I kad se spor vodi pred sudom, ako ne iskoriste mogućnost da u njemu sudjeluju kao umješači, ne mogu prigovoriti da presuda suda ne djeluje i prema njima (čl. 364., st. 1. Zakona).³

Drugo je pitanje kako ugovoriti nadležnost arbitraže za odlučivanje u sporu o pobijanju odluke glavne skupštine, tj. može li se to učiniti statutom društva ili samo posebnim sporazumom o arbitraži.

Stajalištu da ugovaranju arbitraže u statutu društva stoji na putu odredba čl. 173., st. 4. Zakona o trgovačkim društvima prema kojoj statut može sadržavati odredbe koje odstupaju od odredaba Zakona samo kada je to u njemu izričito određeno jer Zakonom nije izričito predviđeno da se može ugovoriti drukčije od onoga što je propisano u čl. 363., st. 1. Zakona⁴ može se prigovoriti da se tom

³ Za te razloge u prilog arbitrabilnosti spora v. bliže kod M. Schwaba u: Schmidt, K.; Lutter, M., *Aktiengesetz Kommentar. II. Band*, Köln, 2008., str. 2370 - 2373; Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 569 - 570; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 2, str. 179 - 182; Saenger, I., *Zivilprozessordnung. Handkommentar*, 4. izd., 2011., § 1030, Rdnr 10 - 11; Musielak, H.-J., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9. izd., München, 2012., § 1030, Rdnr. 2; Geimer, R. u: Zöllner, R., *Zivilprozessordnung*, Köln, 1999., § 1030, Rdnr. 9.

⁴ Za takvo stajalište v. Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 569; Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002., str. 859 - 860; Hüffer, U., *Aktiengesetz*, München, 2010., str. 1299. Böckli, P., *Schweizer Aktienrecht*, Zürich, Basel, Genf, 2004., str. 1968 - 1969 pozivom na Konkordat o arbitraži zastupa stajalište da je za isključenje vođenja spora pred sudom potrebna izričita pismena izjava dioničara kojom se poziva na odredbu statuta o

odredbom samo uređuje nadležnost suda za slučaj da se spor vodi pred sudom pa se statutom ne bi moglo odrediti nadležnost nekog drugog suda, a da se s time ne rješava pitanje može li se spor voditi pred arbitražom. Za arbitrabilnost spora mjerodavna je odredba čl. 3., st. 1. Zakona o arbitraži pa kako bi tu odredbu trebalo izmijeniti onako kako je to predloženo, spomenuti spor bi iz već izloženih razloga mogao biti arbitrabilan. Kako se citirana odredba Zakona o trgovačkim društvima odnosi samo na rješavanje spora pred sudom, ne bi bilo zapreke da se statutom odredi da je za spor o pobijanju odluke glavne skupštine nadležna u njemu predviđena stalna ili *ad hoc* arbitraža.⁵ Prema odredbi čl. 173., st. 4. Zakona statutom se mogu urediti i druga pitanja osim onih koja se njime moraju urediti ako to njime nije izričito isključeno, a to Zakonom nije učinjeno u pogledu mogućnosti da se statutom odredi nadležnost arbitraže za sporove o pobijanju odluke glavne skupštine.

Odredbom statuta o nadležnosti arbitraže vezano je društvo i svi dioničari koji su ga osnovali i pritom dali izjavu pred javnim bilježnikom da prihvataju statut društva. Njome su vezani i stjecatelji dionica kojima su ih prenijeli osnivači društva i nakon njih svi drugi stjecatelji koji su ih od njih kasnije stekli. Prijenosom dionice i na temelju nje umjesto dotadašnjeg dioničara dioničarom postaje stjecatelj dionice koji ulazi u njegov položaj u društvu sa svim članskim pravima i obvezama što iz nje proizlaze. Ako statut sadržava odredbu o nadležnosti arbitraže, među njima je i obveza da dioničar svoj spor s društvom podvrgne nadležnosti arbitraže. Ne bi se moglo reći da je tu riječ o nekoj naknadnoj obvezi dioničara pored one za uplatom dionice jer ta obveza postoji u vrijeme stjecanja dionice kao obveza koja je bila preuzeta od strane osnivača,

nadležnosti arbitraže. Klausula u statutu o podvrgavanju spora arbitraži ne prenosi se na stjecatelja dionice jer ima značenje obvezivanja dioničara, a njega se osim na uplatu dionice ne može obvezati na nešto što on nije posebno prihvatio. Prema tome, dioničar koji se podvrgava arbitraži mora to sam izjaviti. Nakon što je društvo osnovano u statut bi se moglo unijeti arbitražnu klausulu samo jednoglasnom odlukom svih dioničara. Za mogućnost da se nadležnost arbitraže predvidi u statutu društva v. i § 581., st. 2. austrijskog ZPO-a, a za njemačko pravo to se izvodi iz §-a 1066. ZPO-a.

⁵ U prilog stajalištu da se nadležnost arbitraže može odrediti i u statutu izjašnjava se Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2371, ali s pravom navodi da to treba predviđati u društvima s manjim brojem dioničara, dioničarima koji pripadaju nekom zatvorenom krugu. Musielak, *op. cit.* u bilj. 3, § 1030, Rdnr. 2, navodi i presude Saveznog suda SR Njemačke iz kojih proizlazi da se nadležnost arbitraže može predvidjeti i u statutu društva. Slično i Saenger, *op. cit.* u bilj. 3, § 1030, Rdnr. 11; Geimer, *op. cit.* u bilj. 3, § 1030, Rdnr. 9.

odnosno dioničara koji je od njega stekao dionicu zajedno s obvezom uplate dionice u čiji pravni položaj ulaze svi kasniji stjecatelji njegove dionice pa tako preuzimaju i tu obvezu. Kako preuzima obvezu na lojalno postupanje prema društvu i drugim dioničarima te obvezu uplate dionice u dijelu u kome to nije učinio njegov prednik, što u sudskoj praksi i u literaturi nije sporno, tako valja zauzeti stajalište da stjecatelj dionice preuzima i obvezu podvrgavanja arbitraži u sporu o pobijanju odluke glavne skupštine, što je bila i obveza njegova prednika u društvu. Uostalom, dionica je utjelovljenje svih članskih prava i obveza dioničara u društvu pa je logično da se prijenosom dionice, bez potrebe da ih se posebno navodi, te obveze prenose na stjecatelja dionice. Odredbom statuta vezano je i društvo jer je ono privatnopravna zajednica njegovih članova (dioničara) te ga stoga veže ono što u društvu i njegove članove pa bi kao tuženik u sporu moralo prigovoriti nadležnosti suda podigne li se pred njim tužba kojom se pobija odluka glavne skupštine. Ako je odredbom statuta vezano društvo, njome moraju biti vezani i organi društva pravne osobe uključujući i članove tih organa, a oni su jedini osim dioničara ovlašteni ustati s tužbom kojom pobijaju odluku glavne skupštine.

Unosi li se odredba o nadležnosti arbitraže u statut njegovom izmjenom, trebalo bi zauzeti stajalište da je takvo određenje nadležnosti arbitraže valjano samo ako bi za tu izmjenu statuta glasovali svi dioničari.⁶ Tada dioničari doista naknadno preuzimaju obvezu, a to nije moguće valjano učiniti ako se svaki od njih s time ne suglasi. U protivnom, odlukom jednih dioničara nametala bi se obveza drugima, a to nije dopušteno. Mijenjaju li se neke odredbe statuta ili se statut dopunjuje i drugim odredbama istodobno kad se predlaže i unošenje u statut odredbe o nadležnosti arbitraže, korisno je to učiniti tako da se o tome donesu dvije odluke, jedna o drugim izmjenama, a druga o unošenju u statut odredbe o nadležnosti arbitraže. Time se omogućuje da se statut izmijeni za to potrebnom većinom glasova u svim drugim dijelovima ne postigne li se jednoglasnost svih dioničara za donošenje odluke o izmjeni kojom se određuje nadležnost arbitraže.

Za ugovaranje nadležnosti arbitraže statutom bitno je da se time osigura učinak arbitražne odluke u odnosu na sve koji mogu biti stranke u takvu sporu i da im se omogući sudjelovanje u sporu. Stoga se mora osigurati da svaki dioničar kao i organ, odnosno član organa društva bude obaviješten o pokretanju i tijeku postupka i da je u mogućnosti u njemu primjereno sudjelovati

⁶ Tako i Musielak, *op. cit.* u bilj. 3, § 1030, Rdnr. 2; Saenger, *ibid.*

kao umješac⁷, da svi dioničari mogu sudjelovati u izboru arbitara ako nekom neutralnom tijelu nije prepušteno da to učini⁸ i da se moraju spojiti svi postupci koji se vode o pobijanju neke odluke.⁹ Valja preporučiti da se to posljednje predvidi u statutu.¹⁰

Nadležnost arbitraže može se ugovoriti izvan statuta sporazumom svih dioničara.¹¹ Treba ga sklopiti pod pretpostavkama koje se traže za sklapanje takva sporazuma. Sporazum ne znači preuzimanje obveze da se pobija odluka glavne skupštine pa i kada su ispunjene pretpostavke koje se traže za podizanje tužbe. U skladu sa slobodnom raspoloživošću zahtjevom dioničar sam odlučuje hoće li ustati s tužbom ili ne, ali, ako ustane s tužbom, podvrgnut je nadležnosti arbitraže koja je ugovorena između dioničara. Iako društvo nije strana tog sporazuma, ono je podvrgnuto nadležnosti tako ugovorene arbitraže.¹² Ono, stoga, ne bi moglo uspjeti s prigovorom nenadležnosti arbitraže i zahtijevati da se spor vodi pred sudom u skladu s odredbom čl. 363., st. 1. Zakona pozivajući se na to da nije strana sporazuma.

Nadležnost arbitraže ne bi se u konkretnom sporu mogla zasnovati samo između stranaka u sporu pa ni upuštanjem u parnicu bez isticanja prigovora o nenadležnosti arbitraže jer bi se to protivilo načelu jednakog položaja dioničara iz čl. 211. Zakona (odredba o nadležnosti arbitraže sadržana u statutu ne bi bila protivna tom načelu jer bi jednako djelovala u odnosu na sve dioničare i

⁷ Taj je uvjet u pogledu obaviještenosti ispunjen u odnosu na sve ovlaštenike, a za dioničare i u pogledu prava da u sporu sudjeluju kao umješaci odredbom čl. 363., st. 4. Zakona o trgovačkim društvima. Kada je riječ o organima društva i njihovim članovima, uvjet je ispunjen time što su vezani odredbom statuta o nadležnosti arbitraže pa, kako su inače ovlašteni pobijati odluku glavne skupštine (čl. 362., t. 4. i 5. Zakona), valja im priznati postojanje pravnog interesa da se u parnici pridruže stranci za koju žele da uspije u parnici.

⁸ Kako se iz praktičnih razloga ne može očekivati da bi u tome sudjelovali svi dioničari, da bi se izbjegle nedoumice, korisno je u statutu odrediti neutralno tijelo kao ono koje će imenovati arbitre, primjerice, predsjednika neke institucionalne arbitraže koju se statutom odredi da bude nadležna za arbitriranje u sporu.

⁹ V. u Saenger, I., *op. cit.* u bilj. 3, § 1030, Rdnr. 11, s pozivom na tamo navedenu odluku Saveznog suda SR Njemačke u pogledu pobijanja odluke skupštine društva s ograničenom odgovornošću. Tako i Musielak, *op. cit.* u bilj. 3, § 1030, Rdnr. 2.

¹⁰ Zakon o trgovačkim društvima (čl. 363., st. 3.) predviđa da postupke koji se vode kod suda treba spojiti.

¹¹ Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 569; Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2371 - 2372.

¹² Tako Schwab, *ibid.*, str. 2372.

društvo). U tom bi, naime, slučaju ostali dioničari bili prikraćeni u nastojanju da ostvare svoje upravljačko pravo pobijanja odluke glavne skupštine time što bi im moglo biti onemogućeno miješanje u tijeku postupka ako na to ne bi pristale obje stranke u sporu, a moglo bi se dogoditi da se paralelno o istoj stvari vodi spor pred sudom i pred arbitražom. Dioničaru koji ne bi sklopio ugovor o arbitraži ne bi se mogla uskratiti mogućnost da svoje pravo pobijanja odluke glavne skupštine ostvaruje pred sudom. Nadležnost arbitraže bi se ipak mogla zasnovati i bez prethodnog sporazuma o njezinoj nadležnosti upuštanjem u spor bez isticanja prigovora o nenadležnosti arbitraže ako bi u sporu sudjelovali svi dioničari. To bi se moglo očekivati samo u društvima s malim brojem dioničara ili u obiteljskim društvima.

Ti razlozi govore u prilog izmjeni sadašnjeg stajališta Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske protiv arbitrabilnosti sporova o pobijanju odluka glavne skupštine dioničkog društva isto onako kako se to u njemačkoj doktrini iznosi za odgovarajuće stajalište zauzeto u njemačkoj sudskoj praksi koja se s obzirom na stajalište doktrine već mijenja, s tim da bi kod nas trebalo izmijeniti i odredbu Zakona o arbitraži o arbitrabilnosti sporova. S obzirom na izloženo valja naglasiti da bi iz praktičnih razloga ugovaranje nadležnosti arbitraže trebalo koristiti samo u dioničkim društvima s malim brojem dioničara, osobito onima obiteljskog tipa ili s dioničarima koji pripadaju određenom krugu manjeg broja osoba, dionice kojih društava nisu uvrštene na organiziranom tržištu vrijednosnih papira radi trgovanja.¹³ U tim se drugim slučajevima praktički ne bi mogle ispuniti pretpostavke koje se traže za valjano zasnivanje nadležnosti arbitraže. Tako bi se iskoristile opće prednosti arbitraže i na području pobijanja odluka glavne skupštine dioničkog društva. Njima ovdje posebno treba dodati i mogućnost da u takvu sporu arbitriraju specijalisti za pravo društava, i to ne samo iz reda sudaca.

2. STRANKE U SPORU

Tužbu može podići svatko za pobijanje ovlašten odredbama čl. 362. Zakona o trgovačkim društvima. Kad je više tužitelja u ulozi jedinstvenih suparničara, protiv njih se mogu donijeti različite odluke samo ako tužitelj nema ovlast za

¹³ Tako Schwab, *ibid.*, str. 1371; Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 570; Böckli, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1970.

pobijanje ili je tužbu podigao izvan propisanog roka. Oni su usprkos tomu jedinstveni suparničari. O njima je riječ i kada više tužitelja iz različitih razloga ustaje protiv društva s tužbom radi iste odluke. Predmet spora je tada isti i na tome ništa ne mijenja okolnost što jedan tužitelj ustaje s tužbom radi njezine ništetnosti, a drugi je tužbom pobija, jer ističu isti tužbeni zahtjev da se odluka oglasi ništetnom.¹⁴

Posljedica jedinstvenog suparničarstva jest da se svi suparničari smatraju jednom strankom tako da se, ako neki od njih propusti koju parničnu radnju, učinak parničnih radnja što su ih poduzeli drugi suparničari proteže i na onoga koji te radnje nije poduzeo (čl. 201. Zakona o parničnom postupku). Razlike postoje glede roka za podizanje tužbe jer tu nije riječ o procesnom nego o materijalnopravnom roku pa se tužitelj koji je zakasnio s podizanjem tužbe ne bi mogao u parnici pridružiti onom koji je to učinio u roku i u sporu bi mogao sudjelovati samo kao umješač.¹⁵ Promjena stranke u sporu moguća je prema općim procesnim pravilima.

Tužbu može podignuti dioničar ako za to ispunjava uvjete iz čl. 362. prema nekoj od t. 1. do 3. Zakona. Postupak se, naime, vodi po tužbi osobe koja je dioničar u vrijeme početka parnice, ali to mora biti i u vrijeme donošenja odluke glavne skupštine koju pobija tužbom. Tužbu ne bi mogla podići osoba koja nije bila dioničar prije nego što je bio objavljen dnevni red glavne skupštine. Osoba koja je to bila u navedeno vrijeme mora, da bi bila ovlaštena ustati s tužbom za pobijanje odluke glavne skupštine, ispuniti i neku od daljnjih pretpostavaka, i to a) svoje protivljenje odluci izjaviti u zapisnik ili b) izjaviti da u radu glavne skupštine nije sudjelovala zbog toga što joj pogrešno nije bilo dopušteno u njemu sudjelovati jer glavna skupština nije bila uredno sazvana ili dopuna predmeta odlučivanja na njoj nije bila valjano objavljena ili c) da je neki dioničar glasovanjem na glavnoj skupštini pokušao za sebe ili za nekoga drugoga postići korist na štetu društva ili drugih dioničara, a pobijanom odlukom se to postiže. Nije li ispunjena neka od tih pretpostavaka, takva osoba ne bi bila ovlaštena podići tužbu iako je stekla dionicu na vrijeme jer ne bi mogla ispuniti pretpostavke koje se za to traže prema čl. 362., t. 1. do 3. Zakona.¹⁶ Stjecanje

¹⁴ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 4, str. 149; Semler, *op. cit.* u bilj. 2, str. 571.

¹⁵ Schmidt, *ibid.*

¹⁶ V. odluku Vrhovnog suda RH Revt 93/10-2 od 20. listopada 2010. objavljenu u ING pregledu sudske prakse pod 0111-S-234.823 1.2012. U toj odluci sud je zauzeo stajalište da je za podizanje tužbe ovlaštena osoba koja je bila dioničarom društva u vrijeme sazivanja i održavanja glavne skupštine. U Zakonu se govori da je na podizanje tužbe ovlaštena

dionice nakon toga, ali prije isteka roka za podizanje tužbe, ne daje dioničaru ovlast za podizanje tužbe. Ako za vrijeme spora tužitelj dioničar otuđi dionice, može i dalje nastaviti postupak premda više nije dioničar društva.¹⁷

Iako dioničar, nakon što je nakon početka parnice otuđio dionice, ima pravo nastaviti parnicu, treba zauzeti stajalište da to može učiniti samo ako ima pravni interes na tome da se odluka glavne skupštine oglasi ništetnom (čl. 187., st. 2. Zakona o parničnom postupku).¹⁸ Isto vrijedi i ako dođe do prijenosa dionica manjinskih dioničara (*squeeze out*). Takav dioničar dionice kojega su upisom odluke u sudski registar prenesene glavnom dioničaru u pravilu ima pravni interes samo na tome da mu se da primjerena otpremnina u novcu, ali to svoje pravo može ostvariti jedino u izvanparničnom postupku, a ne pobijanjem odluke glavne skupštine. No, nije isključeno da je podigao tužbu za pobijanje neke druge odluke glavne skupštine, primjerice, pobijajući odluku o isplati dividende, a da je nakon toga došlo do prijenosa dionica manjinskih dioničara. Tada bi imao pravni interes za daljnje vođenje parnice u kojoj pobija tu odluku.¹⁹ Moguće je i da se na istoj glavnoj skupštini na kojoj je donesena odluka o prijenosu dionica manjinskih dioničara donese i neka druga odluka u pogledu koje dioničar ima pravni interes da je pobije, a može imati pravni interes i za pobijanje odluke o prijenosu dionica manjinskih dioničara, ali ne zbog toga što nije zadovoljan primjerenom otpremninom.

osoba koja je stekla dionice društva prije nego što je objavljen dnevni red, a, kako je on sastavni dio poziva, preciznije je reći da je mjerodavno jesu li dionice stečene prije objave poziva za glavnu skupštinu na kojoj je donesena odluka koja se pobija. Sud je ispravno zaključio da je mjerodavno stanje upisa u registru dionica u mjerodavno vrijeme za ocjenu postojanja ovlasti za pobijanje odluke, a to, kada je riječ o dionicama izdanim u nematerijaliziranom obliku, znači stanje upisa na računu nematerijaliziranih vrijednosnih papira tužitelja. Činjenica što je tužitelj imao sklopljen ugovor o prijenosu dionica s dioničarom od kojega je stjecao dionicu prema mišljenju suda ne mijenja ništa na stvari jer u kritično vrijeme nije na svom računu nematerijaliziranih vrijednosnih papira imao upisanu dionicu na temelju koje je izvodio svoje pravo na podizanje tužbe, drugim riječima, tada još nije bio dioničar. Ugovor o prodaji dionice je samo pravna osnova za stjecanje dionica na temelju koje tek treba prenijeti dionicu na kupca, a on tek tada postaje dioničarom.

¹⁷ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 4, str. 149; Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1282 - 1283.

¹⁸ Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 559; Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2336; Hüffer, *ibid.*, str. 1283.

¹⁹ Dörr, *ibid.*; Schwab, *ibid.*; Hüffer, *ibid.*

Zakonom je dano pravo upravi, odnosno upravnom odboru da podigne tužbu kojom pobija odluku glavne skupštine (čl. 362., st. 4). To je učinjeno zbog toga što je to organ koji vodi poslove društva i u okviru toga mora voditi brigu da glavna skupština donosi zakonite odluke te voditi brigu o zakonitosti djelovanja u društvu. Bez takve ovlasti uprava, odnosno upravni odbor ne bi mogao ostvariti tu svoju zadaću kada je riječ o odlukama glavne skupštine. Zakonom je tako tom organu dano *ius standi in iudicio* jer on u tome ne nastupa kao skup članova tog organa nego kao organ. Stoga izmjena u sastavu uprave, odnosno upravnog odbora u tijeku parnice ne znači i subjektivnu promjenu na strani tužitelja.²⁰ Taj organ ne može djelovati ni kao društvo iako, kada inače djeluje prema trećima, djeluje kao društvo, a ne kao njegov organ jer tada bi društvo bilo u parnici sa samim sobom, a to nije moguće.²¹ O podizanju tužbe organ odlučuje odlukom koju donosi onako kako u skladu sa statutom i inače odlučuje, a to znači, ako o tome u statutu nema drukčije odredbe, odluka uprave donosi se jednoglasno, a upravnog odbora većinom danih glasova. Uprava, odnosno upravni odbor može ustati s tužbom i protiv odluke koju je sam predložio pa i kada su za njezino donošenje kao dioničari glasovali i njegovi članovi. Za to se ne traži da je na glavnoj skupštini izjavljeno protivljenje odluci koja se pobija.²² Tom se organu daje pravo pobijanja i odluke koja je donesena na njegov prijedlog pa i za donošenje koje su glasovali njegovi članovi zbog toga što je moguće da tijekom glavne skupštine pa i kasnije utvrdi da su u vrijeme donošenja odluke postojali razlozi za njezino pobijanje pa njegova obveza za čuvanjem zakonitosti u društvu nalaže takvu intervenciju.

Uspije li tuženo društvo u sporu, ono će usprkos uspjehu snositi i troškove spora koje bi inače snosio tužitelj, a ne članovi uprave, odnosno upravnog odbora.²³ To je zbog toga što je riječ o tužbi koju je podigao organ društva, a ne njegovi članovi, a on na temelju Zakona ima *ius standi in iudicio* pa posljedice njegovih postupanja snosi društvo. Za razliku od uprave i upravnog odbora, nadzorni odbor nema stranačku sposobnost.²⁴ Ta mu sposobnost, naime, nije dana zakonom.

²⁰ Dörr, *ibid.*, str. 563; Schwab, *ibid.*, str. 2337; Hüffer, *ibid.*, str. 1291.

²¹ Dörr, *ibid.*; Schwab, *ibid.*; Hüffer, *ibid.*

²² Dörr, *ibid.*

²³ Dörr, *ibid.*, str. 562; Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2338 - 2339; Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1291.

²⁴ Tako Vrhovni sud Republike Hrvatske u odluci Rev-202/2000-2 od 5. srpnja 2001. objavljenj na www.vsrh.hr za nadzorni odbor.

Ovdje se ne primjenjuje pravilo da izvršni direktori u pravilu imaju u društvu ovlasti kao i uprava društva. Oni nisu organ društva pa im se stoga ne daje *ius standi in iudicio* kao što ga ima uprava društva. Zakon ionako svakom od izvršnih direktora priznaje pravo na podizanje tužbe za pobijanje odluke glavne skupštine, ali im se kao pojedincima ne može dati više prava nego što se daje članovima uprave. Stoga oni mogu ustati s tužbom pod pretpostavkama koje se traže za podizanje tužbe članova uprave.

Tužbu može podići svaki član uprave, odnosno izvršni direktor i član nadzornog, odnosno upravnog odbora ako bi provođenjem odluke učinio radnju koja je kažnjiva, nezakonita ili za koju bi mogao odgovarati za štetu. To pravo imaju članovi spomenutih organa, odnosno izvršni direktori koji su uredno imenovani, odnosno izabrani bez obzira na to jesu li u vrijeme podizanja tužbe bili upisani u sudskom registru jer je upis samo deklaratorne naravi.²⁵ Riječ je o svakom članu organa bez obzira ulazi li provedba odluke glavne skupštine interno u njegovu nadležnost ili u nadležnost njegova kolege. Bitno je da je član organa u vrijeme podnošenja tužbe, ne mora to biti u vrijeme donošenja odluke koja se pobija, a njegovo napuštanje tog mjesta nakon podizanja tužbe nema za posljedicu da više nije ovlašten biti strankom u parnici.²⁶ To zbog toga jer mu bez obzira na to što više nije član organa društva i dalje prijete opasnost zbog koje je i ovlašten ustati s tužbom pa ima pravni interes za daljnje vođenje spora. Zamjenik člana uprave ima tu ovlast samo ako, nakon što član uprave prestane to biti, stupi na njegovo mjesto.²⁷ Pobijati se mogu samo odluke glavne skupštine koje zahtijevaju provedbu, tj. one koje zahtijevaju od uprave da poduzme neke provedbene radnje, primjerice, podnošenje prijave za upis u sudski registar ako još nisu provedene ili djeluju retroaktivno ili bi se već nastala šteta mogla umanjiti oglašavanjem odluke ništetnom. Ne može se zahtijevati od člana organa da pobija odluku glavne skupštine na temelju koje je već nastala šteta koja se više ne može povećati.²⁸ Sankcije koje prijete nekom članu organa, ne ograničavajući se samo na onoga koji ustaje s tužbom, ne moraju biti zapriječene ili proizlaziti samo iz Zakona o trgovačkim društvima nego mogu

²⁵ Tako odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 13. listopada 1999. donešena u predmetu Pž-4031/99, objavljena na www.vsrh.hr, u listu Informator, br. 4777 od 18. prosinca 1999. i u časopisu Pravo i porezi, br. 3, 2000., str. 99 - 100.

²⁶ Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 563; Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2339 - 2340; Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1291.

²⁷ Dörr, *ibid.*; Schwab, *ibid.*; Hüffer, *ibid.*

²⁸ Schwab, *ibid.*; Dörr, *ibid.*

proizaći i iz drugih propisa.²⁹ Opasnost od kažnjavanja (kaznenog, prijestupnog, prekršajnog) ili odgovornosti za štetu te postupanja protivno zakonu je hipotetična, tj. dovoljno je da bi to moglo nastupiti ako bi se provela odluka. Član spomenutih organa vodi samostalno parnicu i snosi parnični trošak ako bi ga s obzirom na ishod spora morao snositi tužitelj.³⁰ On, naime, djeluje u svoje ime, a ne kao organ društva.

Tuženo može biti jedino društvo. Ne može se tužiti glavna skupština koja je donijela pobijanu odluku jer ona je samo organ društva pa ne može biti strankom u postupku. Odluka glavne skupštine predstavlja volju društva, stoga treba tužiti onoga o aktu koga je riječ. Zato se tužba ne bi mogla podići ni protiv dioničara pa makar on imao sve dionice osim one jedne na temelju koje drugi dioničar ustaje s tužbom. Tako ostaje i kad je odluka donesena unutar koncerna.³¹ Ne može se tužiti ni fizička osoba koja je upisana u sudski registar na temelju odluke koja se tužbom pobija.³² Tužba se može podići samo protiv onog dioničkog društva glavna skupština kojeg je donijela odluku. Na postojanje pasivne legitimacije sud pazi po službenoj dužnosti.³³

To da je društvo tuženik ne mijenja okolnost što je u likvidaciji jer je riječ o istom društvu koje je samo promijenilo svoj cilj, ni što je u stečaju jer ono postoji tako dugo dok se ne okonča stečajni postupak i društvo briše iz sudskog registra. U obama slučajevima to može utjecati jedino na to tko će zastupati tuženoga u postupku. Ako se tuženi preoblikuje u neko drugo društvo, postupak se vodi protiv društva u koje se dioničko društvo preoblikovalo pa čak i onda kada preoblikovano društvo nema glavnu skupštinu. Riječ je o istoj pravnoj osobi promijenjena oblika koja nastavlja dioničko društvo pa se na nj prema okolnostima mogu odnositi i odluke koje se pobijaju. One, naime, mogu i te kako utjecati na imovinu, a i na druge prilike društva u koje se tuženi preoblikovao. Pri pripajanju i spajanju postupak se vodi protiv društva sveopćeg sljednika (univerzalnog sukcesora), društva preuzimatelja.

²⁹ Schwab, *ibid.*

³⁰ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 113 - 115; Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1292; Semler, *op. cit.* u bilj. 2, str. 566.

³¹ Schmidt, *ibid.*, str. 150.

³² Tako i Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 8. travnja 2003. donesenoj u predmetu Pž-1721/03, objavljenoj u Zbirci rješidbi hrvatskih trgovačkih sudova, br. 7, str. 86, odluka pod br. 63 i u časopisu Pravo i porezi, br. 4, 2004., str. 132, odluka pod br. 6.

³³ Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1294.

U parnici je moguće miješanje na objema stranama. To mogu učiniti samo osobe koje imaju stranačku sposobnost - dioničar, svaki član uprave, odnosno izvršni direktor ili član nadzornog, odnosno upravnog odbora, a uprava i upravni odbor samo na strani tužitelja jer im se samo u toj ulozi priznaje *ius standi in iudicio*. Nadzorni odbor to ne bi mogao jer nema stranačku sposobnost.³⁴ Za miješanje mora postojati pravni interes da u sporu uspije stranka na strani koje se umješač miješa. To je, primjerice, slučaj kada netko tko je inače ovlašten za pobijanje odluke propusti rok u kojem mora podignuti tužbu. Kako presuda djeluje i prema svim članovima uprave, odnosno izvršnim direktorima i članovima nadzornog, odnosno upravnog odbora bez obzira na to jesu li ovlašteni ustati s tužbom za pobijanje, treba im priznati postojanje pravnog interesa za miješanje u sporu i kada nisu ispunjene pretpostavke da sami mogu ustati s tužbom. Taj bi interes trebalo katkad priznati i trećima, primjerice, ugovornoj strani iz poduzetničkog ugovora, ugovora o pripajanju i spajanju ako se vodi spor o pobijanju odluke glavne skupštine o davanju suglasnosti za takav ugovor.³⁵

Sprečavanju zlouporaba i ubrzanju postupka služi odredba čl. 363., st. 4. Zakona prema kojoj se dioničar može pridružiti tužitelju u parnici kao umješač najkasnije u roku mjesec dana od dana objave u glasilu društva da je tužba podignuta i da je u tom sporu sud zakazao ročište. Uprava, odnosno izvršni direktori moraju, naime, u glasilu društva bez odgađanja objaviti da je tužba podignuta i kad je po njoj zakazano ročište. Time se otklanja mogućnost smišljena otezanja postupka zbog stupanja u parnicu na strani tužitelja u njezinoj već poodmakloj fazi kako bi se osujetilo brzo privođenje parnice kraju. Tom se odredbom za taj slučaj isključuje primjena odredbe čl. 206., st. 2. Zakona o parničnom postupku o vremenu kada umješač može stupiti u parnicu.

Ubrzanju postupka i sprečavanju zlouporaba služi i propisivanje prava tuženog društva da neposredno po isteku roka do kada se može podignuti tužba kojom se pobija odluka glavne skupštine ostvari pravo uvida u podignutu tužbu i prije nego što mu ona bude dostavljena i zatraži od suda da mu dade njezinu presliku (čl. 363., st. 3. Zakona). U praksi je, naime, moguće da tužitelji u želji da odugovlače postupak kako bi ostvarili neke svoje ciljeve u odnosu na društvo u tužbi namjerno navedu pogrešnu adresu tuženika kako bi sud zbog neuspjele dostave zatražio ispravak tužbe. Kako bi se to osujetilo, propisano je spomenuto pravo tuženika kojemu odgovara obveza suda da mu omogući uvid u tužbu i

³⁴ Hüffer, *ibid.*, str. 1295; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 154.

³⁵ Hüffer, *ibid.*; Schmidt, *ibid.*, str. 155.

prije početka parnice i dade presliku tužbe. U slučaju pak da je u tužbi navedena kriva adresa, tuženik može navesti pravu i tako omogućiti da se postupak redovito odvija. Više postupaka koji se vode o pobijanju treba spojiti kako bi se izbjeglo donošenje različitih odluka u istoj stvari. Postupak je hitan.

3. ZASTUPANJE DRUŠTVA U SPORU

Društvo zastupaju uprava, odnosno izvršni direktori³⁶ i nadzorni, odnosno upravni odbor (čl. 363., st. 2. Zakona). Kako je moguće da odluku pobijaju uprava te članovi uprave i nadzornog odbora, moguće je da ista osoba bude tužitelj ili njegov član i zastupnik tuženoga ili član tuženikova zastupnika, što dovodi do sukoba interesa. Zato je Zakonom propisano da, u slučaju kad tužbom ustanu uprava ili neki njezin član, društvo zastupa samo nadzorni odbor, a ustane li tužbom član nadzornog odbora, samo uprava. Teškoće nastaju ako su tužitelji uprava i/ili neki član uprave i član nadzornog odbora. Izlaz bi bio u tome da zastupnika odredi glavna skupština ako takav zahtjev pred nju postavi uprava društva jer tada ona zapravo u skladu sa Zakonom predlaže tom organu da donese poslovodnu odluku pa bi se ovdje moglo na odgovarajući način primijeniti odredbu čl. 273.a, st. 2. Zakona o trgovačkim društvima prema kojoj je u tamo navedenom slučaju glavna skupština ovlaštena imenovati društvu jednog ili više zastupnika. Glavna skupština to može, ali i ne mora učiniti. Ne učini li to, trebalo bi na odgovarajući način primijeniti rješenje iz čl. 273.a Zakona prema kojem na prijedlog tamo propisane manjine dioničara posebne zastupnike imenuje trgovački sud na području kojeg je sjedište društva.

U društvima s monističkim ustrojem organa, ako tužbom ustanu neki izvršni direktor koji nije član upravnog odbora, društvo zastupa taj odbor, a ustane li tužbom neki član upravnog odbora koji nije izvršni direktor, zastupaju ga izvršni direktori. Ustanu li tužbom neki izvršni direktor i netko od članova upravnog odbora, stanje je isto kao i u prije navedenom slučaju kad su tužitelji uprava i/ili neki član uprave i član nadzornog odbora. Ustane li tužbom upravni odbor, valja primijeniti rješenje kao i kada tužbom ustanu uprava i/ili neki član uprave i član nadzornog odbora.

³⁶ Za način kako uprava, odnosno izvršni direktori zastupaju društvo, što vrijedi i za zastupanje pred sudom, v. Barbić, J., *Pravo društava. Knjiga prva. Opći dio*, Zagreb, 2008. pod. II.13. b) b.b., c) c.a., str. 412 - 414, 479 - 483.

Kada uprava društva, odnosno izvršni direktori određuju kome će dati punomoć za zastupanje društva, oni time obavljaju radnju posloводства. Određivanje zastupnika u tom slučaju značilo bi davanje punomoći za zastupanje društva. Drukčije zastupanje društva, naime, nije moguće kad je upravi, odnosno izvršnim direktorima odredbom čl. 363., st. 2. Zakona u ranije spomenutim slučajevima oduzeta ovlast za zastupanje osobama kao onima koji su inače po zakonu ovlaštene zastupati društvo u parnici. Kako je davanje punomoći radnja posloводства, uprava bi morala s obzirom na svoju obvezu vođenja poslova društva, kada u ranije izloženu slučaju nije ovlaštena zastupati društvo, radi njegove dobrobiti sazvati glavnu skupštinu i na temelju čl. 275., st. 2. Zakona zatražiti od nje da imenuje opunomoćenika i ovlasti, primjerice, predsjednika da na temelju te odluke opunomoćeniku u ime društva izda punomoć za zastupanje u parnici. Ne učini li to uprava, mogao bi to prema okolnostima biti važan razlog za opoziv imenovanja člana uprave. Punomoć ne bi mogla dati uprava jer ona prema odredbi čl. 363., st. 2. Zakona u ranije spomenutim slučajevima nije više Zakonom ovlaštena zastupati društvo pa tako ni dati punomoć osobi koja će ga zastupati. Ne dođe li kako je ranije opisano do toga da ni trgovački sud ne imenuje zastupnika, jer to od njega nije traženo, a tužba je dostavljena tuženom koji nema zastupnika jer ga ni glavna skupština u primjerenom roku nije odredila pa nije ni dana punomoć na način kako je izloženo, to bi bilo osnova da sud tuženom postavi privremenog zastupnika (čl. 83., st. 2. i 84., st. 1. Zakona o parničnom postupku).³⁷

Kada nadzorni odbor zastupa društvo u parnici, to čini tako da odlukom ovlasti predsjednika ili nekog svog člana da u ime nadzornog odbora zastupa društvo i za to mu izda propisanu punomoć ili pak da za to opunomoći opunomoćnika kojem će tada predsjednik u ime nadzornog odbora u tom smislu izdati punomoć. Te osobe tada ne djeluju kao netko tko stvara volju društva nego kao onaj tko samo kao zastupnik daje očitovanje te volje prema trećima. Zato se u zastupanju traži odluka nadzornog odbora kojom se stvara volja društva za poduzimanje radnje, a predsjednik, odnosno član tog odbora samo je očituju prema trećima pa i prema sudu. U ime tog organa spomenuta bi

³⁷ U tom se smislu izjasnio i Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 2. lipnja 1998. donesenoj u predmetu PŽ-1547/98 objavljenoj u zbirci ING pregledu sudske prakse, br. 5, 1998., odjeljak 2, str. 34. Odluka je, doduše, donesena u vezi s pobijanjem odluke skupštine društva s ograničenom odgovornošću, ali je zbog iste procesne situacije valja primijeniti i ovdje.

osoba bila ovlaštena dati punomoć odvjetniku da zastupa društvo pred sudom u sporovima u kojima nadzorni odbor po zakonu zastupa društvo (čl. 363., st. 2. Zakona). Za davanje takve punomoći bila bi potrebna i odluka nadzornog odbora. I za opoziv dane punomoći potrebna je odluka nadzornog odbora. Takvu odluku nadzorni odbor donosi onako kako i inače donosi odluke, što znači u skladu s onim što je predviđeno statutom ako je to njime uređeno. Za opoziv dane punomoći, a tako je i s njezinim davanjem, odukom nadzornog odbora određuje se netko od članova nadzornog odbora ili treća osoba koja će u ime odbora očitovati volju povlačenja punomoći, tj. povući punomoć. Za valjanost opoziva nije dovoljno da ga je potpisao predsjednik nadzornog odbora.³⁸ No, trebalo bi prihvatiti valjanim opoziv punomoći koji bi se učinio tako da se odluka nadzornog odbora o opozivu punomoći potpisana od predsjednika nadzornog odbora, odnosno njegova zamjenika ako je predsjedao sjednicom na kojoj je donesena odluka, dostavi opunomoćeniku, odnosno sudu kada je riječ o zastupanju pred sudom. Predaju odluke treba smatrati očitovanjem volje da se opozove punomoć, čime se ujedno i iskazuje da je o tome u nadzornom odboru bila donesena odluka.

Društvo u likvidaciji zastupaju likvidatori, a u stečaju stečajni upravitelj. Kako likvidatori imaju u društvu položaj članova uprave, mogli bi i pobijati odluku glavne skupštine pa bi se u vezi sa zastupanjem društva mogli naći u istom položaju kao i u onom ranije opisanom u pogledu uprave društva, za što bi trebalo na odgovarajući način primijeniti tamo predloženo rješenje. Stečajni zakon propisuje da otvaranjem stečajnog postupka prestaju i prava organa društva i prelaze na stečajnog upravitelja (čl. 89., st. 1.). Stečajni upravitelj ne bi mogao djelovati na objema stranama, kao stranka (tužitelj) i istodobno s druge strane kao zastupnik tuženoga (društva u stečaju). U takvu je slučaju ispunjen uvjet da sud tuženom društvu postavi privremenog zastupnika (čl. 83., st. 2. i čl. 84. Zakona o parničnom postupku).

³⁸ Tako Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 14. veljače 2008. u predmetu Pž-4646/07, objavljenoj u Izboru odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, br. 14, studeni 2008., str. 122 - 123, odluka pod br. 57 i u ING pregledu sudske prakse, br. 2, 2009., odjeljak 2, str. 12, odluka pod br. 234.524.

4. PREDMET SPORA

Odluka glavne skupštine pobija se konstitutivnom tužbom. Predmet spora je zahtjev tužitelja da sud utvrdi nišetnom odluku glavne skupštine na temelju utvrđenog činjeničnog stanja na kojemu se osniva taj zahtjev s učinkom prema svima.³⁹ Zahtjevom se traži da se u njemu točno navedena odluka utvrdi nišetnom iz razloga koji su činjenično navedeni u tužbi ili pak samo onaj dio odluke za koji se traži spomenuto utvrđenje iz razloga što proizlaze iz činjeničnog stanja o kojemu je riječ. To se utvrđenje, naime, ne može tražiti *in abstracto*⁴⁰ općim zahtjevom bez navođenja činjenica na kojima je utemeljen zahtjev za pobijanje, a posebice ne bez točnog navođenja odluke koja se pobija u cijelosti, odnosno dijela te odluke ako se ne pobija cijela odluka. Budući da je na sudu da kvalificira razlog potreban za pobijanje, razlog naveden u tužbi nije obuhvaćen predmetom spora, pa ni onda kad ga tužitelj navede u tužbi, nego samo činjenično stanje na kojem se temelji. Sudskom odlukom obuhvaćen predmet spora je utvrđenje odluke nišetnom iz razloga koji proizlaze iz činjenica navedenih u tužbi.⁴¹

Kako je za isticanje tužbenog zahtjeva potrebno točno navesti odluku glavne skupštine koja se pobija, tužitelj će morati, posebice kada odluku pobija zbog toga što je sadržajno protivna zakonu ili statutu društva, točno znati njezin sadržaj i iznijeti ga pred sudom uz navođenje zbog čega je pobija. Zakon o trgovačkim društvima propisuje u čl. 281., st. 4. da svaki dioničar i svaki član nadzornog, odnosno upravnog odbora može zahtijevati da mu uprava, odnosno izvršni direktori u pisanom obliku priopće odluke koje donese glavna skupština. Uprava, odnosno izvršni direktori dužni su bez odgađanja nakon

³⁹ Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1297; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 162; Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 568; Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2351 - 2352.

⁴⁰ Schmidt, *ibid.* V. odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske od 23. studenoga 2007. u predmetu Pž-3745/04 objavljenu u ING pregledu sudske prakse, br. 6, 2009., odjeljak 2, str. 53., odluka pod br. 234.824. Sud smatra da se tužbom može tražiti utvrđenje nišetnosti samo individualno označene odluke, odnosno individualno označenih odluka jer bi se inače moglo zaključiti da se tužbom traži utvrđenje nišetnosti glavne skupštine, a ne odluka koje su na njoj donesene. Na temelju tužbe donosi se konstitutivna presuda kojom se zbog nedostatka odluka glavne skupštine proglašava nišetnom. To se ne može učiniti sa "svim odlukama glavne skupštine" nego samo s pojedinačno navedenim odlukama pa i svima, ali se svaku od njih mora točno navesti.

⁴¹ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 162.

održane glavne skupštine dostaviti registarskom sudu javno ovjereni primjerak zapisnika s priložima (čl. 286., st. 5. Zakona) pa je sadržaj odluke svakom lako dostupan. Osim toga, dioničar koji je u zapisnik na glavnoj skupštini izjavio svoje protivljenje donesenoj odluci može zatražiti od suda da odluči o njegovu zahtjevu da ga uprava, odnosno izvršni direktori obavijeste o donesenoj odluci, a to može učiniti i svaki dioničar koji je od uprave, odnosno izvršnih direktora zatražio obavijest, ali mu je oni nisu dali (čl. 288.). Tužitelj nema pravo tražiti da mu uprava, odnosno izvršni direktori društva dostave zapisnik s glavne skupštine.⁴²

Obavještavanje potencijalnih tužitelja može s obzirom na kratkoću roka za podizanje tužbe za pobijanje izazvati teškoće, posebice zbog neažurnosti uprave, odnosno izvršnih direktora da sudu dostave zapisnik, a, ako se o davanju obavijesti traži odluka suda, i zbog sporosti suda. Potencijalni tužitelj može tada od javnog bilježnika dobiti potvrdu o tome kakva je odluka unesena u zapisnik (čl. 99., st. 1. Zakona o javnom bilježništvu) i tako sa sigurnošću saznati sadržaj odluke koju želi pobijati. Ako je zatražio od uprave, odnosno od izvršnih direktora da mu u pisanom obliku priopće odluku, a oni to nisu učinili na vrijeme pa se morao poslužiti dobivanjem potvrde od javnog bilježnika, tužitelj bi mogao tražiti da mu društvo nadoknadi time prouzročen trošak.

S obzirom na isti cilj tužbe, ne smatra se njezinom izmjenom ako se utvrđenje odluke ništetnom traži na temelju tužbe radi ništetnosti umjesto prvotno podignute tužbe radi pobijanja odluke i obrnuto, pod pretpostavkom da je riječ o istom činjeničnom stanju. Nema, stoga, potrebe za isticanjem glavnog i podređenog tužbenog zahtjeva kojim se utvrđenje ništetnosti traži iz nekog razloga ništetnosti odluke pa, ako sud ne bi prihvatio taj tužbeni zahtjev, da to učini zbog razloga poboynosti.⁴³ Sud je dužan sam ocijeniti koji razlog za utvrđenje odluke ništetnom proizlazi iz podastrijetog mu činjeničnog stanja i pritom nije vezan kvalifikacijom tužitelja.

Promjenom tužbe, međutim, treba smatrati promjenu činjeničnog stanja u mjeri u kojoj se time iznosi drugi razlog za pobijanje odluke, ali ne zbog drukčije kvalifikacije razloga nego zbog drugog činjeničnog stanja koje upućuje na drugi razlog pobijanja.⁴⁴ Učini li se takva promjena, tužbu bi trebalo odbiti

⁴² Tako Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u neobjavljenoj odluci Pž-715/99-2 od 13. travnja 1999.

⁴³ Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1297 - 1298.

⁴⁴ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 162.

ako se traži da se odluka utvrdi ništetnom jer su činjenice osnova da se to učini iz drugog razloga poboynosti, a protekao je rok u kojem se tužba mogla podignuti na temelju te osnove.⁴⁵ Nema smetnje da se iznesu druge činjenice koje opravdavaju utvrđenje ništetnosti odluke zbog toga što postoje razlozi za ništetnost na koju sud pazi po službenoj dužnosti (tužba radi ništetnosti, a ne radi poboynosti odluke) jer tu, osim onih iz čl. 356. Zakona o trgovačkim društvima koji obuhvaća velik broj razloga, nema vremenskog ograničenja u postavljanju zahtjeva.

Bude li tužitelj s tužbenim zahtjevom istaknutim radi pobijanja odluke glavne skupštine pravomoćno odbijen, ne bi više mogao na temelju istog činjeničnog stanja ustati tužbom radi ništetnosti odluke jer je na temelju tog činjeničnog stanja sud već donio pravomoćnu odluku. Naime, cilj tužitelja je uklanjanje odluke glavne skupštine, a na sudu je ocjena hoće to biti učinjeno zbog njezine ništetnosti ili poboynosti iako je riječ o istom *petitu* tužbe.⁴⁶ To ne sprečava tužitelja da nakon toga ustane s tužbom radi ništetnosti odluke glavne skupštine, ali na temelju drugog činjeničnog stanja. Kako podizanje takve tužbe nije ograničeno rokom kao što je to slučaj s tužbom kojom se pobija odluka glavne skupštine, on to može učiniti u svako doba.

Određenje predmeta spora važno je zbog toga da se točno zna o čemu teče parnica i što je obuhvaćeno litispendencijom i poslije pravomoćnošću donesene odluke. U sporovima u povodu pobijanja odluka glavne skupštine moguće su slobodne raspoložbe stranaka jer u čl. 363. Zakona o trgovačkim društvima nema odredaba koje bi upućivale na što drugo. Moguća je presuda zbog izostanka.⁴⁷ Mogućnost donošenja presude na temelju priznanja trebalo bi promatrati u sklopu mogućnosti sklapanja nagodbe.⁴⁸ Parnica se može okončati nagodbom, ali tu postoje ograničenja koja proizlaze iz prava društava. Valja razlikovati uklanjanje li se nagodbom odluka glavne skupštine ili ju se ostavlja na snazi.

Nagodba u prvom slučaju ne bi bila dopuštena,⁴⁹ tj. njome se ne bi mogao postići konstitutivni učinak jer bi tada uprava, odnosno izvršni direktori i nadzorni, odnosno upravni odbor prešli svoje ovlasti u društvu i zadržali nadležnost glavne skupštine, a to im Zakonom o trgovačkim društvima nije

⁴⁵ Schmidt, *ibid.*

⁴⁶ Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2352; Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 569.

⁴⁷ Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1298.

⁴⁸ U njemačkom je pravu prihvaćeno da se može donijeti presuda na temelju priznanja. V. u: Hüffer, *ibid.*, koji za to navodi opsežnu literaturu i sudsku praksu.

⁴⁹ Hüffer, *ibid.*, str. 1299.

dopušteno. Oni bi, naime, u tom slučaju uklonili odluku drugog organa društva (glavne skupštine), a to zbog stroge podjele nadležnosti u dioničkom društvu nije moguće pa oni, stoga, nisu ovlašteni sklopiti takvu nagodbu. Sklapanjem nagodbe prešli bi granice slobodne raspoložbe na strani tuženika.

Moglo bi se, međutim, sklopiti nagodbu kojom se ne dira u valjanost pobijane odluke, npr., povlačenje tužbe uz nadoknadu troškova pod uvjetom da nije riječ o zloporabi, preuzimanje obveze društva da neće provesti donesenu odluku.⁵⁰ Time spomenuti organi, odnosno osobe koje zastupaju društvo ne bi prešle svoje ovlasti vođenja poslova društva i ne bi zadrle u nadležnost glavne skupštine. Primjena odluke glavne skupštine je u njihovoj nadležnosti, ali njezino donošenje pa s time i opstojnost nisu. Glavna skupština bi mogla novom odlukom ukinuti onu koja se pobija ili je izmijeniti, ali tada bi to učinila ona, a ne netko drugi u društvu. Ukinu li glavna skupština svoju raniju odluku kasnijom za vrijeme parnice, tužitelj bi morao povući tužbu, ali bi imao pravo na nadoknadu troškova. Ako za to ima pravni interes, mogao bi preinačiti tužbu i tražiti da sud utvrdi da je prvotna odluka bila ništetna i za vrijeme dok nije bila ukinuta, izmijenjena ili zamijenjena drugom, primjerice, jer je tada imala neki učinak za kojega tužitelj ima pravni interes da se protiv njega bori ili traži uklanjanje posljedica do kojih je već bilo došlo. Dopušteno je odricanje od žalbe te povlačenje žalbe i revizije.⁵¹

5. TERET DOKAZA

U parnicama o pobijanju odluka glavne skupštine vrijedi opće pravilo o teretu dokaza, tj. da svaka strana mora dokazati ono što tvrdi. Tužitelj mora iznijeti tvrdnju i dokazati svoju ovlast za podizanje tužbe (npr., svojstvo dioničara, člana uprave, odnosno izvršnog direktora ili člana nadzornog, odnosno upravnog odbora, a dioničari i protivljenje izjavljeno u zapisnik na glavnoj skupštini, odnosno pogreške u sazivanju glavne skupštine ili u odlučivanju da im se dopusti sudjelovati na glavnoj skupštini) i činjenice na kojima temelji svoj zahtjev (odluku koja je donesena i u čemu je pogreška u postupanju koja je uzrok postojanju razloga za pobijanje odluke, u čemu je protivnost sadržaja odluke zakonu ili statutu, činjenice vezane uz pokušaj da se odlukom postigne posebna korist).

⁵⁰ Hüffer, *ibid.*

⁵¹ Schmidt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 168; Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 576.

Kad je riječ o uzročnosti postupovne povrede za donošenje pobijane odluke, teret dokaza je na tuženom društvu. Ono mora iznijeti činjenice i dokazati da učinjena povreda nije utjecala na donošenje odluke.⁵² S obzirom na odredbu čl. 360., st. 4. Zakona teret dokaza da nije bilo uskraćeno davanje obavijesti dioničarima je na društvu, a isto vrijedi i glede pogrešaka učinjenih u sazivanju glavne skupštine.⁵³ Kad je riječ o sadržajnim povredama zakona i statuta, teret dokaza je na tužitelju.⁵⁴ Ako je riječ o povredi načela jednakog postupanja s dioničarima, načela lojalnosti i pokušaja da se odlukom postignu posebne koristi na štetu društva ili koga trećega, tužitelj mora dokazati tipične činjenice i povredu tipičnih interesa društva i dioničara, a na društvu je teret iznošenja činjenica i dokazivanja koji opravdavaju donošenje pobijane odluke.⁵⁵

6. UPIS POBIJANE ODLUKE U SUDSKI REGISTAR PRIJE OKONČANJA SPORA

Vođenje postupka u kojem se pobija odluka glavne skupštine može društvu nanijeti štetu i kada tužitelj ne uspije s tužbom. Odredi li se u tom postupku privremena mjera kojom se zaustavlja primjena odluke, društvu se može nanijeti šteta jer se odluka ne može provesti do okončanja spora, a to može trajati godinama. Odluka se u nekim slučajevima ne može provesti i kada nije određena privremena mjera kojom se osujećuje provedba odluke jer je Zakonom propisano da se to ne može učiniti sve dok traje parnica u kojoj se ta odluka pobija. To su, primjerice, slučajevi statusnih promjena za koje je Zakonom propisano da se ne može provesti upis promjene u sudski registar ako se vodi postupak pobijanja odluke, slučaj prijenosa dionica manjinskih dioničara glavnom dioničaru i dr.

Nije rijetko da se ustaje tužbom kojom se traži utvrđenje da je neka odluka glavne skupštine ništetna zlouporabom prava onih koji traže da sud to utvrdi. To može biti kad se utvrđuje da je odluka glavne skupštine ništetna zbog nekog razloga njezine nišetnosti ili razloga poboynosti. U obama slučajevima petit tužbe je isti - traži se utvrđenje odluke ništetnom iako su različiti razlozi na kojima se temelji tužba pa je jednom riječ o deklaratornoj, a drugi put o

⁵² Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1274; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 169.

⁵³ Hüffer, *ibid.*; Schmidt, *ibid.*

⁵⁴ Hüffer, *ibid.*; Schmidt, *ibid.*

⁵⁵ Hüffer, *ibid.*; Schmidt, *ibid.*

konstitutivnoj tužbi dok presuda jednom ima deklaratoran, a drugi put konstitutivan učinak. Želi li se za dulje vrijeme onemogućiti upis neke odluke u sudski registar koja se inače upisuje u taj registar, to se može postići podizanjem takve tužbe i ishodom privremene mjere kojom se zabranjuje upis odluke u sudski registar.

Takav je učinak moguć i podizanjem nedopuštene tužbe sve dok se ne okonča parnični postupak ako se za upis odluke u sudski registar traži davanje izjave uprave, odnosno izvršnih direktora društva da odluka nije pobijana. Premda tužba nije dopuštena, dok se ne okonča parnični postupak uprava, odnosno izvršni direktori ne smiju dati izjavu da se ne vodi postupak zbog pobijanja odluke pa se time postiže isti učinak kao i kad se upis odluke u sudski registar zabranjuje određivanjem odgovarajuće privremene mjere. Takvo se pravno stanje može zlouporabiti na štetu društva pa i svih dioničara društva. Riječ je o tzv. odlukama bez pravnog učinka za učinak kojih se zahtijeva da ih se upiše u sudski registar pa vođenje postupka kojim se to odlaže onemogućuje učinak odluke, a to može izazvati opasnost i da se društvo gospodarski uništi.

Kako bi se spriječilo takvo nanošenje štete društvu, u čl. 366.a Zakona o trgovačkim društvima propisana je mogućnost da se pobijana odluka upiše u sudski registar i prije okončanja spora, drugim riječima, da vođenje spora ne utječe na njezin učinak koji dobiva upisom u sudski registar. Njime je predviđena zaštitna mjera protiv postupanja tužitelja koje nema izgleda za uspjeh ili kada treba dati prednost interesu društva određenom Zakonom pred interesom tužitelja.

Primjena te mjere dolazi u obzir u Zakonom točno propisanim slučajevima. Ona se može primijeniti kad se tužba podiže zbog ništetnosti i zbog pobojnosti odluke. Zakonom propisana pretpostavka je da se tužbom traži utvrđenje ništetnosti odluke. Zakon propisuje i o kojim je odlukama riječ. Prije svega, po naravi stvari, primjena mjere dolazi u obzir samo kad se parnica odnosi na odluke glavne skupštine koje se upisuju u sudski registar i ne može se koristiti u drugim slučajevima. Može se primijeniti kad se traži utvrđenje ništetnosti odluka glavne skupštine o 1. povećanju ili smanjenju temeljnog kapitala društva, 2. izdavanju obveznica društva, 3. poduzetničkom ugovoru, 4. priključenju društva glavnom društvu, 5. prijenosu dionica manjinskih dioničara glavnom dioničaru, 6. kada podizanje takve tužbe prema odredbama Zakona nije dopušteno.

U tim slučajevima tuženo društvo može predložiti da parnični sud donese rješenje kojim se dopušta upis odluke u sudski registar i da njezin nedostatak

ne utječe na učinak upisa. Činjenice na temelju kojih se može donijeti rješenje treba učiniti vjerojatnim, razumije se, predlaganjem odgovarajućih dokaza. Riječ je o činjenicama kojima se dokazuje da su ispunjene pretpostavke koje propisuje Zakon da bi sud mogao donijeti predloženo rješenje. Takvim se rješenjem omogućuje da odluka glavne skupštine dobije pravni učinak i tako se sprečava nastupanje štete za društvo koja bi mu bila počinjena dugotrajnim parničanjem i odlaganjem primjene donesene odluke. Cilj propisa je zaštita društva i njegovih dioničara uzetih kao cjeline, tj. ne pojedinog dioničara ili samo nekih od njih nego svih dioničara društva jer oni ostvaruju svoj interes putem društva pa bi odgađanje stupanja na snagu i pravnog učinka odluke glavne skupštine nanijelo štetu društvu, a time i njima, zbog posljedica podizanja nerazumnih tužba i tužba kojima se to pravo zloupotrebljava. To je moguće samo u navedenim slučajevima podizanja tužba.

Odluka suda o donošenju rješenja ne može biti proizvoljna nego se traži njegova objektivna prosudba prema čvrsto propisanim mjerilima. Sud smije donijeti predloženo rješenje samo ako 1. tužba nije dopuštena ili očigledno nije osnovana ili 2. tužitelj u roku tjedan dana od kada mu je dostavljen prijedlog društva ispravama ne dokaže da je u vrijeme objave poziva za glavnu skupštinu na kojoj je donesena pobijana odluka imao u društvu dionice na koje se odnosi najmanje 1.000 kuna temeljnog kapitala društva i da ih još ima ili 3. prema slobodnoj ocjeni suda treba dati prednost učinku odluke glavne skupštine odmah jer znatna šteta za društvo i njegove dioničare preteže nad štetom tužitelja osim ako je riječ o posebno teškoj povredi prava.

Tu je u biti riječ o odmjeravanju interesa tužitelja s jedne strane i interesa društva i njegovih drugih dioničara u tome da odluka upisom u sudski registar dobije pravni učinak s druge strane. Pritom se mora uzeti u obzir u čemu je povrijeđen propis i težina povrede. To je izraženo u pretpostavkama pod kojima sud smije donijeti predloženo rješenje.

Kad je riječ o nedopuštenoj tužbi, treba je odbaciti pa je zakonodavac propisivanjem da podizanje tužbe nije dopušteno, odnosno da je za zaštitu dioničara propisan drugačiji pravni put odmjerio odnos interesa tužitelja s jedne strane i tuženog društva te ostalih njegovih dioničara s druge. Nakon što sud odbaci tužbu, odluka glavne skupštine može se upisati u sudski registar pa se u tom slučaju sud ne smije upuštati u odmjeravanje interesa stranaka u sporu i ostalih dioničara. Kad utvrdi da tužba nije dopuštena, sud mora donijeti predloženo rješenje i ne mora čekati pravomoćnost rješenja. Kad bi pretpostavka za upis odluke u sudski registar bila pravomoćnost rješenja kojim je sud odbacio tužbu,

ne bi se postigao cilj propisa kojim se dopušta upis odluke u sudski registar. Takvo bi rješenje, naime, otvorilo vrata zlouporabama jer bi tužitelj podizanjem nedopuštene tužbe zapravo postigao cilj – odlaganje upisa odluke u sudski registar. Primjer za to je tužba kojom se pobija odluka glavne skupštine o prijenosu dionica manjinskih dioničara glavnom dioničaru zbog toga što određena otpremnina u novcu nije primjerena. Takva tužba nije dopuštena jer je zaštita manjinskih dioničara osigurana korištenjem drugog pravnog puta (čl. 300.k Zakona). Ustane li neki dioničar usprkos tomu s takvom tužbom, premda je taj pravni put isključen, time može iz postupovnih razloga zbog sposti ili nesnalaženja suda odgoditi upis odluke u sudski registar za nekoliko godina, što se u praksi nažalost i događa.

Utvrđi li sud da tužba očigledno nije osnovana, smije donijeti predloženo rješenje. Tu je riječ o dopuštenoj tužbi koja nije osnovana. Njezina neosnovanost mora biti očigledna. Ovdje je na sudu da odmjeri odnos spomenutih interesa polazeći od toga da, čim se uvjeri da tužba nema izgleda za uspjeh, ne treba čekati pravomoćno okončanje spora ishod kojeg je očigledan da bi se odluka upisala u sudski registar jer bi time društvu i drugim dioničarima bila počinjena šteta. Nije riječ o odmjeravanju čija bi šteta bila veća nego je dovoljno da bi bez upisa odluke u sudski registar bila počinjena šteta o kojoj je ovdje riječ. Polazište za to je da je nepovoljan ishod parnice za tužitelja izvjestan u vrijeme kad sud odlučuje o prijedlogu tuženog društva. Primjer toga je podizanje tužbe nakon što je za to protekao Zakonom propisan rok jer je riječ o prekluzivnom materijalnopravnom, a ne procesnopravnom roku pa tužba podignuta izvan roka nije osnovana.⁵⁶ S obzirom na to da je Zakonom propisan rok za podizanje tužbe, neosnovanost tužbe je očigledna. Neosnovana je i tužba kojom se zloupotrebljava pravo na pobijanje odluke glavne skupštine jer je i tu riječ o materijalnopravnom pitanju. Zloupotreba dovodi do gubitka prava.⁵⁷ Općenito valja smatrati da nije osnovana tužba koja se ne temelji na nekom razlogu zbog kojega se može pobijati odluka glavne skupštine.⁵⁸

O očiglednosti da je tužba neosnovana može biti riječi kad se to može utvrditi s visokim stupnjem sigurnosti.⁵⁹ Pritom je potrebna pravna procjena stvari i pravnih razloga koji se iznose protiv donošenja rješenja kojim se dopušta upis odluke

⁵⁶ Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 581.

⁵⁷ Dörr, *ibid.*

⁵⁸ Dörr, *ibid.*

⁵⁹ Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 1376.

glavne skupštine u sudski registar, a ne i ispitivanje činjeničnog stanja u pogledu kojega je dovoljno da samo postoji vjerojatnost. To će osobito biti slučaj kad su sudu podnesene isprave na temelju kojih može zaključiti o postojanju vjerojatnosti bez potrebe da provodi usmenu raspravu ili pak kad je u mogućnosti da eventualno saslušati svjedoke koji su već prisutni na raspravi.⁶⁰ Tužba će biti očigledno neosnovana kad iz pravne prosudbe stanja stvari jasno i bez sumnje proizlazi da tužba nije osnovana i da neka drukčija pravna prosudba nije prihvatljiva.⁶¹

Propisivanjem dokazivanja minimalnog broja dionica koje drži tužitelj i vremena njihova držanja ide se za tim da se spriječi zlonamjerno postupanje osoba koje nemaju neki osobiti interes u društvu ili ga praktično i nemaju, ali mogu ometati život i djelovanje društva, što bi katkad mogao biti i jedini interes u držanju dionica. To omogućuje sudu da u takvu slučaju donese predloženo rješenje, ali pritom mora voditi računa o težini povrede zakona, odnosno statuta učinjene odlukom o kojoj se vodi spor. Pri tome treba poći od toga da je odluku donijela većina u društvu, da bi ona ostala valjanom da nije pobijana, a pobija je dioničar s bagatelnim, malim udjelom u društvu i nitko drugi ne iskazuje interes za to da je se pobije. Zakonsko rješenje omogućuje sudu da u slučaju velike i posebno važne povrede zakona ili statuta, osobito kad se time oštećuju osobe izvan društva, odbije prijedlog za donošenje rješenja, ali i da po njemu postupi ocijeni li da to nije slučaj. Donese li sud predloženo rješenje, nije dužan obrazlagati ništa drugo osim iznošenja činjenice da tužitelj nije dokazao svoje traženo sudjelovanje u društvu.

Ako nisu ispunjene te pretpostavke, sud ocjenjuje hoće li donijeti predloženo rješenje odmjeravanjem interesa stranaka u postupku i drugih dioničara društva. On to čini prema slobodnoj ocjeni prosuđujući treba li dati prednost interesu društva i njegovih dioničara u tome da odluka odmah dobije pravni učinak ili interesu tužitelja da do toga ne dođe. Zakon je propisao mjerilo za takvu ocjenu odmjeravanjem moguće štete koja bi upisom odluke, odnosno njezinim neupisivanjem u sudski registar odmah bila počinjena jednoj ili drugoj strani. Šteta je u prvome redu ekonomska, ali može biti i pravna.⁶² Ako preteže šteta društvu, koja mora biti znatna, a ne bilo kakva, nad mogućom štetom koja bi upisom odluke u sudski registar bila počinjena tužitelju, za koju se ne traži da bude znatna, sud će donijeti rješenje kojim dopušta upis i određuje da nedostatak

⁶⁰ Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1316.

⁶¹ Dörr, *op. cit.* u bilj. 1, str. 582.

⁶² Dörr, *ibid.*

odluke ne utječe na učinak upisa. Pri prosudbi što treba smatrati znatnom štetom ne uzima se u obzir samo stanje društva u vrijeme vođenja postupka nego i ono koje se ne može postići ili se može mnogo teže ili kasnije postići ne provede li se odmah odluka glavne skupštine o kojoj se vodi spor. Pri tome sud mora uzeti u obzir da bi u nastavku parnice tužitelj, upiše li se odluka u sudski registar prije njezina okončanja, ako uspije u sporu, imao pravo na naknadu štete pretrpljene time što je odluka upisana u sudski registar pa bi time bio namiren. To znači da bi pri odmjeravanju počinjene štete trebalo uzeti u obzir samo onu štetu počinjenu tužitelju koja mu time ne bi bila pokrivena. Riječ je o slučaju kad se neka šteta ne može popraviti. Primjer znatne štete koja bi bila počinjena društvu bio bi da zbog toga ne može povećati temeljni kapital i pribaviti sredstva za sanaciju, za investicije, za ulazak u neki važan poslovni pothvat i time dovesti društvo u opasnost da pretrpi gubitke, da nije u stanju podmiriti vjerovnike, da mu otpadne neki izgledan dobar posao koji bi donio zaradu i sl.

Društvo mora iznijeti kakve štete prijete njemu i dioničarima i to učiniti vjerojatnim.⁶³ Dovoljno je da sud slobodnom prosudbom može zaključiti kakve štete prijete, a ne traži se da bude u potpunosti uvjeren u nastupanje štete ako odluka glavne skupštine ne bi bila upisana u sudskom registru, dovoljno je da prevladava vjerojatnost njezina nastupanja.⁶⁴

No, sud mora pritom voditi računa i o težini povrede zakona, odnosno statuta učinjene pravnim učinkom donošenja odluke. Ako bi takva povreda bila posebno teška, to će osobito biti slučaj kad je riječ o ništetnoj, a manje o pobojoj odluci, ne bi smio dopustiti upis odluke u sudski registar iako bi izloženo odmjeravanje šteta stranaka u sporu i drugih dioničara govorilo u prilog da se dopusti upis odluke. Težina povrede povodom koje se pobija odluka glavne skupštine ovisi i o tome je li riječ samo o pojedinačnom interesu tužitelja ili o interesu i drugih, prvenstveno dioničara koji nisu ustali tužbom, i o interesu društva. Kako svaki dioničar ima pravo ustati tužbom, veličina udjela tužitelja u društvu ne bi smjela utjecati na donošenje odluke, ali bi se mogla uzeti u obzir pri ocjeni odnosa interesa samo kada tužbom ostvaruje svoje vlastite interese, a ne i interese drugih. Veličina udjela tužitelja nije važna u slučaju kada se tužbom pobija odluka zbog učinjene povrede propisa kojima se štite opći interesi.⁶⁵

⁶³ Dörr, *ibid.*; Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1317.

⁶⁴ Dörr, *ibid.*

⁶⁵ Dörr, *ibid.*

Zakonom su propisane mjere za ubrzanje postupka u vezi s donošenjem rješenja. Sud mora o prijedlogu društva odlučiti najkasnije u roku od tri mjeseca od dana kad je postavljen. Odgađanje da donese rješenje sud mora opravdati posebnim rješenjem protiv kojega nije dopuštena žalba. U hitnom slučaju rješenje se može donijeti i bez održavanja rasprave. Protiv rješenja može se uložiti žalba u roku od tri dana od kada je dostavljeno stranci. Sud drugog stupnja dužan je odlučiti o žalbi u roku od trideset dana. Pravomoćno rješenje parničnog suda kojim dopušta upis odluke u sudski registar i određuje da njezin nedostatak ne utječe na učinak upisa obvezuje registarski sud i djeluje prema svakom, a ne samo prema strankama u postupku. Predlagatelj, stoga, prijavi za upis u sudski registar mora priložiti i to rješenje.

Utvrđi li se u parnici da je tužba osnovana, to ne utječe na valjanost upisa, a time ni na učinak odluke glavne skupštine. U takvu slučaju društvo je dužno tužitelju, ne i onima koji nisu ustali tužbom za pobijanje odluke glavne skupštine, a nisu u postupku sudjelovali ni kao umješaci na njegovoj strani, nadoknaditi štetu koja mu je počinjena upisom odluke u sudski registar na temelju tog rješenja. Ne može se tražiti da se otkloni učinak upisa odluke u sudski registar pa to tužitelj ne bi mogao zahtijevati ni tužbom. Pitanje valjanosti i učinka odluke riješeno je njezinim upisom u sudski registar u odnosu prema svakome, a ne samo u odnosu prema tužitelju.

Nakon što rješenje suda o kojemu je ovdje riječ postane pravomoćno, tužitelj bi morao preinačiti tužbu. Tužitelj bi preinačenjem morao istaknuti tužbeni zahtjev kojim traži da mu društvo naknadi štetu umjesto utvrđenja da je ništetna pobijana odluka glavne skupštine. Tuženik se ne bi mogao protiviti tom preinačenju. Ako se tome ipak usprotivi, sud bi morao dopustiti preinačenje jer se jedino na toj osnovi može konačno riješiti spor koji se vodi među parničnim strankama jer se po Zakonu može ostvariti jedino takav tužbeni zahtjev. Sud će nastaviti postupak, ocijeniti bi li inače bilo mjesta usvajanju prvotno postavljenog tužbenog zahtjeva i donijeti odluku o visini štete naknadu koje treba dosuditi tužitelju. Ne preinači li tužitelj u tome smislu tužbeni zahtjev, sud bi ga morao odbiti s tužbom i tužbenim zahtjevom. Za dosudu naknade štete tužitelju je dovoljno da je uspio s tužbom, nije važna krivnja društva. Nadoknađuje mu se šteta prema načelu adekvatne uzročnosti u koju treba ubrojiti i nepotrebne troškove koje je tužitelj imao u parnici.⁶⁶ Sud ne bi mogao donijeti presudu kojom se odluka utvrđuje ništetnom sve i kad bi za to inače bilo osnove jer

⁶⁶ Hüffer, *op. cit.* u bilj. 4, str. 1318; Schwab, *op. cit.* u bilj. 3, str. 2391.

bi se tome protivilo rješenje iz Zakona da nedostatak odluke nakon njezina upisa u sudski registar više ne utječe na učinak upisa (čl. 366.a, st. 1.). Ako bi to ipak učinio, tako donesena presuda ne bi se mogla upisati u sudski registar (čl. 364., st. 1. Zakona).

Summary

Jakša Barbić *

SOME ISSUES REGARDING ACTIONS TO DECLARE NULLITY OF A RESOLUTION OF THE GENERAL MEETING OF A PUBLIC LIMITED COMPANY

This paper discusses arbitrability of a lawsuit initiated by an action to declare a resolution of the general meeting of a public limited company null and void. The paper starts by presenting relevant provisions of the Croatian Companies Act, as well as the present case law of the High Commercial Court that considers such nullity actions covered by exclusive jurisdiction of territorially competent commercial courts. The author suggests a change in view in favour of arbitrability of such disputes. After considering present normative obstacles to arbitrability, the author proposes an amendment to Art 3 para 1 of the Croatian Law on Arbitration to clarify that nullity actions at stake are indeed arbitrable.

In the second part of the paper, the author analyses the main features of nullity actions against resolutions of general company meetings. First, the parties in dispute are considered, in particular possible claimants according to the Croatian Companies Act. Under specific conditions provided in that Act, not only natural and legal persons are authorised to launch this action, but the right to sue is also given to the management (managing board) of the company. The respondent is always the public limited company whose general meeting passed the resolution in question. While considering the rules on parties' representation in court, special attention is paid to the possible conflict of interest between the parties' representatives when respondent's management or managing board (or someone of its members) is a claimant.

The prayer for relief is also discussed. It is pointed out that the wording of the prayer for relief is the same one when an action has been lodged on the ground of nullity or of

* Jakša Barbić, Ph. D., Fellow of the Croatian Academy of Sciences and Arts; Professor Emeritus, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

voidance of the general meeting's resolution. In spite of this there is a difference between the legal nature of the raised claims. The first one is of declaratory nature, while the second has constituent nature. From the requirements provided in the Croatian Companies Act on which both actions are grounded, it may be concluded that the voidance of the resolution is treated as a rule and the cases of its nullity are strictly exceptional. Liberal interpretation of nullity grounds is not allowed. In spite of this difference, the change of arguments from voidance to nullity and vice versa does not require a change in the prayer for relief as the court has to find *ex officio* the legal consequences of the established facts.

Regarding the burden of proof, it is stated that the claimant has to prove its authorization to raise the claim as well as the facts in dispute on which its prayer for relief is grounded. The respondent has to prove that procedural errors in the process of passing the resolution in question have not caused substantial irregularity of the resolution.

A resolution of the general meeting may under certain conditions be entered into the company register in spite of the fact that a dispute on its validity is pending. The paper concludes by presenting these conditions, as well as the rationale of this option in the Croatian Companies Act. The consequences of entering such a resolution into the registers held by the courts are considered. In particular, the author highlights the need to change the prayer for relief after entering the decision into register, the proper way of doing it, as well as the consequences that will follow if the claimant fails to amend his claim.

Keywords: action to declare nullity, resolution of the general meeting of the public limited company, arbitrability, the parties, party representation, prayer for relief.

**OTVORENA PITANJA SUDOVANJA
U OBITELJSKIM STVARIMA
(NAČELA I SMJERNICE ZA NOVI *LEX
DE PROCESSIBUS FAMILIARIBUS*)**

Prof. dr. sc. Dubravka Hrabar *

*“Ne hodaj ispred mene, možda te neću slijediti.
Ne hodaj iza mene, možda te neću voditi.
Hodaj pokraj mene i samo budi moj prijatelj.”
(Albert Camus)*

Značenje pravnih načela je viševrsno. Ona, s jedne strane, odražavaju temeljne društvene vrijednosti, ali i predstavljaju uputu za primjenu drugih pravnih norma, osobito u slučaju zakonskih praznina. Sudovanje u obiteljskim predmetima obilježeno je nekim specifičnim načelima procesnog prava, ali istodobno su prisutna i načela obiteljskog zakonodavstva. Primjećuje se da corpus procesnih odredaba ne udovoljava zahtjevima koje nameću neki noviji dokumenti Vijeća Europe te se pokazuje potreba usklađivanja pravila parničnoga postupka s njima, osobito u obiteljskim predmetima. Potreba europeizacije sudskog postupka, poglavito primjene Europske konvencije o ostvarivanju djetetovih prava (1996.) i novijih Smjernica o pravosuđu prilagođenom djeci (2010.) predstavlja nužnost i korisnu zamisao. Osobina je obaju dokumenata da se temelje na pravu djeteta na izražavanje vlastitoga mišljenja, a djetetu priznaju posebna postupovna prava te za sud predviđaju sasvim novu ulogu u zaštiti djeteta u postupku. Među zahtjevima spomenute Konvencije pojavljuje se za naš pravni sustav sasvim nov institut djetetova zastupnika, a reorganizacija postupka podrazumijeva specijalizaciju i produbljena (multidisciplinarna) znanja svih sudionika postupaka u kojima se dijete pojavljuje kao stranka u postupku ili samo kao subjekt čija su prava kolateralno ugrožena.

* Dr. sc. Dubravka Hrabar, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

Ključne riječi: načela, parnični postupak, izvanparnični postupak, zastupnik djeteta, Europska konvencija o ostvarivanju djetetovih prava, Smjernice o pravosuđu prilagođenom djeci.

1. OPĆA OBITELJSKOPRAVNA NAČELA I NJIHOVO ZNAČENJE

Načela kao smjernice i pojašnjenje u primjeni pojedinih zakona predstavljaju dobru nomotehničku i zakonodavnu praksu. U njima se nerijetko kriju temeljne pravne vrijednosti koje se štite pojedinim zakonom, u njima se odslikava javni poredak nekog pravnog sustava i razotkrivaju društvene vrijednosti kojima težimo. Praktični je smisao načela što adresatima pravne norme i neposrednom primjenjivaču (najčešće sucu) olakšavaju odabir rješenja u nedoumici koju je stvorila pravna, odnosno zakonska praznina.¹ Pravno načelo ujedno predstavlja sveobuhvatan pojam u koji bi se trebale sliti pravne norme koje iza njega, u nomotehničkom smislu, slijede.

Obiteljski je zakonodavac 1998. godine donošenjem tadašnjega propisa, Obiteljskoga zakona², uveo praksu eksplicitnoga navođenja načela. Bitna je odrednica obiteljskopравnih načela da ona sažimaju osnovne vrijednosti propisa i time predstavljaju temelj zakonskoga propisa. Dakako, smisao je da načela budu navedena među prvim člancima, u uvodnome dijelu. To se ponovilo i sa sljedećim propisima, Obiteljskim zakonom iz 2003. pa potom i njegovim izmjenama 2007.³ godine (dalje u tekstu: ObZ).

Aktualno uređenje obiteljskih odnosa temelji se na sljedećim načelima navedenim u čl. 2. ObZ-a:

- ravnopravnosti žene i muškarca i uzajamnom poštovanju i pomaganju svih članova obitelji
- zaštititi dobrobiti i prava djeteta te odgovornosti obaju roditelja za podizanje i odgoj djeteta

¹ S. Triva kaže: "Načela (maksime, principi) su direktive, smjernice, misli vodilje, putokazi, osnovna pravila, postulati za rad usmjeren određenom cilju. Načela su kriterij za djelovanje i prosuđivanje. Ona determiniraju metodu pristupa stvarnosti koja je objekt promatranja ili obrade." u: Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, VII. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004., str. 114.

² Narodne novine, br.162/98.

³ Narodne novine, br. 116/03, 17/04, 134/04, 107/07, 61/11.

- primjerenom skrbničkoj zaštiti djeteta bez roditeljske skrbi te odrasle osobe s duševnim smetnjama.

Načelo uzajamnog obiteljskog poštovanja i pomaganja, u mjeri u kojoj potiče obiteljsku koheziju između svih članova koji čine obitelj, utoliko je povezano i s civilizacijskim dosegom⁴, ravnopravnošću žene i muškarca. Dakle, promotrimo li doseg tog načela, shvatit ćemo da zdravu i društveno poželjnu obitelj mogu stvoriti njezini članovi koji su u međusobno pozitivnim odnosima. To su, dakako, odnosi koji se temelje na ljubavi kao jednoj od najvažnijih emocija, ali kako to nije uobičajeno spominjati u šturome zakonskom tekstu, zakonodavac je odlučio uzajamnom poštovanju i pomaganju dati formulaciju temelja pozitivnog ozračja u obitelji, u čemu nije nimalo pogriješio.

Ravnopravnost je pak proširenje zdravog temelja obitelji, što znači da je, povrh uzajamnog poštovanja i pomaganja, namijenjena ženi i muškarcu koji će se u obiteljskim propisima naći kao bračni⁵ drugovi, kao roditelji ili posvojitelji. Nepotrebno je posebno isticati kako se ravnopravni partneri u stvari uvijek poštuju i pomažu. Ravnopravnost kao jedno od načela uređenja obiteljskih odnosa nalazi se i u svim onim pravima kad žena jednako kao i muškarac⁶ može neko svoje pravo štiti adekvatnim sredstvima (npr., utvrđivati podrijetlo djeteta ili biti skrbnikom, pod jednakim pretpostavkama biti lišen/a poslovne sposobnosti, biti vlasnikom bračne, odnosno izvanbračne imovine u jednakim dijelovima i sl.).

Daljnje načelo u sferi je zaštite djece i roditeljstva. Naime, obiteljski je zakonodavac pokušao upotpuniti manjak ustavnog proklamiranja prava djeteta kao ustavne kategorije i važnoga načela, štoviše u današnje vrijeme i dijela javnoga poretka, a očigledno i nadomjestiti nepostojanje ustavotvorne volje da se i u zadnjim izmjenama Ustava RH konačno progovori na ustavnoj i načelnoj razini o pravima djece.⁷ Odnos roditelja i djece bipolaran je odnos koji u obiteljsko-

⁴ V. mnogobrojne međunarodne konvencije u kojima je ravnopravnost žene i muškarca pravni standard.

⁵ Žena i muž ravnopravni su u braku i na to ih obvezuje kao osobno pravo čl. 32., st. 1. ObZ-a, što nije slučaj u zakonskom smislu s izvanbračnim drugovima. No, ravnopravnost izvanbračnih drugova kao životnih partnera zajamčena je istovjetnošću zakonskih pretpostavaka u institutima uzdržavanja i u imovinskim odnosima.

⁶ O izuzimanju ravnopravnosti u slučaju ograničenja tužbe muža u razvodu braka, v. više Hrabar, D., *Načela hrvatskog obiteljskog prava i njihovo zakonsko uobličjenje*, Zbornik vo čest na Mile Hađi Vasilev, Skopje, 2004., str. 79 - 103.

⁷ O tome vidi više Hrabar, D., *O potrebi izmjene obiteljskopравnih odredaba u Ustavu Republike Hrvatske*, Informator, vol. 56, br. 5648, 2008., str. 1 - 3.

pravnoj regulativi karakterizira komplementarnost roditeljskih odgovornosti, prava i dužnosti naspram djetetovih prava. Tako i u pogledu načela uređenja njihova pravnog statusa u okvirima odnosa djeteta i roditelja ObZ ističe prava i dobrobit djeteta kao ishodište i cilj svakog normiranja, tumačenja, postupanja, odlučivanja o djeci i u vezi s djecom. Prava djece postala su važnim supstratom pravnog uređenja odnosa roditelja i djece te se slobodno može kazati da su na normativnoj razini u obiteljskom zakonodavstvu doživjela svoju puninu i cjelovitost. Dobrobit djeteta jednako kao i prava djece svoj put su započeli u Konvenciji o pravima djeteta⁸ te dobili svoj vrijednosni sadržaj u obiteljskom zakonodavstvu. Budući da dobrobit djeteta predstavlja, prema našem mišljenju, važniji i sveobuhvatniji pojam⁹ od najboljeg interesa djeteta kako ga donosi Konvencija o pravima djeteta (u čl. 3.), ona ostavlja otvorenom paletu mogućih dobrih ponašanja odraslih prema djeci. Stoga zauzima važno mjesto među načelima obiteljskog prava. Roditeljska uloga na razini načela istaknuta je uvođenjem (iz Konvencije o pravima djeteta, čl. 18.) sasvim novog pojma koji nadilazi opseg i doseg prava i dužnosti roditelja prema djeci, a to je njihova (zajednička) odgovornost.¹⁰ Uloga roditelja i njihova odgovornost prema djeci najvažnija je i zbog toga u zakonskom načelu istaknuta kao odgovornost za podizanje i odgoj. Ta dva pojma predstavljaju okvir unutar kojeg se ostvaruju različiti sadržaji koji će pridonijeti odrastanju djeteta i prelasku u svijet odraslih. Podizanje je pomaganje u odrastanju, a odgoj je usmjeravanje u odrastanju.¹¹ Iz spomenutoga načela crpi se zaključak kako je pedocentristički sustav aktualnost hrvatskoga obiteljskog prava (i ObZ-a) jer on u potpunosti štiti djecu apostrofirajući roditelje (preko njihove zajedničke odgovornosti) kao osobe, prije svih, zadužene za brigu i skrb o djeci.¹² Posljednje među načelima usredotočeno je

⁸ Službeni list SFRJ, br. 15/90; Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 12/93, 20/97.

⁹ V. Hrabar D., u: Alinčić, M.; Hrabar, D.; Jakovac-Lozić, D.; Korać Graovac, A., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2007., str. 237.

¹⁰ O sadržaju i značenju odgovornosti roditelja v. *ibid.*, str. 259.

¹¹ Pedagogijska literatura govori o odgoju i skrbi o djetetu, što bi svakako trebalo uvažiti *de lege ferenda*, pri čemu nam se doista čini da je skrb primjereniji izraz od "podizanja" (što bi bio doslovan prijevod engleskog *upbringing*). O svemu *amplius* Gudjons, H., *Pedagogija: temeljna znanja*, Zagreb, 1994.; Bašić, S., *Odgoj*, u: Mijatović, A. i dr. (ur.), *Osnove suvremene pedagogije*, Zagreb, 1999., str. 175 - 202; Milanović, M. *et al.*, *Skrb za dijete i poticanje ranog razvoja djeteta*, Zagreb, 2001.

¹² Propust je ObZ-a što je izostavio odredbu kakvu je imao ObZ iz 1998. u čl. 90.: "Roditelji su, prije svih, pozvani i odgovorni omogućiti djetetu ostvarivanje njegovih prava.

prema djeci i odraslima kojima je potrebna posebna društvena zaštita u obliku skrbništva. To načelo temelj je za pravno uređenje skrbništva kao zamjenskog instituta za (pravno) nezbrinutu djecu i, jednako tako, za osobe koje su lišene poslovne sposobnosti pa trebaju pomoć društva u okvirima skrbništva.

Promotrimo li spomenuta načela iz čl. 2. ObZ-a kao i ustavna načela¹³ postaje uočljivo da se ona praktički ponavljaju. Naime, ravnopravnost žene i muškarca jedno je od ustavnih načela (čl. 14.) koje se nalazi u odredbi o jednakosti svakog (građanina) neovisno o spolu. Ustavne odredbe o odnosima roditelja i djece (čl. 64.) sažimaju se u odgovornosti roditelja da osiguraju djetetu pravo na potpun i skladan razvoj njegove osobnosti (st. 2.), u dužnosti djece da se brinu za stare i nemoćne roditelje (st. 4.) i u osobitoj skrbi države za maloljetnike bez roditelja i za one o kojima se roditelji ne brinu (st. 5.). Nadalje, posebna zaštita propisana je i u ustavnoj odredbi čl. 65., st. 1. prema kojoj je dužnost svih da štite djecu i nemoćne osobe te da djeca s tjelesnim i duševnim nedostacima i socijalno zapuštena djeca imaju pravo na osobitu njegu, obrazovanje i skrb (čl. 64., st. 1.).

Konvencija o pravima djeteta o načelima govori u vezi s dostojanstvom i vrijednošću ljudske osobe, potrebom posebne skrbi i pomoći djeci i obitelji. Osim toga, kako je prethodno spomenuto, čl. 3. koji govori o najboljem interesu djeteta smatra se u pravnoj teoriji načelom, i to vrlo važnim.¹⁴

Načela iz uvodnoga dijela ObZ-a¹⁵ o kojima je bilo riječi materijalnopravnog su značenja, ali se u različitim institutima i pravnim normama postupovnog karaktera ObZ-a naziru, a katkad i eksplicitno navode, i neka procesnopravna načela.

2. SUDSKI POSTUPCI I POSEBNOSTI PROCESNIH NAČELA U PROMICANJU OBITELJSKOPRAVNE ZAŠTITE

Materijalnopravne odredbe ObZ-a, kojih je većina, daju određena prava pravnim subjektima koji su članovi obitelji, a u ponekom slučaju i ovlasti

Roditelji će dijete upoznati s njegovim pravima, primjereno djetetovoj dobi i zrelosti.”

¹³ Ustav RH (pročišćeni tekst), Narodne novine, br. 85/10.

¹⁴ V., npr., Freeman, M., *Article 3 - The Best Interest of the Child, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden - Boston, 2007.

¹⁵ O načelima v. više u Hrabar, *op. cit.* u bilj. 6.

društvenim tijelima čija je uloga podvojena - njihovo djelovanje u funkciji je zaštite javnog poretka ili ugroženih članova obitelji. Od postupovnih odredaba uvelike, ili barem u jednakoj mjeri, zavisi stvarna, realna zaštita ugroženih prava. Obiteljski postupci su parnični i izvanparnični. Posebni su parnični postupci oni u bračnim sporovima, paternitetskim i maternitetskim sporovima, alimentacijskim postupcima dok su posebni izvanparnični postupci oni o roditeljskoj skrbi, postupci za izdavanje dopuštenja za sklapanje braka te lišenje poslovne sposobnosti. Imovinski postupci pripadaju obama postupcima.¹⁶ Takvoj podjeli s obzirom na predmet spora nema zamjerke, osim u jednom slučaju. Mišljenja smo da postupke o roditeljskoj skrbi treba vratiti u parnični postupak jer rastuće potrebe i pojačana senzibilnost za zaštitu ljudskih i drugih prava članova obitelji dovode do zaključka o neadekvatnoj sudskoj zaštiti subjekata primjenom postojećih odredaba ObZ-a. Postupci o roditeljskoj skrbi (čl. 100. – 107.) u pravilu predstavljaju postupke u kojima su članovi obitelji izrazito konfrontirani, njihovi interesi se nalaze na suprotnim stranama, a emocionalna obojenost postupka je maksimalna u negativnostima, a minimalna u konciliantnosti.

Postupak u obiteljskim stvarima uređen je dvama propisima: ObZ sadrži materijalnopravne i postupovne odredbe¹⁷, a Zakon o parničnom postupku (dalje u tekstu: ZPP¹⁸) pravila za građanski sudski parnični postupak. S obzirom na specifičnost obiteljskopravne materije bilo bi potrebno ujediniti pravila svih postupaka zajedno¹⁹ ne bi li se polučila konzistentnost, jasnoća i suglasje norma.

Obiteljskopravno uređenje nadilazi materijalnopravne norme obiteljskoga prava i prelijeva se u parnični i izvanparnični postupak. Međutim, i *vice versa*, posebna procesna pravila u obiteljskim sporovima (uređena ObZ-om) predstavljaju derogaciju ili pak upotpunjavanje, *lex specialis* u odnosu na opća postupovna pravila iz ZPP-a.²⁰ Stoga se postavlja pitanje jesu li sva načela iz ZPP-a primjenjiva, treba li nekima dati prednost, postoje li specifična, novonastala

¹⁶ Razrješenje imovinskopravnih prijepora mješovite je nadležnosti; u vezi s vlastitim imovinom, odnosno bračnom stečevinom te bračnim ugovorom u parničnom postupku, a u izvanparničnom postupku se rješava pitanje, npr., upravljanja bračnom stečevinom.

¹⁷ ObZ sadrži materijalnopravne, kvazimaterijalnopravne i procesne odredbe od kojih su posljednje predmetom posljednjega, VIII. dijela Zakona.

¹⁸ Zakon o parničnom postupku (pročišćeni tekst), Narodne novine, br. 148/11.

¹⁹ Bilo u jednome novom procesnom zakonu, bilo kao posebno poglavlje postojećeg ZPP-a.

²⁰ U tom smislu i Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 1, str. 757, odnosno čl. 263. ObZ-a.

načela i vodi li sve to k novom postupovnom propisu²¹ ili barem promjeni ZPP-a *de lege desiderata*.

Teorija građanskoga parničnog procesnog prava navodi mnoga načela koja služe ostvarenju pravne zaštite²², dok ZPP, koji karakterizira petnaestak načela, spominje i neka druga.²³ Parnični postupak u obiteljskim stvarima obilježavaju sva spomenuta načela²⁴, ali neka su prisutnija i dominantna u obiteljskim predmetima pred sudom i odvajaju ga, odnosno naglašavaju u odnosu na svaki drugi parnični postupak. Postavlja se pitanje zašto je tomu tako. Odgovor se nedvojbeno krije u specifičnosti društvenog odnosa i institutâ koji uređuju obiteljsko pravo. Pojačana inkvizitorna uloga suda i specifična načela odražavaju njihovu važnost za društvo, dapače, mogli bismo reći da štite temelje društva.

Posebnosti su parničnih i izvanparničnih postupaka kojim se uređuju obiteljskopравни odnosi što oni u toj materiji služe zaštiti obiteljskih prava, a posebice prava osoba koje su pod posebnom društvenom i ustavnom zaštitom pa su norme kogentne prirode pravilo, a dispozicija stranaka negdje sasvim isključena, a negdje bitno ograničena.²⁵ Ispravno navode uvaženi teoretičari građanskoga procesnog prava kako "...posebna procesna pravila dijelom modificiraju opća pravila a dijelom stvaraju nove, općem procesnom pravu nepoznate institute. Njima se utvrđuje i opseg i način (supsidijarne) primjene općih procesnih pro-

²¹ Zanimljiva je tvrdnja S. Trive koji kaže: "Otkad je, krajem druge polovine XIX. stoljeća, postala dominantna koncepcija o parničnom postupku kao javnoj funkciji čija je zadaća štiti subjektivna građanska prava u skladu s ostvarenjem općeg pravnog poretka, institucije parničnog procesnog prava poprimile su relativno stabilnu fizionomiju, koja u posljednje vrijeme ne trpi ozbiljnijih i bitnijih promjena.", *ibid.*, str. 114.

²² Načelo zakonitosti, traženja istine, ekonomičnosti, dispozicije, oficioznosti, raspravno načelo, načelo inkvizitornosti, saslušanja stranaka, kontradiktornog raspravljanja, pružanja pomoći neukima, načelo forme procesnih akata, javnosti pravosudne aktivnosti, načelo neposrednosti, usmenosti i pismenosti, slobodne ocjene dokaza, sudskog upravljanja postupkom, jedinstva glavne rasprave, koncentracije u postupku, savjesnog korištenja procesnih ovlaštenja i suzbijanja zloupotreba u postupku, načelo pravnog interesa, načelo socijalne zaštite. Dalje se spominje i načelo forme procesnih aktivnosti, pravne sigurnosti koju osigurava načelo pravomoćnosti, načelo vezanosti za pravne akte nadležnih tijela, načelo socijalne zaštite; usp. *ibid.*, str. 116.

²³ Npr., eventualnosti, kolegijalnosti, nadležnosti, otvorenog pravosuđenja, savjesnosti, suđačkog uvjerenja, teritorijalnosti; usp. Triva, S., Dika, M., Zakon o parničnom postupku, XXIII. izdanje, Zagreb, 2011., str. 970.

²⁴ V. *supra* bilj. 22. i 23.

²⁵ Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 1, str. 757.

pisa.”²⁶ Može se tvrditi kako nijedna druga društvena tvorba nema u toj mjeri specifičnu pravnu zaštitu kao obitelj. Dakle, društveni se senzibilitet za obitelj i zaštitu njezinih ugroženih članova ogleda upravo u posebnosti procesnih načela i instituta. Ugroženost subjektivnih materijalnih prava članova obitelji djeluje na samu obitelj koja je temelj svakog zdravog društva pa pozivanje za sudskom zaštitom mora biti dodatno pojačano i djelotvorno.

Sudski postupci u obiteljskim stvarima shvaćeni u najširem smislu trebaju odražavati nekoliko zahtjeva od kojih se najvažnijim čine dva: adekvatna pravna zaštita ugroženih subjektivnih prava i društvena vrijednost obiteljskopravnog instituta koji se u postupku štiti. Tim zahtjevima, prema našem mišljenju, mogu udovoljiti samo sudovi, stoga smatramo da je sudska zaštita obiteljskopravnih instituta dostatna i da nema potrebe proširivati je nadležnošću javnih bilježnika²⁷ jer se time ne bi ni na koji način bolje ili brže štitili interesi stranaka. Nadležnost suda i primjena odgovarajućih propisa jamstvo je pridavanja važnosti obiteljskopravnim institutima, poglavito braku.

Potreba promjena na procesnom planu radi osuvremenjivanja procesnog prava ne može zaobići činjenicu da obiteljske odnose kao visokorizične i ugrožavajuće treba pokušati sanirati prije sudskog postupka koji je *ultima ratio*. Sudski postupak treba biti ultimativno okrilje za zaštitu subjektivnih prava članova obitelji, ali iskustva stranih sustava pokazuju da postoje nepravni načini pomoći obitelji čiji su članovi suprotstavljeni. Medijacija kao najraširenije i najznačajnije pravno sredstvo za obitelj u krizi omogućuje preoblikovanje sukobljenih interesa članova obitelji.²⁸ Prema našem mišljenju Hrvatskoj predstoji donošenje posebnog propisa.²⁹ Medijacija bi zasigurno u mnogim slučajevima mogla zamijeniti sudski

²⁶ *Ibid.*

²⁷ U ovom slučaju misli se na nesporni (sporazumni) razvod braka bez maloljetne djece. Naprotiv, ulogu i ovlasti javnih bilježnika trebalo bi proširiti u imovinskim sporazumnim odnosima bračnih/izvanbračnih drugova glede bračnih ugovora (i ugovora izvanbračnih drugova o uređenju imovinskih odnosa); o tome v. поближе Čulo, A.; Šimović, I., *Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 59, br. 5, 2009., str. 1029 - 1068.

²⁸ O suvremenom pristupu medijaciji v. поближе Čulo-Margaletić, A., *Mirno rješavanje obiteljskopravnih sukoba interesa*, doktorska disertacija, Zagreb, 2012.

²⁹ Ili barem izmjena ZPP-a u smislu posebnog poglavlja kojim bi se uredilo ovo novije pravno područje. Sukus mirnog rješavanja mora uzeti u obzir činjenicu da razvod braka (i s njime u vezi u ovo vrijeme nezadovoljavajući institut posredovanja) nije jedino konfliktno područje obiteljskih odnosa. Sudska praksa upućuje na izrazite konflikte u vezi s ostvarivanjem zajedničke roditeljske skrbi, a strana medijacijska praksa govori upravo

postupak ili barem pripremiti kvalitetno rješavanje sukobljenih interesa pred sudom. No, neovisno o tome, klasični sudski postupak kao finalna instancija mora imati svoja pravila koja nude optimum u zaštiti subjektivnih prava i načela zaštite dobrobiti djeteta.

3. PROCESNA SREDSTAVA ZA OSTVARENJE OBITELJSKOPRAVNE ZAŠTITE

Potreba pojačane i posebne brige o djeci sudionicima parničnih i izvanparničnih postupaka i o drugim osobama koje se ne mogu same brinuti o sebi te o zaštiti braka i obitelji ogleda se u nekoliko zahtjeva. a) Zastupanje djece i nesposobnih osoba pod posebnim je povećalom u parničnoj proceduri. b) Načelo oficioznosti dominira sudskim postupkom do te mjere da sud nije vezan zahtjevima stranaka i mora po službenoj dužnosti adhezijski provesti neke postupke od vitalnog interesa za djecu. c) Načelo dispozicije smanjeno je na minimum. d) Inkvizitorne ovlasti suda nadilaze volju stranaka pa sud u traženju i utvrđivanju istine smije pribavljati i činjeničnu građu spora. e) Zbog moguće ugroženosti interesa sudionika postupka načelo hitnosti nalaže postupanje suda u vrlo kratkim rokovima.³⁰

Procesnopravna teorija obiteljskim sporovima pridaje atribut parničnog postupka, a prema "zakonskoj sistematici, pravnoj tradiciji i nekim formalnim značajkama ...u biti oni imaju više sličnosti s klasičnim izvanparničnim metodama postupanja."³¹ No, mi smo upravo suprotnoga mišljenja, a to je da neki postupci kao, primjerice, onaj o roditeljskoj skrbi, premda po novijoj obiteljskopravnoj sistematizaciji pripada u izvanparnične postupke, itekako treba biti parnični postupak jer su u pravilu interesi stranaka (roditelja) toliko sukobljeni da nema mjesta predlaganju rješenja. To, naime, pokazuje sudska praksa.

Od mnoštva načela svojstvenih parničnom postupku smatramo da posebnost objekta zaštite (društveno istaknuto značenje obitelji i osoba koje se nisu u stanju brinuti o sebi) i specifičnost materije govore u prilog sljedećim načelima koja karakteriziraju takav obiteljski sudski postupak, a koja postoje i u nekim nama

o tom području kao vrijednom za pristup medijaciji. No, konflikti su mogući i u svim ostalim osobnim, ali i imovinskim odnosima članova obitelji.

³⁰ Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 1, str. 758.

³¹ *Ibid.*, str. 759.

bliskim pravnim porecima, katkad u izvanparničnom, a katkad u parničnom postupku.³² To su sljedeća načela: načelo saslušanja stranaka, načelo pružanja pomoći neukoj stranci, načelo zaštite dobrobiti djeteta, načelo hitnosti, načelo dispozicije, načelo inkvizitornosti i načelo nejavnosti. Kompariramo li procesne zakone zemalja kontinentalnopravnoga³³ kruga i načela koja su svojstvena postupcima pred sudovima u RH, vidljivo je da ne postoje razlike u tim načelima osim, u nas nominalno zastupljenog, načela socijalnosti. Sva spomenuta načela trebaju i dalje biti temeljem obiteljskopravne procesne regulative, ali neke dvojbe postoje koje bi *de lege ferenda* trebalo korigirati.

Tako primjećujemo određen nesklad između načela pravednosti, kao općeg i vrlo važnog načela³⁴, i načela ekonomičnosti u alimentacijskom postupku kad sud u parnici za uzdržavanje djece jednom od roditelja (onome s kojim dijete ne živi) nalaže isplatu mjesečnih rata uzdržavanja ubuduće kroz godinu (*rebus sic stantibus*) ne vodeći računa o tome da dijete u pravilu provede s tim roditeljem praznike (možda i više od mjesec dana) i da taj roditelj treba drugome roditelju isplatiti dužni iznos i snositi troškove života za dijete za to vrijeme. Očigledno je riječ o nepravdi te bi *de lege ferenda* trebalo predvidjeti zakonsku mogućnost da sud u dispozitivu sudske odluke izuzme dužnika uzdržavanja na davanje konkretne mjesečne rate te za isti iznos obveže roditelja s kojim dijete inače živi. Kao daljnji problem i posebice osjetljivo pitanje koje zahtijeva regulativu *de lege ferenda* smatramo pitanja novih postupovnih prava djece i njihova zastupanja u postupku.

³² Npr., u austrijskom *Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen* (Außerstreitgesetz, AußStrG) iz 2003. i njemačkom *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* iz 2008. to su izvanparnični postupci.

³³ O načelima u austrijskom, njemačkom i talijanskom pravu v. Aras, S., *Postupci u sporovima o uzdržavanju djece*, doktorska disertacija, Zagreb, 2012., str. 119 *sqq.*

³⁴ Pravednost proizlazi iz načela jednakosti koje je najviše vrijednosno načelo. T. Akvinski kaže "...samo ime pravednosti uključuje jednakost, pojam pravednosti bitno izražava odnos prema drugome.", *cit.* prema Miličić, V., *Opća teorija prava i države*, Zagreb, 2008., str. 39. *sqq.*

4. POSTUPOVNA PRAVA DJECE KAO PREDUVJET “EUROPEIZACIJE” GRAĐANSKOGA SUDSKOG POSTUPKA

Europska konvencija o ostvarivanju djetetovih prava³⁵ otvara novo područje postupovnih prava djeteta.³⁶ Mnoga od njih uređena su anticipativno³⁷ u obiteljskom zakonodavstvu³⁸, ali zbog obvezatnosti primjene Konvencije otkrivaju novo lice i drukčije poglede na postupak i njegovo zakonsko uređenje na koje valja misliti. Premda se međunarodni ugovori u skladu s monističkom teorijom primjene prava u RH primjenjuju neposredno³⁹, radi jedinstva tumačenja i primjene propisa potrebno je *de lege ferenda* detaljno urediti neka nova postupovna pitanja.

Konvencija, naime, poznaje različita (pa tako navodi “dodatna”) postupovna prava djece⁴⁰ koja omogućuju trećim osobama uključenje u parnicu radi bolje pravne i nepravne podrške djetetu koje se nađe usred postupka, bilo ono strankom ili ne.⁴¹ Ta nova postupovna prava djeteta otvaraju sasvim nova vrata iza kojih stoji preraspodjela stranačkih uloga i njihovih ovlasti u postupku te se susrećemo s intervencijom djeteta u parnici u kojoj ono dobiva ovlast posebnog subjekta, izvan uobičajene klasične podjele stranačkih uloga (tužitelj - tuženik; predlagatelj - protustranka). Njegov položaj ne sliči položaju umješaka⁴²,

³⁵ Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 1/10.

³⁶ O tome v. više Hrabar, D., *Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava - poseban zastupnik djeteta*, u: *Dijete u pravosudnom postupku - Primjena Europske konvencije o ostvarivanju dječjih prava*, Zagreb, 2012.

³⁷ U vrijeme donošenja ObZ-a 1998. godine i ObZ-a 2003. godine Konvencija još nije bila na snazi u RH.

³⁸ Npr., čl. 89., st. 5. kojim se određuje: “U postupcima u kojima se odlučuje o nekom djetetovom pravu ili interesu, dijete ima pravo na prikladan način saznati važne okolnosti slučaja, dobiti savjet i izraziti svoje mišljenje te biti obaviješteno o mogućim posljedicama uvažavanja njegova mišljenja. Mišljenje se uzima u obzir u skladu s njegovom dobi i zrelosti.”

³⁹ V. čl. 141. Ustava RH.

⁴⁰ Tako prema čl. 5. djeca imaju “...a) pravo zahtijevati da im pomaže prikladna osoba koju sami izaberu kako bi im pomogla izraziti njihovo mišljenje; b) pravo zahtijevati, osobno ili uz pomoć drugih osoba ili tijela, imenovanje posebnog zastupnika, u odgovarajućim slučajevima odvjetnika; c) pravo imenovati svojega vlastitog zastupnika; d) pravo ostvarivati neka ili sva prava koja imaju stranke u takvim postupcima.”

⁴¹ Tipičan slučaj je brakorazvod roditelja u kojem dijete prema Konvenciji treba posebnu zaštitu premda formalno nije ni tužitelj ni tuženik.

⁴² Običnog umješaka, umješaka s položajem jedinstvenog suparničara i umješaka *sui generis*.

poglavito s obzirom na to što karakteristike umješaka⁴³ ne odgovaraju njegovoj procesnoj poziciji.

U ovoj se priči procesnopravno čini vrlo zanimljivom mogućnost da na zahtjev djeteta sud imenuje djetetu posebnog zastupnika. Štoviše, Konvencija omogućava da se djetetu imenuje i "...u odgovarajućim slučajevima odvjetnik", što znači da je sudu dana ovlast da odredi odvjetnika kao stručnu osobu koja će se uključiti u postupak i zastupati dijete. Jasno je da postojeće odredbe ObZ-a i ZPP-a ne predviđaju takvu situaciju i da je potrebno *de lege ferenda* omogućiti je i precizirati. Naime, ovlasti koje proizlaze iz čl. 89., st. 2. i 3. ObZ-a odnose se na postavljanje djetetu posebnog skrbnika koji, doduše, predstavlja i zastupa dijete, ali nipošto ne na razini odvjetnika. Naglasak u ovom procesnom pravu djeteta jest na tome da sud na poticaj djeteta imenuje odvjetnika koji će dijete zastupati. Društvena (i ustavna) briga za djecu ostvarit će se u trenutku kad Hrvatska odvjetnička komora stvori popis odvjetnika koji će dobrovoljno zastupati djecu u takvim postupcima.

Daljnje pravo djeteta odnosi se na mogućnost koju zasada nemamo predviđenu u ZPP-u ni u ObZ-u. Naime, dijete ima pravo ostvarivati pojedina ili sva prava koja imaju stranke u postupcima premda nema parničnu sposobnost. Najbližnja toj odredbi iz Konvencije, ali ipak dosegom ograničena, jest odredba čl. 269., st. 1. ObZ-a⁴⁴ prema kojoj sud može djetetu tijekom postupka omogućiti poduzimanje procesnih radnja. Dakle, i kad dijete nije stranka u postupku, ono bi moglo (neposredno ili preko zastupnika) tražiti izvođenje nekog dokaza radi zaštite svoje pozicije, odnosno nekog svojega subjektivnog prava (npr., na susrete i druženje s odvojenim roditeljem). Drugo je praktično pitanje u kolikoj mjeri sud poseže za primjenom toga članka.

Oficioznost suda kao načelo iz ZPP-a poklapa se s odredbom čl. 6.⁴⁵ Konvencije koja posebnu pažnju poklanja toj ulozi suda. Sud može prikupljati procesni

⁴³ Zajednička je karakteristika svakog od tih umješaka stranačka i parnična sposobnost koju dijete često puta nema, ali, usprkos tomu, prema Konvenciji ima pravo na poduzimanje procesnih radnja. Nadalje, umješaci se i po mnogočemu razlikuju u svojoj procesnoj poziciji od djeteta s postupovnim pravima u procesu koji se odnosi na njega. O tim razlikama više u: Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 1, 451 *sqq.*

⁴⁴ "U statusnim stvarima sud može dopustiti da radi ostvarenja svojih prava i interesa pojedine radnje u postupku poduzima i stranka koja nema poslovne sposobnosti, ako je u stanju shvatiti značenje i pravne posljedice tih radnji."

⁴⁵ "U postupcima koji se tiču djeteta, sudbeno tijelo, prije donošenja odluke će a) razmotriti raspoložive li dostatnim informacijama kako bi donijelo odluku koja je u najboljem

materijal kako bi mogao valjano zaključiti o činjeničnom supstratu u postupku i donijeti relevantnu odluku. Novinu predstavlja dio odredbe (alineja b) kojom se stvara nova veza između djeteta i suda tako što sud provjerava informiranost djeteta i daje mu savjet. Uloga suda aktivna je spram djeteta bez obzira ima li ono položaj stranke ili štiti svoja prava koja mogu biti ugrožena aktivnostima, radnjama i postupcima drugih. Dovoljna je činjenica da dijete može pretrpjeti emocionalnu štetu.⁴⁶ Sud i nadalje ostaje neutralan spram drugih sudionika i ishoda postupka, ali mu se nalaže protektivna uloga prema djetetu, što je potpuna novost u parničnom postupku. Davanje savjeta djetetu odigrat će se osobno ili preko drugih osoba među kojima bismo svakako naglasili psihologa kao najpogodnijeg za taj posao. Isključenje javnosti je prema Konvenciji moguće, a mi bismo rekli nužno te bi ga trebalo *de lege ferenda* uvrstiti kao pravilo za slučaj komunikacije suda s djetetom. Savjetovanje je kao i svaki drugi oblik suradnje s djetetom ograničen djetetovim najboljim interesima koji predstavljaju vrijednosni kriterij za postupanje s djecom.

Daljnja je ovlast suda (čl. 9.)⁴⁷ da, u slučaju sukoba interesa roditelja, on sâm djetetu imenuje posebnog zastupnika za taj postupak. Tko će to biti – neko tijelo (centar za socijalnu skrb, obiteljski centar ili neko novo tijelo) ili odvjetnik – ovisi o prirodi spora/postupka o kojem je riječ. Kad sud uoči da je djetetu potrebna pomoć poglavito pravne naravi, bilo bi svrsishodno imenovati mu odvjetnika. U

interesu djeteta, i, kad je to potrebno, pribaviti daljnje informacije, posebice od nositelja roditeljskih odgovornosti; b) u slučaju kad se prema unutarnjem pravu smatra da dijete ima dovoljnu sposobnost razumijevanja:

– uvjeriti se da je dijete dobilo sve odgovarajuće informacije;

– u odgovarajućim slučajevima savjetovati dijete osobno, uz isključenje javnosti ako je potrebno, neposredno ili posredstvom drugih osoba ili tijela, na način prilagođen njegovoj sposobnosti razumijevanja, osim ako to ne bi bilo u očitoj suprotnosti s najboljim interesima djeteta;

– dopustiti djetetu da izrazi svoje mišljenje;

c) pridati dužni značaj mišljenjima koja je dijete izrazilo.”

⁴⁶ Tipičan je primjer konfliktan razvod braka s maloljetnom djecom.

⁴⁷ “1. Kad u postupcima koji se tiču djeteta unutarnje pravo priječi nositeljima roditeljskih odgovornosti da zastupaju dijete kao rezultat sukoba interesa između njih i djeteta, sudbeno će tijelo biti ovlašteno djetetu imenovati posebnog zastupnika u takvom postupku.

2. Stranke će razmotriti mogućnost da se sudbenom tijelu u postupcima koji se tiču djeteta dodijeli ovlast za imenovanje posebnog zastupnika, u odgovarajućim slučajevima odvjetnika, koji će zastupati dijete.”

drugim slučajevima, npr., u postupku izricanja mjere prema roditeljima kojom se želi zaštititi dijete⁴⁸, to bi, primjerice, mogao biti socijalni pedagog. Bitno je da sudu bude jasno da su interesi roditelja u sukobu i da ne mogu donijeti odluku koja bi koristila djetetu. ObZ je na tragu ovog rješenja, ali ne u potpunosti jer u čl. 167. predviđa imenovanje posebnog skrbnika djetetu, među ostalim, i kad se vodi izvanparnični postupak za izricanje mjera iz čl. 111., 112. ili 114. i "...u drugim slučajevima kad su interesi djeteta i roditelja u suprotnosti" (čl. 167., toč. 6.). Valja naglasiti da ta ovlast prema izričaju zakonske norme pripada centru za socijalnu skrb, a ne sudu. Istraživanje prakse zasigurno bi pokazalo da se ni u jednom od spomenutih slučajeva djetetu ne postavlja poseban skrbnik. Konvencija daje sudu ovlast da u postupcima koji se tiču djeteta djeluje "...na vlastiti poticaj u slučajevima utvrđenim unutarnjim pravom kada je dobrobit djeteta u ozbiljnoj opasnosti" (čl. 8.), čime se dodatno naglašava protektivna uloga suda koja proizlazi iz načela oficioznosti.

Iako čl. 108. ObZ⁴⁹ stvara jasne dužnosti i ovlasti različitih tijela i sudova (poglavito prekršajnih i kaznenih) ne bi li se sva tijela, a ne samo pojedinci, usredotočili na zaštitu djetetovih prava, sustav zaštite prava djece u sudskim postupcima nije zadovoljavajuć. Iz navedene zakonske odredbe proizlazi da je centar za socijalnu skrb središnje tijelo za zaštitu djetetovih prava i koordinaciju svih tijela koji se u svojem radu mogu susresti s ugrožavanjem tih prava, a da sud nema takve ovla-

⁴⁸ U obama slučajevima riječ je o kategorijama obiteljskih predmeta za koje je RH dala izjavu sukladno čl. 1. st. 4. Postupak posvojenja, odnosno skrbništva su upravni postupci, ali i u njima bi centar za socijalnu skrb kao tijelo pred kojim se provodi postupak mogao imenovati djetetu posebnog zastupnika jer Konvencija nadležnim tijelom smatra i upravno tijelo (*arg. ex* čl. 2a).

⁴⁹ "(1) Svatko je dužan obavijestiti centar za socijalnu skrb o kršenju djetetovih prava, a posebice o svim oblicima tjelesnog ili duševnog nasilja, spolne zloporabe, zanemarivanja ili nehajnog postupanja, zlostavljanja ili izrabljivanja djeteta.
(2) Centar za socijalnu skrb dužan je odmah po primitku obavijesti iz stavka 1. ovoga članka ispitati slučaj i poduzeti mjere za zaštitu djetetovih prava.
(3) Ako je centar za socijalnu skrb obavijest iz stavka 1. ovoga članka primio od drugog tijela ili ustanove, dužan je o poduzetom izvijestiti to tijelo ili ustanovu.
(4) Sud pred kojim se vodi prekršajni ili kazneni postupak u vezi s povredom nekog djetetovog prava dužan je o pokretanju postupka obavijestiti centar za socijalnu skrb i sud koji je nadležan za izricanje mjera za zaštitu prava i dobrobiti djeteta.
(5) Pravomoćnu odluku donesenu u postupku iz stavka 4. ovoga članka sud će dostaviti centru i sudu koji je nadležan za izricanje mjera za zaštitu prava i dobrobiti djeteta."

sti. Odredba čl. 267. ObZ-a⁵⁰ namijenjena je zaštiti prava i interesa djece tijekom postupka pa je razvidno da nam nedostaje odredba u smislu čl. 8. Konvencije kojom bi parnični sud povodom jednog postupka, uvidi li ugrozu djetetovih prava, oficijozno pokrenuo postupak za zaštitu prava i dobrobiti djeteta.

5. ULOGA ZASTUPNIKA⁵¹

Konvencija je, nadalje, postavila i nova pravila u zastupanju djece u postupcima pred sudom. Osim što sud ima ovlast neposredno imenovati zastupnika djetetu, činjenica je da u sudskom postupku imamo zastupnika sa sasvim novim dužnostima i obilježjima, u mnogome različitim u odnosu na postojeći mandat prema ZPP-u i Zakonu o odvjetništvu.⁵² Dužnosti su zastupnika trovsne. Ponajprije, on treba djetetu dati informacije u vezi s postupkom koje mogu služiti izgradnji njegova mišljenja (tzv. odgovarajuće informacije). Kako i gdje će on to učiniti, ostaje otvorenim pitanjem, ali kao najpogodniji zagovaramo neformalan način, uz pomoć psihologa. Nadalje, zastupnikova je dužnost da djetetu pojasni kauzalnu vezu između djetetova mišljenja i posljedica koje prouzrokuje zastupnikovo djelovanje po nalogu djeteta. I u tom slučaju valja pripaziti na komunikaciju s djetetom pa su iz tog razloga zastupniku potrebne dodatne, specijalne vještine i znanja te stručna (psihološka) pomoć. Posljednja dužnost zastupnika odnosi se na dvije radnje: na spoznaju srži mišljenja djeteta, tj. njegova sadržaja, značenja, supstrata u kojem će se nerijetko kriti i djetetove želje te potom njegove prezentacije sudu. Ovdje nedvojbeno zastupniku, osobito ako nije psiholog, treba stručna psihološka pomoć i edukacija.

Postavlja se pitanje tko sve može biti zastupnikom djeteta. Konvencija ostavlja državama slobodu izbora zastupnika neovisno o njegovu zanimanju ili profesiji. Već je ranije spomenuto kako to može biti odvjetnik, ali nema zapreke da to bude i državno tijelo (sada postojeći centri za socijalnu skrb ili obiteljski

⁵⁰ "Sud je dužan tijekom postupka osobito paziti da se zaštite prava i interesi djece, osoba s duševnim smetnjama, ili osoba koje se iz drugih razloga nisu sposobne same brinuti o sebi i o svojim pravima i interesima."

⁵¹ O prilagodbi hrvatskoga pravnog sustava zahtjevima Konvencije, poglavito o ulozi zastupnika, v. pobliže Hrabar, D., *Europska konvencija o ostvarivanju dječjih prava - nov prilog promicanju dječjih prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 46, br. 4, 1996., str. 391 – 403. i Hrabar, D., *op. cit.* u bilj. 36.

⁵² Narodne novine, br. 9/94, 117/08, 50/09, 75/09, 18/11.

centri). Te bi uloge *de lege ferenda* bilo poželjno detaljno opisati, od uvjeta za obavljanje te funkcije preko imenovanja, ovlasti, suradnje s djetetom, procesnih ovlasti, polaganja računa do potrebe specijalizacije (poglavito za odvjetnike) i stjecanja posebnih znanja, suradnje s drugim stručnim osobama, troškova zastupanja i sl. U interesu što bolje zaštite pozicije djeteta u sudskom postupku nema zapreke da se omogući i da udruge mogu profesionalno zastupati. Bitno je da se zastupanje ne može shvatiti kao puko iznošenje djetetova mišljenja i poznavanje prava koja mu pripadaju nego se pristup zastupanju mora temeljiti na psihološkom sagledavanju djetetove pozicije, njegovih želja, mogućnosti i suradnje. Zaključno, glede zastupnika i zastupanja djeteta treba *de lege ferenda* izdvojiti sljedeće zahtjeve: profesionalnost, posebne vještine zastupnika, stručna potpora (psihologa, socijalnih pedagoga i socijalnih radnika) te naknada troškova zastupanja. Glede posljednjega razvidno je da zastupanje djeteta izlazi izvan okvira redovitih troškova koji se u postupcima pojavljuju. Tim više, kad dijete nije stranka, upitno je tko mora snositi troškove zastupanja djeteta. Zbog preoblikovanja stranačkih uloga i specifičnosti položaja djeteta mišljenja smo da bi glede tako nastalih troškova zastupanja obiteljsko zakonodavstvo i(li) novo procesno obiteljsko zakonodavstvo trebalo propisati solidarnu dužnost roditelja da podmire troškove nastale odvjetničkim, odnosno zastupničkim zastupanjem. Naime, ObZ propisuje u okviru ravnopravne roditeljske skrbi pravo i dužnost roditelja da zastupaju svoju maloljetnu djecu (čl. 98., st. 1.). Budući da između njih potencijalno postoji sukob interesa, razvidno je da radi zaštite dobrobiti djeteta netko treći treba preuzeti zastupanje djeteta. Prema tome, roditelje bi trebalo u sudskoj odluci ravnomjerno teretiti i za snošenje troškova nastalih zastupanjem njihova djeteta u postupku.

Dakako, cjelokupni zaokret prema priznanju novih postupovnih prava djeteta i jačoj pravnoj zaštiti podrazumijeva i reorganizaciju pravosuđa u smislu obiteljskih sudova⁵³ ili obiteljskih odjela pri sudovima koji bi analogno maloljetničkim kaznenim sudovima trebali imati neprestanu stručnu podršku psihologa, socijalnih pedagoga i socijalnih radnika. Mišljenja smo da bi takvi sudovi/odjeli trebali biti regionalizirani kako bi se postigla maksimalna učinkovitost suđenja, kondenzacija postupka uz istodobnu potpunu zaštitu prava na nepristrano suđenje i pristup pravosuđu.

⁵³ O potrebi stvaranja obiteljskih sudova autorica je iznijela svoju tezu 2000. godine na simpoziju *Zašto obiteljski sudovi?*, Okrugli stol *Posebni obiteljski sudovi u RH – potrebe, mogućnosti, nadležnost*, Zagreb, 7. 11. 2000.

6. SMJERNICE O PRAVOSUĐU PRILAGOĐENOM DJECI

Za potpuno razumijevanje potrebe i biti zakonskih promjena u procesnim ovlastima i statusu djeteta u postupku valja razmotriti i nekoliko preporuka koje su sadržane u Smjernicama o pravosuđu prilagođenom djeci⁵⁴ iz 2010. godine koje je donijelo Vijeće Europe. Na temeljima mnogih europskih i globalnih dokumenata⁵⁵, od kojih je većina sadržajem posvećena djeci, Smjernice, premda tzv. *soft law*⁵⁶, predstavljaju valjan razlog za zaokretanje smjera i u sudskim građanskim (parničnim i izvanparničnim) postupcima. Njihovim iščitavanjem dobiva se zaokružena slika o posebnoj statusu djece u sudskim postupcima i o potrebi posebnog tretmana djece koja se na ovaj ili onaj način nađu pred sudom. Naime, u preambuli se ističe kako u demokratskom društvu pravo svake osobe na pristup sudu i pravično suđenje u svim svojim komponentama (uključujući osobito pravo na informaciju, pravo na saslušanje, pravo na zakonitu obranu i pravo biti zastupanim) u jednakoj mjeri valja primijeniti i na djecu uzimajući u obzir njihovu sposobnost oblikovanja vlastitih pogleda.

Smjernice se primjenjuju u sudskim i alternativnim postupcima (§ I./1.), što je osobito zanimljivo za hrvatsko obiteljsko zakonodavstvo koje ima (još uvijek) dualno podijeljenu stvarnu nadležnost u mnogim obiteljskopравnim situacijama, na sudsku parničnu i izvanparničnu nadležnost te na nadležnost upravnih tijela. Naglašava se obveza primjene Smjernica u kaznenom, građanskom i upravnom postupku (pravu) čim se djeca pred nadležnim tijelima pojavljuju involvirana u postupak bez obzira na razlog ili u kojem se svojstvu pojavljuju (§ I./2.). Primijeni li se na obiteljske predmete, otvara se potreba i mogućnost otvorenog procesnog subjektiviteta djeteta u parničnom i izvanparničnom postupku. Nadalje, uvažava-

⁵⁴ *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 17. studenoga 2010.

⁵⁵ Smjernice se pozivaju na Konvenciju UN-a o statusu izbjeglica, na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, na Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, na UN-ovu Konvenciju o pravima djeteta, na UN-ovu Konvenciju o pravima osoba s poteškoćama, Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Europsku konvenciju o ostvarivanju djetetovih prava, revidiranu Europsku socijalnu povelju, Konvenciju Vijeća Europe o kontaktima, Konvenciju Vijeća Europe o zaštiti djece od spolnog iskorištavanja i spolne zloporabe i na revidiranu Konvenciju o posvojenju.

⁵⁶ O značenju *soft law*-a i utjecaju na pojedine pravne grane v. više Majstorović, I., *Harmonizacija i unifikacija europskoga obiteljskog prava – temelji, načela i prijepori*, Zagreb, 2009.

vanje djetetova prava na informaciju, zastupanje, sudjelovanje i zaštitu tijekom postupka treba uslijediti u punom opsegu uzimajući u obzir zrelost djeteta i njegovu sposobnost shvaćanja okolnosti slučaja, ali istodobno takva pozicija djeteta ne smije ugrožavati prava drugih stranaka u postupku (§ I./3.).

“Pravosuđe prilagođeno djeci” (*child-friendly justice*) definirano je § II./c i odnosi se na sustav koji jamči, uvažava i učinkovito primjenjuje dječja prava na najvišoj mogućoj razini, uvažavajući zrelost djeteta, njegovu sposobnost razumijevanja i okolnosti slučaja. Osobitosti takva pravosuđa su otvorenost, primjerenost dobi (djeteta), brzina, revnost, prilagođenost i usredotočenost na prava djece, osobito na postupovna jamstva, pravo sudjelovanja u postupku i njegova razumijevanja, pravo poštovanja privatnosti i obiteljskoga života kao i prava na integritet i dostojanstvo.⁵⁷

Temeljna su načela: sudjelovanje, najbolji interes djeteta, dostojanstvo, zaštita od diskriminacije te vladavina prava (prema § III). Smjernice zagovaraju cjelovito sudjelovanje djece u postupcima uzimajući u obzir i zrelost djece i njihove moguće komunikacijske poteškoće. Djecu treba promatrati kao punopravne nositelje prava koja su ovlaštena ostvarivati ih.

Najbolji interes djeteta, standard u svim konvencijama donesenima nakon Konvencije o pravima djeteta, postao je načelo postupanja pa se i u ovim Smjernicama nalaže državama stvaranje jamstava njegove primjene pri čemu se procjena zaštite najboljeg interesa djeteta oslanja na uzimanje u obzir djetetovih vlastitih pogleda i mišljenja⁵⁸, istodobno uvažavanje svih drugih prava djeteta kao što su pravo na dostojanstvo, slobodu i jednakost u postupanju i, na kraju, da tijela koja postupaju trebaju imati cjelovit pristup, što podrazumijeva

⁵⁷ “*Child-friendly justice refers to justice systems which guarantee the respect and the effective implementation of all children’s rights at the highest attainable level, bearing in mind the principles listed below and giving due consideration to the child’s level of maturity and understanding and the circumstances of the case. It is, in particular, justice that is accessible, age appropriate, speedy, diligent, adapted to and focused on the needs and rights of the child, respecting the rights of the child including the rights to due process, to participate in and to understand the proceedings, to respect for private and family life and to integrity and dignity.*”

⁵⁸ Pravo djeteta na izražavanje vlastitog mišljenja, prema obiteljskopravnoj teoriji jedno od temeljnih, izvornih prava, a zaštićeno člankom 12. Konvencije o pravima djeteta, postalo je pravni standard usporedno s načelom najboljeg interesa djeteta. Ta općeprihvaćenost, ili barem zahtjev za njome, širi se na različita pravna područja i u različita zakonodavstva. U RH ono je zaštićeno ne samo obiteljskim zakonodavstvom (čl. 89., st. 5. ObZ-a) nego i u Zakonu o socijalnoj skrbi (čl. 16., st. 3, Narodne novine, br. 33/12), a eksplicitnu važnost pridaju mu i Smjernice za alternativnu skrb UNICEF-a.

duševnu i tjelesnu dobrobit djeteta te pravne, društvene i ekonomske interese djeteta. S aspekta hrvatskoga pravosuđa (osobito građanskoga/obiteljskoga) vrlo se zanimljivim čini zahtjev (§ III./B./4) upućen državama članicama za stvaranjem multidisciplinarnoga pristupa sa svrhom procjene najboljeg interesa djeteta u postupcima u kojima su djeca uključena.

Postupovna jamstva u okvirima vladavine prava (§ E/2) kao što su načelo zakonitosti i proporcionalnosti, presumpcija nevinosti⁵⁹, pravo na pravično suđenje, pravo na pravni savjet, pravo pristupa sudu i pravo na žalbu ne smiju se razlikovati u odnosu na odrasle osobe te ne smiju biti umanjena ili zanijekana zbog zaštite najboljeg interesa djeteta bez obzira je li riječ o sudskom, nesudskom⁶⁰ ili upravnom postupku.

Smjernice, nadalje, nude tzv. opće elemente pravosuđa prilagođena djeci (§ IV.) među kojima za zaštitu djetetovih prava u građanskom postupku pronalazimo važnima smjernicu (IV./A./14.) o nužnosti interdisciplinarne poduke o pravima i potrebama djece različitih dobnih skupina namijenjene svim stručnjacima koji rade s djecom i za djecu. Dodatno se upućuje na posebnu poduku stručnjaka koji neposredno komuniciraju s djecom (poglavito s onom koja su osobito ranjiva) u smislu uvježbavanja komunikacije (IV./A./15.).

Nadalje, kao obveza promišljanja, a u stvarnosti promjene *de lege ferenda croatica*, jest obveza multidisciplinarnoga pristupa djeci. Naime, Smjernice zahtijevaju široku suradnju između različitih stručnjaka ne bi li se postigla produbljena spoznaja o djetetu i procjena njegove pravne, duševne, društvene, emocionalne, tjelesne i kognitivne situacije (IV./A./16.). Raznolikost stručnjaka odnosi se na poimence spomenute stručnjake: odvjetnike, psihologe, liječnike, policajce, imigracijske službenike, socijalne radnike i medijatore, a svi bi oni u okviru zajedničke suradnje trebali pomoći donositeljima odluka (poglavito sucima) u osmišljavanju formalne odluke koja se odnosi na dijete (IV./A./17.). Smjernice upućuju na potrebu uvažavanja djetetova prava na pravno savjetovanje i zastupanje u njegovo ime u postupcima kad postoji mogućnost sukoba s roditeljima ili drugim sudionicima postupka (IV./D./37.), pri čemu pravna pomoć treba biti besplatna ili blaže uvjetovana negoli za odrasle (IV./D./38.).

Već ranije spominjana i za građanski sudski postupak u Hrvatskoj vrlo relevantna Konvencija o ostvarivanju djetetovih prava, koja vrlo detaljno razrađuje postupovna prava djece, u Smjernicama je dobila svoju potvrdu. § IV./D./39.

⁵⁹ Važno za kazneni postupak.

⁶⁰ Misli se na, primjerice, arbitražni ili medijacijski postupak.

- 42. u okviru pravnog savjetovanja i zastupanja djece u postupcima obvezuje pravnike koji zastupaju djecu (očito ponajviše odvjetnike) na stjecanje znanja o pravima djece i srodnim pitanjima kako bi bili sposobni komunicirati s djecom na njihovoj razini. Istodobno, Smjernice djecu smatraju punopravnim klijentima s vlastitim pravima te pravni zastupnici trebaju dijete informirati o svim potrebnim okolnostima, objasniti mu moguće posljedice uvažavanja njegova mišljenja te iznijeti djetetovo mišljenje. Ovlast je pak suda da u slučaju sukoba interesa između roditelja i djeteta imenuje posebnog zastupnika (*ad litem*) ili nekog drugog neovisnog zastupnika koji će zastupati djetetove poglede i interese.

Ovo za hrvatsko pravosuđe važno proširenje sudskih ovlasti pregrnatno dolazi do izražaja u ostvarivanju djetetova prava da bude saslušano i da izrazi svoje poglede (IV./D./3./44. - 49.). Ustanovljava se posebna obveza suda da uvažava djetetovo pravo da bude saslušano u svim stvarima/postupcima koji ga se tiču, na način koji odgovara djetetovoj sposobnosti razumijevanja i komuniciranja. Odluku o tome kako će dijete biti saslušano, Smjernice prepuštaju djetetu, pri čemu je naglašeno kako je to pravo, a ne dužnost djeteta. Pogledi i mišljenja djeteta vrednuju se u skladu s njegovom dobi i zrelošću, a sud nikada ne smije odbiti saslušati dijete ako je ono to poželjelo. Dakako, sud mora djetetu objasniti da njegovo pravo da bude saslušano ne znači da će njegovi pogledi biti uzeti u obzir i da će utjecati na konačnu odluku.

Načelo hitnosti je posebice istaknuto u Smjernicama (IV./D./3./50. - 53.) jer ono služi zaštitu najboljeg interesa djece. Izvjesno je da upravo u obiteljskim postupcima (npr., o podrijetlu, roditeljskoj skrbi, roditeljskom odvođenju) hitnost postupanja zahtijeva "izuzetnu revnost suda" ne bi li se izbjegli nepoželjni učinci na obiteljske odnose. Posebno poglavlje Smjernica namijenjeno je organizaciji postupka, okružju i jeziku prilagođenima djeci (IV./D./5./54. - 63.). Među zahtjevima kao posebnosti ističemo potrebu upoznavanja djeteta s ustrojem sud(ovanj)a, upotrebom jezika primjerenoga djeci, potrebu komunikacije s djecom uz uvažavanje i empatiju⁶¹, mogućnost da dijete prati roditelj ili druga odrasla osoba po njihovu izboru, izjednačenost intervjua (videosustavom, audiosustavom ili prethodnim saslušanjem *in camera*) s ostalim dokaznim sredstvima.

U poglavlju o vremenu nakon sudskog postupka⁶² Smjernice obvezuju zakonske zastupnike (djetetova odvjetnika, zastupnika *ad litem* ili skrbnika) na aktivan i djetetu primjeren odnos u komunikaciji i objašnjenju sudske odluke te mogućnostima dodatnih postupaka kao što su žalba i slični derogirajući

⁶¹ Smjernice spominju engleski pojam *sensitivity*, a francuski tekst pojam *sensibilité*.

⁶² Tzv. *child-friendly justice after judicial proceedings*.

mehanizmi. Osobito važnim smatramo istaknuti kako je ovršni postupak u obiteljskim stvarima u kojima su involvirana djeca posljednje sredstvo (IV./E./78.), odnosno da ga treba izbjegavati. Nakon dovršetka konfliktnih postupaka društvo bi djetetu trebalo osigurati besplatno savjetovanje i podršku (pomoć) specijaliziranih služba (IV./E./79.).

U okvirima poglavlja o promicanju drugih djeci prilagođenih akcija (§ V.) države se osnažuju u promicanju istraživanja o djeci koja su prilagođena pravosuđu, razmjeni prakse i suradnje na međunarodnoj razini, promicanju publikacija o pravnim instrumentima, poticanju informacijskih ureda (služba) za prava djece (npr., u okviru odvjetničkih komora, socijalnih služba, pravobranitelja za djecu, nevladinih udruga i sl.), olakšavanju djetetova pristupa sudu i žalbenog postupanja, osobito preko nevladinih organizacija i dječjeg pravobranitelja te, što nam se čini osobito važnim za hrvatsko pravosuđe, ustanovljenje sustava specijaliziranih sudaca i odvjetnika za djecu uz razvoj pravosuđa u kojem pravne i socijalne mjere podjednako koriste djeci. Sve navedeno, uz ostalo⁶³, vrlo je važno za pravilan pristup djeci u sudskim postupcima. No, uvid u stanje u Hrvatskoj dopušta nam da zaključimo kako je u ovome trenutku iznimno važan zahtjev Smjernica (V./I.) da države u okviru pravosudnog sustava osiguraju da stručnjaci koji su u kontaktu s djecom dobiju odgovarajuću podršku i obrazovanje kao i konkretne upute kako bi mogli jamčiti i na odgovarajući način primjenjivati dječja prava, osobito procjenjujući djetetov najbolji interes u svim tipovima postupaka u kojima su djeca uključena.

Zaključno o Smjernicama treba napomenuti sljedeće:

a) Njihov je cilj da države članice prilagode pravne sustave posebnim potrebama djece premošćujući jaz između međunarodno dogovorenih načela i stvarnosti.⁶⁴

b) Smjernice su dio Strategije Vijeća Europe o pravima djece⁶⁵ i od država se očekuje učinkovito djelovanje u tom smjeru.

⁶³ Za ovu temu manje važno kao, npr., upoznavanje djece s načelima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, uvrštavanje dječjih prava u kurikulumе škola, upoznavanje roditelja s važnošću dječjih prava itd.

⁶⁴ "...member states are encouraged to adapt their legal systems to the specific needs of children, bridging the gap between internationally agreed principles and reality." http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines_en.asp (7. rujna 2012.).

⁶⁵ "These guidelines form an integral part of the Council of Europe's strategy on children's rights and its programme 'Building a Europe for and with children'. A series of promotion, co-operation and monitoring activities are planned in member states in view of ensuring effective implementation of the guidelines for the benefit of all children."; *ibid.*

c) Hrvatsko pravosuđe mora iznaći snage i financijske mogućnosti djelovanja i preoblikovanja pravosuđa u tom smjeru.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U okvirima europskog promišljanja o promjenama u pravosuđu, osobito građanskom i obiteljskom sudovanju, hrvatsko građansko procesno pravo stoji pred nemalim izazovima. Oni se ponajprije odnose na promjene u poimanju dječjega procesnog subjektiviteta i, s tim u vezi, promjenama organizacije pravosuđa i u formalnom i u sadržajnom smislu. Pri odabiru puta kojim treba krenuti svakako treba respektirati uvriježena načela na kojima počiva uređenje obiteljskih odnosa i, jednako tako, ustaljena procesna načela koja već dugo vremena odslikavaju posebnu društvenu zaštitu obitelji i njezinih članova. Ne može se zanemariti ni činjenica da noviji međunarodni dokumenti (poglavito oni Vijeća Europe, ali i *soft law*) obvezuju Republiku Hrvatsku, a njima je zajedničko što u potpunosti udovoljavaju zahtjevima za stvarnom zaštitom djetetova prava na izražavanje vlastitog mišljenja i stvaraju novo pravno područje djetetovih postupovnih prava. Zahtjevna uloga normiranja novih zahtjeva ne može mimoći ni ništa manje odgovornu ulogu sudaca u primjeni propisa i, nadalje, provedbi ustavnoga načela o posebnoj društvenoj zaštiti obitelji i djece kao njegove bitne sastavnice i odrednice. Stoga, treba se osvrnuti i na potrebu dodatne specijalizacije sudaca i profesionalne nepravne pomoći jer jedino se tako može razumjeti rastuća potreba za razumijevanjem djeteta u vrlo specifičnoj i delikatnoj situaciji kakvo je odlučivanje o njegovim pravima pred sudom.

Summary

Dubravka Hrabar *

OPEN ISSUES REGARDING COURT JURISDICTION
IN FAMILY MATTERS
(GUIDELINES AND PRINCIPLES FOR A NEW
LEX DE PROCESSIBUS FAMILIARIBUS)

Legal principles constitute an important point of reference in every legislation, and their significance is multifold. They reflect basic values of a society since they summarise legal and historical tradition, culture and customs. Legal principles can be explicitly outlined in legal acts, but they can also be implied in various legal provisions. Their express wording provides a good direction to those who implement legal acts, while in cases of legal gaps the principles present an important instruction as how to interpret certain legal provisions.

Family-law cases and procedure are marked by specific principles, which belong not only of procedural, but also to family law, as well as by the principles contained in the Constitution. Such principles, defined in the Family Act, are the equality between women and men, mutual respect and support among all family members, protection of welfare and rights of the child, responsibility of both parents in raising and educating the child and the appropriate care for children without parental case, and for adults with mental difficulties.

Procedural principles which govern the procedure in family matters reflect several demands. Those are particular attention to representation of children and incapable adults; inquisitorial principle; minimised (narrowed) principle of party disposition; domination of the inquisitorial powers of the court and the principle of urgency.

Present state, however, is not completely satisfactory. The reason for this is the reshaped demand regarding the procedural position of the child in family matters, all being enhanced by the protection of the legal standard of the best interest of the child, and the welfare of the child respectively. This demand is a consequence particularly of the recent documents of the Council of Europe, which call for alignment of Croatian family procedural law. The request for the Europeanization of the court procedure follows from the fact that the Republic of Croatia is a member state to the European Convention on the Exercise of Children's Rights (1996). Moreover, the Guidelines on Child-friendly Justice (2010) bind Croatia

* Dubravka Hrabar, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

in the sense of the need to change the relationship towards the child, as a party in a court procedure, but also as a person of whose rights it is decided upon adhesively (as for instance in a divorce procedure). The characteristic of the mentioned documents is their embeddedness in the right of the child to express his/her views. They guarantee special procedural rights to the child, and hence for the court they envisage a completely new role in the protection of the child during the procedure. One of the demands of the cited European Convention is a new institute previously unknown to our law – the representative of the child in cases of conflict of interest between the parents. The reorganisation of procedure clearly calls for specialisation and multidisciplinary knowledge of all involved in the procedures in which children participate, either as parties in the procedure, or merely as subjects whose rights are at stake.

Keywords: principles, civil procedure, extra-contentious procedure, representative of a child, European Convention on the Exercise of Children's Rights, Guidelines on Child-friendly Justice.

SPECIFIČNI POSTUPOVNOPRAVNI PROBLEMI U ZAŠTITI PRAVA OSOBNOSTI

*Prof. dr. sc. Aldo Radolović**

Pravo osobnosti nova je i složena pravna doktrina. Materijalnopravne odredbe prava osobnosti mogu se pronaći u raznim područjima javnog i privatnog prava koje su, na žalost, neusuglašene, i to na nacionalnoj i na međunarodnoj razini. Zaštitu prava osobnosti osobito otežava činjenica što još uvijek ne postoje posebne procesnopravne odredbe za njegovu zaštitu, a koje su doista nužne. U radu se osobito naglašava i potreba educiranja sudaca radi ostvarivanja pravilne i zakonite zaštite prava osobnosti.

Ključne riječi: pravo osobnosti, neimovinsko građansko pravo, zaštita prava osobnosti, pojedina postupovnopravna pitanja u zaštiti prava osobnosti, teorija i sociologija prava osobnosti.

1. UVOD

Pravo osobnosti je dosta specifična i relativno još nepotpuno imenovana pojava u građanskom pravu i pravu uopće. Na europskoj razini pojmovi i sadržaj prava osobnosti dosta su standardizirani; na nacionalnoj, međutim, stvari u svezi s tim prilično kasne. Hrvatski pravni prostor je neke prve *bljeskove* prava osobnosti dobio preko OGZ-a (*Schmerzensgeld*), ali je prava normativna impostacija tog prava izvedena tek 1978. pojavom Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO) kao zakona tadašnje SFRJ. ZOO je već tada jako nadilazio i domaću praksu i znanost građanskog prava koje nisu dostatno pratile kretanja

* Dr. sc. Aldo Radolović, sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske; profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka.

u području prava osobnosti.¹ Sociološko stanje u bivšoj SFRJ (pa tako i u Hrvatskoj kao njenu sastavnom dijelu) bilo je u znatnoj mjeri nepovoljno za jači razvoj prava osobnosti; socijalistički sustav vrijednosti počivao je na nečem sasvim drugom od poštivanja individualnosti čovjeka kao osobe – na gledanju na čovjeka samo kao pripadnika kolektiviteta. Kolektivitet, a ne osobnost zanimao je ideologe i nositelje socijalizma.

Raspad bivše države i bivšeg sustava sam po sebi nije mogao donijeti bitne pomake unaprijed u području prava osobnosti. Prilike se jesu izmijenile, ali su ljudi i njihov mentalitet u osnovi ostali isti. Na to su se nadovezale još i neke specifično negativne pojave (rat, izrazito nepravilna i nepravedna privatizacija, neki oblici ponašanja tipični za faze prvobitne akumulacije kapitala, pad općeg i pojedinačnog morala, pad standarda ljudi itd.) koje imaju za zakonomjernu posljedicu novo potenciranje, doduše, nešto drukčijih, ali u biti gotovo istih, kolektiviteta (partije, nacije, države, crkve). U takvu okruženju dobili smo 2005. godine novi ZOO (Narodne novine, br. 35/05, 41/08) koji je, iako, dakako, kao manje zahtjevan dio u ukupnoj strukturi Zakona, i kvalitativno i kvantitativno podigao pravo osobnosti na višu razinu.

Društveni uvjeti u RH sve više pogoduju razvoju prava osobnosti. Posebno pozitivno u tom pravcu djeluje skoro članstvo u Europskoj uniji. Tu bi bilo razložno očekivati i pomoć EU-a u jačoj impostaciji toga prava. Pravo osobnosti dobiva svakim danom sve veći legitimitet, postaje objekt povećana zanimanja, osobito mladih pravnikâ i pravnih znanstvenika, i to ovog časa budi lijepe nade da će pionirska djela u području prava osobnosti u RH biti nastavljena. Materijal-nopravni sadržaj prava osobnosti i uz sav napredak nije još do kraja i potpuno definiran, čak ni na europskoj razini. Nije posebno temeljito i precizno definiran odnos između javnog i privatnog prava na tom planu, međusobno prožimanje pravnih i moralnih vrijednosti također je još vrlo difuzno, a neki dijelovi prava osobnosti još nisu ni načeti ili su vrlo deficitarno otvoreni.² Posebni zaostatak

¹ Do 80-tih godina prošlog stoljeća bilo je na pravnom prostoru tadašnje SFRJ vrlo malo stručnih ili znanstvenih radova s područja prava osobnosti. Rijetki pioniri toga novog poretka (akademik Finžgar iz Ljubljane, prof. Krneta iz Sarajeva, tada mladi asistent V. Vodinić iz Beograda, povremeno i drugi) unosili su u pravo socijalizma neke nove i nepoznate ideje i vrijednosti. Prof. Konstantinović iz Beograda, glavni redaktor Zakona o obveznim odnosima iz 1978., u taj je zakon uspio progurati nekoliko odredaba o pravu ličnosti (pravu osobnosti), što je u praksi izazivalo nepoznavanje i nevjericu.

² Dio materijalnog prava osobnosti koji najviše zaostaje jest svakako dionica o pravnim poslovima prava osobnosti. Sasvim je jasno da ne može ići prema istim pravilima stječa-

postoji na području postupovnog prava.³ Ne trebamo ponavljati općeprihvaćenu tezu da je postupovno pravo bitan uvjet za primjenu instituta materijalnog prava i da je, stoga, sinergija materijalnog i formalnog (postupovnog) prava osobnosti nužan uvjet razvoja. Posebno je otegotan raskorak između materijalnog prava osobnosti i sudskog sustava u RH. Domaći sudski sustav osobito je karentan u usvajanju prava osobnosti. Sustav kakav jest posve je *baždaren* za imovinsko građansko pravo.

Takav (sudski) mehanizam koji je uz to vrlo velik i vrlo složen (što nije uvijek nužno negativno) objektivno je teško preusmjeriti na nove oblike postupanja koje zahtijeva pravo osobnosti. Da samo primjerice kažemo, neki medijski spor (objavljivanje odgovora na informaciju, odnosno ispravak informacije) ne smije trajati godinama; on mora završiti u nekoliko mjeseci jer u protivnom nema smisla.⁴ Vrijeme koje nadolazi traži novi i veći napredak u materijalnom i postupovnom pravu osobnosti. Pobornici tih prava nemaju pretenzija dokazivati da je pravo osobnosti neko prvo i najvažnije pravo pa ni najvažnije privatno pravo, ali im valja priznati legitimitet traženja veće sinergije svih dijelova prava u stvaranju prava osobnosti europske razine. U tom bi smislu trebalo (analogno imovinskom dijelu građanskog prava) širiti i bolje definirati pojmove i sadržaj materijalnog prava osobnosti, ali istovremeno i usklađeno s prvim procesom stvarati i mehanizam postupovnog prava osobnosti kao neophodno sredstvo efikasne realizacije prava.⁵ Možda ćemo u perspektivi dobiti zasebne propise

nje materijalne stvari i stjecanje nekog dijela ljudskog tijela (krvi, srca, bubrega i sl.). No, vrlo je nejasno, npr., kada kod dijela ljudskog tijela nastaje obveza čije se ispunjavanje može i prisilno tražiti. Pravo na život je prvo pravo osobnosti, ali ostaje dvojbeno sadrži li ono i pravo na smrt, odnosno može li se bilo jednostranom izjavom, bilo ugovorom dati u pravnu realizaciju. Problemi prekida trudnoće i medicinski potpomognute oplodnje u svim dijelovima svijeta izazivaju brojne prijepore. Ono što se negdje preferira i preporučuje, drugdje se zabranjuje.

³ Izvorni Zakon o parničnom postupku (dalje u tekstu: ZPP) iz 1956., a i njegove kasnije izmjene u *udarnom* čl. 1., koji određuje polje primjene tog propisa, govorio je samo o zaštiti imovinskih građanskih prava; tek je odnedavno na tom mjestu prihvatljiva formulacija da Zakon uređuje “imovinske i građanskopravne odnose”. Triva, S.; Dika, M., *Zakon o parničnom postupku*, Zagreb, 2004., str. 3.

⁴ Pred Ustavni sud RH nerijetko dolaze medijski sporovi započeti pred deset ili više godina. Tu je, doista, svaka ustavnosudska intervencija gotovo bespredmetna. Povreda prava osobnosti (ako je postojala) doslovno je zaboravljena pa je zbog toga i svaka sankcija bez smisla.

⁵ Jednim od upravo pionirskih, ali i iznimno važnih pokušaja te simbioze materijalnopравnih i postupovnopравnih napora u kreaciji efikasnog sadržaja prava osobnosti zabilježili

(zakone) o pravima osobnosti i o postupku zaštite tih prava. Nije isključeno ni to da to bude čak i neki jedinstven propis.⁶ Do tada treba raditi u obama pravcima (materijalnom i postupovnom), strpljivo pomicati granice znanja o pravu osobnosti i posebno paziti na efikasnu primjenu tih propisa. Ništa ne kompromitira pravo osobnosti toliko koliko ga kompromitira slaba, nedosljedna i neefikasna primjena. Neke prezentne tendencije svođenja prava osobnosti na neke čak lijepe, ali sadržajno vrlo nejasne pojmove jako škode pravu osobnosti. Ohrabruje činjenica da u generacijama mladih pravnika i pravnih znanstvenika nailazimo na sve veće zanimanje za pravo osobnosti. To zapravo i ne čudi. Pravo osobnosti je u širem smislu sastavni dio planetarnog pokreta ljudskih prava i to je po naravi stvari ovdje posebno povoljan energetska potencijal razvoja. Poznate teškoće u konstrukciji prava osobnosti (kompliciran odnos s javnim pravom, još teži odnos s pravilima morala i etike, zadiranje u kulturu i umjetnost itd.) sve su manja zapreka koja odbija, a sve više izazov za najbolje i najambicioznije.

Sada postojeći pluralizam organa i sudova za odlučivanje (sudovi opće nadležnosti, upravni sudovi, ustavni sud) ne bi trebao stvarati *šum* koji se ne može kontrolirati u procesu zaštite prava osobnosti iako može stvarati (i stvara) nemale probleme. To posebno vrijedi za postupovno pravo osobnosti. Naglašavamo još jednom neophodnost da to pravo ne bude samo neki ukras lijepo zamišljenu pravu osobnosti nego mora biti efikasno sredstvo njegove zaštite. To se odnosi na svaki oblik postupanja u zaštiti prava osobnosti, uključujući posebno i postupak ovrhe.⁷ Pravo osobnosti je i u materijalnom i u formalnom

smo 2006. godine u Zagrebu na seminaru i savjetovanju *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*. Oko strožeg kritičara može zamijetiti da se rasprava ograničila samo na jedan aspekt prava osobnosti (neimovinsku štetu), ali to nije neki presudan nedostatak održanog savjetovanja i objavljenog zbornika radova. Čini nam se da je po prvi put materijalnoppravnoj materiji dodana i postupovna. Dika, M., *Zaštita prava osobnosti u parničnom i ovršnom postupku*, u: *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Zagreb, 2006., str. 259 - 305.

⁶ Najprikladnija bi svakako bila forma građanskog zakonika. No, o tome se ovog časa ne raspravlja. Nekakav Europski građanski zakonik također nije na vidiku.

⁷ Ovrha je neophodan sastavni dio realizacije svakog subjektivnog prava pa tako i prava osobnosti. Ovrhu treba u maksimalno mogućoj mjeri osloboditi (novog) pravnog raspravljanja. To bitno utječe na efikasnost ovrhe pa i pravnog sustava u cjelini. Moramo u tom smislu izložiti kritici i neke odluke Europskog suda za ljudska prava. U jednom predmetu (*Bjedov v. Croatia*, zahtjev 42150/09, odluka od 29. svibnja 2012.) stavljena je posebna primjedba da u postupku ovrhe (iseljenje iz stana) treba raspraviti (podcrtao A.

smislu takvo da može biti europsko, svjetsko, univerzalno pravo.⁸ Pravo ipak nije samo *proizvod* pravne tehnike nego je (mnogo više) izraz povijesti i kulture svakog naroda. Otuda proizlaze nužne specifičnosti koje valja poštivati; namećanje tuđih kategorija prava osobnosti može samo izazvati otklone u primjeni. To poštivanje nacionalnih specifičnosti će, prema nekima, usporiti europski jedinstven koncept prava osobnosti, ali čini nam se da su u pravu drugi koji odgovaraju da će razvoj u specifičnosti omogućiti veći stupanj prihvaćanja tog prava od strane građana.

Stvaranje dobrog postupovnog sustava realizacije i zaštite prava osobnosti otežava i činjenica što su ta sredstva gotovo potpuno drugačija od zaštite imovinskih građanskih prava. Kategorije imovinskog postupovnog prava objektivno katkad i štete zaštiti prava osobnosti jer razvijaju pojmove i način postupanja dosta neprikladne zaštiti prava osobnosti. Inzistiranje makar i na samo analognoj primjeni pravila imovinskog postupovnog prava posebno šteti jer pasivizira napore u stvaranju specifičnog neimovinskog građanskog postupka. Sociologija prava osobnosti⁹ ima osobitu ulogu u razvoju postupovnog prava osobnosti.

R.) pravo na dom kao zasebno ustavno i konvencijsko pravo podnositeljice. Pritom se pravo na dom sagledava potpuno neovisno o materijalnom građansko-pravnom (imovinskom) pravu vlasništva ili nekom drugom pravu na korištenje stana iako je ustavno i konvencijsko pravo na dom zapravo isključivo pravo na zaštitu od neimovinskog zadiranja od strane trećih, posebno od strane redarstvenih vlasti države (tako Walter, R.; Mayer, H.; Kucsko-Stadlmayer, G., *Bundesverfassungsrecht*, 10. izd., Wien, 2007., str.701). U konkretnom je slučaju jedno pravo osobnosti (pravo na dom, na mirno i kulturno uživanje doma) prema našem mišljenju neopravdano korišteno kao sredstvo blokade ovrhe jedne imovinsko-pravne obveze (iseljenje iz stana temeljem pravomoćne i ovršne sudske presude).

⁸ O tome v. Vodinečić, V., *Zaštita prava ličnosti u međunarodnom privatnom pravu*, Beograd, 1999. Iste teze prof. Vodinečić ponavlja i u svojoj najnovijoj knjizi *Građansko pravo*, Beograd, 2012.

⁹ Kronična je boljka bivše jugoslavenske teorije prava (time i hrvatske) nedostatak pa čak i nepostojanje sociološkog pristupa pravu. Problem se završava impostacijom ili kritikom nekog prava ili pravnog instituta te se u pravilu ne prati njegova primjena. Na području prava osobnosti kao novog prava, vrlo kompleksnog prava, prava koje ide katkad u jako velike širine to je neophodan uvjet razvoja. Ako hoćemo, npr., (po uzoru na njemačko pravo) ustanoviti pravo na slobodan razvoj ljudske osobnosti, onda moramo biti svjesni da to traži velike napore, od filozofskih do pravno-tehničkih, i da ambicioznu regulaciju i praksu možemo stvarati samo korak po korak, jako osluškujući svaki pomak, ali i svaki problem u praksi (vidjeti o tom *Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda*, 2009., str.101 – 150; Rodin, S., *Osnovne značajke prava na slobodno razvijanje osobnosti u njemačkom pravu*, Politička misao, br. 1, 1997., str. 112 - 129).

Život i praksa pokazuju nam što među građanima prolazi, a što ne, i to mora uvijek biti relevantan indikator za nužne promjene i zaokrete.

2. MATERIJALNO PRAVO OSOBNOSTI KAO BITNA DETERMINANTA POSTUPOVNOG PRAVA OSOBNOSTI

Opća veza između materijalnog i postupovnog prava vrijedi i za pravo osobnosti.¹⁰ Već smo u uvodu ovog rada istaknuli da mnogi aspekti materijalnog prava osobnosti nisu potpuno definirani, da su u vrlo živom razvoju punom promjena i širenja sadržaja pa o toj činjenici valja voditi računa i u konstrukciji postupovnog prava osobnosti. Nedvojben koneksitet između prava osobnosti i javnog prava, pravila morala, veza s kulturom i umjetnošću također *komplificira* izgradnju efikasnog pravnog instrumentarija za zaštitu prava osobnosti. No, to je proces koji teče, čak se može reći i da teče dobro. Tekuće probleme predstavljaju neki drugi, građanskopravni elementi prava osobnosti.

Prvo je u tom smislu pitanje postoji li jedno, opće i jedinstveno pravo osobnosti ili postoji više prava osobnosti. Monistička i pluralistička koncepcija prava osobnosti ne daju iste rezultate s aspekta načina zaštite prava osobnosti pa i s aspekta učinkovitosti te zaštite. Monistička koncepcija prava osobnosti u pravilu se veže za njemačko pravo (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), ali i tu ima *iskakanja* prema pluralizmu kao što je, npr., uvođenje već spomenutog prava na slobodan razvoj osobnosti. Pravni monizam u projekciji prava osobnosti omogućuje povećanu kreativnost sudske prakse, prije svega one koja ima veći stručni i znanstveni potencijal. Njemački slučaj to nedvojbeno potvrđuje mada iz šireg germanskog prostora dolaze vrlo kompetentne primjedbe da je konstrukcija općeg prava osobnosti vrlo upitna (*sehr fraglich*).¹¹ Koncepcija općeg

¹⁰ Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 11. Pridružujemo se izrečenu stajalištu da tek sinteza materijalnog i postupovnog prava predstavlja potpun izraz društvenog odnosa reguliranog i zajamčenog pravnim poretom.

¹¹ Tako, npr., Koziol, K.; Welsch, R., *Bürgerliches Recht*, 13. izd., Wien, 2007., str. 92. Uostalom, sam njemački Ustav (*deutsche Verfassung, das Grundgesetz*) govori o slobodi osobe, pravu na život, jednakosti pred zakonom, slobodi vjere i dr. (čl. 1. - 20. pod zajedničkim nazivom *Die Grundrechte*). Tu logiku slijedi i Kropholler, J.; Berenbrok, M., *Studienkommentar BGB*, 3. izd., München, 1998., čl. 823., st. 1. Njemačka teorija također navodi više prava osobnosti (npr., *ibid.*, str. 474 - 506, što, međutim, ne stavlja u opreku s pojmom općeg prava osobnosti (str. 481) nego inzistira na njihovoj međusobnoj koordinaciji.

prava osobnosti, uz navedenu pozitivnu i prihvatljivu tendenciju, može, s druge strane, (osobito uz slabiju sudsku praksu) voditi u pravnu improvizaciju, čak samovolju i do građenja konstrukcija koje nisu *ni na nebu ni na zemlji*.¹² Pojam općeg prava osobnosti otežava i stvaranje postupovnog mehanizma zaštite prava. Jedno pravo trebala bi slijediti jedna tužba koja u nekom konkretnom slučaju može biti vrlo neprikladna.

Pluralizam prava osobnosti koji se obično vezuje za romansko (talijansko-francusko) pravno područje možda je manje ambiciozan, ali i praktičniji te realističniji pravni projekt.¹³ Taksativno (ili barem pretežito) navođenje pojedinih prava osobnosti otežava kretanje unatrag, čuva stečene pravno-političke pozicije i izgrađen sadržaj. S druge strane, ono ponešto koči stvaranje novih prava i širenje općeg horizonta prava osobnosti.

Za naše (hrvatsko) pravo teško je reći koja od navedenih koncepcija prevladava i kakav je njihov međusobni odnos. ZOO iz 2005. nabraja pojedina prava osobnosti (čl. 19.) i na temelju toga moglo bi se reći da prihvaća pluralističku koncepciju. No, ista odredba na kraju sadrži i riječ “i dr.”, što bi trebalo značiti da su barem donekle otvorena vrata i monističkoj koncepciji prava osobnosti. Nije ZOO jedini zakon za pravo osobnosti. Pravo na jednakost kao pravo osobnosti regulira, npr., poseban zakon (Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, br. 85/08). Neki konkretni postupci pokazuju da ni tako pojedinačna, čak detaljna pravna regulacija jednog prava osobnosti nije jamstvo za njegovu istinsku i efikasnu primjenu.¹⁴ Pluralističko materijalno pravno poi-

ciji. Nama se čini da je pojam općeg prava osobnosti nekako više povijesno opterećenje s obzirom na to da je taj pojam oformio jedan od prvih i najvažnijih kreatora modernog prava osobnosti (Hubmann, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, München, Graz, 1967.).

¹² Eklatantan primjer toga je pokušaj talijanske pravne teorije da lansira pravo na začecje (*diritto al concepimento*). S pravom je prof. A. De Cupis (*Diritti della personalita*, Milano, 1982., str. 296) rekao da je to pravo nemoguće jer se ne zna u čiju korist postoji. *Diritto al concepimento* zamišljeno je kao daljnji argument protiv prava na prekid trudnoće. Prof. De Cupis i tu je dao dobar odgovor (to se pravo može dovoditi u pitanje, ali iz drugih razloga, a ne zbog *diritto al concepimento*).

¹³ O tome smo zabilježili jedan posebno zanimljiv rad u talijanskoj literaturi (Stea, G., *La tutela civile dei diritti della personalita*, Rivista di giurisprudenza civile, br. 1, 2011.). Talijansko pravo osobnosti je i inače u znaku pluralizma prava osobnosti i ta koncepcija daje dobre rezultate.

¹⁴ U predmetu Ustavnog suda RH H-III-197/2009 (odluka od 9. studenog 2010.) odbačena je ustavna tužba jednog (tada) bivšeg saborskog zastupnika koji se pozivao na zaštitu od diskriminacije jer da je odbijen njegov zahtjev za utvrđenje prestanka mirovanja statusa

manje prava osobnosti traži i pluralizam pravnih sredstava zaštite. Naš ZOO predviđa, međutim, ista pravna sredstva zaštite za sva prava osobnosti i to je njegov objektivni nedostatak. Srećom, neki propisi (npr., Zakon o medijima, Narodne novine, br. 59/04, 84/11) predviđaju specifične pravne putove zaštite prava osobnosti koja su povrijeđena ponašanjem sredstava javnih medija. Rasprava o monizmu ili pluralizmu prava osobnosti zacijelo će se nastaviti. To je primarni zadatak teorije materijalnog prava osobnosti, a procesualistička je zadaća da se praćenjem tog procesa iznalaze nova, detaljnija i sve bolja sredstva zaštite prava.

Daljnje sporno pitanje u vezi s materijalnim i postupovnim pravom osobnosti odnosi se na vrstu i sadržaj sredstava pravne zaštite tih prava. To je, doduše, također vezano za prethodno apsolvirano pitanje pravnog monizma ili pluralizma prava osobnosti, ali ima i svoje zasebno područje. Odlučujući je izbor između preventivne i represivne zaštite prava osobnosti. Stvarno preventivna bila bi samo deklaratorna pravna zaštita, tj. pravo na podnošenje tužbe zbog prijeteće povrede prava osobnosti. Nema, doduše, zapreka da se deklaratorna tužba podnese i u tijeku povređivanja, ali to praktički nema mnogo smisla. U postupovnom sustavu ZPP-a (čl. 187.) treba jedino prihvatljivim pravnim tumačenjem st. 2. doći do toga da je relevantan pravni interes za podizanje deklaratorne tužbe radi zaštite prava osobnosti i neimovinski interes osobe koja podiže tužbu. Za pravo osobnosti gdje je povreda prava tek započela s tendencijom određena trajanja prikladna je tužba da se “prestane s povredom prava osobnosti” (čl. 1048. ZOO-a). Po svojoj naravi takav je pravozaštitni zahtjev kombinacija određene negatorne tužbe na području prava osobnosti i

saborskog zastupnika (zahtjev je nesporno bio podnesen izvan zakonskog prekluzivnog roka od 8 dana); prema navodima ustavne tužbe diskriminacija je bila u tome što je u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji (i uz isto zakašnjenje s rokom) jednom drugom zastupniku (druge političke stranke, stranke na vlasti) utvrđen prestanak mirovanja statusa saborskog zastupnika i taj je vraćen u saborske klupe. Naše je stajalište da se odluka koja se pobija ne može napadati pozivom na drugu (pogrešnu) odluku; relevantno može biti jedino je li konkretna odluka ustavna ili nije. Predmetnu tužbu je Ustavni sud odbacio jer da je podnositelj prethodno trebao kod redovnog suda ishoditi odluku o utvrđenju diskriminacije. Odluka je dosta dvojbena jer su činjenice slučaja bile jasne i nesporne, a podnositelj je ustavne tužbe inače iscrpio redovni put pravne zaštite. Naše je stajalište da je ustavnu tužbu trebalo odbiti neovisno o postojanju druge, različite i pogrešne odluke u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji. To bi bilo pravo izjašnjavanje o pravu na jednakost kao ustavnom pravu i pravu osobnosti.

prijedloga za određivanje privremene mjere koja bi odredila promptno stopiranje vrijeđanja nečijeg prava osobnosti.

Represivno sredstvo zaštite je uklanjanje posljedica izazvanih povredom nečijeg prava osobnosti. I to pravo ZOO regulira u istom čl. (1048.) pa se može steći dojam da Zakon i ne pravi veću razliku između preventivnog i represivnog načina zaštite prava osobnosti. "Uklanjanje" bi bila nekakva restitucija koja je i na neimovinskom području dosta rijetko moguća. Konačno slijedi za život i praksu objektivno najvažnija, naknada štete, imovinske (čl. 1098. ZOO-a) i neimovinske (čl. 1099. - 1106. ZOO-a). Suđenje imovinske štete ne predstavlja veće probleme ni u materijalnopravnom ni u postupovnopravnom smislu; suđenje neimovinske štete je, naprotiv, predmet starih i nikad dovršenih diskusija. Dvojbeno je može li se građanskim materijalnim pravom predviđeno sredstvo zaštite prava osobnosti smatrati i kondikcijska tužba (čl. 1112. – 1120. ZOO-a). Činjenica je da katkad onaj koji vrijeđa tuđe pravo osobnosti sam stječe neku materijalnu korist od toga iako sam subjekt prava osobnosti time nije oštećen (npr., stjecanje dobiti protupravnom uporabom imena neke poznate i popularne osobe). Nama se čini da odgovor na to pitanje mora biti negativan jer za konstrukciju kondikcijske tužbe nedostaje bitan element "prijelaza imovine u imovinu druge osobe" (čl. 1111., st. 1. ZOO-a) pa se, stoga, taj građanskopravni način ne može koristiti za zaštitu prava osobnosti.

Navedeni pluralizam prava osobnosti i barem donekle prateći pluralizam sredstava zaštite te pluralizam (kritičari bi rekli šarolikost) sudske prakse poseban je rezultat pluralizma izvora prava koji na ovaj ili onaj način reguliraju ili barem dotiču pravo osobnosti. Prema čl. 118., st. 3. Ustava RH sudovi odlučuju na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava. To je na neki način konstitucionalno predviđena hijerarhija pravnih izvora (iako ne i nomotehnički sasvim ispravna jer je prema istom Ustavu međunarodni ugovor ispred zakona – čl. 141.).

Nije dvojbeno da je Ustav prvi i najvažniji izvor prava pa je to i za pravo osobnosti. No, Ustav vrlo malo govori o pravu osobnosti, a i onda je to više na razini deklaracije.¹⁵ O ambivalentnosti ustavnog prava na dom (čl. 34., st. 1.) već

¹⁵ Ustav RH govori o pravu na život (čl. 22., st. 1.), pravu na slobodu (čl. 22., st. 2.), pravu na pravično suđenje (čl. 29.), pravu na zaštitu osobnog i obiteljskog života (čl. 35.), pravu na slobodu misli i izražavanja (čl. 38.) itd. Dvojbeno je je li čl. 35. jamstvo efektivne pravne zaštite za povredu prava osobnosti. Pravo osobnosti je sastavni dio ljudskih prava i, stoga, pripada u najviše vrednote pravnog poretka RH iz čl. 3. Ustava RH (tako i Smerdel, B.; Sokol, S., *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., str. 99 - 113). Iako ovaj prostor ne traži

smo ponešto rekli (u bilj. 7). Pravo na dom ima nedvojbeno svoju jaku crtu prava osobnosti (miran, privatan, intiman život), ali ga ne treba miješati s *actio negatoria* kao sredstvom zaštite kuće ili stana kao stvari. Drugi u (stvarnoj) hijerarhiji propisa prava osobnosti je ZOO. To nije zakonik u nomotehničkom i ustavnom smislu te riječi, ali može imati takvu pravnu snagu. Ako ZOO (ipak) nije zakonik, postoji možda dosta neugodna (čak neželjena) mogućnost njegove derogacije bilo kasnijim, bilo specijalnim propisom.¹⁶ U pravnom smislu nije baš bez svake zamjerke prethodna konstatacija da je ZOO u RH drugi po redu u hijerarhiji propisa u RH (zato i jesmo prethodno u zagradu stavili riječ *stvarnoj*). Prema Ustavu ispred ZOO-a morala bi biti ratificirana Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97). Konvencija, međutim, predstavlja opći propis, a ZOO je poseban (specijalan) propis i zato nam se čini da, barem na razini pravila, ZOO ima prednost u hijerarhiji. Uostalom, ni nema većeg nesklada između Ustava RH, ZOO-a i Konvencije pa je ta priča zapravo više akademska nego praktična. Neka prava osobnosti kao, npr., pravo na suđenje u razumnom roku u vrlo skladnom međusobnom odnosu predviđaju tri propisa: Ustav u čl. 29., st.1. Zakon o sudovima (Narodne novine, br. 150/05 i dr.) u čl. 27. i 28. i Konvencija u čl. 6.¹⁷

Za svakodnevnu praksu treba do kraja razjasniti odnos između ZOO-a i Zakona o medijima. Naše je stajalište da neovisno o njihovu međusobnom odnosu i problemu mjesta u pravnoj hijerarhiji rješenje treba tražiti u koordinaciji između tih propisa tako da jedan propis ne isključuje drugi; prava iz ZOO-a vrijede i za medijski spor koji se vodi prema Zakonu o medijima s obzirom na to da i prava koja štiti taj Zakon pripadaju pravu osobnosti. Nešto o ostalim

ni ne omogućuje šire *razglabanje*, valja reći da nisu sva ustavna prava i prava osobnosti u građanskopravnom smislu te riječi. U građansko pravo prelaze samo ona ustavna prava koja se mogu konstruirati kao subjektivna građanska prava.

¹⁶ U predmetu Ustavnog suda RH 4-III-1162/2012 (odluka od 9. svibnja 2012.) izraženo je stajalište da u tom medijskom sporu (postupak prema Zakonu o medijima) nema mjesta primjeni Zakona o obveznim odnosima jer da ono što ZOO predviđa u čl. 1099. (objavljivanje presude) ne poznaje Zakon o medijima. Time je Ustavni sud RH zauzeo stajalište da Zakon o medijima kao specijalan zakon na odnosnom mjestu derogira ZOO.

¹⁷ Na razini relevantne teorije ne bi smjelo biti sporno da je pravo na suđenje u razumnom roku također pravo osobnosti (Castronovo, C., *La nuova responsabilita civile*, Milano, 2007., str. 239). Takva konsideracija mora odrediti i postupovnu dimenziju tog prava, osobito spriječiti njegov u praksi dominantan monetarni aspekt.

izvorima prava, sudskoj praksi i pravnoj znanosti. Na našem kontinentalnom pravnom prostoru to su tzv. sporedni izvori prava, takvi koji djeluju samo snagom svoje uvjerljivosti. To nisu propisi pa je čak, ako bi se i na to protegla sudska obveza poznavanja prava (*iura novit curia*), posve opravdano pitanje do koje bi granice (nacionalne, europske, drugih država članica EU-a) bilo prihvatljivo širenje takve obveze suca.

Europski sud za ljudska prava, što je sve više vidljivo i gotovo nedvojbeno, u svemu razvija sustav precedenata, dakle dominaciju sudske prakse. Vjerojatno je to rezultat sastava tog suda ili dominacije nekih od glavnih pravnih škola. To će i na prostoru RH izazivati i izaziva znatne probleme. Pravnici s ovog prostora (ne samo iz Hrvatske) desetljećima, gotovo stoljećima odgajani su na temeljima dominacije apstraktnih propisa i taj će pravac biti teško mijenjati uz pitanje treba li to uopće mijenjati. Na području prava osobnosti inzistiranje na pravilu precedenata neće biti dobar proces. Filozofija precedenata temelji se na sustavu sličnosti činjeničnih događaja, što je u pravu osobnosti izuzetna rijetkost i svakako nije pravilo. Zato u pravu osobnosti valja, suprotno od logike precedenata, razvijati poznavanje cjelokupnog prava, razvoj građanskog prava kao *sedes materiae* prava osobnosti, poznavanje filozofije i kulture. Pravo osobnosti traži znanje, razmišljanje, kreaciju i povezivanje mnogih, katkad dosta raznorodnih pojmova. Pobornici prava osobnosti su *hektolitre znoja* prolili u uvjerenju da su ljudi u općem dostojanstvu, doduše, jednaki, ali su kao osobe različitih osobnosti. Ta različitost je u samoj srži prava osobnosti i nikakav sustav sudskih precedenata to ne može pratiti.

3. POJEDINA POSTUPOVNOPRAVNA PITANJA U ZAŠTITI PRAVA OSOBNOSTI

Neki sporan pravni odnos vezan uz navod o povredi prava osobnosti može se razriješiti bez intervencije parničnog suda. U tom smislu izvansudski mehanizam dogovaranja uvijek je moguć. Narav povrijeđena prava osobnosti i sankcija predviđena materijalnim pravom osobnosti, međutim, nisu najprikladniji za uobičajeno civilno sporazumijevanje: sadržaj prava nije dostatno *imenovan* u sudskoj praksi, iskustva u primjeni su oskudna, kultura pravnog dijaloga u neimovinskoj građanskopravnoj sferi nije posebno razvijena. Unatoč tomu, sporazumijevanje valja poticati jer i u pravu osobnosti (sporazum, ugovor, nagodba i sl.) otklanja spor (pravomoćna presuda rješava predmet, ali nužno ne otklanja spor). Stranke

se mogu sporazumjeti onako kako same žele, jedino je dvojbeno pitanje može li se valjano dogovoriti sankcija koja nije predviđena propisima iz širokog spektra prava osobnosti. To bi svakako moglo dovesti u pitanje sporazum kao protivan javnom poretku; on bi u takvu slučaju bio ništetan (*arg. ex* čl. 322., st. 1. ZOO-a).¹⁸ Čini se da bi, stoga, bilo prikladno preporučivati samo sankcije koje predviđaju propisi. Svako izlaženje iz takva okvira nije uvijek nužno ništeto, ali potencijalno to svakako jest, osobito kada je odstupanje veće i teže.

Načelo dispozitivnosti parničnog postupka zahtijeva da u obraćanju parničnom sudu tužitelj kao subjekt koji se poziva na povredu prava osobnosti prezentira točno određen tužbeni zahtjev (čl. 2., st. 2. ZPP-a).¹⁹ Tijekom parnice samo je iznimno moguće mijenjati (preinačiti) sadržaj tužbenog zahtjeva (čl. 190., st. 2. ZPP-a); za to je u pravilu potreban pristanak tužene strane, a bez tog pristanka samo sud može dopustiti preinaku, i to samo onda kada smatra da je to svrsishodno za konačno rješenje odnosa između parničnih stranaka. S obzirom na narav prava osobnosti i međusobnu *blizinu* svih oblika sankcija, valja očekivati da će sud upravo u ime svrsishodnosti preinaku tužbenog zahtjeva dopustiti i kad za to ne postoji suglasnost druge strane u parnici. Zakonsko inzistiranje na preciznosti postavljenog tužbenog zahtjeva i njegovu točnom određenju inače je dosta otežano time što propisi materijalnog prava osobnosti nisu uvijek precizni i nije jasno kakvu sankciju predviđaju (čl. 1099. ZOO-a kao sankciju predviđa i “što drugo”).²⁰ Na tako dosta difuznom pojmu, a k tome još bez ikakve sudske prakse, teško je graditi i opravdavati zahtjev za potpunu

¹⁸ Mogući primjer, za počinjenu povredu prava osobnosti (za koju se uobičajeno daje novčana naknada od 50.000,00 kn) stranke ugovore (kao *datio in solutum*) prijenos prava vlasništva kuće vrijedne 1.000.000,00 eura ili neki težak rad ovršenika. Nikakvo pozivanje na prikratu kao razlog nevaljanosti pravnog posla nije moguće, nedostaju bitni parametri usporedbe pa ostaje samo pozivanje na javni poredak što je (i bez formalnog prizivanja) suštinski sadržaj čl. 322., st. 1. ZOO-a.

¹⁹ To važno postupovno pravilo važi za sve subjekte odlučivanja, za Ustavni sud također (čl. 65., st. 1. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH). Ustavnosudska praksa katkad, iako u najboljoj namjeri, prihvća raspravu i kad iz okolnosti slučaja proizlazi temelj nekog ustavnog pravila.

²⁰ Smatramo da se temeljem ovog propisa može u parnici radi zaštite prava osobnosti, npr., tražiti plaćanje određenog novčanog iznosa u korist trećeg (dječje bolnice, recimo). Ne znamo kako bi završio takav zahtjev (nismo čuli ni za jedan) iako bi za tužitelja to mogla biti vrlo efikasna satisfakcija. Imovinsko pravo poznaje ugovor u korist trećeg (čl. 337. - 340. ZOO-a) pa nema posebna razloga da se slično ne prizna i na neimovinskom području građanskog prava.

preciznost tužbenog zahtjeva. Povrijeđenu pravnom subjektu kao tužitelju može se preporučiti i alternativno kao i eventualno postavljanje tužbenog zahtjeva (čl. 188. ZPP-a); jedini traženi uvjet je da je sud stvarno nadležan za svaki od tih zahtjeva, odnosno da je u pitanju ista vrsta postupka (što u pravilu nije problem). Propisi materijalnog prava osobnosti daju relativno široku lepezu mogućih sankcija, ali su u osnovi samo dvije: imovinske i neimovinske. Izbor jedne od njih ne bi smio biti zapreka da sud (u pravilu, a ne po načelu svrsishodnosti) dopusti promjenu zatražene sankcije pa nam se čini da je i to razlog za nesmetano (u odnosu na imovinsko pravo svakako elastičnije) dopuštenje preinake tužbenog zahtjeva u parnici radi zaštite prava osobnosti. Načelno nema razloga za posebnu i različitu stvarnu nadležnost sudova zbog povreda prava osobnosti, a ni za različite vrste postupaka jer su oblici povrede i predviđene sankcije međusobno slični i povezani.²¹

Tužba se upućuje onom sudu koji je prema općim pravilima stvarno i mjesno nadležan. U jednoj mogućoj perspektivi valjalo bi razmisliti o mjesnoj nadležnosti suda tužiteljeva prebivališta ili barem o nadležnosti suda na čijem je području počinjena sporna povreda prava osobnosti. To bi svakako bio daljnji napredak u pravnoj zaštiti prava osobnosti. Za tužitelja povoljniji forum (*forum actoris*) u sadašnjoj je postupovnoj regulaciji mjesne nadležnosti moguć kada se zbog povrede prava osobnosti traži naknada štete (čl. 52., st. 1. ZPP-a); ako se pak traži samo *čista*²² zaštita prava osobnosti, ovog časa nije moguće izbjeći sud opće mjesne nadležnosti, a konstrukciju mjesne nadležnosti suda prebivališta tužitelja treba tek uvesti.²³ Na razini nacionalnog prava RH tu je tezu zbog

²¹ Neke i sada aktualne ideje da se, npr., formiraju posebni radni sporovi unijele bi *nered* u tom pravcu. Radni sporovi, naime, mogu biti mjesto bitne zaštite prava osobnosti (zaštita od *mobbinga*, npr.).

²² Tužba radi zaštite prava osobnosti može sadržavati samo jedan zahtjev (npr., za naknadu štete) ili samo zahtjev za prestanak povrede prava osobnosti. Može, dakako, i kumulirati oba zahtjeva. Sinonimija pojmova prava osobnosti i neimovinske štete ne znači da je dopustiv samo zahtjev za naknadu štete (to je, npr., jasno rečeno u presudi Radnog suda u Dresdenu u odluci od 7. 7. 2003. (5 Ca 5954/02) gdje je povrijeđenom zaposleniku dosuđena (zasebno) novčana naknada za povredu prava osobnosti (*mobbing*) i posebna naknada za pretrpljenu neimovinsku štetu.

²³ Tako i Sajko, K., *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, 2005., str. 154 - 155; isto i odluka njemačkog Vrhovnog suda (BGH) od 8. 5. 2012. objavljena na internetskim stranicama toga suda. Skrećemo pažnju da svaku presudu (pa tako i iz područja prava osobnosti) Njemačka priznaje samo ako je barem jednako ili slično povoljna za oštećenika kao odluka njemačkog suda.

sinonimskog značenja pojmova “pravo osobnosti” i “neimovinska šteta” posve lako braniti. Čini se da je to moguće i na širem europskom planu gdje također prevladava objektivistička koncepcija prava osobnosti.

I na području prava osobnosti parnični sud izvodi samo one dokaze i utvrđuje samo one činjenice koje su stranke predložile (čl. 219. ZPP-a), ali od toga sud sam bira činjenice i dokaze koje smatra odlučnim (čl. 220., st. 2. ZPP-a).²⁴ Zapravo bi potpuno nepostojanje ili esencijalna nedostatnost u tužbi ponuđenih tvrdnja o činjenicama i dokazima trebali biti razlog za primjenu sankcija vezanih za neurednost podneska (čl. 109. ZPP-a), ali, kako se takva manjkavost više pokazuje u sferi dokazivanja, dakle u fazi već poodmaklog postupka, parničnom sudu valja priznati pravo da tijekom postupka naknadno konstatira da tužiteljeva strana rečenim uvjetima ne udovoljava.²⁵ Izbor dokaza svakako zavisi i od prirode spornog pravnog odnosa. Nove koncepcije neimovinske štete (kao ujedno povrede prava osobnosti) naglašavaju ulogu suca, a smanjuju ulogu vještaka; takve koncepcije omogućuju i brže rješavanje sporne stvari. Sud gospodari postupkom, sam određuje koje ga činjenice zanimaju i ovisno o tome odlučuje koje će dokaze provesti. Može, međutim, provoditi samo one dokaze koje predviđa ZPP iako upravo kod prava osobnosti mogu posebno atraktivni biti i neki drugi dokazi.²⁶

I parnice radi zaštite prava osobnosti vezane su za pravilo (obvezu) oznake vrijednosti predmeta spora (čl. 186., st. 2. ZPP-a). Od oznake vrijednosti predme-

²⁴ Europska konvencija i konvencijska praksa govori o “jednakosti oružja” (slično našem načelu obostranog saslušanja stranaka). Neprihvatljiva je, međutim, praksa (koja se povremeno javlja) da to znači izvođenje svih dokaza koje su stranke predložile i da samo onda postoji “jednakost oružja”. Kod prava osobnosti bi takvo postupanje bilo i nemoguće.

²⁵ Sankcija je u tom slučaju samo odbijanje zahtjeva. Neki drukčiji ishod spora iz iste činjenične i pravne osnove, ali uz bolje dokaze je baš zbog ovog posljednjeg moguća i ne predstavlja povredu ustavnog prava i prava osobnosti na jednakost građana (čl. 14. Ustava RH).

²⁶ Vezivanje pojmova prava osobnosti i neimovinske štete (čl. 1046. ZOO-a) mora dovesti do daljnjeg pravila (koje se iz toga jedino može valjano izvući) da visina novčane naknade neimovinske štete zavisi jedino od stupnja povrede prava osobnosti. Nekom čudnom inercijom ostala je odredba o jačini i trajanju bolova i straha (čl. 1100., st. 2.), sasvim neprikladno za situacije gdje je izvršena povreda prava osobnosti bez ikakvih bolova (npr., povreda prava na vlastitu sliku protupravnim objavljivanjem u javnosti) ili gdje bolovi vrlo malo utječu na intenzitet povrede prava osobnosti. Drugi dokazi (npr., nezakonito pribavljene snimke) ne bi se mogli koristiti bez obzira koliko *zorno* pokazuju povredu prava osobnosti.

ta spora posebno zavisi odluka o troškovima postupka i (mnogo važnije) pravilo o uvjetima za izjavljivanje revizije protiv drugostupanijskih odluka. Pravilo ZPP-a o utvrđivanju vrijednosti predmeta spora očito se odnosi samo na imovinsko područje građanskog prava i u pravilu nisu primjenjiva na neimovinsko pravo, pravo osobnosti. Djelomično ipak vrijede za područje novčane naknade neimovinske štete, ali za ostale oblike satisfakcije (neimovinska satisfakcija) ta pravila jednostavno *ne idu*. Kako, npr., označiti vrijednost predmeta spora gdje se od tuženika traži (samo) isprika? Smatramo da je jedino pravo rješenje u tome da Zakon odredi (bez navođenja novčana iznosa vrijednosti predmeta spora) do koje sudske razine može ići zaštita prava osobnosti, a čini nam se da bi reviziju u svakom slučaju valjalo dopustiti, i to kao redovnu reviziju s obzirom na to da je izvanredna revizija puna dilema i nejasnoća.

I odluka viših sudova (županijskih, Vrhovnog, Ustavnog) u zaštiti prava osobnosti ima neke osobitosti.²⁷ Žalbeno i revizijsko odlučivanje u sporovima radi zaštite prava osobnosti uređeno je istim pravilima kao i za imovinsko područje, ali su ukidne i revizijske intervencije viših sudova preporučljive samo u slučajevima većeg odstupanja nižih sudova. Pravo osobnosti nije novčano mjerljivo i viši sudovi moraju biti oprezni u takvoj vrsti odlučivanja.

Dosta je specifično i pitanje troškova postupka. Ni oni ne mogu biti vezani za oznaku vrijednosti predmeta spora, čak ni u slučaju zatražene imovinske satisfakcije (u novcu) jer tužitelj ni uz najbolju pažnju ne može predvidjeti koliko će mu naknadu parnični sud priznati. U sadašnjem uređenju ZPP-a taj rizik postoji i on uvijek, manje ili više, prijeti samom smislu zaštite jer visina troška koja se tužitelju priznaje (ako je manja od stvarnih troškova) zapravo *pojede* ostvaren parnični uspjeh. Tužiteljska strana snosi i rizik preobilnog i katkad nepotrebnog dokazivanja; vještačenja osobito poskupljuju postupak, a ona su u novoj, objektivističkoj koncepciji prava osobnosti i neimovinske štete bitno manje potrebna nego ranije. Racionalan izlaz u materiji parničnog

²⁷ Ustavni sud RH je u više svojih odluka (preinačujući odluku Vrhovnog suda RH gdje je iznos dosuđene naknade neimovinske štete i za 100% smanjen u odnosu na drugostupanijsku odluku) istaknuo stajalište da je takvo odlučivanje "samovolja". Toga se, međutim, valja čuvati iz više razloga: primjena ZOO-a je u rukama redovnih sudova, a ne Ustavnog suda; Vrhovni sud ima pravo preinačiti svaku odluku ako za to postoje pretpostavke iz ZPP-a i, konačno, Vrhovni sud ima pravo i obvezu ujednačavanja sudske prakse (čl. 119. Ustava RH). Intervencija (ukidna) Ustavnog suda RH bila bi moguća samo ako dosuđena naknada neimovinske štete ne udovoljava zahtjevima iz čl. 35. Ustava RH (jamstvo osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti).

troška u parnicama radi zaštite prava osobnosti bio bi da, prvo, odluka o tome nije vezana za vrijednost predmeta spora i, drugo, da parnični sud elastičnim odlučivanjem o cjelokupnom pravu tužitelja održava smisao dosuđene sankcije kao potpuno adekvatne pričinjenoj povredi prava.

Ustavna (čl. 29., st. 1.) i konvencijska (čl. 6. Konvencije) obveza zakonite, ali i efikasne sudske zaštite vrijede i za pravo osobnosti. Vrijede svakako u povećanoj mjeri jer je i samo pravo na suđenje u razumnom roku podignuto na razinu posebnog prava osobnosti. Tako ispada da se pozivom na jedno pravo osobnosti traži zaštita nekog drugog prava osobnosti. Moguća redukcija dokaznih sredstava (već spomenuta manja potreba za vještačenjem), naglašavanje *praemissae minoris* u sudačkom odlučivanju i ocjeni dokaza²⁸ i sl., sve to može omogućiti brže i efikasnije postupanje u području zaštite prava osobnosti. Sankcije koje sudovi izriču zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku je neimovinske (nalog da se donese presuda u supstancijalnom sporu) i imovinske naravi (naknada u novcu). Dostignuća za sada nisu posebna, a i sam smisao takva načina rješavanja efikasnosti sudova vrlo je dvojben.²⁹ Cilj bolje zaštite prava osobnosti treba organizirati na posve drugim temeljima, suče kao bitne nositelje funkcije zaštite prava osobnosti dodatno i specijalistički educirati, njihova opća pravna i izvanpravna (filozofska, sociološka, antropološka) znanja podići na bitno višu razinu, gotovo kompletno preusmjeriti moralni integritet sudaca.

Dobru i pravno visoku kvalitetu zaštite prava osobnosti valja postići i dizanjem razine postupka ovrhe u tim stvarima. Gledano uopćeno, osim, dakako, ovrhe radi naplate presuđene novčane naknade neimovinske štete gdje ovrha ide prema klasičnim pravilima ovrhe imovinskog potraživanja, riječ je o tradicionalno poznatom pojmu novčane kazne kao sredstva skršenja otpora tuženika (ovršenika); novčane kazne bi njega trebale prisiliti na izvršenje ili propuštanje dužne radnje. To nije materijalnoppravna obveza, nije ni ugovorna kazna i zato je dobro da tih odredaba više nema u ZOO-u. One su sada u Ovršnom zakonu kamo i pripadaju. Važnost pravnotehničkih pitanja oko naplate tih sudskih

²⁸ Neki novi propisi (osiguranje, zaštita od bolesti izazvanih azbestom, naknada kod denacionalizacije) predviđaju i visinu naknade štete koja se priznaje. To nas vraća u vrijeme formalne ocjene dokaza, umanjuje nužnu sudačku kreativnost i otežava postizanje ciljeva iz čl. 35. Ustava RH.

²⁹ RH svake godine kao naknadu štete zbog nepoštivanja prava na razumni rok plaća oko 35 milijuna kuna. Problem nije bitno riješen i nedvojbeno bi bilo bolje da je taj novac bio utrošen na poboljšanje uvjeta rada sudova.

penala i u teoriji i u praksi dostatno je obrađena.³⁰ Ostaje, međutim, također važna sociološka strana problema. Obveznik na sanaciju počinjene povrede prava osobnosti vrlo često ili nema relevantnih sredstava za plaćanje novčane kazne ili svoju imovinu vješto skriva; sudovi (a i protivna strana u sporu) zapravo teško znaju kakvo je stvarno imovinsko stanje ovršenika, mogućnosti prave i učinkovite provjere vrlo su male i stoga je praktički nemoguće odrediti koliko će novčana kazna djelotvorno djelovati na ovršenika. Sudovi su u tome nemoćni te u cjelini stvari idu dosta loše. Dugotrajno otezanje, a osobito neplaćanje novčane kazne (uz činjenicu da presuđena obveza nije izvršena) pravni su poraz pravde, a na planu zaštite prava osobnosti anuliraju sam smisao pravne zaštite. Nije jasno kakav bi u tom pogledu trebao biti mogući učinak (privatnih) javnih ovršitelja. U času pisanja ovog rada taj je zakon povučen, a naše je stajalište da taj institut načelno nije prikladan ni za kakav oblik ovrhe, odnosno da na planu ovrhe odluka o zaštiti prava osobnosti nema nikakve šanse za učinkovitu primjenu. Nedostaci u državnoj sudskoj ovrši postoje, ali ih treba otklanjati, a ne ukidati takav oblik ovrhe jer je on tradicionalan i u osnovi dobar oblik.

Poistovječivanje prava osobnosti i neimovinske štete (kao u osnovi pravilan zaokret u znanosti i zakonodavstvu) prijetilo je *pandemijom* sudskih sporova. Do toga, međutim, ni u Europi ni kod nas nije došlo i to je vrlo povoljan element koji omogućuje nastavak takve koncepcije. Sudski mehanizam ostvarivanja prava nije baš jednostavan i to uvijek obeshrabruje moguće pokušaje avanturista da na brz način dođu do određena iznosa novca. Forma sudskog postupka time odražava samu suštinu prava osobnosti. Nema, stoga, nikakve potrebe da se povećanjem iznosa sudskih biljega sprečava moguća navala srednjih, čak i banalnih sudskih zahtjeva. Ta mjera je uvijek vrlo dvojbena, za imovinsko građanskopravno područje također, jer dovodi u pitanje važno ustavno i konvencijsko pravo, pravo na pristup sudu. Veći je problem što imamo siromašnu strukturu predmeta iz područja zaštite prava osobnosti. Dominiraju zahtjevi za novčanu naknadu neimovinske štete, gotovo u pravilu vezane ili za nesreće na radu ili za nesreće u javnom, osobito cestovnom prometu. Predmeti *prave* zaštite prava osobnosti zapravo su vrlo rijetki i da nije nešto sporova prema Zakonu o medijima njih skoro ne bi ni bilo. Mi koji bismo o tim problemima pisali, ličili bismo na kirurge koji su svoja znanja stekli u najprestižnijim bolnicama svijeta, ali kod nas nemaju što raditi jer domaće bolnice nemaju nužnih aparata za rad vrhunskih liječnika.

³⁰ Vidjeti o tome Dika, M., *op. cit.* u bilj. 5.

4. ZAKLJUČAK

Pravo osobnosti nesumnjivo pripada pravima koja su izmijenila svijet.³¹ I nije samo riječ o nekoj pravno-jezičnoj metafori nego o istinski prijelomnoj pojavi u razvoju čovječanstva. Ta prava, međutim, nisu uvijek i svugdje podjednako dobrodošla i nemaju istoznačnu vrijednost. Ona se nužno sudaraju s već postojećim i dugo razvijanim koncepcijama i taj sraz ne samo da nije uvijek ugodan nego je, naprotiv, katkad bolan i traumatičan.³² Optimistična vizija da će preko prava osobnosti svijet postati *univerzalniji i jedinstveniji* također je dosta suspektna. Pravo osobnosti može postati (barem u jednom dijelu i postaje) sredstvo globalizacije koja u nekim segmentima može prerasti čak i u sredstvo perfidne kolonizacije u službi najjačih interesnih grupacija svijeta. To bi, svakako, bila nepoželjna poruka te učinak prava osobnosti ne bi bio postignut u mjeri kako su to zamislili najplemenitiji utemeljitelji toga prava. Pravo osobnosti valja razvijati unutar njegovih pravno i povijesno prihvatljivih gabarita, poštivanju tradicijskih vrijednosti koje je svaka društvena zajednica zasebno verificirala kao dobre i postupnim uvođenjem elemenata novog prava.

Pravo osobnosti kao i pravo vlasništva okosnica je slobodnog i demokratskog društva.³³ Zato je impostacija prava osobnosti u nacionalni (dakako, i u inter-

³¹ Rodolfa, S., *I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo*, Repubblica, 26. listopada 2004. Rad je bio posvećen uspomeni te godine preminulog N. Bobbija, velikog talijanskog filozofa i filozofa znanosti o politici. Bobbio je posebno isticao da su kao nikada u povijesti na suvremenom stupnju razvoja čovječanstva stavljena u sumnju tri najvažnija aspekta neravnopravnosti (nejednakosti) ljudi: klasa, rasa i spol; to je - i prema Bobbiju - dalo razmah i razvoju prava osobnosti. Iako prema osobnom uvjerenju laik i socijalist, bio je, npr., protiv prekida trudnoće (tvrdnjom da to pravo vrijeda pravo jednog drugog subjekta, još nerođenog djeteta).

³² Pravo osobnosti, više nego ijedno drugo pravo, jako zadire u ljudski moral. Odnos između prava i morala vrlo je složen i pravo osobnosti mora paziti na finu koegzistenciju s pravilima morala. U svakom slučaju pogrešno bi bilo *preusmjeravati* (prisilno mijenjati) sadržaj morala kao posebne tekovine svakog društva.

³³ Kako smo u ovom radu već prikazali, i u njemačkom je pravu pravo vlasništva istovremeno stvarno pravo, ali i pravo osobnosti (pravo na mirno uživanje vlasništva kao sredstvo zaštite intimnog i privatnog života (§ 823/1, 369). Odgovor je to na strašno totalitarističko iskustvo nacističke vladavine (vidjeti Schleusener, J., *Eigentumspolitik im NS-Staat*, Frankfurt am Main, New York, Bern, Bruxelles, Oxford, Wien, 2009. U velikoj komparativnoj studiji autor zaključuje da su kontrola vlasništva i kontrola pojedinca temelj svakog totalitarizma.

nacionalni) pravni sustav prioritetno pitanje ljudske kulture i slobode. Takav proces širenja polja ljudskih sloboda katkad mora savladati više dijalektičkih antinomija, a osobito jednu, da puno oslobađanje prava vlasništva (kao istovremeno i imovinskog i neimovinskog prava) na imovinskom planu može *gušiti* razvoj prava osobnosti. Pravo vlasništva (kao imovinsko pravo) uvijek manje ili više stimulira određenu razinu ljudskog egoizma, što je u opreci s ciljevima prava osobnosti; nezajazljiva težnja za ekstraprofitom vodi novom raslojavanju ljudi i novim neprihvatljivim oblicima ljudske nejednakosti nespojivima s temeljnim filozofskim ciljevima prava osobnosti.

Pravo osobnosti može u nastavnom smislu biti jedan predmet na pravnom studiju, ali je inače po svom sadržaju mješavina mnogih sadržaja javnog i privatnog prava, prava i morala. Postupak ostvarivanja i zaštite prava osobnosti mora biti nužan sastavni dio takva učenja jer bez efikasnog postupovnog dijela i najbolje zamišljeno materijalno pravo osobnosti ostaje *visjeti u zraku*. Postupovno pravo, po svojoj naravi dosta konkretno, čak i vrlo praktično, katkad može umanjivati čaroban sjaj materijalnog prava osobnosti, ali je to cijena koja se mora platiti da bi se materijalno pravo osobnosti makar i djelomično efikasno ostvarivalo.

Suvremeni svijet je pomalo i previše optimistično proklamirao prava osobnosti koja ne može uvijek i efikasno ostvarivati. Pravo na slobodu i slobodan razvoj ljudske osobnosti (iz njemačkog prava) zahtijevaju visoku razinu ljudskog razvoja koju nemaju svi narodi. Prevelike proklamacije koje ostaju puko slovo na papiru dosta kompromitiraju samo pravo osobnosti iako na filozofskom planu ostaje nužno da uvijek i svugdje pravna teorija (filozofija prava) otvara i one prostore koje konkretno društvo još nije osvojilo.

Mutatis mutandis to uvijek vrijedi i za postupnovpravnu zaštitu prava osobnosti. Postojeći mehanizmi pravne zaštite su u pretežitom dijelu prilagođeni imovinskom pravu; odnosni zakonic (njihovi izvorni oblici) pisani su u vrijeme kada se o pravu osobnosti nije ni govorilo, stvorena praksa i mentalitet sudaca također ne poznaju postupovne institute prava osobnosti, novi su sadržaji (propisi) u postupovnom dijelu dosta oskudni i nude ponajviše samo opće pojmove i standarde koje praksa teško preuzima. Medijsko postupovno pravo ipak je već ušlo u opći građanskopravni sustav ostvarivanju prava³⁴ i to stvara nadu da će isti proces teći i za ostala prava osobnosti.

³⁴ Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 10, str. 830 – 835.

Na aktualnom stupnju razvoja povećanu pažnju valja posvetiti postupovnom pravu osobnosti koje objektivno kasni u odnosu na razvoj i dostignuća materijalnog prava osobnosti. Proces bi trebao završiti donošenjem dobro elaboriranih i detaljnih propisa o zaštiti prava osobnosti. Organizacija i postupanje sudova i sudaca poseban je problem. Treba educirati suce za područje prava osobnosti; bitno podići razinu filozofskopravnog i antropološkog znanja, osobito nove generacije sudaca treba angažiranije uvoditi u svijet prava osobnosti jer su oni po naravi stvari posebno prikladni za usvajanje novih pravnih vrijednosti. Urgentna je zadaća povećanje efikasnosti sudskih postupaka u zaštiti prava osobnosti. Veća je efikasnost potrebna i na imovinskom planu, ali je na neimovinskom (pravu osobnosti) u samoj srži pravne zaštite koja bez veće efikasnosti gubi svaki svoj smisao. Pravima osobnosti, kako smo i ovdje naveli, pripada i pravo na suđenje u razumnom roku i doista je svojevrsan pravni apsurd da se jednim pravom osobnosti pokušava pokrenuti zaštita drugog prava osobnosti.³⁵

Nužan je aspekt dobre zaštite prava osobnosti i izvršavanje donesenih pravomoćnih presuda u tom području. Ni ovršni propisi ne korespondiraju dostatno tim zahtjevima jer su i oni, prije svega, pisani za imovinsko pravo. Treba u tom smislu mnogo odlučnije i jasnije predvidjeti efikasna sredstva kršenja otpora ovršenika koja su ovog časa vrlo česta pa i dosta *učinkovita*. Za izvršavanje imovinskih prava predviđena su brojna sredstva, a za neimovinsko pravo (pravo osobnosti) sredstvo prisile je samo jedno - izricanje novčanih kazna kao sredstvo slamanja otpora ovršenika. Nema pravih studija o tome mogu li i pod kojim pretpostavkama takva sredstva biti učinkovita; izricanje kazne zatvora u svakom slučaju nije moguće jer bi to bilo u opreci s načelom imovinske sankcije u građanskom pravu.

Sociološko stanje u regulaciji i zaštiti prava osobnosti u RH upućuje na zaostajanje u odnosu na razvijeniji europski pravni prostor i u jednom je dijelu to zaostajanje povijesno razumljivo. Zabrinjavaju, međutim, neke regresne tendencije³⁶ koje će suce destimulirati, odvrćati od kreativna pristupa pravu

³⁵ Praksa sudova u prvi plan stavlja novčanu naknadu, što nije pravilno jer prioritet mora imati nalog za dovršenjem supstancijalnog postupka. Kod zaštite prava osobnosti dosuđene novčane naknade zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku dovodi u pitanje sam smisao novčane naknade neimovinske štete (osobito kada se za povredu suđenja u razumnom roku dosudi veća naknada od one koje se dosudi u supstancijalnoj parnici).

³⁶ Mislimo tu na najave propisa o osiguranju, na već postojeće zakone o zaštiti od azbesta, na pravilnik vezan za naknadu kod denacionalizacije i sl. U postupovnom smislu

osobnosti. Sustav gdje zakonodavac unaprijed propisuje visine naknade neimovinske štete gotovo da nije suđenje; to je također i izraz nepovjerenja u suca i potiče činovnički mentalitet.³⁷

Budući da pravo osobnosti regulira prava koja su izmijenila svijet, ne treba se bojati njihova nestanka ili bitnog vraćanja unazad. Zamah je prevelik i ne može se zaustaviti, barem ne u iole normalnim uvjetima ljudskog razvoja. Postoji, međutim, opravdan strah (koji se sve više potvrđuje) da će mnoga prava osobnosti biti samo formalistički prihvaćena, odnosno da će stvarna suština prava osobnosti biti neshvaćena i zanemarena (to se, npr., događa s pravom na suđenje u razumnom roku). Vrlo je moderno pozivati se na ljudska prava i prava osobnosti, a istovremeno ne vidjeti da je u Europi čak 25% mladih ljudi bez posla.³⁸ Nesklad riječi i djela kompromitira svaku ljudsku djelatnost pa tako i plemenito zamišljen pokret ljudskih prava i prava osobnosti kao njegova sastavnog dijela.

Summary

Aldo Radolović *

SPECIFIC PROCEDURAL LAW PROBLEMS IN PROTECTING OF THE RIGHT ON PERSONALITY

Civil law and civil procedural law protection of the right on personality demands their synergetic (joint and harmonized) operation.

On national and international level there is a problem with procedure, because the rules of substantive law on the right of personality are uncoordinated and scattered in different parts of public and private law; moreover, there are no effective procedural rules or they are insignificant, because they are not suitable to deal with the personality rights.

to je vraćanje na načelo formalne ocjene dokaza u tom dijelu, ali i ozbiljna teškoća u stvaralačkoj i kreativnoj primjeni zaštite prava osobnosti.

³⁷ Nije isključena ni neustavnost tih propisa, osobito na temelju čl. 35. Ustava RH.

³⁸ Pravo na zaposlenje nije subjektivno pravo, osobito ne u smislu građanskog prava. Ne može se tužbom tražiti zaposlenje, ali je i, pored toga, nedvojbeno da je zaposlenje jedna od većih pretpostavaka za učinkovito funkcioniranje prava osobnosti.

* Dr. sc. Aldo Radolović, Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia; Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka.

This article points at the necessity to educate judges in order to provide for an appropriate protection of the right on personality, because without that, it is not possible to expect changes that we want to achieve in this area.

The right on personality is a new and complex legal doctrine. The notions of substantive law in that sense have to be developed slowly and patiently, following the desire for new and universal ideas, but with the need to respect and to take into consideration traditional values of each nation as its „public policy“.

Procedural rules have to be adjusted so as to accommodate the demands of lawful, correct and effective protection of the right on personality. Otherwise, even the best substantive law regulation of the right on personality would be meaningless.

Keywords: right on personality, non-property right, protection of the right on personality, some procedural questions regarding protection of the right on personality, theory and sociology of the right on personality.

DOKAZIVANJE *PRIMA FACIE* DISKRIMINACIJE

Prof. dr. sc. Željko Potočnjak *

Prof. dr. sc. Ivana Grgurev **

Andrea Grgić ***

U praksi se pokazuje kako usprkos djelomičnom prebacivanju tereta dokazivanja s tužitelja na tuženog u antidiskriminacijskim parnicama položaj žrtve diskriminacije nije lak. Naime, da bi došlo do prebacivanja tereta dokazivanja s tužitelja na tuženika, tužitelj mora dokazati prima facie diskriminaciju. Autori u radu pokušavaju odgovoriti na pitanje koji se stupanj uvjerenja traži da bi došlo do prebacivanja tereta dokazivanja i kojim dokaznim sredstvima tužitelj može dokazivati činjenice relevantne za to. To čine objašnjavajući i kritički analizirajući praksu Suda Europske unije. Upućuju i na praksu nacionalnih sudova država članica Europske unije pri utvrđivanju prima facie diskriminacije za koju vjeruju da svojim pozitivnim iskustvima može poslužiti našoj praksi koja je još uvijek u začecima.

Ključne riječi: prima facie, teret dokazivanja, diskriminacija, pravna stečevina Europske unije.

1. UVOD

U cilju olakšanja položaja žrtve diskriminacije, antidiskriminacijske direktive (čl. 8. Direktive 2000/43/EZ, čl. 10. Direktive 2000/78/EZ, čl. 9. Direktive

* Dr. sc. Željko Potočnjak, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Dr. sc. Ivana Grgurev, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

*** Andrea Grgić, mag. iur., asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

2004/113/EZ i čl. 19. Direktive 2006/54/EZ)¹ kao i naše nacionalno zakonodavstvo (čl. 20., st. 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije i čl. 30., st. 4. Zakona o ravnopravnosti spolova)² predviđaju da se u slučaju utvrđenja *prima facie*³ diskriminacije tužitelja teret dokazivanja prebacuje na tuženog.⁴ To odstupanje

¹ Direktiva Vijeća 2000/43/EZ od 29. lipnja 2000. o implementaciji načela jednakog postupanja između osoba neovisno o rasnom ili etničkom podrijetlu (*Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*), Official Journal L 180, 19. 7. 2000., (dalje u tekstu: Direktiva 2000/43/EZ); Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenog 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje u području zapošljavanja i rada (*Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*), Official Journal L 303, 2. 12. 2000., (dalje u tekstu: Direktiva 2000/78/EZ); Direktiva Vijeća 2004/113/EZ od 13. prosinca 2004. o implementaciji načela jednakog postupanja između muškaraca i žena u pristupu i nabavi roba i usluga (*Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services*), Official Journal L 373, 21. 12. 2004., (dalje u tekstu: Direktiva 2004/113/EZ); Direktiva 2006/54/EZ od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i ravnopravnosti muškaraca i žena u području zapošljavanja i rada (preinačena) (*Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 7 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)*), Official Journal L 204, 26. 7. 2006., (dalje u tekstu: Direktiva 2006/54/EZ).

² Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/08, 112/12, dalje u tekstu: ZSD); Zakon o ravnopravnosti spolova (Narodne novine, br. 82/08, dalje u tekstu: ZRS). Iako su oba propisa donesena gotovo istodobno, sadrže različitu dikciju pri definiranju tereta dokazivanja. Dok ZSD obvezuje tužitelja da učini vjerojatnim da je došlo do diskriminacije, ZRS ga obvezuje da iznese činjenice koje opravdavaju sumnju da je došlo do diskriminacijskog postupanja. Izražavamo žaljenje što se pri donošenju propisa ne vodi računa o potencijalno različitim tumačenjima analognih situacija i, posljedično, pravnoj nesigurnosti. O tim odredbama detaljnije dalje u tekstu.

³ O sadržaju sintagme *prima facie* u povijesnom razvoju v. Herlitz, G. N, *The meaning of the term prima facie*, Louisiana Law Review, vol. 55, br. 2, 1994., str. 391 sqq.

⁴ Navedeno se odnosi samo na parnični i upravni postupak (kada državni službenik traži zaštitu od diskriminacije), a ne i na prekršajni i kazneni postupak. Naime, čl. 20., st. 2. ZSD-a, jednako kao i odgovarajuće odredbe antidiskriminacijskih direktiva, predviđa da u prekršajnom i kaznenom antidiskriminacijskom postupku ne dolazi do prebacivanja tereta dokazivanja na tuženog zbog dokazivanja *prima facie* diskriminacije. Presumpcija nevinosti bila bi ugrožena prebacivanjem tereta dokazivanja na tuženog u kaznenim postupcima. Pritom treba imati u vidu da je u predmetu *Nachova protiv Bugarske* iz 2005. godine koji je bio vođen povodom povrede čl. 2. (pravo na život) u vezi s čl. 14. (zabrana diskriminacije) Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Eu-

od pravila o teretu dokazivanja prema kojem je na tužitelju teret dokazivanja izvjesnosti činjenica⁵ olakšava položaj tužitelja, žrtve diskriminacije. Međutim, u praksi se pokazalo kako ni tako olakšan položaj nije lak. Naime, često je teško učiniti vjerojatnim da su ostvarene pretpostavke za prebacivanje tereta dokazivanja (dokazati postojanje *prima facie* diskriminacije). S obzirom da se diskriminacija relativno često javlja u radnim odnosima, u tom je kontekstu bitno istaknuti da je poslodavac taj koji raspolaže podacima. Primjerice, poslodavac zna koje su kvalifikacije njegovih radnika, raspolaže podacima o plaćama radnika kao i o njihovu članstvu u sindikatu. Slično Fredman ističe kako je teško dokazati izravnu diskriminaciju jer su relevantne činjenice u rukama tuženog dok je dokazivanje neizravne diskriminacije otežano jer zahtijeva, u pravilu, složene statističke podatke.⁶

U tom smislu u antidiskriminacijskim sporovima postavlja se pitanje može li diskriminirana osoba, odnosno ona koja tvrdi da je diskriminirana zahtijevati i dobiti od tuženika, osobe za koju tvrdi da ju je diskriminirala podatke koji su tužitelju nužni za dokazivanje *prima facie* diskriminacije i tako poboljšati svoj položaj u tom sporu. Praksa Suda Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU-a), osobito u predmetima *Kelly* i *Meister*, zanimljiva je jer daje određene odgovore na navedena pitanja.⁷ Autori u radu kritičkom analizom prakse Suda EU-a prikazuju razvoj tereta dokazivanja u pravu EU-a i upućuju na dobru praksu država članica EU-a pri utvrđivanju *prima facie* diskriminacije kako bi našem zakonodavcu i praksi sugerirali unapređenje nacionalnog zakonodavstva i prakse. Razmatranje tih pitanja nastavak su dugogodišnje ugodne suradnje autora s prof. dr. sc. Mihajlom Dikom na nekoliko projekta, uglavnom iz područja antidiskriminacijskog prava.

ropski sud za zaštitu ljudskih prava prebacio na državu teret dokazivanja da je provedena učinkovita istraga mogućih rasističkih motiva ubojstva Roma. *Nachova protiv Bugarske* (zahtjevi br. 43577/98 i 43579/98), presuda od 6. srpnja 2005. Više Houtzager, D., *Changing Perspectives: Shifting the burden of proof in racial equality cases*, Brussels, 2006., str. 13.

⁵ Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 480.

⁶ Fredman, S., *Discrimination Law*, 2. izdanje, New York, 2011., str. 283.

⁷ C-104/10, *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* (2011.), ECR I-000; C-415/10, *Galina Meister v. Speech Design GmbH* (2012.), ECR I-000.

2. TERET DOKAZIVANJA U ANTIDISKRIMINACIJSKIM PARNICAMA

Sud utvrđuje činjenice radi primjene prava. Pritom pravila o teretu dokazivanja odgovaraju na dva bitna pitanja. Prvo, tko je nositelj tereta dokazivanja, tj. tko je dužan podastrijeti dokaze o činjenicama o kojima ovisi primjena prava i, drugo, koji je stupanj uvjerenosti pri ocjeni dokaza potreban da bi se kod suda stvorila svijest o postojanju činjenice koja se dokazuje.⁸ U pravnoj teoriji i praksi postoji konsenzus da je u građanskim antidiskriminacijskim postupcima tužitelj nositelj tereta dokazivanja⁹, on je dužan (ako želi uspjeti u sporu) opisati činjenično stanje koje prema njegovu shvaćanju predstavlja diskriminaciju i podnijeti dokaze kojima se te činjenice utvrđuju. Pored toga, danas je široko prihvaćeno da je tužitelj dužan dokazati činjenice o kojima ovisi primjena antidiskriminacijskog propisa do stupnja vjerojatnosti (niži stupanj uvjerenja).¹⁰ To je iznimka od općeg pravila građanskih postupaka prema kojem se činjenice o kojima ovisi primjena prava utvrđuju sa stupnjem izvjesnosti (viši stupanj uvjerenja). Obrazlaže se shvaćanjem da je diskriminaciju kao društveno nepoželjno ponašanje koje vrijeđa ljudsko dostojanstvo i osobnu autonomiju¹¹ teško dokazati s visokim stupnjem uvjerenja te da njeno dokazivanje katkad zahtijeva izdašna financijska sredstva.¹² Kako te zapreke u dokazivanju ne bi odvrćale žrtve diskriminacije od pokretanja antidiskriminacijskih postupaka, tj. kako bi antidiskriminacijsko pravo pružalo učinkovitu zaštitu žrtvama diskriminacije, pravilo o teretu dokazivanja je modificirano tzv. *prima facie* pravilom. Prema tom pravilu teret dokazivanja se prebacuje na tuženika već onda kada

⁸ Belton, R., *Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of Procedural Justice*, Vanderbilt Law Review, vol. 34, br. 5, 1981., str. 1207 sqq.

⁹ Vidjeti, primjerice, Belton, *ibid.*, str. 1213; Dika, M., *Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima*, u: Crnić, I. et al., *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Zagreb, 2011., str. 84 sqq.; Grgurev, I., *Zabrana diskriminacije u radnom pravu*, doktorska disertacija, Zagreb, 2006., str. 143; Uzelac, A., *Postupak pred sudom*, u: Šimonović Einwalter, T. (ur.), *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, Zagreb, 2009., str. 101. Za sudsku praksu vidjeti osobito C-196/02, *Vasiliki Nikloundi v. Organismos Tilepikinonion Ellados AE* (2005.), ECR I-01789.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura u predmetu C-303/06, *Coleman v. Attridge Law and Steve Law* (2008.), ECR I- 5603., § 8 i 9.

¹² Grgurev, *op. cit.* u bilj. 9, str. 143; Rodin, S., *Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije*, u: Šimonović Einwalter, Tena (ur.), *op. cit.* u bilj. 9., str. 109.

je tužitelj kao nositelj tereta dokazivanja učinio vjerojatnim da je do diskriminacije došlo. Ono je sadržano u čl. 8. Direktive 2000/43/EZ, čl. 10. Direktive 2000/78/EZ, čl. 9. Direktive 2004/113/EZ i čl. 19. Direktive 2006/54/EZ i prihvaćeno je u praksi Europskog suda za ljudska prava (predmet *D. H. protiv Češke*).¹³ U našem antidiskriminacijskom pravu sadržano je u čl. 20. ZSD-a i čl. 30., st. 4. ZRS-a. Riječ je o pravnom standardu koji je preuzet iz anglosaskog pravnog kruga i dio je *common law* tradicije¹⁴, a koji u hrvatskom pravu i praksi zapravo nije poznat i primjenjivan.¹⁵ Dika, pojašnjavajući pojam *prima facie* diskriminacije, drži da je riječ o “formiranju suda o postojanju diskriminacije na temelju nekog tipičnog razvitka događanja koje, prema pravilima iskustva

¹³ Kako praksa Europskog suda za ljudska prava u području tereta dokazivanja u antidiskriminacijskim postupcima kaska u razvoju za praksom Suda EU-a, ovdje joj nećemo posvetiti veću pozornost. Ističemo kako Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ne sadrži odredbu o načinu na koji je raspoređen teret dokazivanja između podnositelja zahtjeva pred Europskim sudom za ljudska prava i države u postupcima koji se vode povodom diskriminacije pa se pravila o teretu dokazivanja razvijaju isključivo u praksi tog suda vezanoj uz čl. 14. Konvencije. Na podnositelju prijedloga je teret dokazivanja da se prema njemu postupalo nejednako u odnosu na drugu osobu u usporedivoj situaciji bez razumnog i objektivnog opravdanja. Tada se teret dokazivanja prebacuje na državu koja je dužna, kako bi se oslobodila odgovornosti za povredu čl. 14., dokazati da se prema podnositelju prijedloga nije postupalo nejednako u odnosu na drugu osobu u usporedivoj situaciji ili da za nejednako postupanje postoji razumno i objektivno opravdanje. Nakon što teret dokazivanja prijeđe na državu, u slučajevima diskriminacije na temelju spola, rase i spolne orijentacije potrebni su “vrlo važni razlozi” kako bi država mogla opravdati nejednako postupanje. Međutim, prije no što Sud započne razmatrati postojanje “vrlo važnih razloga” na strani države, potrebno je da podnositelj prijedloga dokaže postojanje diskriminacije do određenog stupnja uvjerljivosti. Tradicionalno, podnositelj prijedloga je bio dužan dokazati postojanje diskriminacije “bez razumne sumnje”. Međutim, u predmetu *D. H. protiv Češke* iz 2007. Europski sud za ljudska prava je po uzoru na pravnu stečevinu Europske unije prihvatio da se teret dokazivanja prebacuje na državu u slučaju kada podnositelj prijedloga iznese dokaze iz kojih se može zaključiti postojanje *prima facie* neizravne diskriminacije. To jasno upućuje na otvorenost Suda prema snižavanju standarda dokazivanja kod povreda iz čl. 14. Konvencije. *D. H. protiv Češke* (zahtjev br. 57325/00), presuda od 13. studenog 2007. Više o teretu dokazivanja u postupcima pred Europskim sudom za ljudska prava u: Mjöll Arnardóttir, O., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, the Hague, 2003.; Edel, F., *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Strassbourg, 2010. Vidjeti i Grgurev, *op. cit.* u bilj. 9, str. 16 - 19.

¹⁴ Usp. Uzelac, A., *Teret dokazivanja*, Zagreb, 2003., str. 285.

¹⁵ Dika, *op. cit.* u bilj. 9, str. 83 - 84.

[životnog i onog pravne zajednice], upućuje na kauzalnu vezu s diskriminacijskim ponašanjem ili na odgovornosti za takvo ponašanje”.¹⁶

Da sažmemo, sud se mora uvjeriti da postoji izvjesnost o egzistenciji i sadržaju određene činjenice, odnosno o tome da je nema¹⁷, osim ako se materijal-nopravni propis zadovoljava vjerojatnošću kao što je to slučaj s odredbom čl. 20., st. 1. ZSD-a, čl. 30., st. 4. ZRS-a i gore navedenim analognim odredbama antidiskriminacijskih direktiva, a po uzoru na koje su ti članci uneseni u naše nacionalno zakonodavstvo.

3. RAZVOJ PRAVILA O TERETU DOKAZIVANJA U PRAVU EU-A I NJEGOV UTJECAJ NA NAŠE NACIONALNO PRAVO

3.1. Odredbe antidiskriminacijskih direktiva i njihov utjecaj na naše nacionalno zakonodavstvo

Čl. 8. Direktive 2000/43/EZ, čl. 10. Direktive 2000/78/EZ, čl. 9. Direktive 2004/113/EZ i čl. 19. Direktive 2006/54/EZ zahtijevaju raspoređivanje tereta dokazivanja između stranaka u sporu na sljedeći način: “Države članice obvezne su poduzeti mjere koje su nužne u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom kako bi osigurale da, ako osobe koje se smatraju diskriminiranim, podastru sudu ili drugom nadležnom tijelu činjenice iz kojih se može pretpostaviti postojanje izravne ili neizravne diskriminacije, tada je na tužniku da dokaže da nije povrijeđeno načelo ravnopravnosti.” Mislimo da naše nacionalno zakonodavstvo (sintagmom “učiniti vjerojatnim” iz čl. 20., st. 1. ZSD-a te sintagmom “dužna je iznijeti činjenice koje opravdavaju sumnju da je došlo do diskriminacijskog postupanja” iz čl. 30., st. 4. ZRS-a) ne stavlja strože zahtjeve i veći teret na tužitelja u antidiskriminacijskim parnicama nego što to čine citirane antidiskriminacijske direktive (sintagmom “podastrijeti činjenice iz kojih se može pretpostaviti”) usprkos različitoj dikciji.¹⁸ Držimo kako su

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ “Kad je uvjerenje suda o relevantnoj činjenici takvo da isključuje svaku razumnu sumnju u njegovu pravilnost i istinitost, uzima se da je određena teza potpuno dokazana, da postoji izvjesnost o egzistenciji i sadržaju određene činjenice odnosno o tome da je nema.” Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 5, str. 480.

¹⁸ “Dovoljno je da se utvrdi stanovita mogućnost da se ustanovljenje suda podudara sa stvarnošću: da sud dođe do uvjerenja da je vjerojatno da određene činjenice postoje ili

citirane odredbe ZSD-a i ZRS-a u sadržajnom smislu istovjetne usporedivim odredbama (na temelju kojih su unesene u naše nacionalno zakonodavstvo) citiranih direktiva. Međutim, smatramo da odredba čl. 20., st. 1. ZSD-a koristi sintagmu prihvaćenu u našem pravnom sustavu, a odredba čl. 30., st. 4. ZRS-a koristi sintagmu koja je nepoznata u našem građanskom postupovnom pravu.¹⁹

3.2. Praksa Suda EU-a o teretu dokazivanja

Odredbe jedne antidiskriminacijske direktive ne mogu se promatrati izolirano od razvoja u pravnom pristupu ostalim antidiskriminacijskim direktivama.²⁰ Kako je najprije razvoj krenuo od zabrane diskriminacije na temelju spola, a tek kasnije i po ostalim zabranjenim osnovama, treba imati u vidu ustanovljenu praksu Suda EU-a u tom području i analogno je primijeniti u predmetima diskriminacije po ostalim zabranjenim osnovama. Dosad se praksa Suda EU-a uglavnom određivala o teretu dokazivanja glede neizravne diskriminacije i uvažavala statističke dokaze.

3.2.1. Statistički podaci u funkciji dokazivanja prima facie diskriminacije

U razvoju antidiskriminacijskog prava EU-a veliku ulogu odigrala je odredba čl. 119., st. 1. Ugovora o europskoj ekonomskoj zajednici²¹ (prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora o izmjeni Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o uspostavi Europske zajednice to je bio 141., st. 1. Ugovora o Europskoj zajednici, a danas je to članak 157., st. 1. Ugovora o funkcioniranju Europske

da ne postoje – da ima više argumenata koje govore u prilog uvjerenju o postojanju relevantnih činjenica nego onih koji govore protiv.” *Ibid.*, str. 481.

¹⁹ Unesena je u ZRS po uzoru na čl. 2d koji je od 2003. godine bio dio Zakona o radu iz 1995. godine.

²⁰ Slično Houtzager, *op. cit.* u bilj. 4, str. 8.

²¹ Ugovor o uspostavljanju Europske ekonomske zajednice (*Treaty establishing European Economic Community*).

unije)²² o načelu jednake plaće za muškarce i žene.²³ Premda prvotno mišljena kao odredba koja ima ostvariti samo ekonomske ciljeve, proaktivno tumačenje Suda EU-a priskrbilo joj je i socijalnu svrhu te je učinilo načelo jednake plaće temeljnim načelom prava EU-a.²⁴ Istovremeno s donošenjem prvih direktiva koje su zabranjivale diskriminaciju na temelju spola u području rada i socijalne sigurnosti²⁵ Sud EU-a je čl. 157., prvo u kontekstu izravne diskriminacije,

²² Lisabonski ugovor o izmjeni Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o uspostavljanju Europske zajednice (*Treaty of Lisbon amending the Treaty establishing the European Community*), Official Journal C 306, 17. 12. 2007.; Official Journal C 83, 30. 3. 2010. (konsolidirana verzija); Ugovor o uspostavljanju Europske zajednice (*Treaty establishing the European Community*), Official Journal C 325, 24. 12. 2002. (konsolidirana verzija), (dalje u tekstu: Ugovor o EZ-u).

²³ Danas čl. 157., st. 1. u prijevodu autora glasi: "Svaka država članica osigurat će primjenu načela jednake plaće radnicima muškog i ženskog spola za jednak rad ili rad jednake vrijednosti."

²⁴ C-149/77, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne III)*. (1978.), ECR, 1365.

²⁵ Direktiva Vijeća 75/117/EEZ od 10. veljače 1975. o približavanju prava država članica u pogledu primjene načela jednake plaće za muškarce i žene (*Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women*), Official Journal L 45, 19. 2. 1975., (dalje u tekstu: Direktiva 75/117/EEZ); Direktiva Vijeća 76/207/EZ o implementaciji načela jednakog postupanja za muškarce i žene glede zapošljavanja, stručnog usavršavanja i napredovanja te uvjeta rada (*Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and working conditions*), Official Journal L 39, 14. 2. 1976., izmijenjena Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2002/73/EC, Official Journal L 269, 5. 10. 2002., (dalje u tekstu: Direktiva 76/207/EZ); Direktiva Vijeća 79/7/EEZ od 19. prosinca 1978. o progresivnoj primjeni načela jednakog postupanja u području socijalne sigurnosti (*Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment in matters of social security*), Official Journal L 6, 10. 1. 1979., (dalje u tekstu: Direktiva 79/7/EEZ); Direktiva Vijeća 86/378/EEZ od 24. srpnja 1986. o implementaciji načela jednakog postupanja između muškaraca i žena u strukovnim sustavima socijalne sigurnosti (*Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes*, Official Journal L 225, 12. 8. 1986., izmijenjena i dopunjena Direktivom 96/97/EZ, Official Journal L 046, 17. 2. 1997., (dalje u tekstu: Direktiva 86/378/EEZ); Direktiva Vijeća 86/613/EEZ od 11. prosinca 1986. o primjeni načela jednakog postupanja između muškaraca i žena angažiranim u samozaposlenim aktivnostima, uključujući i poljoprivredu i o zaštiti samozaposlenih žena za vrijeme trudnoće i majčinstva (*Council*

podario izravan učinak.²⁶ Desetljeće kasnije u presudi *Bilka*²⁷ utemeljio je, objasnio i u njega ugradio koncepciju neizravne diskriminacije. Kako neizravna diskriminacija stavlja naglasak na diskriminatoran učinak naizgled neutralna postupanja koji je prikladno dokazivati statističkim podacima, time je Sud EU-a prihvatio statističke podatke kao dokaz u prilog postojanja diskriminacije. Za mnoge države članice EU-a, s iznimkom Ujedinjenog Kraljevstva, to je u ono vrijeme bila “revolucionarna novost”.²⁸ Stoga ni ne čudi da su se prvi slučajevi u kojima se pojavljivalo pitanje tereta dokazivanja javljali upravo u kontekstu neizravne diskriminacije na temelju spola u odnosu na plaću na koju se, u nedostatku drugih podataka, upućivalo statističkim podacima. U nastavku pojašnjavamo kako je potreba Suda EU-a da osigura učinkovito ostvarivanje načela ravnopravnosti spolova izravno utjecala na oblikovanje pravila o prebacivanju tereta dokazivanja.

U predmetu *Danfoss* bio je sporan način određivanja plaća poslodavca *Danfoss A/S*.²⁹ Osnovna plaća bila je jednaka za muškarce i žene, a povećana je plaća bila obračunavana na temelju kriterija mobilnosti, obrazovanja i senioriteta. Obračun povećanja plaće je, međutim, bio netransparentan jer nije postojalo objašnjenje za razliku u plaći između žena i muškaraca koji su obavljali isti posao. Danski sindikat je tvrdio da takav način određivanja plaća predstavlja povredu Direktive 75/117 o jednakoj plaći za muškarce i žene jer neizravno diskriminira radnice. Kao dokaz u prilog svojih tvrdnja podnio je statističke podatke za 157 radnika iz kojih je proizlazilo da je prosječna plaća isplaćena muškarcima u vremenu od 1982. do 1986. godine bila 6,85% veća nego ona isplaćena ženama. Sud EU-a je u svom odgovoru krenuo od potrebe osiguranja učinkovitosti načela o jednakoj plaći za muškarce i žene. Netransparentan način

Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, Official Journal L 359, 19. 12. 1986., izmijenjena Direktivom 2010/41/EU, Official Journal L 180, 15. 7. 2010., (dalje u tekstu: Direktiva 86/613/EEZ).

²⁶ C-43/75, *op. cit.* u bilj. 24.

²⁷ C-170/84, *Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* (1986.), ECR, 1607.

²⁸ Prechal, S., *Equality of treatment, non-discrimination and social policy: Achievements in three themes*, *Common Market Law Review*, vol. 41, br. 2, 2004., str. 534 – 537.

²⁹ C-109/88, *Handels-og Kontorfunktionaererernes Forbund I Danmark (Hertz) v. Dansk Arbejdsgiverforening* (1990.), ECR, I-3979.

obračuna ugrozio bi učinkovito ostvarivanje tog načela ako već na temelju iznesenih statističkih podataka ne bi bilo moguće prebaciti teret dokazivanja na poslodavca. Konačno, Sud EU-a je presudio da je u situaciji netransparentnog načina određivanja plaća, nakon što radnica dokaže u odnosu na relativno visok broj radnika nižu prosječnu plaću za žene nego za muškarce, teret dokazivanja na poslodavcu.

U presudi *Danfoss* veliku ulogu u prebacivanju tereta dokazivanja odigrali su dokazi o netransparentnosti poslodavčeve politike plaća i velik uzorak na kojem je bila provedena statistička analiza. Presuda u predmetu *Enderby* pokazala je da je prebacivanje tereta dokazivanja moguće i kada je način određivanja plaća transparentan ako je razlika u plaći znatna.³⁰ U tom predmetu su, na temelju britanskog kolektivnog ugovora u djelatnosti zdravstva, logopedi bili plaćani bitno manje (oko 40%) od kliničkih psihologa i farmaceuta. Na prvospomenutim radnim mjestima bile su većinom zaposlene žene dok su na drugospomenutim radnim mjestima većinom bili zaposleni muškarci. Nakon što je utvrdio da rad na tim radnim mjestima predstavlja rad jednake vrijednosti, Sud EU-a je naglasio da je teret dokazivanja na tužiteljici. Ona je dužna iznijeti činjenice o postojanju diskriminacije i podnijeti dokaze u prilog svojih tvrdnja. Zatim je utvrdio da je način određivanja plaća bio transparentan i da nije bilo dokaza o diskriminirajućem postupanju. Neovisno o tome, pozivajući se ponovno na potrebu osiguranja učinkovitosti načela o jednakoj plaći, Sud EU-a je zaključio da je u toj situaciji dovoljno dokazano postojanje *prima facie* diskriminacije na temelju spola jer su statistički podaci upućivali na to da je plaća logopeda bila znatno niža od plaće farmaceuta i jer su na prvim radnim mjestima radile gotovo isključivo žene, a na drugim pretežno muškarci. Sud EU-a je ostavio nacionalnom sudu procjenu vjerodostojnosti statističkih podataka ističući pritom kako je potrebno uzeti u obzir obuhvaćaju li dovoljan broj osoba te je li riječ o slučajnoj i kratkotrajnoj pojavi ili pak upućuju na problem.

Predmet *Enderby* pokazuje da do prebacivanja tereta dokazivanja dolazi i onda kada tužitelji raspoložu podacima, kada su kriteriji jasni i kada nema dokaza o namjeri ili motivu diskriminiranja kod tuženika.³¹ U slučajevima koji su

³⁰ C-127/92, *Enderby v. Frenchay Health Authority* (1993.), ECR, I- 5535.

³¹ Nadovezujući se na ranije citirano stajalište profesora Dike kako bi kod *prima facie* doka-za sudac trebao primjenjivati svoje životno iskustvo i pravila iskustva pravne zajednice, zanimljivo je pripomenuti da je 2006. godine predsjednik Žalbenog suda za radne sporo-ve Ujedinjenog Kraljevstva (*Employment Appeal Tribunal*) izjavio da je najvjerojatnije obrazloženje za razlike u plaći iz predmeta *Enderby* povijesni spolni stereotip. Kako su

slijedili Sud EU-a je potvrdio kriterije za prebacivanje tereta dokazivanja iz predmeta *Danfoss* i *Enderby* dodatno navodeći da razlike u plaći između muškaraca i žena mogu biti opravdane samo objektivnim kriterijima koji nisu povezani s diskriminacijom na temelju spola i da prilikom isticanja objektivnih opravdanja nije dovoljno navoditi samo ekonomske razloge. Ako su poslodavčevi kriteriji netransparentni, ako su zasnovani na generalizacijama o pojedinim kategorijama radnika ili ako ne nude objašnjenja koja bi izlazila iz čisto ekonomskih okvira, poslodavci će teško prebaciti teret dokazivanja na tužitelja.³²

3.2.2. Unošenje pravila o prima facie diskriminaciji u direktive

Proaktivno djelovanje Suda EU-a koincidiralo je s ubrzanim razvojem nadležnosti Europske unije u posljednjem desetljeću prošlog i prvom desetljeću ovog stoljeća. To se reflektiralo i na razvoj pravila o teretu dokazivanja u antidiskriminacijskim sporovima. Najprije je 1997. godine donesena Direktiva 97/80/EZ o teretu dokazivanja³³ koja je kodificirala do tada stvorenu praksu u području zabrane spolne diskriminacije. Zatim je iste godine Amsterdamskim ugovorom³⁴ u Ugovor o EZ-u unesena i vrlo važna odredba čl. 13. koja je omo-

žene povijesno odabirale zanimanje logopeda, a muškarci druga dva zanimanja, za radno mjesto logopeda se u postupku kolektivnog pregovaranja ugovarala plaća koja je bila shvaćena kao prikladna ženska plaća. V. Galbratih-Marten, J., *Shifting the Burden of Proof and Access to Evidence*, Seminar on the Burden of Proof, lipanj 2007.; preuzeto iz: Rorive, I., *Proving discrimination Cases - the Role of Situation Testing*, 2009., str. 22.

³² V., primjerice, C-167/97, *Regina v. Secretar of State for Employment, ex parte Nicole Seymour Smith and Laura Perez* (1999.), ECR, I-00623; C-4/02, *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* i C-5/02, *Silvia Becker v. Land Hessen* (2003.), ECR, I-12575; C-256/01, *Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services trading as Protocol Professional and Secretary of State for Education and Employment* (2004.), ECR, I – 00873.

³³ Direktiva Vijeća 97/80/EZ od 15. prosinca 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na temelju spola (*Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex*), Official Journal L 14, 20. 1. 1998., izmijenjena i dopunjena Direktivom 98/52/EZ, Official Journal, L 205, 22. 7. 1998., (dalje u tekstu: Direktiva 97/80/EZ).

³⁴ Amsterdamski ugovor o izmjeni Ugovora o Europskoj uniji, Ugovora o uspostavljanju Europskih zajednica i s njima povezanih akata (*Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and related acts*), Official Journal C 340, 10. 11. 1997.

gućila Zajednici poduzimanje mjera za suzbijanje diskriminacije na temelju spola, rase, etničkog podrijetla, vjere, uvjerenja, invaliditeta, dobi i spolne orijentacije. Na temelju te odredbe 2000. godine donesene su dvije direktive: Direktiva 2000/43/EZ o načelu jednakog postupanja neovisno o rasi i etničkom podrijetlu³⁵ i tzv. "Okvirna" direktiva 2000/78/EZ koja načelo jednakog postupanja u području zapošljavanja i zvanja širi na preostale temelje spomenute u čl. 13. Ugovora o EZ-u.³⁶ Godine 2002. Direktivom 2002/73/EZ³⁷ izmijenjena je i nadopunjena Direktiva 76/207/EEZ uglavnom s ciljem da se pravno uređenje zabrane spolne diskriminacije uskladi sa spomenutim pravnim uređenjem zabrane diskriminacije po drugim osnovama.³⁸ Godine 2004. donesena je prva direktiva koja načelo jednakog postupanja u pogledu spola širi izvan područja radnih odnosa. Riječ je o Direktivi 2004/113/EZ o načelu jednakog postupanja pri pristupu dobrima i uslugama koja je prvenstveno usmjerena na područje osiguranja, a izričito isključuje iz materijalne primjene obrazovanje, medije, oglašavanje, zapošljavanje i samozapošljavanje.³⁹ Ona također sadrži odredbu o teretu dokazivanja. Konačno, 2006. godine Direktivom 2006/54/EZ o načelu jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u području zapošljavanja i odabira zvanja⁴⁰, radi pravne sigurnosti četiri direktive koje se odnose na zabra-

³⁵ Direktiva 2000/43/EZ. Ta se Direktiva primjenjuje na područje rada socijalne sigurnosti, obrazovanja, stanovanja te pristupa dobrima i uslugama.

³⁶ Direktiva 2000/78/EZ. Osim što sadrže pravilo o teretu dokazivanja po uzoru na Direktivu 97/80/EZ, Direktive 2000/43/EZ i 2000/78/EZ u antidiskriminacijsko su pravo EU-a unijele pojmove kao što su uznemiravanje, spolno uznemiravanje, poticanje na diskriminaciju, pozitivne mjere i razumna prilagodba za osobe s invaliditetom.

³⁷ *Op. cit.* u bilj. 25.

³⁸ Više o tome u: *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions*, COM (2000) 334.

³⁹ Direktiva 2004/113/EZ. Izvjesno je da će se u budućnosti zabrana diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja, invalidnosti, dobi ili spolne orijentacije proširiti na područje socijalne zaštite (što uključuje socijalno osiguranje, zdravstvenu skrb), socijalne pogodnosti, obrazovanje, pristup dobrima i uslugama koje su javno dostupne te stanovanje. V. *Proposal for a Council Directive on implementation of the principle of equal treatment between persons irrespective of religion, belief, disability, age or sexual orientation* (COM/2008/0426final – CNS 2008/0140).

⁴⁰ Direktiva 2006/54/EZ.

nu diskriminacije na temelju spola⁴¹ konsolidirane su u jedan pravni dokument koji je noveliran u svjetlu razvoja sudske prakse Suda EU-a.

Direktive 2000/43/EZ, 2000/78/EZ, 2004/113/EZ i 2006/54/EZ o teretu dokazivanja određuju da su nacionalni sudovi ti koji utvrđuju činjenice o kojima ovisi postojanje diskriminacije u skladu s pravilima ili praksom nacionalnog prava. Međutim, države članice trebaju oblikovati pravila o teretu dokazivanja tako da, kada “osobe koje se smatraju diskriminiranim podastru sudu ili drugom nadležnom tijelu činjenice iz kojih se može pretpostaviti postojanje izravne ili neizravne diskriminacije, tada je na tuženiku da dokaže da nije povrijeđeno načelo ravnopravnosti.”⁴² To pravilo o teretu dokazivanja predstavlja minimalni standard koji države članice EU-a moraju unijeti u svoje pravne poretke⁴³, s iznimkom kaznenih (i prekršajnih) postupaka.⁴⁴ One su u tom smislu slobodne urediti pravila o dokazivanju koja bi bila još povoljnija za tužitelje. Pored toga, mogu predvidjeti dokazivanje diskriminacije na svaki način, uključujući i statističke podatke. To osobito vrijedi za slučaj neizravne diskriminacije iako nije ograničeno samo na taj oblik nejednakog postupanja.⁴⁵

Pravilo o *prima facie* teretu dokazivanja primjenjuje se u dvjema fazama. U prvoj fazi tužitelj mora u dovoljnoj mjeri dokazati postojanje činjenica iz kojih se može pretpostaviti postojanje diskriminacije.⁴⁶ Dovoljno je da se iz sudu podastrijetih dokaza može pretpostaviti postojanje diskriminacije. Nije potrebno da se donese konačan zaključak o postojanju diskriminacije.⁴⁷ Međutim, nije dostatno da tužitelj navede kako je uvjeren da je diskriminiran nego to treba dokaznim sredstvima učiniti vjerojatnim kako bi se teret dokazivanja prebacio na tuženika. Nakon što tužitelj *prima facie* dokaže postojanje diskriminacije,

⁴¹ Direktiva 75/117/EEZ, Direktiva 76/207/EEZ, izmijenjena i dopunjena Direktivom 2002/73/EZ, Direktiva 97/80/EZ, izmijenjena i dopunjena Direktivom 98/52/EZ i Direktiva 86/378/EEZ, izmijenjena i dopunjena Direktivom 96/97/EZ. Ta konsolidirana Direktiva stupila je na snagu 15. kolovoza 2009. godine.

⁴² Čl. 8., st. 1. Direktive 2000/43/EZ; čl. 10., st. 1. Direktive 2000/78/EZ; čl. 9., st. 1. Direktive 2004/113/EZ i čl. 19., st. 1. Direktive 2006/54/EZ.

⁴³ Spomenute direktive su direktive minimalnih zahtjeva. V. čl. 6. i čl. 8., st. 2. Direktive 2000/43/EZ; čl. 8. i čl. 10., st. 2. Direktive 2000/78/EZ; čl. 7. i čl. 9., st. 2. Direktive 2004/113/EZ te čl. 19., st. 2. i čl. 27. Direktive 2006/54/EZ.

⁴⁴ Vidjeti čl. 8., st. 3. Direktive 2000/43/EZ; čl. 10., st. 3. Direktive 2000/78/EZ; čl. 9., st. 3 Direktive 2004/113/EZ i čl. 19., st. 5. Direktive 2006/54/EZ.

⁴⁵ Točka 15. preambule Direktive 2000/43/EZ; točka 15. preambule Direktive 2000/78/EZ.

⁴⁶ C-104/10, *op. cit.* u bilj. 7, § 30.

⁴⁷ Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u nepresuđenu slučaju C-394/11, *Belov*, § 88.

prelazi se u drugu fazu utvrđivanja diskriminacije. Tada je teret dokazivanja na tuženiku koji mora dokazati da do diskriminacije nije došlo.⁴⁸ Iz pravila o *prima facie* teretu dokazivanja ne proizlazi da je tuženik taj koji mora dokazati da je tužitelj određene vjere ili uvjerenja, da ima određeni invaliditet, da je određene dobi ili određene spolne orijentacije.⁴⁹

3.2.3. Širenje područja primjene pravila o *prima facie* diskriminaciji

U praksi se postavilo pitanje je li moguće primijeniti *prima facie* pravilo o teretu dokazivanja u situaciji kada je kao u predmetu *Coleman* tužiteljica u radnoj sredini izložena neprijateljskom okruženju i uvredljivim komentarima te je na razne načine izravno stavljana u nepovoljniji položaj u usporedbi s drugim radnicima na temelju rodbinske veze s osobom s invaliditetom.⁵⁰ Problem se sastojao u tome što Direktiva 2000/78/EZ nigdje izričito ne spominje, odnosno ne zabranjuje diskriminaciju na temelju odnosa s osobom s invaliditetom ni ne navodi da se pravilo o *prima facie* teretu dokazivanja ima primjenjivati na uznemiravanje. Pozivajući se ponovno na potrebu osiguravanja učinkovite zaštite načela ravnopravnosti Sud EU-a je prvo podveo pravnu situaciju tužiteljice *Coleman* u doseg Direktive 2000/78/EZ⁵¹ da bi zatim na isti način zaključio da se pravilo o *prima facie* teretu dokazivanja primjenjuje na uznemiravanje.⁵² Treba reći kako se u predmetu *Coleman* Sud EU-a nije izjašnjavao jesu li uvredljivi komentari dovoljni da dokažu *prima facie* izravnu diskriminaciju i uznemiravanje. To je, međutim, ubrzo učinio u predmetu *Feryn*.⁵³ U predmetu *Coleman* to je ostavio na prosudbu nacionalnom sudu. Međutim, činjenica da su komentari bili toliko uvredljivi⁵⁴ bila je dovoljna nezavisnom odvjetniku Maduru da impli-

⁴⁸ C-104/10, *op. cit.* u bilj. 7, § 30.

⁴⁹ Točka 31. preambule Direktive 2000/78/EZ.

⁵⁰ C-303/06, *Coleman v. Attridge Law and Steve Law* (2008.), ECR, I- 5603.

⁵¹ *Ibid.*, § 51.

⁵² *Ibid.*, § 62.

⁵³ C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* (2008.), ECR I- 5187.

⁵⁴ Tužiteljica *Coleman* je navela da je, među ostalim, bila izložena komentaru tuženika “da se koristi svojim ‘jebenim djetetom’ kako bi izmanipulirala promjenu uvjeta rada”. Citirano prema Mišljenju nezavisnog odvjetnika Madura u predmetu C-303/06, *op. cit.* u bilj. 50, § 3.

cira da je tužiteljica bila žrtva diskriminatornog postupanja.⁵⁵ U spomenutom predmetu *Feryn* belgijski je sud zatražio razjašnjenje dvaju pitanja.⁵⁶ Prvo, je li izjava poslodavca putem javnih medija da ne želi zapošljavati imigrante (Marokance) kako bi udovoljio zahtjevu tržišta dovoljan dokaz koji bi prebacio teret dokazivanja na poslodavca.⁵⁷ Drugo, s kojim stupnjem pažnje nacionalni sud mora procjenjivati dokaze poslodavca o nepostojanju diskriminacije.⁵⁸ U smislu drugog pitanja posebno ga je zanimalo predstavljaju li jednostrane izjave poslodavca u medijima da su etničke manjine kod njega dobrodošli radnici, da su sva radna mjesta popunjena i da je poslodavac zaposlio čistačicu iz Tunisa dokaz o nepostojanju diskriminacije. Konačno, zanimalo ga je može li se pretpostavka o postojanju diskriminacije opovrgnuti jedino zapošljavanjem radnika koji pripadaju etničkim manjinama. Odgovor Suda EU-a bio je jasan na prvo pitanje: javno iznesene izjave poslodavca su dovoljne da bi se iz njih pretpostavilo postojanje diskriminacije. U odgovoru na drugo pitanje Sud EU-a bio je suzdržaniji. Istaknuo je da je na tuženiku teret dokazivanja da njegova praksa zapošljavanja radnika nije bila diskriminirajuća i da je nacionalni sud dužan procijeniti je li na temelju dokaza koje poslodavac ističe u prilog svojih tvrdnja dovoljno utvrđeno da načelo ravnopravnosti nije povrijeđeno. Iz odgovora na drugo pitanje dalo bi se zaključiti da Sud EU-a smatra samo nediskriminirajuću praksu relevantnom za prosuđivanje je li postupanje poslodavca bilo diskriminirajuće, a ne i njegove izjave kojima opovrgava diskriminirajuće postupanje. Irelevantnost izjava kojom se diskriminacija opovrgava sasvim je sukladna praksi Suda EU-a prema kojoj namjera ili motivi onog koji diskriminira nisu bitni prilikom utvrđivanja diskriminacije.⁵⁹ Osim toga, sukladna je i

⁵⁵ Mišljenje Nezavisnog odvjetnika Madura u predmetu C-303/06, *ibid.*

⁵⁶ C-54/07, *op. cit.* u bilj. 53, § 18. Bila je riječ o pitanjima 1. i 4. koje je postavio belgijski Arbeidshof te Brussel.

⁵⁷ I naši nacionalni sudovi bavili su se slučajevima diskriminirajućih izjava danim preko javnih medija. V. odluke Vrhovnog suda RH br. Gž 25/11-2 od 28. 2. 2012. i br. Gž 12/11-2 od 18. 4. 2012. U prvonavedenoj presudi Vrhovni sud utvrdio je da je tuženik izjavama kako homoseksualci neće igrati u hrvatskoj nogometnoj reprezentaciji dok je on predsjednik Hrvatskog nogometnog saveza te kako samo zdravi ljudi igraju nogomet diskriminirao homoseksualce. U drugonavedenoj presudi slične izjave nisu, prema shvaćanju istog suda, okarakterizirane kao diskriminacije jer ih je dala osoba koja nije mogla utjecati na izbor igrača koji će igrati u reprezentaciji.

⁵⁸ Bila bi riječ o protudokazu ili dokazu protivnom.

⁵⁹ C-127/92, *op. cit.* u bilj. 30.

ideji da za utvrđenje postojanja diskriminacije nije nužno postojanje stvarne žrtve diskriminacije nego da ona može biti i hipotetska.⁶⁰

Što se tiče stupnja vjerojatnosti s kojom nacionalni sud treba utvrditi činjenice kojima tuženi, navodni diskriminator dokazuje da nije bilo diskriminacije, čini nam se sasvim razumljivim stajalište Suda EU-a da je odlučivanje o tome u nadležnosti nacionalnih sudova. Ono što, međutim, ostaje nedorečeno jest treba li to biti isti ili viši stupanj vjerojatnosti od onoga koji sud mora primijeniti prilikom utvrđivanja činjenica o postojanju *prima facie* diskriminacije. U svrhu razjašnjenja tek donekle može poslužiti mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura u predmetu *Feryn*. On navodi kako prilikom utvrđivanja činjenica koje opovrgavaju diskriminirajuće postupanje nacionalni sud treba primijeniti relevantna pravila nacionalnog procesnog prava uz dva uvjeta: da ona nisu nepovoljnija od pravila koja se primjenjuju na slične domaće sporove (načelo ekvivalencije) i da ona u praksi ne onemogućavaju ili ne otežavaju izvršavanje onih prava koja proistječu iz prava EU-a (načelo učinkovitosti).⁶¹ Može biti da nezavisni odvjetnik Maduro unaprijed ne isključuje mogućnost da to bude isti stupanj vjerojatnosti u odnosu na onaj koji sud mora primijeniti prilikom utvrđivanja činjenica o postojanju diskriminacije u inicijalnoj fazi djelomičnog prebacivanja tereta dokazivanja s tužitelja na tuženika pod uvjetom da osigurava učinkovitu zaštitu načelu ravnopravnosti. S druge strane, čini nam se da bi zahtjev za primjenom istog stupnja uvjerenja bio posve suprotan svrsi *prima facie* pravila o teretu dokazivanja koje je u antidiskriminacijsko pravo EU-a uneseno isključivo radi olakšavanja položaja žrtve, a ne potencijalnog diskriminatora. Stoga, uzimajući u obzir tu odluku Suda EU-a i mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura smatramo da se nacionalni sud prilikom procjene dokaza kojima tuženik opovrgava diskriminaciju ne smije voditi vjerojatnošću kod utvrđivanja činjenica nego izvjesnošću kao općim standardom utvrđivanja činjenica u građanskim postupcima i da prilikom primjene antidiskriminacijskog prava mora dodatno voditi računa o poštivanju načela učinkovitosti prava Unije (u cilju postizanja ravnopravnosti).⁶²

⁶⁰ To je izraženo u sintagmi “postupanj[a]...kojim...bi [osoba] mogla biti stavljena u nepovoljniji položaj” sadržanoj u definiciji izravne diskriminacije u čl. 2., st. 2.(a) Direktive 2000/43/EZ.

⁶¹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura u predmetu C-54/07, *op. cit.* u bilj. 53, § 24.

⁶² Potvrdu za naše stajalište nalazimo i u recentnoj praksi Vrhovnog suda Republike Hrvatske u predmetu Gž 25/11-2 od 28. 2. 2012. “Dakle, prema citiranoj odredbi čl. 20. ZSD stranka koja se poziva na diskriminaciju nije ju dužna dokazati sa stupnjem sigurnosti,

3.2.4. Prevladavanje asimetrije informacija između tužitelja koji ih nema i tuženika koji njima raspolaže

Osiguranje učinkovite primjene načela ravnopravnosti osnažuje primjenu pravila o teretu dokazivanja čak i onda kada su ta pravila ograničena dosega. Navedeno potkrepljuju predmeti *Kelly* i *Meister* u kojima su tužitelji na temelju pravila o teretu dokazivanja smatrali da im tuženici trebaju omogućiti pristup određenim podacima. U slučaju *Kelly* tužitelj Patrick Kelly smatrao je da je bio diskriminiran na temelju spola u pristupu stručnom osposobljavanju jer ga University College u Dublinu nije primio na poslijediplomski studij. U postupku pred sudom zahtijevao je pristup raznovrsnim podacima koje je smatrao bitnim za dokazivanje diskriminacije. Sveučilište mu je dopustilo samo ograničen pristup podacima tvrdeći da ga u pristupu svim traženim podacima sprečavaju irski propisi o zaštiti osobnih podataka. Tužitelj Kelly je, međutim, smatrao da pravo na pristup tim zaštićenim podacima proizlazi iz odredbe o teretu dokazivanja iz čl. 4., st. 1. Direktive 97/80/EZ. S druge strane, u predmetu *Meister* Ruskinja Galina Meister s ruskom diplomom inženjerke koja je bila nostrificirana u Njemačkoj prijavila se na dva natječaja poslodavca Speech Design istog sadržaja za slobodno radno mjesto koji su objavljeni u tisku i na internetu. Bila je riječ o ponovljenu natječaju zbog toga što na temelju prvog nitko nije zaposlen. Galina Meister nikad nije pozvana na razgovor za posao. Oba puta je odbijena bez navođenja razloga. Smatrajući da udovoljava uvjetima za konkretno radno mjesto i da je diskriminirana na osnovi spola, dobi i etničkog porijekla tužila je Speech Design zbog diskriminacije. U postupku pred sudom tražila je da joj se omogući uvid u podatke o osobi koja je zaposlena na radno mjesto za koje je ona aplicirala i o kriterijima koji su korišteni pri zasniavanju radnog odnosa upravo s tom osobom. U obama slučajevima Sud EU-a započeo je odgovor razmatranjem odredaba o teretu dokazivanja iz Direktiva 97/80/EEZ, 2000/43/EZ i 2000/54/EZ. Tekstualnom analizom zaključio je da te odredbe izričito ne ovlašćuju osobe koje smatraju da su diskriminirane “na pristup podacima u svrhu utvrđivanja činjenica iz kojih se može pretpostaviti

već je dovoljno da učini vjerojatnim da je do diskriminacije došlo. Ispunjenjem tog uvjeta, protivna strana (navodni diskriminator) je dužna dokazati da diskriminacije nema. Ukoliko ne dokaže sa stupnjem sigurnosti da diskriminacije nema, ima se smatrati da je pravo na jednako postupanje povrijeđeno.”

da je došlo do izravne ili neizravne diskriminacije”.⁶³ Prema tome, tužitelji Kelly i Meister na temelju njih nisu mogli zahtijevati tražene podatke od tuženika. Nakon toga Sud je razmotrio svrhu tih direktiva. Ponovivši da se ona očituje u učinkovitu ostvarenju načela ravnopravnosti Sud EU-a je u obama predmetima uputio nacionalni sud da ocijeni je li odbijanjem tuženika da preda podatke tužitelju ugroženo postizanje svrhe direktiva i njihova učinkovitost. Zaključivši razmatranje predmeta *Kelly* dodatno je napomenuo irskom sudu da mora povesti računa o europskim propisima koji osiguravaju zaštitu osobnih podataka.

U predmetu *Meister* Sud EU-a je pod utjecajem mišljenja nezavisnog odvjetnika Mengozzija ipak otišao korak dalje. Naime, nezavisni odvjetnik Mengozzi smatrao je kako okolnost što tužitelji nemaju pravo na pristup podacima koji bi omogućili utvrđivanje činjenica o postojanju diskriminacije na temelju odredaba o teretu dokazivanja ne smije onemogućiti tužiteljima, tražiteljima zaposlenja dokazivanje diskriminacije. Ti tužitelji nisu u istom položaju kao tužitelji koji su već zasnovali radni odnos. Oni u potpunosti ovise o dobroj volji poslodavca da im dopusti pristup podacima koji su bitni za utvrđivanje *prima facie* diskriminacije. Neprihvatljivo je obrazloženje njemačkih vlasti da bi tražitelji zaposlenja umjesto od poslodavaca trebali tražiti pristup podacima od radničkih vijeća ili da bi samoinicijativno trebali odlaziti u prostorije poslodavca kako bi promatrali koje sve skupine radnika poslodavac zapošljava. Stavljanje takvih zahtjeva pred tražitelje zaposlenja nerazumno je i dovodi u pitanje kvalitetu prikupljenih podataka. Niti svi poslodavci imaju radnička vijeća niti je moguće podatke o činjenicama koje bi upućivale na diskriminaciju prikupljati samo jednostavnim promatranjem. Imajući u vidu da tražitelji zaposlenja i poslodavci nisu u jednaku položaju glede prikupljanja podataka o činjenicama o kojima ovisi odluka o (ne)postojanju diskriminacije, nezavisni odvjetnik Mengozzi je predložio Sudu da u predmetu *Meister* usvoji nižu razinu dokazanosti (uvjerenja o postojanju) činjenica o kojima ovisi utvrđivanje *prima facie* diskriminacije.⁶⁴ Vodeći se razmišljanjem nezavisnog odvjetnika Mengozzija Sud EU-a je uputio nacionalni sud da prilikom utvrđivanja činjenica o kojima ovisi dokazivanje *prima facie* diskriminacije uzme u obzir sve okolnosti predmetnog slučaja uključujući i to da je poslodavac tužiteljici Meister uskratio pristup svakom traženom podatku, da je ona zadovoljavala sve kriterije obaju oglasa za zaposlenje i da unatoč tome nikada nije bila pozvana na razgovor za posao.

⁶³ C-104/10, *op. cit.* u bilj. 7, § 42 – 47; C-415/10, *op. cit.* u bilj. 7, § 40.

⁶⁴ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Mengozzija u predmetu C-415/10, *Galina Meister v. Speech Design GmbH*, § 34.

Sud EU-a je presudio kako navedene odredbe antidiskriminacijskih direktiva ne ovlašćuju osobu koja traži zaposlenje (a koja udovoljava uvjetima iz oglasa za slobodno radno mjesto i čija je molba odbijena) na pristup informacijama koje upućuju na to hoće li poslodavac zaposliti drugog kandidata. Ipak, Sud EU-a ne isključuje kako poslodavčeva (tuženikova) zabrana pristupa informacijama može biti jedan od čimbenika koje treba uzeti u obzir u kontekstu utvrđivanja činjenica iz kojih se može utvrditi postojanje *prima facie* izravne ili neizravne diskriminacije. Na nacionalnom sudu je da utvrdi je li to slučaj u konkretnom sporu uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja.

Da sažmemo, presudi u predmetu *Meister* prethodilo je mišljenje nezavisnog odvjetnika Mengozzija. On mehanizam tereta dokazivanja iz antidiskriminacijskih direktiva točno tumači: teret dokazivanja za tužitelja je olakšan, ali ne i potpuno prebačen na tuženika.⁶⁵ Nije dostatno da tužitelj navede da je diskriminiran⁶⁶, odnosno optuži tuženika za diskriminaciju nego mora podastrijeti činjenice kojima potkrepljuje svoje navode o mogućoj diskriminaciji. Mislimo kako Sud EU-a u predmetu *Meister* nije revolucionaran u svojim stajalištima nego je potvrdio što znači utvrditi *prima facie* diskriminaciju prema svojoj dosadašnjoj praksi (prvenstveno je potvrdio stajalište izneseno u presudi u predmetu *Kelly*). To znači da nije dostatno da tužitelj navede kako je uvjeren da je diskriminiran nego to treba dokaznim sredstvima učiniti vjerojatnim kako bi se teret dokazivanja prebacio na tuženika. Iako je pristup informacijama kojima raspolaže poslodavac osobito težak za osobu koja traži zaposlenje, a sumnja da je diskriminirana pri zasnivanju radnog odnosa, Sud EU-a smatra kako žrtva diskriminacije nema pravo da joj poslodavac dostavi podatke o kvalifikacijama ostalih kandidata, ali činjenica što je poslodavac odbio dati tražene podatke nije irelevantna. Mislimo kako je u predmetu *Meister* sud napravio korak naprijed u odnosu na svoje stajalište izneseno u presudi u predmetu *Kelly*. Naime, u predmetu *Kelly* Sud EU-a kaže sljedeće: na nacionalnom sudu je da ocijeni je li odbijanjem tuženika da preda podatke tužitelju ugroženo postizanje cilja Direktive⁶⁷ i njena učinkovitost. S druge strane, u predmetu

⁶⁵ *Ibid.*, § 22.

⁶⁶ Našoj praksi je svojstveno da se u tužbi navede da je tužitelj diskriminiran, često i bez navođenja zabranjene osnove diskriminacije po kojoj se smatra diskriminiranim. V. odluku Vrhovnog suda RH br. Revr-338/02-2.

⁶⁷ Riječ je o Direktivi Vijeća 97/80/EZ od 15. prosinca 1997. o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na temelju spola koja je sada dio Direktive 2006/54/EZ od 5. srpnja

Meister Sud EU-a je manje oprezan i konkretniji⁶⁸; odbijanje tuženika da preda podatke može biti jedna od činjenica iz koje se može zaključiti da je došlo do *prima facie* diskriminacije.

4. DOKAZIVANJE *PRIMA FACIE* DISKRIMINACIJE U PRAKSI DRŽAVA ČLANICA EU-A

Praksa nacionalnih sudova u državama članicama EU-a o dokazivanju *prima facie* diskriminacije može biti pozitivan uzor našim sudovima koji o tim pitanjima tek trebaju zauzeti svoja stajališta. To se, među ostalim, odnosi na pitanje kojim se dokaznim sredstvima mogu koristiti tužitelji da bi učinili vjerojatnim da su diskriminirani, osobito na pitanje korištenja svjedoka kao osobnih dokaznih sredstava kojima se mogu dokazati činjenice bitne za utvrđenje (*prima facie*) diskriminacije.⁶⁹ U talijanskoj praksi se kao svjedoci mogu pojavljivati pred sudom i predstavnici tijela državne vlasti čiji iskazi se koriste u svrhu otkrivanja nekonzistentnosti u praksi provođenja službenih politika države.⁷⁰ U mađarskoj praksi uobičajeno je korištenje vještaka koji stručnim znanjima u slučajevima jednakosti plaća daju mišljenje o tome mogu li se određeni poslovi smatrati poslovima na kojima se obavlja rad jednake vrijednosti.⁷¹ Rumunjski propis koji zabranjuje diskriminaciju dopušta korištenje audiozapisa i videozapisa.⁷² Britansko, nizozemsko, belgijsko, bugarsko, češko, dansko, finsko, mađarsko, latvijsko, slovačko i švedsko pravo prihvaćaju probne slučajeve (engl. *situation*

2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i ravnopravnosti muškaraca i žena u području zapošljavanja i rada (preinačene).

⁶⁸ Ima i suprotnih stajališta. E. Ellis smatra da je riječ o još jednoj presudi Suda EU-a u nizu u kojoj je taj sud pod utjecajem i zbog ekonomske krize nesklon širiti obveze i nametati teret poslodavcima. Stajalište je izneseno na seminaru *Current Reflections on EU Equality and Non-Discrimination Law*, Trier, 17. i 18. rujna 2012.

⁶⁹ V. pozitivan primjer iz talijanske sudske prakse iz 2005. godine. U jednom baru u Padovi usluge su bile po višim cijenama naplaćivane strancima nego Talijanima. Tužitelj je uz pomoć svjedoka uvjerio sud u diskriminirajuću praksu vlasnika bara koji je na navedeni način želio izbjeći posluživanje stranaca. Primjer preuzet iz: Houtzager, *op. cit.* u bilj. 4, str. 18.

⁷⁰ Farkas, L., *How to Present a Discrimination Claim: Handbook on Seeking Remedies under the EU Non-discrimination Directives*, Brussels, 2011., str. 50.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

testing)⁷³ u cilju olakšavanja utvrđivanja *prima facie* diskriminacije.⁷⁴ Štoviše, u Mađarskoj i Francuskoj probni slučajevi izričito su predviđeni kao dokaz u prilog postojanja diskriminacije.⁷⁵ Statistički podaci kod izravne⁷⁶ i kod neizravne diskriminacije uvriježena su dokazna sredstva u praksi nacionalnih sudova država članica EU-a.⁷⁷ Kako doći do (statističkih) podataka, problem je diskriminirane osobe koja traži zaposlenje, odnosno radnika jer je poslodavac taj koji raspolaže podacima.

Kako bi potencijalna žrtva diskriminacije došla do podataka nužno potrebnih za utvrđenje *prima facie* diskriminacije, englesko zakonodavstvo i praksa prihvatili su kao dokazno sredstvo upitnike upućene poslodavcu. Od poslodavca se traži da ispuni upitnik s pitanjima o njegovoj praksi vezanoj uz zaštitu od diskriminacije. Ako poslodavac ne odgovori na upitnik ili su odgovori dvosmisleni, takav je upitnik sam po sebi dokaz o postojanju *prima facie* diskriminacije.⁷⁸ Engleski Zakon o ravnopravnosti (*Equality Act*) iz 2010.

⁷³ Probni slučajevi uključuju stvarni test kako bi se utvrdilo kako poslodavac postupa prema dvjema osobama ili dvjema grupama ljudi u sličnoj situaciji. Primjerice, ocjenjuje se postupanje poslodavca tako da se pošalju osobe koje traže zaposlenje, a koje udovoljavaju uvjetima iz natječaja, ali različite etničke pripadnosti. Schiek, D.; Waddington, L.; Bell, M., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oregon, 2007., str. 255. Detaljno o probnim slučajevima Rorive, *op. cit.* u bilj. 31 i *Priručnik za obuku za suzbijanje diskriminacije*, Seminar o podizanju svijesti u područjima nediskriminacije i jednakosti u organizacijama civilnog društva, Zagreb, 2011., str. 108 - 118.

⁷⁴ Farkas, *op. cit.* u bilj. 70, str. 47 i 48.

⁷⁵ *Ibid.* Na istom mjestu Farkas navodi i definiciju probnih slučajeva iz mađarskog prava: "...u odnosu na postupanje navodnog diskriminatora tijelo za promicanje ravnopravnosti stavit će u jednaku situaciju osobe koje su različite sa stajališta [zabranjene osnove diskriminacije], ali su slični sa stajališta drugih karakteristika te ispitati postupanje navodnog diskriminatora u odnosu na te osobe sa stajališta poštivanja ravnopravnosti (čl. 13(1) Vladina Dekreta 362/2004 o tijelu za promicanje ravnopravnosti i detaljnim pravilima njegova postupanja)".

⁷⁶ V. pozitivan primjer iz nizozemske sudske prakse iz 2000. godine. Nizozemac turskog porijekla dostavio je sudu statističke podatke kojima je dokazao kako je iznimno niskom postotku imigranata dodijeljen stan u sustavu socijalne skrbi. Nizozemski sud je na temelju statističkih podataka utvrdio da je razumno i opravdano prebaciti teret dokazivanja na tuženog da opravda svoju praksu i dokaže da nije diskriminirajuća prema imigrantima. Primjer preuzet iz: Houtzager, *op. cit.* u bilj. 4, str. 19.

⁷⁷ Farkas, *op. cit.* u bilj. 70, str. 51. i 52.

⁷⁸ Slično Houtzager, *op. cit.* u bilj. 70, str. 25.

godine⁷⁹ predviđa obvezu ministra da propiše obrasce spomenutog upitnika koji potencijalna žrtva diskriminacije može uputiti tuženiku u cilju utvrđivanja *prima facie* diskriminacije u prvoj fazi dokazivanja. Pitanja i odgovori iz upitnika predstavljaju dokazno sredstvo koje sudovi uvažavaju. Ako tuženik u roku od osam tjedana ne odgovori na upitnik ili su njegovi odgovori dvosmisleni, iz toga će sud izvesti za tuženika nepovoljan zaključak.⁸⁰ Engleska sudska praksa prihvaća dokazivanje diskriminacije u dvjema fazama. U prvoj fazi tužitelj sudu podastire činjenice iz kojih bi sud mogao (naglasak je na mogućnosti) zaključiti da je tuženik diskriminirao tužitelja. U toj fazi sud ne mora definitivno utvrditi da podastrte činjenice vode zaključku o postojanju diskriminacije.⁸¹ Ako prva faza dokazivanja bude uspješna za tužitelja, odnosno ako je tužitelj sud uvjerio u mogućnost postojanja diskriminacije, prelazi se na drugu fazu dokazivanja u kojoj tuženik mora dokazati da njegovo postupanje nije bilo diskriminatorno.

5. ZAKLJUČAK

Učinkovita zaštita od diskriminacije zahtijeva modificiranje standardnih pravila o teretu dokazivanja u korist tužitelja, žrtve diskriminacije. U području prakse Suda EU-a to je prepoznato još u osamdesetim godinama prošlog stoljeća u kontekstu radnopravne spolne diskriminacije glede plaće. U tu je svrhu kreirano posebno pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja u antidiskriminacijskim sporovima, okosnicu kojeg čini pravilo o *prima facie* diskriminaciji. Prema pravilu o *prima facie* diskriminaciji dokazivanje diskriminacije podijeljeno je u dvije faze. U prvoj fazi tužitelj treba dokazati činjenice iz kojih sud može izvesti zaključak o vjerojatnosti da ga je tuženik diskriminirao. Tada se teret dokazivanja prebacuje na tuženika koji u drugoj fazi mora dokazati, prema našem mišljenju učiniti izvjesnim da diskriminacije nije bilo. Neuspjeh dokazivanja *prima facie* diskriminacije ima negativnu posljedicu za tužitelja, a neuspjeh pobijanja zaključka o postojanju *prima facie* diskriminacije ima

⁷⁹ Tekst tog zakona dostupan je na www.legislation.gov.uk (9. 11. 2012.).

⁸⁰ Hepple, B., *Equality, The New Legal Framework*, Oregon, 2011., str. 167. Hepple se poziva na čl. 138. engleskog Zakona o ravnopravnosti. Vidjeti čl. 138. na www.legislation.gov.uk (9. 11. 2012.).

⁸¹ Hepple, *op. cit.* u bilj. 80, str. 166 - 167.

negativnu posljedicu za tuženika. Početkom ovog stoljeća donošenjem novih direktiva pravilo o prebacivanju tereta dokazivanja prošireno je na suzbijanje diskriminacije i po drugim pravom EU-a zabranjenim osnovama diskriminacije. Proaktivni pristup Suda EU-a nastavlja se teleološkim tumačenjem pravila o teretu dokazivanja u predmetima prenesene diskriminacije, uznemiravanja i javnih rasističkih izjava pri zapošljavanju. U novijim predmetima *Kelly* i *Meister* važno je bilo kako prevladati asimetriju informacija⁸² između tužitelja koji nema relevantne dokaze i tuženog koji njima raspolaže. U obama predmetima Sud EU-a naglasio je da iz odredaba o teretu dokazivanja ne proizlazi pravo tužitelja da mu tuženik dostavi podatke o činjenicama relevantnim za utvrđivanje *prima facie* diskriminacije. Iako odbijanje tuženika da preda podatke nije samo po sebi dostatno da bi se teret dokazivanja prebacio na tuženika, kao činjenica nije irelevantno. Upravo suprotno, radi osiguranja učinkovitosti zaštite od diskriminacije ono može biti dokaz o postojanju *prima facie* diskriminacije uz, primjerice, činjenicu da kvalificirani kandidat nije uopće pozvan na razgovor za posao i sl. Zato je transparentnost postupanja poslodavca pri zasnivanju radnog odnosa i odlučivanju o pravima radnika tijekom trajanja i pri prestanku radnog odnosa ključno u postupku prebacivanja tereta dokazivanja. Smatramo, naime, da je netransparentnost snažan indicij o nezakonitu, podredno i diskriminirajućem postupanju poslodavca (u slučaju izostanka odgovarajućeg objašnjenja za svoju praksu i postupke). Navedeno se potvrdilo i u bogatoj praksi Suda EU-a u slučajevima diskriminacije na osnovi spola u pogledu plaća. Ako poslodavac transparentno postupa pri zasnivanju radnog odnosa i odlučivanju o pravima radnika tijekom trajanja i pri prestanku radnog odnosa, ostavit će malo prostora za sumnju da je njegovo postupanje uzrokovano zabranjenim osnovama diskriminacije.

Uloga nacionalnih sudova ključna je pri definiranju stupnja uvjerljivosti koji se traži da bi se prebacio teret dokazivanja na tuženog, ali ona mora biti usklađena s okvirom danim u pravnoj stečevini EU-a. U Hrvatskoj su žrtve diskriminacije, ali i pravna struka slabo upućeni u dokazna sredstva za utvrđivanje *prima facie* diskriminacije. U pravnim porecima država članica EU-a kao izvori informacija o činjenicama prihvaćaju se statistički podaci, probni slučajevi, upitnici koje osobe koje se smatraju diskriminiranim upućuju po-

⁸² Sintagma *asimetrija informacija* preuzeta je iz: Suk, J. C., *Criminal and civil enforcement of antidiscrimination law in Europe*, *European Anti-discrimination Law Review*, vol. 14, 2012., str. 15.

slodavcu itd. Stoga mislimo da bi u nas, u čl. 20. ZSD-a, a u cilju učinkovite zaštite žrtava diskriminacije, trebalo navođenjem primjera uputiti na dopuštena dokazna sredstva (statistički podaci, probni slučajevi, neodgovaranje, nejasno ili nepotpuno odgovaranje poslodavca na upite o njegovu postupanju usmjerenu na suzbijanje diskriminacije i sl.). Potreban je i aktivniji angažman tijela za promicanje ravnopravnosti u popularizaciji navedenih dokaznih sredstava (npr., u publikacijama s uputama). Smjernice praksi (žrtvama diskriminacije i sudovima) o (ne)dopuštenosti dokaznih sredstava za utvrđivanje *prima facie* diskriminacije važne su jer bez utvrđivanja *prima facie* diskriminacije nema ni zaštite od diskriminacije.

Summary

Željko Potočnjak *
Ivana Grgurev **
Andrea Grgić ***

PROVING *PRIMA FACIE* CASE OF DISCRIMINATION

Despite alleviation of the burden of proof on the plaintiff in antidiscrimination cases, case law reveals that the position of victims of discrimination is by no means easy. In order to reverse the burden of proof, the plaintiff has to prove a prima facie case of discrimination. According to this rule, the establishing of discrimination involves a two-tier test. In the first tier, the plaintiff has to prove facts from which the court can infer discrimination on the balance of probabilities. Subsequently, the burden switches to the defendant who, in the second tier, has to prove with certainty that discrimination did not occur.

The plaintiff bears the consequences of his failure to prove prima facie case of discrimination, while the defendant bears the consequences of unsuccessful rebuttal. The authors conclude that relevant provisions of EU law on the burden of proof entail no

* Željko Potočnjak, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Ivana Grgurev, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

*** Andrea Grgić, ??????????.

right of access to information. However, defendant's refusal to provide the plaintiff with necessary information, corroborated by other evidence (e.g. the employer's failure to call a qualified candidate for an interview), can be used as evidence for the existence of a prima facie case of discrimination. This can be derived from the principle of effective protection against discrimination. The authors reach these conclusions by explaining and critically analysing the case law of the Court of Justice of the European Union (hereinafter: the CJEU).

The transparency of employers' conduct in the process of hiring and deciding upon the workers' rights is of essential importance for the reversal of the burden of proof. According to the authors, non-transparent behaviour is a strong indication on the unlawful and potentially discriminatory conduct of the employer (provided that the employer fails to give an appropriate explanation for his conduct). This has been confirmed in the case law of the CJEU on equal pay for men and women. The employer's transparent behaviour in the process of hiring workers, during the employment relationship, and in the course of its termination, leaves little room for doubt that his decisions are related to the prohibited discriminatory grounds.

The role of Member States' courts is of essential importance in defining the standard of proof that is necessary to reverse the burden of proof. However, such standard has to be in line with the principles set by the EU acquis. In Croatia, both victims of discrimination and members of legal profession have little knowledge about the means of proof appropriate for establishing a prima facie case of discrimination. Legal systems of EU Member States accept evidence such as statistics, situation testing and questionnaires which the victims of discrimination forward to the employers. Therefore, the authors of this paper suggest amending of Art. 20 of the Croatian Anti-discrimination Act (hereinafter: the ADA), by including a reference to examples of relevant evidence (such as statistics, situation testing, employer's refusal to reply etc.).

Besides the suggested amendment to the ADA, a more proactive engagement of national equality bodies is desirable. This engagement should be directed to raising public awareness concerning the evidence needed to establish prima facie discrimination case (for example, by publishing guidelines on how to prove discrimination). As no protection of discrimination is possible without establishment of a prima facie case of discrimination, such guidelines for professionals are of pivotal importance.

Keywords: prima facie discrimination, burden of proof, EU acquis.

PRIVREMENO ZAUSTAVLJANJE PLOVILA UNUTARNJE PLOVIDBE

*Prof. dr. sc. Jasenko Marin **

U radu se proučavaju izvori hrvatskog prava koji uređuju materiju privremene mjere zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe. Analiziraju se relevantne odredbe Protokola broj 2 kao sastavnog dijela Konvencije o upisu brodova unutarnje plovidbe koja obvezuje Republiku Hrvatsku. Rješenja Protokola broj 2 uspoređuju se s odredbama Pomorskog zakonika i Ovršnog zakona kao podređenih izvora prava. Upozorava se na važne razlike između navedenih izvora u pogledu uređenja privremenog zaustavljanja plovniha objekata kao i na ne uvijek odgovarajuću primjenu pomorskih propisa. Iznosi se prijedlog legislativnih izmjena prema kojima bi to pitanje bilo sustavno uređeno u budućem zakoniku unutarnje plovidbe. Odredbe o privremenom zaustavljanju plovila koje bi bile inkorporirane u taj zakonik sadržajno bi odgovarale rješenjima Protokola broj 2.

Ključne riječi: privremeno zaustavljanje plovila unutarnje plovidbe, Protokol broj 2 Konvencije o upisu plovila unutarnje plovidbe, privremena mjera, pravo unutarnje plovidbe, pomorsko pravo.

1. UVOD

Plovila unutarnje plovidbe, kao i pomorski brodovi, stvari su koje u pravilu imaju sličnu namjenu i obilježja. Kada se tome pridoda činjenica da je na međunarodnoj razini postignut znatno viši stupanj ujednačenog uređenja materije pomorskog prava u odnosu na materiju unutarnje plovidbe, tada se lako može zaključiti da u pogledu pravnog uređenja većine pitanja iz unutarnje plovidbe najjednostavnije i najefikasnije rješenje predstavlja odgovarajuća pri-

* Dr. sc. Jasenko Marin, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

mjena “dobrih starih i u praksi provjerenih” izvora pomorskog prava. Primjenu te “pravne tehnologije” moguće je zamijetiti i u pogledu uređenja materije privremenog zaustavljanja plovnih objekata. Tom privremenom mjerom sud zabranjuje da određeni plovni objekt napusti luku u kojoj se trenutno nalazi. Na taj način taj plovni objekt postaje “imobilizirana” znatna imovinska vrijednost iz koje će se u kasnijem eventualnom ovršnom postupku moći namiriti tražbina predlagatelja osiguranja, kasnijeg ovrhovoditelja.

Prema nacionalnim propisima velikog broja zemalja kao i prema relevantnim međunarodnim ugovorima ta je privremena mjera moguća i u pogledu pomorskih brodova i u pogledu plovila namijenjenih za plovidbu unutarnjim vodama (rijekama, jezerima, kanalima).¹ I u domaćoj sudskoj praksi može se zamijetiti tendencija da se pitanja vezana uz privremeno zaustavljanje plovila unutarnje plovidbe rješavaju tako da se, pojednostavljeno i bez dublje analize, odlučuje jednako kao da je riječ o pomorskim brodovima, što otvara vrata ustaljenoj primjeni posebnih i općih propisa pomorskog ovršnog prava i prava osiguranja.

Cilj ovoga rada je provjera ispravnosti stajališta da se sva pitanja vezana uz privremeno zaustavljanje plovila unutarnje plovidbe rješavaju pukom *copy-paste* primjenom analognih odredaba propisa pomorskoga prava. Pritom će se proučiti i usporediti relevantni nacionalni i međunarodni izvori pomorskog prava i prava unutarnje plovidbe kao i njihova primjena u sudskoj praksi. Tako se dolazi do zaključka o hijerarhiji pravnih izvora koji uređuju ovo pitanje i iznose prijedlozi o uređenju ove materije *de lege ferenda*.

2. PRAVNO UREĐENJE PRIVREMENE MJERE ZAUSTAVLJANJA PLOVILA UNUTARNJE PLOVIDBE

2.1. Pojam, osnovna obilježja i pravni izvori

Da bi se definirala privremena mjera zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe, potrebno je prethodno poznavati opću definiciju privremenih mjera kao i definiciju plovila unutarnje plovidbe. U teoriji su dane brojne defini-

¹ Iz sličnih razloga privremena mjera zaustavljanja i čuvanja dopuštena je i u pogledu zrakoplova, v. čl. 167. - 175., a osobito čl. 170. i 171. Zakona o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu, Narodne novine, br. 132/98, 63/07, 134/09.

cije privremenih mjera. Kao najpotpuniju valja izdvojiti definiciju profesora Mihajla Dike koji je ovaj institut definirao kao "...sredstva vremenski ograničenog osiguranja (u nekim slučajevima supsidijarnoga karaktera) budućeg ostvarenja tražbine (konzervacijska funkcija), ali, u određenim slučajevima, i sredstva kojima se ostvaruje vremenski ograničeno, djelomično ili potpuno, namirenje tražbine prije njenoga utvrđenja ovršnom ispravom (anticipativna funkcija), odnosno sredstva provizornoga uređenja odnosa među strankama do njihovog konačnog uređenja pravomoćnom ili ovršnom odlukom (regulacijska funkcija), koje se, u pravilu, određuju ako se učini vjerojatnim postojanje tražbine te ako se učini vjerojatnim ili opasnost da bi bez takve mjere bilo onemogućeno ili znatno otežano ostvarenje tražbine, ili da je mjera potrebna da bi se spriječilo nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijeti, ili da je iz drugih važnih razloga potrebno mjerom privremeno urediti sporni odnos među strankama..."²

Predmet na kojem se provodi privremena mjera zaustavljanja (dalje u tekstu: privremeno zaustavljanje) je plovilo unutarnje plovidbe. Temeljni hrvatski zakonski propis koji uređuje materiju unutarnje plovidbe je Zakon o plovidbi i lukama unutarnjih voda (dalje u tekstu: ZPLUV) koji u čl. 1., t. 4. uređuje da je plovilo unutarnje plovidbe plovni objekt namijenjen za plovidbu ili plutanje unutarnjim vodama.³ Međutim, ZPLUV ne sadržava odredbe o ovrsi i osiguranju na plovilima. U skladu s tim, on nema ni odredaba o bilo kakvim privremenim mjerama kao sredstvom osiguranja tražbina.⁴ Taj nedostatak posebnih odredaba ZPLUV rješava općenitom odredbom čl. 2., st. 1. kojom je propisano da na pitanja koja nisu uređena u ZPLUV-u na odgovarajući način valja primijeniti Pomorski zakonik (dalje u tekstu: PZ).⁵ Taj propis sadržava odredbe o privremenim mjerama općenito kao i odredbe o zaustavljanju broda, i to u Dijelu devetom (Ovrha i osiguranje na brodu i teretu), glavi IV. (Osiguranje), čl. 951.

² Dika, M., *Vrste privremenih mjera prema Ovršnom zakonu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, Supplement, 1998., str. 750.

³ ZPLUV, Narodne novine, br. 109/07, 132/07. Unutarnje vode su prema čl. 1., t. 1. ZPLUV-a rijeke, kanali i jezera, osim rijeka jadranskog sliva u dijelu toka kojim se obavlja pomorska plovidba.

⁴ I o nekim drugim pitanjima ZPLUV nema posebnih odredaba. Primjerice, u pogledu prijevoza putnika ZPLUV nema nikakvih imovinskih odredaba.

⁵ PZ, Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11. Pitanje primjene PZ-a na ovrhu i osiguranje na brodu kao i pitanje nadležnosti sudova za određivanje i provedbu ovrhe i osiguranja uređeni su u čl. 841. - 851.

- 964. Nadalje, PZ upućuje i na podrednu odgovarajuću primjenu odredaba Ovršnog zakona (dalje u tekstu: OZ).⁶

Odredbe PZ-a o privremenom zaustavljanju pomorskih brodova ugledaju se na Međunarodnu konvenciju za izjednačenje nekih pravila o privremenom zaustavljanju pomorskih brodova iz 1952. (dalje u tekstu: Konvencija iz 1952.) koja obvezuje Republiku Hrvatsku.⁷ PZ ne definira privremeno zaustavljanje broda koje bi se moglo analogijom primijeniti na definiciju privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe. Ipak, iz sadržaja odredaba PZ-a koje uređuju tu materiju, a imajući u vidu njegovu osnovnu svrhu - osiguranje tražbina, privremeno zaustavljanje moglo bi se definirati kao privremena mjera radi osiguranja određenih u zakonu navedenih tražbina predlagatelja osiguranja koja se provodi na temelju sudske zabrane odlaska broda (analogno plovila) iz luke.⁸ Iako su odredbe PZ-a uređene po uzoru na Konvenciju iz 1952. koja, kako je već navedeno, obvezuje Republiku Hrvatsku, u pogledu privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe nema mjesta izravnoj primjeni Konvencije iz 1952. jer već sama ta Konvencija u svom imenu ograničava svoje područje primjene na privremeno zaustavljanje isključivo pomorskog broda.⁹

⁶ OZ, Narodne novine, br. 112/12. Općenita odredba PZ-a kojom se upućuje na podrednu odgovarajuću primjenu OZ-a nalazi se u čl. 841., st. 5. Osim toga, u čl. 951. PZ-a propisano je da se privremene mjere radi osiguranja novčanih i nenovčanih tražbina predlagatelja osiguranja određuju uz uvjete utvrđene u OZ-u ako odredbama PZ-a nije drugačije predviđeno.

⁷ Konvencija iz 1952. stupila je na snagu 24. veljače 1956. Republika Hrvatska smatra se strankom Konvencije iz 1952. od 8. listopada 1991. na osnovi notifikacije o sukcesiji ugovora bivše SFRJ. Objavljena je nakon ratifikacije bivše SFRJ u Službenom listu, Međunarodni ugovori, br. 12/67. U toj je Konvenciji zaustavljanje definirano u čl. 1., st. 2., i to kao zadržavanje broda odlukom nadležne sudske vlasti radi osiguranja pomorske tražbine, ali ne zapljena broda radi izvršenja neke presude. Podrobnije o Konvenciji iz 1952. v. Berlingieri, F., *Berlingieri on Arrest of Ships - a Commentary on the 1952 Arrest Convention*, London, 1992.

⁸ Dakle, privremeno zaustavljanje je mjera konzervacijskog karaktera, što znači da je pravozaštitna svrha ove mjere osiguranje budućeg prisilnog namirenja tražbine predlagatelja osiguranja.

⁹ Valja upozoriti na činjenicu da je u pogledu privremenog zaustavljanja brodova donesen još jedan međunarodni ugovor, Međunarodna konvencija o zaustavljanju brodova iz 1999. Ta je Konvencija stupila na snagu na međunarodnoj razini 14. rujna 2011., ali Republika Hrvatska nije njezina ugovornica. Konvencija iz 1999. načelno se primjenjuje na sve brodove, i pomorske i one koji plove unutarnjim vodama, ali države na temelju čl. 10., st. 1., t. a) mogu staviti rezervu s ciljem da ne primjenjuju taj međunarodni

Međutim, u pogledu privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe primijenit će se jedan drugi međunarodni ugovor kojim je obvezana Republika Hrvatska. Riječ je o Konvenciji o upisu brodova unutarnje plovidbe sastavljenoj u Ženevi 1965. (dalje u tekstu: Konvencija o upisu). Hrvatska se posebnom izjavom obvezala i dvama protokolima na Konvenciju o upisu: Protokolom broj 1 o stvarnim pravima na plovilima unutarnje plovidbe i Protokolom broj 2 o privremenom zaustavljanju i prisilnoj prodaji plovila unutarnje plovidbe (dalje u tekstu: Protokol broj 2).¹⁰

Protokol broj 2 u čl. 2. određuje da se on primjenjuje na privremeno zaustavljanje (i ovrhu) bilo kojeg plovila koje je upisano u upisniku neke države ugovornice. Sukladno čl. 15., st. 2. Konvencije o upisu između njezinih država stranaka koje su dale izjavu o njegovu prihvaćanju Protokol broj 2 smatra se sastavnim dijelom Konvencije o upisu.¹¹ Prema tome, Protokol broj 2 primjenjuje se uvijek kada se privremeno zaustavlja plovilo koje je upisano u hrvatskom upisniku plovila unutarnje plovidbe ili u upisniku neke druge države ugovornice Konvencije o upisu koja je dala izjavu o prihvaćanju toga protokola. Protokol broj 2 ne pravi u tom pogledu razliku u pogledu državljanstva, stalnog boravišta, sjedišta ili bilo kojeg drugog statusnog obilježja predlagatelja ili protivnika

ugovor na brod koji nije pomorski. Do sada nijedna država ugovornica nije iskoristila mogućnost stavljanja takve rezerve. Za engleski tekst Konvencije iz 1999. i hrvatski prijevod v. Poredbeno pomorsko pravo - Comparative Maritime Law, vol. 41, br. 156, 2002., str. 44 - 63.

¹⁰ Konvencija o upisu stupila je na snagu 24. lipnja 1982. Republika Hrvatska obvezana je tom Konvencijom i dvama spomenutim protokolima na temelju notifikacije o sukcesiji koja je položena 31. srpnja 2002. Uz Hrvatsku Konvencija o upisu obvezuje Austriju, Bjelorusiju, Francusku, Luksemburg, Crnu Goru, Nizozemsku, Srbiju i Švicarsku. Sve navedene države, osim Nizozemske i Švicarske, dale su poput Hrvatske izjavu o obvezivanju Protokolom broj 1 i Protokolom broj 2. Švicarska i Nizozemska dale su izjavu o obvezivanju samo Protokolom broj 1 o stvarnim pravima na plovilima unutarnje plovidbe. Podaci dostupni na http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-4&chapter=12&lang=en, (10. studenog 2012.). Dakle, u pogledu obvezivanja spomenutim protokolima vrijedi načelo *opt-in* prema kojem države stranke Konvencije o upisu mogu, ali i ne moraju dati izjavu da prihvaćaju jedan (bilo koji), odnosno oba spomenuta protokola.

¹¹ Kada se u ovome radu govori o državama strankama (ugovornicama) Protokola broj 2, pod time se podrazumijevaju države koje su stranke Konvencije o upisu i koje su dale izjavu o prihvaćanju Protokola broj 2.

osiguranja.¹² Štoviše, Protokol broj 2 nema odredbu o njegovoj neprimjeni u pogledu privremenog zaustavljanja (i ovrhe) bez međunarodnog elementa. Preciznije, ne postoji izričita odredba Protokola broj 2 koja bi propisivala da njegove odredbe nemaju utjecaja na nacionalne propise država ugovornica koji uređuju privremeno zaustavljanje na području države čiju zastavu plovilo vije od strane osobe koja ima redovno boravište ili glavno poslovno sjedište u toj državi. Takve odredbe sadržane su u međunarodnim ugovorima koji uređuju privremeno zaustavljanje pomorskih brodova.¹³

Iz navedenog proizlazi da se na pitanje privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe upisanog u upisnik bilo koje države ugovornice Protokola broj 2 imaju primijeniti odredbe toga međunarodnog ugovora, a odredbe ZPLUV-a, odnosno PZ-a kao zakonski propisi koji su po pravnoj snazi ispod Protokola broj 2 primjenjuju se samo u pogledu onih pitanja koja nisu uređena odredbama spomenutoga međunarodnog ugovora. Na ovom mjestu valja tek naglasiti da se prema Protokolu broj 2 privremeno zaustavljanje definira kao hitna mjera koja je odobrena u skladu s određenim odredbama toga protokola kako bi se osiguralo fizičko zadržavanje plovila sa svrhom osiguranja ovrhe tražbine ili nekog drugog prava predlagatelja osiguranja.¹⁴ Ostale odredbe Protokola broj 2 bit će podvrgnute analizi u poglavljima koja slijede.

¹² Valja uputiti i na odredbu čl. 5., st. 2. Protokola broj 2 koja uređuje da, kada se upis u upisnik kojim će se naznačiti određivanje privremenog zaustavljanja, odnosno ovrhe na brodu mora provesti u državi ugovornici različitoj od one u kojoj je plovilo zaustavljeno, odnosno u kojoj je određena ovrha, tada prijedlog za taj upis podnosi ovlaštenu djelatnik tijela koje je za to određeno prema propisima države u kojoj se provodi privremeno zaustavljanje, odnosno ovrha. Dakle, ta odredba primjenjuje se samo na slučajeve kada su različite država upisa i država privremenog zaustavljanja, odnosno ovrhe. *A contrario*, ostale odredbe primjenjuju se i u slučaju kada se upisnik plovila (u koji temeljem odredbe čl. 5., st. 1. treba naznačiti da je pokrenut postupak privremenog zaustavljanja, odnosno ovrhe) vodi u istoj državi u kojoj se određuje i provodi privremeno zaustavljanje, odnosno ovrha, *v. infra* t. 2.6.

¹³ Čl. 8., st. 4. Konvencije iz 1952. i čl. 8., st. 6. Konvencije iz 1999.

¹⁴ Čl. 1., t. b) Protokola broj 2. U definiciji je precizirano da privremeno zaustavljanje mora biti odobreno u skladu s čl. 10. i uz poštivanje uvjeta navedenih u čl. 18. Protokola broj 2. Pojam plovila prema čl. 1., t. b) Protokola broj 2 uključuje hidroavion, skelu, bager, dizalicu, uzdizač i svaku drugu sličnu plutajuću napravu ili postrojenje.

2.2. Nadležnost za određivanje i provedbu privremenog zaustavljanja

Protokol broj 2 u čl. 4. određuje da se privremeno zaustavljanje nekog plovila može odrediti i provesti samo u državi u kojoj se nalazi to plovilo.¹⁵ U istome članku naglašeno je da se na postupak privremenoga zaustavljanja primjenjuje pravo te države uz iznimku onih postupovnih pitanja koja su riješena samim Protokolom broj 2. U čl. 10., st. 1. Protokola broj 2 izričito je određeno da je privremeno zaustavljanje plovila dopušteno samo na temelju odluke, odnosno odobrenja nadležne sudske vlasti države u kojoj se plovilo zaustavlja. Sud mora odrediti privremeno zaustavljanje ako su ispunjene pretpostavke navedene u Protokolu broj 2.¹⁶ Dakle, Protokol broj 2 rješava pitanja ustanovljenja funkcionalne nadležnosti i međunarodne sudske nadležnosti. Ostala pitanja rješavaju se na temelju nacionalnih propisa države u kojoj se nalazi plovilo koje je predmet privremenog zaustavljanja.

U hrvatskom pravu ZPLUV o tome nema odredaba, ali PZ u čl. 841., st. 6. propisuje da ovrhu i osiguranje na brodu i teretu na brodu određuju i provode trgovački sudovi nadležni za pomorske sporove. Tu odredbu valja na odgovarajući način primijeniti i u pogledu ovrhe i osiguranja na plovilima unutarnje plovidbe.¹⁷ Na taj je način riješeno pitanje stvarne nadležnosti sudova. Mjesna nadležnost uređena je odredbama čl. 849., st. 3. - 6. PZ-a. Ona ovisi o tome podnosi li se prijedlog za privremeno zaustavljanje prije pokretanja parničnog ili drugog sudskog postupka ili nakon što je takav postupak već pokrenut.¹⁸ Ako se prijedlog podnosi prije pokretanja navedenih postupaka, za odlučivanje je

¹⁵ Isto vrijedi i u pogledu ovrhe, odnosno prisilne prodaje plovila.

¹⁶ *Infra*, t. 2.3.

¹⁷ Na temelju odredaba čl. 5. Zakona o područjima i sjedištima sudova, Narodne novine, br. 144/10, 84/11, za rješavanje sporova koji se odnose na brodove i plovidbu na moru i unutarnjim vodama i sporova na koje se primjenjuje plovidbeno pravo, osim sporova o prijevozu putnika, nadležni su Trgovački sud u Osijeku, Trgovački sud u Splitu za područje Trgovačkog suda u Zadru, Trgovački sud u Zagrebu za područje Trgovačkog suda u Bjelovaru i Varaždinu te Trgovački sud u Rijeci.

¹⁸ PZ u čl. 951., st. 1. izričito propisuje da se privremene mjere mogu odrediti prije ili tijekom parničnog, ovršnog ili upravnog postupka. Valjalo bi u budućim izmjenama toga propisa odrediti da se privremene mjere mogu odrediti, ako su za to ispunjene pretpostavke, i nakon završetka parničnog, odnosno upravnog postupka sve dok ovrha ne bude provedena. Podrobnije Ivković, Đ., *Privremene mjere osiguranja na brodu*, Piran, 1994., str. 104 - 108 i Rušinović, D., *Postupak osiguranja privremenom mjerom zaustavljanja broda*, Upporedno pomorsko pravo, vol. 32, br. 1-2, 1990., str. 23 - 40.

mjesno nadležan sud na čijem se području nalazi plovilo u trenutku podnošenja prijedloga za privremeno zaustavljanje. Ako je parnični ili drugi postupak pokrenut, za odlučivanje o prijedlogu za privremeno zaustavljanje nadležan je sud pred kojim je postupak pokrenut. U pogledu provedbe odluke o privremenom zaustavljanju nadležan je sud na čijem se području plovilo zatekne u trenutku provedbe te mjere.¹⁹ Protiv rješenja o prijedlogu za izdavanje privremene mjere dopuštena je žalba.²⁰

2.3. Pretpostavke za privremeno zaustavljanje plovila

Protokol broj 2 u čl. 11., st. 1. propisuje da sud može odrediti privremeno zaustavljanje plovila samo ako predlagatelj te mjere učini vjerojatnim a) postojanje svoje tražbine radi koje predlaže privremeno zaustavljanje plovila i b) postojanje opasnosti da, ako se ne poduzmu hitne mjere, može doći do neizvjesnosti u pogledu mogućnosti namirenja tražbine predlagatelja osiguranja u budućem ovršnom postupku, odnosno do znatnog otežavanja toga namirenja.²¹

Ako predlagatelj uspije učiniti vjerojatnim postojanje navedenih pretpostavaka, tada sud mora odrediti privremeno zaustavljanje plovila (*arg. ex* čl. 10., st. 1. Protokola broj 2).²² Kada se te pretpostavke u sadržajnom smislu usporede

¹⁹ U pogledu provedbe mjere važnu ulogu ima teritorijalno nadležna lučka kapetanija. Naime, u izreci rješenja o određivanju privremene mjere sud, osim što izriče mjeru zaustavljanja i zabrane isplovljenja konkretnog plovila, "poziva", odnosno, u praksi, nalaže teritorijalno nadležnoj lučkoj kapetaniji da plovilu oduzme upisni list, popis posade i isprave o sposobnosti plovila za plovidbu. Kada je riječ o stranom plovilu, kapetanija mora oduzeti isprave koje odgovaraju navedenim hrvatskim ispravama, *arg. ex* čl. 860. u vezi s čl. 962. PZ-a.

²⁰ *Infra* t. 2.6., bilj 41.

²¹ V. čl. 10. i 11. Protokola broj 2. Navedenim bi se pretpostavkama mogla dodati i pretpostavka postojanja pravozaštitne podobnosti privremenoga zaustavljanja u smislu da se ta mjera može odrediti samo ako je podobna za ostvarivanje cilja koji se želi postići (konzervacijska funkcija). Također treba uzeti u obzir da bi sud prijedlog za određivanje privremene mjere na plovilu trebao odbaciti u slučajevima kada se predlaže privremeno zaustavljanje plovila, a postoje uvjeti za određivanje i prethodne mjere kojom se postiže ista svrha osiguranja, odnosno za pokretanje ovršnog postupka. O tome Protokol broj 2 nema izričitih odredaba, ali tu ima mjesta primjeni odredbe čl. 343., st. 2. OZ-a u vezi s odredbom čl. 951., st. 1. PZ-a.

²² U pogledu privremenog zaustavljanja pomorskih brodova sud nije dužan odrediti privremenu mjeru i kada utvrdi da su za to ispunjene zakonske pretpostavke. Naime, odredbe

s pretpostavkama koje prema hrvatskom pravu moraju postojati u slučaju zaustavljanja pomorskog broda, tada se mogu uočiti određene sličnosti i razlike. Sličnost se očituje u tome što pretpostavku navedenu pod a), vjerojatnost postojanja tražbine, možemo pronaći i u odredbi čl. 344., st. 1. OZ-a koja se primjenjuje kod određivanja privremenih mjera radi osiguranja novčane tražbine kao i u odredbi čl. 346., st. 1. OZ-a koja se primjenjuje u pogledu određivanja privremenih mjera radi osiguranja nenovčane tražbine.²³

Razlika između rješenja Protokola broj 2 i relevantnih odredaba OZ-a postoji u pogledu opasnosti navedene pod b), vjerojatnost opasnosti nemogućnosti namirenja tražbine, odnosno znatnog otežavanja toga namirenja. Naime, opasnost o kojoj je riječ u navedenoj odredbi Protokola broj 2 je tzv. objektivna opasnost. To znači da je pretpostavka ispunjena kada se učini vjerojatnom opasnost da će bez takve mjere doći do nemogućnosti, odnosno otežavanja namirenja tražbine općenito. Pritom nije relevantno je li ta opasnost prouzročena djelovanjem protivnika osiguranja ili neke druge osobe. Irelevantno je, dakle, tko je izvor opasnosti. Za razliku od toga rješenja, odredba čl. 344., st. 1. OZ-a određuje da predlagatelj osiguranja mora učiniti vjerojatnom opasnost da će bez takve

čl. 344., st. 1., odnosno čl. 346., st. 1. OZ-a govore o tome da se privremene mjere *moгу* (dakle, ne moraju) odrediti ako su ispunjene tražene zakonske pretpostavke. Podrobnije Dika, M., *Gradansko ovršno pravo. I. knjiga. Opće gradansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007., str 861 - 862.

²³ Primjena OZ-a u ovom kontekstu u pogledu privremenog zaustavljanja pomorskih brodova temelji se na odredbi čl. 951. PZ-a. Privremeno zaustavljanje broda dopušteno je radi tražbina opisanih u čl. 953. PZ-a, *infra* t. 2.4. Navedena odredba stilizirana je tako da ne govori izričito da je tu riječ isključivo o novčanim tražbinama (iako neke od tih tražbina same po sebi mogu biti samo novčane) nego određuje da je privremeno zaustavljanje dopušteno za sve tražbine koje proizlaze iz nabrojanih osnova. Pritom treba uzeti u obzir da čl. 955., st. 1. PZ-a određuje da će sud, *ako se privremene mjere određuju radi osiguranja novčanih tražbina, osloboditi brod zaustavljanja* (istaknuo J. M.) ili čuvanja ako bude dano jamstvo određene kvalitete. Ta odredba implicitno sugerira da se zaustavljanje broda može odrediti i radi osiguranja nenovčanih tražbina te da u tim slučajevima ne postoji mogućnost oslobađanja broda u zamjenu za položeno jamstvo. Valja upozoriti i na odredbu čl. 12. Protokola broj 2 prema kojoj, ako se privremeno zaustavljanje određuje u pogledu osiguranja određenog novčanog iznosa, u rješenju o određivanju privremenog zaustavljanja plovila mora biti naznačen taj novčani iznos. Iz te odredbe bi se, *a contrario*, moglo zaključiti da rješenje o privremenom zaustavljanju ne mora sadržavati spomenuti iznos onda kada se ne određuje radi osiguranja novčanog iznosa, dakle u slučajevima kada se privremenim zaustavljanjem osigurava nenovčana tražbina. U praksi se privremeno zaustavljanje određuje radi osiguranja novčanih tražbina.

mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati.²⁴ Dakle, u pogledu odredaba OZ-a riječ je o tzv. subjektivnoj opasnosti kod koje upravo protivnik osiguranja mora biti konkretan izvor opasnosti.²⁵

Odredbom čl. 344., st. 2. OZ-a predviđen je slučaj kada predlagatelj ne mora dokazivati postojanje opasnosti. On to ne mora učiniti ako učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu. Riječ je zapravo o tome da se jedna pretpostavka mijenja drugom: umjesto da učini vjerojatnim opasnost, predlagatelj mora učiniti vjerojatnim da će privremeno zaustavljanje prouzročiti protivniku tek neznatnu štetu.²⁶ Ta je odredba u pogledu privremenog zaustavljanja pomorskih brodova od teoretskog značenja jer u praksi izricanje te mjere protivniku osiguranja znači nemogućnost izvršenja već sklopljenih ugovora o iskorištavanju brodova (kao i druge štete i troškove uključujući i nimalo jeftine troškove boravka broda u luci). Zbog toga se u praksi predlagatelj i ne može osloniti na pogodnost koju mu ta odredba pruža. On, naime, neće uspjeti učiniti vjerojatnim da protivnik osiguranja određivanjem te mjere trpi samo neznatnu štetu. I u teoretskom smislu trebalo bi uskratiti tu mogućnost predlagatelju osiguranja argumentirajući to izričito i prisilnom odredbom prve rečenice u čl. 11., st. 1. Protokola broj 2 koja određuje da predlagatelj mora učiniti vjerojatnim postojanje tražbine i opasnost, a zaključak o iznimci od te odredbe nije moguće izvesti ni iz jedne druge odredbe.²⁷

²⁴ Slična je i pretpostavka iz čl. 346., st. 1., t. 1. OZ-a u pogledu određivanja privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine.

²⁵ Pri procjeni te subjektivnosti treba zanemariti subjektivni element odgovornosti (stupanj krivnje) koji pri prouzročenju opasnosti eventualno postoji na strani predlagatelja osiguranja. Njegov odnos prema štetnoj posljedici irelevantan je za procjenu subjektivnosti o kojoj je ovdje riječ. Zato tu subjektivnost valja shvatiti uvjetno. Podrobnije Dika, M., *op.cit.* u bilj 22, str. 846 – 898, osobito str. 868. i 876 – 877.

²⁶ Navedena odredba primjenjuje se u pogledu privremenih mjera radi osiguranja novčanih tražbina, ali na temelju čl. 346., st. 2. i u pogledu privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina.

²⁷ Konačno, ako je riječ o “neznatnoj” šteti, tada predlagatelj osiguranja uvijek može dati jamčevinu za pokriće te “neznatne” štete koja može nastati protivniku osiguranja i time izbjeći nužnost dokazivanja pretpostavke opasnosti. Time se ujedno i izbjegava opasnost da sud u hitnom postupku kakav je postupak privremenog zaustavljanja mora nalaziti odgovor na ne baš uvijek jednostavno pitanje je li u konkretnom slučaju određen opseg i visina štete “neznatan”. Iz prakse slučajeva zaustavljanja pomorskih brodova može se izvući zaključak da u pomorskom gospodarstvu takva šteta ne postoji.

Protokol broj 2 odredbom sadržanom u čl. 11., st. 2. dopušta da, u okolnostima kada u vrijeme podnošenja prijedloga za privremeno zaustavljanje plovila nije opravdano očekivati da predlagatelj osiguranja sudu predoči dokaz kojim bi učinio vjerojatnim postojanje tražbine, sud ipak može odrediti zaustavljanje ako bude dana odgovarajuća jamčevina kojoj je cilj naknada štete koju protivnik osiguranja može pretrpjeti neosnovanim zaustavljanjem.²⁸ Dakle, Protokol broj 2 izrijeком dopušta da položena jamčevina zamijeni (samo) pretpostavku vjerojatnosti postojanja tražbine. O mogućnosti da osiguranje zamijeni ispunjenje pretpostavke navedene pod b) (opasnost ugrožavanja namirenja bez predložene mjere) Protokol broj 2 nema izričitih odredaba. U pogledu privremenog zaustavljanja pomorskog broda primjenjuje se odredba čl. 349. OZ-a koja izričito propisuje da sud može dopustiti da jamčevina supstituira ne samo ispunjenje pretpostavke vjerojatnosti postojanja tražbine nego i pretpostavku opasnosti. Ako takvo osiguranje ne bude dano u određenom roku, sud odbija prijedlog za osiguranje.

Postavlja se pitanje može li se odredba čl. 349. OZ-a primijeniti i u slučaju zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe. Ako bismo doslovno (jezično) tumačili odredbe Protokola broj 2, tada bismo na postavljeno pitanje odgovorili niječno uz argumentaciju koja bi se temeljila na stajalištu prema kojem bi, da su to htjeli, kreatori Protokola broj 2 to izričito i propisali kao što su to učinili u pogledu pretpostavke vjerojatnosti postojanja tražbine. S tim se stajalištem ipak ne bi trebalo složiti. Prije svega, valja upozoriti na odredbu druge rečenice čl. 11., st. 1. Protokola broj 2 prema kojoj sud može uvjetovati određivanje privremenog zaustavljanja plovila polaganjem jamčevine i u slučajevima kada je predlagatelj uspio učiniti vjerojatnim pretpostavke navedene pod a) i b).²⁹ Ako je, dakle,

²⁸ Prihvaćanje jamčevine umjesto ispunjenja pretpostavke vjerojatnosti postojanja tražbine diskrecijska je ovlast suda.

²⁹ Odredba čl. 11., st. 1. Protokola broj 2 glasi: "Predlagatelj mora učiniti vjerojatnim postojanje tražbine i opasnosti navedene u čl. 10. ovoga Protokola. Sudska vlast može određivanje (misli se na određivanje zaustavljanja, naglasio J. M.) uvjetovati davanjem jamčevine predlagatelja." (preveo J. M.). Dakle, polaganje jamčevine može, ovisno o odluci suda, biti dodatan uvjet koji mora biti ispunjen da bi privremeno zaustavljanje plovila bilo dopušteno. U pogledu privremenog zaustavljanja pomorskih brodova može se primijeniti odredba čl. 349., st. 2. OZ-a prema kojoj sud može i u slučaju kada je predlagatelj osiguranja učinio vjerojatnim postojanje tražbine i opasnosti uvjetovati određivanje privremene mjere davanjem osiguranja za štetu koja bi protivniku osiguranja mogla nastati određivanjem i provedbom privremene mjere. Međutim, prema navedenoj

diskrecijska ovlast suda da i u slučaju ispunjenja obiju pretpostavaka ipak zatraži i polaganje jamčevine za eventualnu štetu koja bi određivanjem i provedbom zaustavljanja mogla nastati protivniku osiguranja, tada bi on takvu ovlast svakako trebao imati i kad neka od tih pretpostavaka nije ispunjena. Čini se da bi umjesto uskog tumačenja odredaba Protokola broj 2 koje se oslanja samo na ono izričito navedeno u tekstu toga propisa u ovom slučaju ipak prikladnije bilo tumačenje svrhe i domašaja odredaba Protokola broj 2 u cjelini. Naime, nedvojbeno je da su tvorci Protokola broj 2 željeli otvoriti mogućnost da se u određenim slučajevima može odrediti privremeno zaustavljanje plovila “po skraćenom postupku” uvažavajući brzinu koja je vrlo važna u takvim postupcima. Uzimajući u obzir stvarnost, odnosno često vrlo kratko vremensko razdoblje koje stoji predlagatelju na raspolaganju da izbori određivanje i provedbu te mjere, oni zacijelo nisu željeli da beziznimno ispunjavanje navedenih pretpostavaka poluča neželjene učinke, odnosno da bude nepremostiva prepreka za cilj koji se tom mjerom želi postići. Plovila su, naime, u određenim lukama tek nekoliko sati. To je ujedno i razdoblje u kojem je potrebno odrediti i provesti privremeno zaustavljanje. Da u Protokolu broj 2 postoji odredba kojom bi izričito bilo propisano da jamčevina može zamijeniti i pretpostavku opasnosti namirenja tražbine u budućem ovršnom postupku, svrha te (na žalost, nepostojeće) odredbe bila bi ista kao i svrha postojeće odredbe o jamčevini kao supstitutu za ispunjenje pretpostavke postojanja tražbine. Imajući to na umu, dopuštanje da se u pogledu tog pitanja čita i ono što u Protokolu nije napisano čini se sasvim opravdano. S druge strane, položaj protivnika osiguranja neće se pogoršati pod uvjetom da je jamčevina kojom se zamjenjuje spomenuta pretpostavka dostatna za pokriće eventualne štete koju predlagatelj može pretrpjeti zbog neopravdanog privremenog zaustavljanja. Takvo bi tumačenje proizlazilo i iz primjene načela ovršnog prava i prava osiguranja prema kojem, kada postoji konkurencija dvaju po učincima jednako efikasnih sredstava ovrhe, odnosno osiguranja, valja primijeniti ono sredstvo koje je manje tegobno za ovršenika,

odredbi OZ-a sud to može (ali ne mora) učiniti isključivo na prijedlog protivnika osiguranja. Opisana odredba Protokola broj 2 nema u tom smislu nikakva ograničenja pa bi, uopće, valjalo uzeti da sud može samoinicijativno predlagatelju osiguranja naložiti davanje jamčevine kao uvjet za određivanje privremenog zaustavljanja plovila. Ipak bi trebalo nastojati da se u tom pogledu aktivnost suda u praksi oslanja na inicijativu protivnika osiguranja uz primjenu čl. 349. OZ-a jer njegova primjena u pogledu privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe nije u suprotnosti s odredbom druge rečenice čl. 11., st. 1. Protokola broj 2.

odnosno protivnika osiguranja. Uostalom, pri odlučivanju o dostatnosti jamčevine trebaju se primijeniti isti kriteriji koji se primjenjuju i kada je jamčevina položena kao zamjena za pretpostavku postojanja tražbine.³⁰

Postavlja se i pitanje odgovarajuće primjene odredbe čl. 344., st. 3. OZ-a prema kojoj se smatra da opasnost postoji ako bi se tražbina imala ostvariti u inozemstvu (neoboriva presumpcija opasnosti). Ta je odredba iznimno važna baš za privremenu mjeru zaustavljanja i pomorskih plovila i plovila unutarnje plovidbe. Naime, često se zaustavljaju plovila strane državne pripadnosti čiji vlasnik (protivnik osiguranja) u Hrvatskoj nema imovine koja bi mogla biti predmet budućeg namirenja u ovršnom postupku. Dakle, tražbina se u takvim slučajevima mora ostvariti u inozemstvu, što otvara put predlagatelju privremenog zaustavljanja da aktivira tu odredbu i značajno pojednostavi i ubrza određivanje, a time i provedbu privremenog zaustavljanja. No, Protokol broj 2 nema odredbu koja bi sadržajno odgovarala opisanoj odredbi OZ-a. Prije svega, presumiranu opasnost o kojoj govori navedenu odredbu OZ-a valja shvatiti kao slučaj objektivne opasnosti koja je pretpostavka za određivanje privremene mjere.³¹ Neoboriva (apsolutna) je zakonska presumpcija da, ako postoji takva objektivna opasnost, tada postoji i subjektivna opasnost (ona

³⁰ Prema Protokolu broj 2 jamčevina u postupku zaustavljanja plovila može biti položena u još dvama slučajevima. Prema čl. 15. obvezno je oslobađanje plovila od zaustavljanja ako zainteresirana osoba položi jamčevinu ili drugi oblik osiguranja koje sud države u kojoj je određeno zaustavljanje ocijeni dostatnim. Ako je riječ o tražbini u pogledu koje je dopušteno ograničenje odgovornosti, jamčevina, odnosno osiguranje dostatno je ako je bar jednako svoti ograničenja odgovornosti. Nakon polaganja jamčevine nije dopušteno privremeno zaustavljanje radi osiguranja iste tražbine na teritoriju države ugovornice ni oslobođenog plovila ni bilo kojeg drugog plovila istog vlasnika, a ni pripadaka tih plovila. Navedeno se, međutim, ne primjenjuje na području neke države ugovornice čiji sud smatra da u toj državi dana jamčevina više nema isti učinak kao što ga je imala u državi zaustavljanja u trenutku oslobađanja plovila. Davanje jamčevine u svrhu sprečavanja privremenog zaustavljanja, odnosno radi oslobođenja već zaustavljenog plovila nikako se ne smatra priznanjem postojanja tražbine predlagatelja osiguranja ni odricanjem od prava na ograničenje odgovornosti. Konačno, Protokol broj 2 u čl. 18. predviđa i treću moguću funkciju davanja jamčevine. Riječ je o tome da sud, ne ukidajući rješenje o privremenom zaustavljanju, može svojom odlukom urediti pitanje iskorištavanja plovila za vrijeme trajanja te mjere. U tu svrhu sud može odrediti polaganja jamčevine kako bi zaustavljenom plovilu dopustio poduzimanje određenog putovanja ili premještaj iz luke u kojoj je zaustavljen.

³¹ Tako Dika, M., *op.cit.* u bilj. 22, str. 868 - 869.

koja inače potječe od protivnika osiguranja) iz odredbe čl. 344., st. 1. OZ-a. Dakle, ako predlagatelj učini vjerojatnim postojanje te objektivne opasnosti, samim tim je zbog djelovanja neoborive zakonske presumpcije učinio vjerojatnim postojanje opisane subjektivne opasnosti. Da bi učinio vjerojatnim tu objektivnu (a time i subjektivnu) opasnost, predlagatelj mora učiniti vjerojatnim da protivnik osiguranja ima imovinu u inozemstvu na kojoj bi se ovrha mogla provesti i da protivnik osiguranja u vrijeme kad se protiv njega bude mogla tražiti ovrha neće u zemlji imati imovine iz koje bi se tražbina mogla namiriti.³² U kontekstu privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe navedena objektivna opasnost nije ništa drugo nego tipičan primjer ispunjenja pretpostavke postojanja također objektivne opasnosti iz čl. 10. Protokola broj 2. Upravo ostvarenje tražbine u inozemstvu koje bi radi namirenja bilo nužno ako se ne odredi privremeno zaustavljanje predstavlja opasnost onemogućenja ili bar znatnog otežavanja prisilnog namirenja tražbine predlagatelja osiguranja. Dok se prema OZ-u nužnost ostvarenja tražbine u inozemstvu kao objektivna opasnost operativnošću neoborive zakonske presumpcije smatra slučajem inače potrebne *subjektivne* opasnosti, dotle u kontekstu Protokola broj 2 postojanje te opasnosti predstavlja slučaj redovitog ispunjenja pretpostavke postojanja i inače potrebne *objektivne* opasnosti. Da bi učinio vjerojatnim postojanje upravo tog slučaja opasnosti, predlagatelj privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe mora učiniti vjerojatnim iste već navedene činjenice koje mora učiniti vjerojatnim i predlagatelj privremenog zaustavljanja pomorskog broda koji želi aktivirati neoborivu presumpciju iz OZ-a. Zbog navedenog presumpcija navedena u OZ-u za predlagatelja privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe ne olakšava bitno njegov položaj u pogledu dokazivanja postojanja opasnosti. On je u takvu položaju izravno, bez potrebe da koristi tu presumpciju, i to zahvaljujući samim odredbama Protokola broj 2 koje, za razliku od OZ-a, ionako zahtijevaju postojanje objektivne opasnosti kao pretpostavke za privremeno zaustavljanje.

U domaćoj sudskoj praksi u postupku privremenog zaustavljanja polovila uočeno je zanemarivanje primjene Protokola broj 2 u pogledu pretpostavaka za određivanje toga zaustavljanja, odnosno (pogrešno) upuštanje u razmatranje postojanja pretpostavaka navedenih u OZ-u koje su primjenjive isključivo u pogledu zaustavljanja pomorskih brodova.³³

³² *Ibid.*

³³ Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske Pž-1116/07-3 od 5. travnja 2007.

2.4. Tražbine radi osiguranja kojih plovilo može biti privremeno zaustavljeno

Protokol broj 2 nema odredaba kojima bi bilo propisano radi kojih tražbina je dopušteno odrediti privremeno zaustavljanje. Tek stidljivo u čl. 10., st. 2. Protokola broj 2 propisano je da se odredbe o tome da je privremeno zaustavljanje moguće isključivo na temelju odluke sudske vlasti kao i one koje govore o tome da se privremeno zaustavljanje mora odrediti ako je ispunjena pretpostavka opasnosti primjenjuju i u slučajevima kada je predlagateljovo pravo koje se osigurava privremenim zaustavljanjem stvarno pravo, odnosno tražbina osigurana stvarnim pravom. Iz te bi se odredbe moglo zaključiti da se privremeno zaustavljanje može odrediti i za tražbine koje su osigurane nekim stvarnim pravom (npr., hipotekom) kao i one u pogledu kojih takvog osiguranja nema.³⁴ To što o tom pitanju Protokol broj 2 ne sadrži odgovarajuću odredbu predstavlja bitnu razliku u odnosu na rješenja pomorskih konvencija i PZ-a koji ne dopuštaju privremeno zaustavljanje za sve tražbine nego samo za određene, taksativno navedene tzv. pomorske tražbine.³⁵ U vezi s navedenim valja odgovoriti na pitanje je li i privremeno zaustavljanje plovila unutarnje plovidbe dopušteno samo radi osiguranja tzv. pomorskih tražbina ili je ono dopušteno radi bilo koje tražbine predlagatelja osiguranja. Drugim riječima, ima li u pogledu zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe mjesta primjeni odredaba

Odlučujući o žalbi predlagatelja osiguranja protiv rješenja prvostupanjskog suda o odbijanju prijedloga za određivanje privremene mjere na plovilu čiji je brodovlasnik (protivnik osiguranja) bila pravna osoba iz Srbije, a predlagatelj osiguranja pravna osoba iz Hrvatske, Visoki trgovački sud kao drugostupanjski sud je, među ostalim, u obrazloženju iznio tvrdnju da su zakonske pretpostavke za prihvaćanje toga prijedloga sadržane u odredbama Ovršnog zakona u vezi s odredbom čl. 951. PZ-a. Pritom je drugostupanjski sud potpuno zanemario Protokol broj 2 koji se ovdje morao primijeniti. U doba podnošenja prijedloga za zaustavljanje i Srbija i Hrvatska već su bile obvezane Protokolom broj 2. Sretna okolnost je što neidentificiranje valjanoga izvora prava u konkretnom slučaju nije imalo utjecaja na osnovanost odluke po žalbi.

³⁴ Ako se određuje privremeno zaustavljanje radi osiguranja tražbine ranije već osigurane založnim pravom kao stvarnopravnim sredstvom osiguranja, tada je riječ o kumulaciji sredstava osiguranja. Privremeno zaustavljanje tada je komplementarno ranije postojećem drugom sredstvu osiguranja, tj. založnom pravu na plovilu.

³⁵ Usp. čl. 1. Konvencije iz 1952., čl. 1. Konvencije iz 1999. i čl. 953. PZ-a. U pogledu stranih brodova to ograničenje primjenjuje se samo pod uvjetom reciprociteta između Hrvatske i države zastave broda.

sadržanih u čl. 953. PZ-a. Ovdje je svakako riječ o pitanju koje nije riješeno Protokolom broj 2. Ono nije riješeno ni u ZPLUV-u. Dakle, ne preostaje drugo nego u svrhu odgovora na postavljeno pitanje primijeniti odredbu čl. 1., st. 2. ZPLUV-a kojom je propisano da na pitanja koja nisu uređena u ZPLUV-u valja primijeniti PZ kao izvor (i) prava unutarnje plovidbe. Prema tome, privremeno zaustavljanje plovila unutarnje plovidbe dopušteno je isključivo za tražbine navedene u čl. 953. PZ-a.³⁶

2.5. Plovilo koje može biti predmet privremenog zaustavljanja

Protokol broj 2 nema odredaba koje uređuju pitanje koje plovilo može biti privremeno zaustavljeno. Situacija je u tom smislu ista kao i u pogledu pitanja tražbina radi kojih je privremeno zaustavljanje dopušteno. U kontekstu hrvatskog prava, da bi se odgovorilo na to pitanje, valja primijeniti odredbe PZ-a, osobito njegov čl. 954. U tom smislu valja razlikovati sljedeće:

- a) privremeno zaustavljanje koje se traži radi ostvarenja pomorskog privilegija ili hipoteke na brodu ili hipoteci sličnih sredstava osiguranja stranog prava, odnosno radi ostvarenja zahtjeva koji se tiču vlasništva na brodu i
- b) privremeno zaustavljanje koje se traži radi ostvarenja neke od pomorskih tražbina iz čl. 953., st. 1. PZ-a.

U slučaju navedenom pod a) može se privremeno zaustaviti samo brod koji je opterećen dotičnim privilegijem, hipotekom ili njoj sličnim osiguranjem stranog prava, odnosno na koji se odnosi zahtjev u vezi s pravom vlasništva na brodu. Brod može biti privremeno zaustavljen sve dok je opterećen tim pomorskim privilegijem, odnosno hipotekom i hipoteci sličnim sredstvom osiguranja stranog prava. U slučaju navedenom pod b) može biti privremeno zaustavljen bilo koji brod koji je u vrijeme podnošenja prijedloga za privremeno zaustavljanje u vlasništvu osobnog dužnika.³⁷ Ako se privremeno zaustavljanje plovila predlaže

³⁶ Primjena Konvencije iz 1952. u pogledu tog pitanja nije moguća iako je Hrvatska stranaka te Konvencije, i to stoga što ta Konvencija već u svojem nazivu određuje da se primjenjuje samo na pomorske brodove. Konvencija iz 1999. načelno se primjenjuje na sve brodove (uključujući i one koji nisu pomorski), ali Hrvatska nije njezina ugovornica.

³⁷ Kada se privremeno zaustavljanje određuje radi ostvarenja privilegija ili hipoteke na brodu, odnosno hipoteci sličnog sredstva osiguranja stranog prava, brod se može privremeno zaustaviti bez obzira na to je li u vrijeme podnošenja prijedloga osobni dužnik vlasnik toga broda. Pod osobnim dužnikom smatra se osoba koja prema odredbama mje-

radi osiguranja neke od tražbina koje su navedene u čl. 953., st. 1. (lista pomorskih tražbina), a u svrhu osiguranja iste pomorske tražbine na nekom plovilu već postoji privilegij, hipoteka ili njoj slično sredstvo stvarnopravnog osiguranja, trebalo bi uzeti da se, ako su ispunjene opće pretpostavke, može privremeno zaustaviti ne samo plovilo koje je opterećeno stvarnopravnim sredstvom osiguranja nego i bilo koje drugo plovilo čiji je vlasnik osobni dužnik.³⁸ Predlagatelju osiguranja treba dati mogućnost da privremeno zaustavljanje utemelji bilo na slučaju navedenom pod a) jer je njegova tražbina osigurana nekim od navedenih založnih prava, bilo na slučaju navedenom pod b) jer se njegova tražbina nalazi na listi pomorskih tražbina iz čl. 953., st. 1. PZ-a.³⁹

2.6. Pravne posljedice privremenog zaustavljanja

U postupku u povodu prijedloga za privremeno zaustavljanje pomorskog broda sud primjenjuje relevantne odredbe PZ-a i OZ-a.⁴⁰ O tom prijedlogu sud odlučuje obrazloženim rješenjem.⁴¹ U rješenju kojim određuje takvu mjeru radi

rodavnog prava odgovara za tražbinu radi koje se traži zaustavljanje broda, a u vrijeme nastanka te tražbine bila je u svojstvu vlasnika, brodara, naručitelja ili zakupnika broda u vezi s kojim je tražbina nastala. V. čl. 954., st. 2. PZ-a.

³⁸ Naime, iako se ne nalaze na listi pomorskih tražbina iz čl. 953., st. 1. PZ-a, svaku tražbinu radi osiguranja koje je na brodu zasnovan privilegij, hipoteka, odnosno hipoteci slično sredstvo osiguranja stranog prava valja također smatrati pomorskom tražbinom. U pogledu hipoteke ili njoj sličnog tereta na taj zaključak upućuju odredbe čl. 1., st. 1., t. q Konvencije iz 1952. i čl. 1., st. 1., t. u Konvencije iz 1999. U kontekstu hrvatskog prava "privilegirane" su tražbine navedene u čl. 241. PZ-a.

³⁹ Dodatni argument za tu tezu predstavljaju odredbe čl. 336., st. 4. i 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09. Moguće je i dopušteno privremeno zaustaviti i više plovila (višestruko privremeno zaustavljanje) ako je to potrebno radi potpunijeg osiguranja iste tražbine.

⁴⁰ Katkad je potrebno primjenjivati i neke druge propise, primjerice Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11.

⁴¹ *Arg ex* čl. 958. PZ-a i čl. 342. OZ-a. Protiv rješenja o prijedlogu za izdavanje privremene mjere dopuštena je žalba u roku od osam dana od dana dostavljanja rješenja. Ta žalba ne šalje se protivnoj stranci na odgovor. Drugostupanjski sud dužan je donijeti i otpremiti rješenje o žalbi u roku od trideset dana od dana kad je primi. Tijek roka za žalbu ni žalba ne odgađaju provedbu privremenog zaustavljanja (čl. 352. OZ-a). Protivnik osiguranja

osiguranja točno određene tražbine sud će zabraniti brodu odlazak iz određene luke (*arg. ex* čl. 952. PZ-a) te “pozvati”, zapravo naložiti lučkoj kapetaniji da brodu oduzme upisni list, brodsku svjedodžbu, popis posade i isprave o sposobnosti broda za plovidbu (čl. 860. u vezi sa čl. 962. PZ-a).⁴² Sud mora odrediti vrijeme trajanja te privremene mjere, a ako se ona određuje prije pokretanja postupka radi opravdanja privremenog zaustavljanja, sud u rješenju treba odrediti i rok u kojemu predlagatelj osiguranja mora taj postupak pokrenuti i sudu podastrijeti dokaz o tome.⁴³ U izreci rješenja sud određuje i tko snosi troškove postupka određivanja privremenog zaustavljanja kao i tko snosi troškove održavanja broda i uzdržavanja posade za vrijeme privremenog zaustavljanja (čl. 960. PZ-a). Prema potrebi sud će uputiti poziv protivniku osiguranja za imenovanje punomoćnika za primanje pismena u Republici Hrvatskoj.⁴⁴ Sve navedeno na odgovarajući način primjenivo je i u pogledu privremenog zaustavljanja plovila unutarnje plovidbe. Neka od tih pitanja su Protokolom broj 2 riješena na sadržajno gotovo istovjetan način.⁴⁵

ima prema predlagatelju osiguranja pravo na naknadu štete koja mu je nanesena privremenim zaustavljanjem za koje je utvrđeno da je bilo neosnovano ili koju predlagatelj nije opravdao (čl. 354. OZ-a). Protivnik osiguranja može naknadu štete tražiti u posebnom adhezijskom postupku o okviru postupka osiguranja, i to najkasnije u prekluzivnom roku od trideset dana, a nakon toga u parnici. U postupku osiguranja o zahtjevu za naknadu štete sud odlučuje rješenjem. Podrobnije Dika, M., *op.cit.* u bilj. 22, str. 897 - 898.

⁴² Sud je vezan prijedlogom predlagatelja privremenog zaustavljanja, a podaci i činjenice koje mora sadržavati taj prijedlog sadržane su u čl. 341. PZ-a.

⁴³ U čl. 958., st. 2. PZ-a određen je petnaestodnevni rok u kojem je predlagatelj osiguranja dužan dokazati pokretanje postupka radi opravdanja privremenog zaustavljanja. Vrijeme trajanja privremenog zaustavljanja može se na prijedlog predlagatelja osiguranja i produljiti ako se nisu stekli uvjeti za ovrhu i ako se uvjeti pod kojima je ono određeno nisu izmijenili. Ako protekne vrijeme za koje je zaustavljanje određeno, a ne dođe do produljenja, sud će na prijedlog protivnika osiguranja obustaviti osiguranje i ukinuti provedene radnje.

⁴⁴ U tom slučaju vrlo je zanimljivo rješenje Visokog trgovačkog suda broj Pž-6694-3 od 14. veljače 2007. kojim je taj sud preinačio rješenje suda prvog stupnja o određivanju privremene mjere zaustavljanja broda, a sama preinačena izreka sadržava sedam točaka.

⁴⁵ Tako je u čl. 12. Protokola broj 2 određeno da, ako se privremeno zaustavljanje određuje s obzirom na određeni iznos tražbine, tada taj iznos mora biti naveden u rješenju. Protokol broj 2 odredbom čl. 13. propisuje primjenu prava države privremenog zaustavljanja u pogledu slučajeva, načina i roka u kojem predlagatelj mora pokrenuti postupak radi opravdanja privremenog zaustavljanja. Tako dolazimo do podredne primjene odredaba PZ-a.

Međutim, Protokol broj 2 propisuje i neke druge posljedice koje proizlaze iz privremenog zaustavljanja plovila. U čl. 4. određeno je da se u upisnik u kojem je upisano plovilo koje je predmet privremenog zaustavljanja po službenoj dužnosti mora provesti odgovarajući upis u kojem će biti naznačeno da se na plovilu provodi taj postupak. Predlagatelj osiguranja kao i osobe u čiju korist je ranije izvršen kakav upis u pogledu toga plovila moraju se obavijestiti o upisu privremenog zaustavljanja. Isto vrijedi i u pogledu eventualnog oslobođenja od zaustavljanja. Ako se privremeno zaustavljanje provodi u državi koja je različita od države u kojoj je plovilo upisano, zahtjev za navedeni upis po službenoj dužnosti podnosi službenik nadležnog tijela u državi zaustavljanja i upućuje ga tijelu države upisa plovila.⁴⁶ To bi značilo da u izreci rješenja o određivanju privremene mjere na hrvatskom plovilu unutarnje plovidbe sud, među ostalim, mora naložiti lučkoj kapetaniji koja vodi upisnik u koji je upisano zaustavljeno plovilo upis zabilježbe te mjere. Ako je riječ o plovilu upisanome u upisniku u drugoj državi koja je prihvatila Protokol broj 2, tada bi hrvatski sud morao naložiti ovlaštenom tijelu (najefikasnije bi bilo da to tijelo bude lučka kapetanija nadležna prema području privremenog zaustavljanja) da nadležnom tijelu države upisa plovila uputi zahtjev za upis zabilježbe. Pritom treba skrenuti pozornost na odredbu čl. 9., st. 1. Protokola broj 2 kojom je propisano da se privremeno zaustavljanje plovila koje je provedeno u jednoj državi ugovornici priznaje na teritoriju svih drugih država ugovornica.⁴⁷ Odredbom čl. 6. Protokola jasno je navedeno da se pravna posljedica upisa privremenog zaustavljanja sastoji u tome

⁴⁶ Sukladno čl. 8., st. 2. Protokola broj 2 zahtjev za upis privremenog zaustavljanja može biti poslan i telegrafski uz obvezu podnositelja da zahtjev potvrdi i pisanim putem. S obzirom na svrhu ove odredbe, hitnost postupka privremenog zaustavljanja i vrijeme kad je Konvencija o upisu s protokolima usvojena (1965. godina), ovu bi odredbu valjalo tumačiti na način da je dopušteno zahtjev uputiti i elektroničkim putem (e-poštom). Nadležna tijela ovlaštena su za izravnu međusobnu komunikaciju koja se, ako drugačije nije dogovoreno, odvija na jeziku pošiljatelja zahtjeva. PZ u čl. 963. određuje da zabilježbu privremene mjere na pomorskom brodu sud po službenoj dužnosti određuje kada je riječ o privremenoj mjeri zabrane otuđenja ili raspolaganja brodom. *A contrario* proizlazi da se, u slučaju kada se određuje neka druga privremena mjera, uključujući i privremeno zaustavljanje broda, tada spomenuta zabilježba ne provodi po službenoj dužnosti.

⁴⁷ Iznimka od pravila međusobnog priznanja postoji u pogledu one države ugovornice čiji je sud donio pravomoćnu presudu o nepostojanju tražbine radi koje je u drugoj državi zatraženo privremeno zaustavljanje, a ta je presuda donesena prije nego što je sud u toj drugoj državi donio rješenje o zaustavljanju (*arg. ex* čl. 9., st. 2. Protokola broj 2).

da se nikakva prava koja su upisana u upisnik poslije upisa privremenog zaustavljanja plovila ne mogu steći u odnosu na predlagatelja toga zaustavljanja.

Protokol broj 2 sadržava izričitu odredbu o tome da se određivanjem i provedbom privremenog zaustavljanja plovila ne stječe nikakvo stvarno pravo. Slično je i u pogledu privremenog zaustavljanja pomorskih brodova.⁴⁸

2.7. Privremeno zaustavljanje i postupak ograničenja odgovornosti vlasnika plovila

Postupak ograničenja odgovornosti specifičan je institut pomorskog prava na temelju kojeg brodovlasnici i brodari, u slučaju kada pri obavljanju svoje djelatnosti nekome prouzroče štetu, imaju zakonsko pravo ograničenja svoje odgovornosti. Posljedično, oni kao štetnici nisu obvezni nadoknaditi štetu oštećenicima u punome iznosu nego do unaprijed propisanog zakonskog iznosa ograničenja. Oštećenici mogu, dakle, ostati bez nadoknade dijela štete od strane vlasnika broda kojim je šteta prouzročena kada je iznos štete viši od iznosa ograničenja.⁴⁹ U slučaju privremenog zaustavljanja pomorskih brodova primjenjivi propisi sadržavaju odredbu kojom se brod oslobađa privremenoga zaustavljanja u slučaju kada je osnovan fond ograničenja odgovornosti koji služi namirenju (i) tražbine radi koje je brod privremeno zaustavljen. To slijedi iz općenite posljedice osnivanja fonda ograničene odgovornosti brodovlasnika, a ta je da bilo koja osoba koja istakne tražbine prema tom fondu ne može u odnosu na tražbinu koja se namiruje iz fonda ostvarivati bilo kakva prava prema ostaloj imovini osobe u čije je ime taj fond osnovan. U primjenjivim propisima posebno se uređuju slučajevi kada se brod mora, odnosno može osloboditi pri-

⁴⁸ V. čl. 345., st. 2. OZ-a. Međutim, na jamčevini koja je dana u sudski polog kao zamjena za već određeno privremeno zaustavljanje protivna strana stječe zakonsko založno pravo, *arg. ex* čl. 15. OZ-a. To bi vrijedilo i u pogledu jamčevine dane umjesto privremenog zaustavljanja plovila. Za kritički komentar takva stanja v. Ivković, Đ., *Založno pravo i privremene mjere na brodu*, Piran, 2003.

⁴⁹ Ako je visina štete niža od granice odgovornosti, tada je vlasnik broda obavezan nadoknaditi štetu do njezine stvarne visine. U transportnom pravu naknada štete do punog iznosa zapravo je iznimka do koje dolazi u slučajevima kada je šteta prouzročena uz ponašanje koje odgovara preciznim opisima kvalificirane krivnje sadržanim u primjenjivim propisima toga prava. O ograničenju odgovornosti brodara v. Grabovac, I., *Ogledi o odgovornosti brodara*, Split, 1997.

vremenog zaustavljanja upravo zbog činjenice što je osnovan fond ograničene odgovornosti.⁵⁰

Protokol broj 2 u čl. 15., st. 2. propisuje da se, u slučaju kada se plovilo oslobađa zbog položene jamčevine, smatra da je dana jamčevina dostatna ako je njena vrijednost barem jednaka iznosu na koji je protivnik osiguranja ovlašten ograničiti svoju odgovornost. Riječ je o neoborivoj zakonskoj presumpciji. Pritom valja naglasiti da dostatnost te jamčevine procjenjuje sud države ugovornice u kojoj je plovilo privremeno zaustavljeno i da se ta jamčevina polaže pri tome sudu.⁵¹

3. ZAKLJUČAK

U pogledu nekih pitanja vezanih uz privremeno zaustavljanje plovila unutarnje plovidbe podredno se primjenjuju propisi koji uređuju privremeno zaustavljanje pomorskih brodova, u prvom redu PZ i OZ. Međutim, temeljni propis koji u hrvatskom pravu uređuje ovu materiju je Protokol broj 2 Konvencije o upisu. Obvezujući se Konvencijom o upisu Republika Hrvatska dala je izjavu o prihvaćanju Protokola broj 2. Njegove odredbe neka važna pitanja vezana uz privremeno zaustavljanje plovila uređuju na bitno drugačiji način u odnosu na rješenja koja se primjenjuju na zaustavljanje pomorskih brodova. Tim pitanjima pripadaju pretpostavke za privremeno zaustavljanje plovila, provedba te mjere kao i njezini pravni učinci.

Trend razvitka prava unutarnje plovidbe u posljednjem desetljeću upućuje na njegovo sve izraženije osamostaljivanje u odnosu na pomorsko pravo. U tom kontekstu bilo bi svrsishodno u bliskoj budućnosti pristupiti izradi svojevrsnog zakonika unutarnje plovidbe. U okviru toga zakonika svoje mjesto morale bi pronaći i odredbe koje bi sustavno uređivale materiju privremenog zaustavljanja plovila. One bi sadržajno trebale biti kreirane po uzoru na odredbe Protokola

⁵⁰ Čl. 398. PZ-a, čl. 13. Konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine iz 1976. kako je izmijenjena Protokolom iz 1996., Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 2/92, 12/05. I nova Strasburška konvencija iz 2012. o ograničenju odgovornosti u unutrašnjoj plovidbi (CLNI 2012) koja još nije na snazi sadržava sličnu odredbu u čl. 14. Ograničenje odgovornosti, pod određenim pretpostavkama, moguće je ostvariti davanjem jamčevine kod nadležnog suda i bez obveze pokretanja formalnog izvanparničnog postupka osnivanja fonda ograničene odgovornosti.

⁵¹ *Supra*, bilj. 30.

broj 2. Na taj način vjerojatno bi se izbjegla u sudskoj praksi već uočena automatska primjena propisa pomorskog prava osiguranja tražbina (PZ, OZ) i u slučajevima kada to nije ispravno jer postoje posebni (i sadržajno različiti) propisi prava unutarnje plovidbe.

Povezanost međunarodnih izvora pomorskog prava i prava unutarnje plovidbe uočava se i na primjeru Međunarodne konvencije o zaustavljanju brodova iz 1999. koja se načelno primjenjuje na sve plovne objekte. Ako i kada Republika Hrvatska odluči obvezati se tim međunarodnim ugovorom, potrebno je staviti inače dopuštenu rezervu u smislu neprimjene Konvencije iz 1999. na brodove koji nisu pomorski. Na taj način izbjegli bi se slučajevi kolizije odredaba te Konvencije i odredaba Protokola broj 2 kao i nepotrebno multipliciranje izvora prava koji uređuju isto pitanje.

Summary

Jasenko Marin *

ARREST OF INLAND NAVIGATION VESSELS

The arrest (attachment) of inland navigation vessels is a temporary measure directed by the court in order to secure enforcement of a claim against the person operating the vessel. The applicable international source of law related to this matter is Protocol No. 2 concerning attachment and forced sale of inland navigation vessels, which is an annex to the Convention on the registration of inland navigation vessels, concluded at Geneva on 25 January 1965. The Republic of Croatia is a contracting party to this Convention. Applicable sources of Croatian internal law are the Maritime Code and the Enforcement Act. However, these internal laws should be applied only in respect of issues not regulated by the Protocol No. 2. Furthermore, there are some substantial differences between the provisions of Protocol No. 2 and the provisions of these internal laws dealing with conditions for arrest, arrest procedure and legal consequences of the arrest. On the other hand, the Maritime Code and the Enforcement Act should be applicable in respect of the questions which vessel may be arrested and for which claims arrest could be granted.

* Jasenko Marin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

The trend of development of inland navigation law in the last decades points to its “independence” in relation to maritime law. In this context, it would be practical in the near future to adopt some kind of Croatian inland navigation code. Rules on arrest of inland navigation vessels should be included in such a Code. These rules should be modelled on the respective provisions of Protocol No. 2. In this way, automatic application of the sources of maritime law dealing with the arrest of seagoing vessels, which is noted in court practice, would be avoided in cases where it is not proper.

Correlation between international sources of maritime law and inland navigation law is demonstrated on the example of the 1999 International Convention on the Arrest of Ships. This international agreement is generally applicable to all vessels. If and when Croatia ratifies the 1999 Arrest Convention, it shall be necessary to make a reservation in order to exclude its application to non-seagoing ships. Doing so would avoid the collision of the 1999 Arrest Convention and the Protocol No 2.

Keywords: arrest of inland navigation vessels, Protocol No. 2 concerning attachment and forced sale of inland navigation vessels, temporary measure, inland navigation law, maritime law.

ŠTA SE ŠTITI U POSESORNOM POSTUPKU? O POJMU I PRIRODI DRŽAVINE (POSEDA)

*Prof. dr. sc. dr. h.c. Vladimir V. Vodinelić **

Polazište analize pojma i pravne prirode državine su deset pojava (počev od dodira sa stvari do nasledničke državine) koje se sreću u oba kontinentalnoevropska koncepta državine. Legalna definicija državine kao faksičke vlasti nema veliku upotrebnu vrednost. Raznovrsnost slučajeva državine i njenih funkcija, a ni klasični način definisanja nisu prepreka za jedinstveni pojam. On je bolje rešenje nego usko definisati državinu, a druge pojave odrediti kao fikcije državine ili ih pravno izjednačavati sa njom. Autorova funkcionalna definicija nije, kako objašnjava, ni tautološka, a ni smetnja u delu u kom je negativna. Faksička vlast nije specifikum pravne ustanove državina. I ona, kao i neke druge stvarnopravne ustanove, spaja faksičko sa pravnim. Jedna njena osobenost je promenljiva priroda prava na državinu, dok su stvarnopravne prirode pravo na zaštitu državine i pravo isključenja trećih od uticaja na državinu. Autor eksplicira pravo isključenja trećih, koje se ne navodi u zakonodavstvu, praksi i teoriji, a koje je vezivni član između državine i prava na zaštitu državine. Iz neuočavanja da to pravo postoji proističe i tvrdnja da se u posesornom postupku štiti državina tj. fakt, a ne pravo, dok se u stvari štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu.

Ključne reči: predmet zaštite u posesornom postupku, pojam državine, faksička vlast, pravna ustanova državina, pravo isključiti treće.

Napis se bavi posjedom (državinom), pojmom koji je umnogome sporan i o kome se u mnogome ne zna šta je. I sam će napis, sva je prilika, mnogima biti sporan. Zato ga sa izvesnom zebnjom posvećujem jubilaru, prof. Mihajlu Dika, o kome se zna i ko je i šta je i koji je, štaviše, nesporan pojam u pravnoj nauci. Ali je nesporna i od srca i moja želja jubilaru: na mnogaja ljeta i još mnogaja dela!

* Dr. sc. dr. h.c. Vladimir V. Vodinelić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, Goce Delčeva 36, Beograd (Srbija).

I. NESPORNI SPOR

Zgodno je, inače, rad početi tvrdnjom da izabrana tema nije pobudila zašluzenu pažnju u nauci. Sopstveno pregnuće time dobija na značaju. Za državinu (posed)¹, međutim, doista se ne može reći da spada među zanemarene teme. Čak ni u pogledu osnovnih pravnoteorijskih pitanja! A ni autori, kad su sebi davali na značaju², nisu to činili tako što su jadikovali zbog zapuštenosti teme nego, naprotiv, ističući njenu težinu koja opstaje uprkos rekordnom interesu koji ona tako dugo pobuđuje. Iz takvog interesovanja proistekle su čitave biblioteke. Ne samo da ima brojnih dela u literaturi civilnopravnih velesila, u kojima su, uostalom, i nastale sve glavne teorije³ već i male pravne književnosti mogu da se legitimiju radovima o tim očigledno toliko provokativnim pitanjima.⁴

¹ Još uvek se u propisima Srbije zna naći da se “posed” upotrebljava kao sinonim za “državinu”, npr., u čl. 85., 90., 213., 222. Zakona o izvršenju i obezbeđenju (Službeni glasnik RS, br. 31/11, 99/11).

² Što Savigny nije propustio da im zameri, v. Von Savigny, F. C., *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Gießen, 1803., str. 1.

³ Pregled shvatanja o tome da li je državina fakt ili pravo v., npr., kod Jenny, K., *Der Besitzbegriff (nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch)*, Zürich i dr., 1915., str. 22 sqq.; Wesener, G., *Ius possessionis*, u: Medicus, D. et al. (ur.), *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976., str. 159, fn. 2. i 3; Stark, E. W., u: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bd. IV. Sachenrecht. 3. Abt. 1. Teilbd. Der Besitz, Art. 919 - 941 ZGB*, Bern, 1984., str. 46; Hartung, F., *Besitz und Sachherrschaft*, Berlin, 2001., str. 32 sqq., 51 sqq.; Lurger, B.; Faber, W., *Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq)*, Munich, 2011., str. 316 sqq. Pregled shvatanja o tome šta je razlog posesorne zaštite v. kod Wieling, H., *Grund und Umfang des Besitzschutzes*, u: Harder, M. et al. (ur.), *De iustitia et iure*, Festgabe für U. v. Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin, 1980., str. 568 sqq.; Hedinger, M. P., *System des Besitzrechtes*, Bern, 1985., str. 55 sqq.; Hartung, F., *op. cit.* u bilj. 3, str. 37 sqq.; Sosnizza, O., *Besitz und Besitzschutz (Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht)*, Tübingen, 2003., str. 32 sqq.; Müller, T., *Besitzschutz in Europa (Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft)*, Tübingen, 2010., str. 225 sqq.

⁴ U Srbiji je o tim pitanjima napisano bar sledeće: Geršić, G., *Priroda državine i osnova njene zaštite (sa kritičkim pogledom na naš Gradanski zakonik)*, Beograd, 1886.; Jovanović, M. P., *Državina – njena zaštita i održaj (Kritički pregled doktrine da državina nije nikakvo pravo)*, Beograd, 1925.; Marković, L., *O pojmu državine*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 2, 1993., str. 283; Niketić, G., *O pravnome karakteru državine*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-2, 2006., str. 689 sqq.; Vukčević, V. P., *Smetanje državine*, Beograd, 1974.; Čelić, D. M., *Pojam državine i njena zaštita*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta

U okviru toliko razmatrane državine tri su pitanja najrazmatranija i sva tri su osnovna: pojam državine, priroda državine i razlog državinske (posesorne) zaštite. Kako u pozitivnim pravima, tako i u pravnoj nauci čvrsto su zastupljena bitno različita poimanja toga šta državina jeste. Kad je sam pojam državine toliko sporan, ni opredeljenja pravne prirode ne mogu biti manje različita, pošto su umnogome određena time šta se smatra državinom. I o razlogu državinske zaštite sporno je sve što bi moglo biti sporno: da li je cilj jedan ili ih je više, kakav je odnos između ciljeva, ima li glavnog ili glavnih, a drugih sporednih, a stanje kontroverze takođe nije bez povezanosti sa opredeljenjem o prva dva pitanja. Čak i najveći su imali teškoće s tim pitanjima, pa i menjali mišljenja.⁵ Ukratko, malo toga je nesporno o državini u pogledu osnovnih pitanja. Ali je bar nesporno da je sporno.

II. POLAZIŠTE

a. Metodološka raskršća

Kao i mnogi drugi večiti teorijski sporovi, tako i ovaj, jedan deo svoje dugovečnosti zahvaljuje nekorektnom načinu na koji je vođen. Ovo je već treći vek u kome se intenzivno raspravlja o jednako formulisanim pitanjima: šta je državina, šta je njena pravna priroda, a šta razlog zaštite, a da se iza opredeljivanja o stalno istovetno formulisanim pitanjima kriju, u stvari, stalno različiti načini na koji se ona nastoje rešiti. Ako se, npr., ne razlikuje imanentna od transcendirajuće

u Prištini, br. 10, 1995., str. 243 *sqq.*; Čelić, D. M., *Poreklo i osnov samostalne zaštite državnine*, Pravna riječ (Časopis za pravnu teoriju i praksu), br. 28, 2011., str. 117 *sqq.*; Kovačević-Kuštrimović, R., *Državnina prema Srpskom građanskom zakoniku i Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru*, u: Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1884-1994, zbornik radova), Niš, 1996., str. 149 *sqq.*; Popov, D., *Koncepcije o državini*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Novom Sadu, br. 1-3, 2000. - 2001., str. 75 *sqq.*; Popov, D., *Državnina prava u pravnom sistemu Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Novom Sadu, br. 2, 2004., str. 163 *sqq.*

⁵ F. C. v. Savigny je državinu isprva (od 1. izdanja *Das Recht des Besitzes* (cit. u fn. 2), 1803.) smatrao faktom da bi kasnije (u 6. izd., 1837., str. 26; 7. izd., 1864., str. 43 *sqq.*) izrekao kako je ona i fakt i pravo; cilj zaštite državine isprva je (u prvih pet izdanja) video kao zaštitu pretpostavljene svojine držaoca, a potom (u 6. izd., str. 41 *sqq.*; 7. izd., 1864., str. 55 *sqq.*) kao zaštitu ličnosti držaoca odn. njegove volje.

kritike ili se polazi od različitih učenja o definiciji, naročito ako se kao definicija prihvata samo klasična definicija⁶ ili ako se, kao što je to bilo u 19. veku, odgovori traže polazeći od rešenja rimskog prava, dok se u 20. veku i potom polazi od drugačijeg pozitivnog prava, a u prvi plan izbija pravno-politička perspektiva⁷, tad metodološka razilaženja doprinose lošoj beskonačnosti rasprave. (Istina, mada je svako takvo vođenje rasprave bezizgledno, bilo je korisno utoliko što je izoštrilo saznanja o raznim komponentama ustanove.) U ovom radu, u kome se obrađuje pojam i priroda državnine, zato ću se prvo jasno opredeliti od kojih ću pojava polaziti propitujući pojam i prirodu državnine (b.2.a).

b. Pojave koje se nazivaju državinom

Oba kontinentalnoevropska koncepta (modela, konstrukta) državnine⁸ određena su tako da u primeni svakog od njih ostaje još dovoljno neodređenosti i nejednoobraznosti u nastojanju da se stekne potpuna predstava o tome šta je sve državnina (1). Kao opipljiviju osnovu za analizu smatram, zato, one životne pojave koje se sreću kao zajedničke konceptima državnine uprkos njihovoj pravno-konstrukcijskoj različitosti (2).

1. Nejasnoće u primeni subjektivnog i objektivnog koncepta državnine

a. Tzv. subjektivni koncept državnine, potekao iz rimskog prava, a potom različito modifikovan tokom istorije i u raznim sredinama, počiva na zajedničkoj pandektističkoj formuli: *corpus + animus = possessio*. *Corpus* kao držanje, vlast

⁶ Vidi primer pod III.b.3. u tekstu kod fn. 40.

⁷ Na to skreće pažnju Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 226, 245. Caterina, R., *Concepts and remedies in the law of possession*, *Edinburgh Law Review*, vol. 8, 2004., str. 272, konstatuje da evropski teoretičari često razmatraju državinu na osnovu rimskog prava, ignorišući činjenicu da sudovi primenjuju pravna sredstva za zaštitu državnine koja nisu rimskog porekla, i da opšta teorija o državnini često nije na pravcu konkretne stvarnosti državinske zaštite.

⁸ O državnini u *common law*, tj. u Engleskoj, v. Harris, D. R., *The Concept of Possession in English Law*, u: Guest, A. G. (ur.), *Oxford Essays in Jurisprudence (A Collaborative Work)*, Oxford, 1961., str. 69 *sqq.*, a iz ugla kontinentalnoevropskog pravnika v. u uporednopravnoj studiji Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 164 *sqq.*

u pogledu stvari (*le corpus, Innehabung, Besitzcorpus*); *animus* kao volja određene sadržine (*l'animus, Besitzwille*). Ova pregnantna zajednička strukturna formula sprovedena je, međutim, u razna vremena i u raznim sredinama u različitim modalitetima tako da ne živi u vidu samo jedne podele na vrste državnine, ni samo jednog razgraničenja državnine od nedržavnine odn. pritežanja. Evo kako to izgleda na primeru Francuske i Austrije, dok ostali modaliteti subjektivnog koncepta samo još usložnjavaju razlike.⁹

U Francuskoj predmet državnine je stvar shvaćena na tradicionalni, rimski način, bilo kao telesna (državnina stvari), bilo kao bestelesna (državnina prava). Državnina je držanje ili upotreba neke stvari ili prava koju držimo, odn. koje vršimo sami ili koju drži, odn. koje vrši drugi u naše ime (čl. 2228. CC, sada 2255.). Međutim, uže od toga, po dominantnoj interpretaciji državnina je posredi samo kad uz objektivni element (*corpus*), preduzimanje radnji koje se ispoljavaju kao vršenje svojine, bilo da se pravo doista ima ili ne, postoji i subjektivni element (*animus*), volja da se time vrši svojina. Ako pak takve volje nema pri preduzimanju radnji, a ponašanje i volja lica odgovara drugim stvarnim pravima ili obligacionim pravima, posredi je pritežalac stvari (*détenteur précaire*, čl. 2236. CC, sada 2266.), a ne držalac. Pojam državnine je proširen kvaziposesijom (*la quasi-possession*) u slučajevima kad radnje koje odgovaraju nekom ograničenom stvarnom pravu (ne i obligacionom) prati volja da se to pravo vrši.¹⁰

U Austriji držalac stvari (*Sachbesitz*, § 309. ABGB) je onaj ko stvar drži s voljom da je drži kao svoju, bila ona njegova ili ne, dok državninu prava (*Rechtsbesitz*, §§ 311., 312. ABGB) ima onaj ko u pogledu stvari neko pravo vrši kao svoje, imao ga ili ne, ako se, kako je to precizirano u sudskoj praksi i pravnoj nauci, to ponašanje ponavlja, odn. uspostavi određeno stanje, kao, npr., kod zakupa,

⁹ U novije vreme se u maniru subjektivnog koncepta izrazio i nacrt knj. VIII o prenosu svojine na pokretnostima DCFR-a (*Draft Common Frame of Reference – Book VIII, Transfer of Movables*), verzija iz 2006., čl. 1:207., st. 1.: “držalac je lice koje fizičku vlast na nepokretnosti vrši s voljom da to čini kao vlasnik”; st. 2.: pritežalac je vrši “s voljom da je drži za držaoca u skladu sa posebnim odnosom o kome su se saglasili on i držalac, a koji pritežaoocu daje pravo da drži (priteže) pokretnost u sopstvenom interesu”. Ni u jednoj od država bivše Jugoslavije novo zakonodavstvo nije se vratilo subjektivnom konceptu negdašnjih građanskih zakonika.

¹⁰ Npr., Carbonnier, J., *Droit civil. Les Biens*, Paris, 1991., str. 200 *sqq.*; Malaurie, P.; Aynès, L., *Cours de droit civil. Les biens. La publicité foncière*, Paris, 2002., str. 145 *sqq.*; Voirin, P.; Goubeaux, G., *Droit civil. Tome I. Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris, 2009., str. 291 *sqq.*

službenosti, zadržavanja prava svojine uprkos predaji kupcu, zaloge, prijema isporuka vode, električne energije i dr. po dovodnim ugovorima i sl. Državinu nema pritežalac, tj. ko stvar drži vršeći na tuđoj stvari neku obavezu, a ne pravo (npr. čuvar), ko vrši neka prava na stvari kao tuđoj (npr., nalazač tuđe stvari, retinent), kome je do opoziva omogućeno da drži stvar (prekarista).¹¹

U Francuskoj postoje nejasnoće u zakonskom tekstu i razilaženje u praksi i teoriji da li je *corpus* faktička vlast na stvari (*detention d'une chose*) ili je faktičko izvršavanje sadržine nekog prava, a da za to nije potrebna faktička vlast na samoj stvari, da li je državinski *animus* samo volja stvar držati kao svoju ili i volja da se stvar drži u sopstvenom interesu što se može i kad se stvar drži kao tuđa vršeći sadržinu ograničenih stvarnih prava, ponašajući se kao imalac kog drugog prava, da li je moguća državina prava na imaterijalnim dobrima.¹² Razlike u razgraničenju između držaoca i pritežaoaca nisu opterećujuće budući da (od 1975. g. i izmene čl. 2282., st. 2. CC, sada 2278.)¹³ i pritežalac uživa posesornu zaštitu. U Austriji je nejasnoća zakonskog teksta prevaziđena umnogome jednoobraznim razlikovanjem pojmova državina stvari, državina prava i pritežanje, ali se neujednačenost tiče kruga slučajeva državine prava, naročito zbog toga što nema opšte saglasnosti o tome da li objektivni element iziskuje faktičku vlast na stvari ili se sastoji u faktičkom izvršavanju sadržine prava. Zato je sporna državina onih prava koja se sastoje u tome da se po tzv. dovodnim ugovorima ponovljeno prima određena činidba (isporuka plina, vode, električne energije i dr.). Neujednačenost i time neodređenost opterećuje razgraničenje između držaoca prava i pritežaoaca pošto iste situacije (npr., kod retencije, ostave, prava na imaterijalnim dobrima) neki smatraju državinom prava, a drugi pritežanjem.¹⁴

¹¹ Up., npr., Ehrenzweig, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. Bd. 2. Hälfte. Das Sachenrecht*, Wien, 1957., str. 53 *sqq.*; Spielbüchler, K., u: Rummel, P. (ur.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd.*, Wien, 2000., str. 469 *sqq.*; Koziol, H.; Welsch, R.; Kletečka, A., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien, 2006., str. 257 *sqq.*; Eccher, B., u: Koziol, H. *at al.* (ur.), *Kurzkomentar zum ABGB*, Wien, 2007., str. 285 *sqq.*

¹² V. lit. u fn. 10 i sažetu analizu kod Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 113 *sqq.*

¹³ Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile, Journal officiel de la République française (JORF), 10.07.1975, str. 7076.

¹⁴ O svemu v. lit. u fn. 11.

b. Tzv. objektivni koncept državine, formulisan tek u kasnoj fazi pripreme BGB uoči njegovog donošenja¹⁵, državinu definiše kao faktičku vlast u pogledu stvari, što se u nekim propisima (ne i u BGB) i izričito kaže (npr., čl. 919., st. 1. ZGB).¹⁶ BGB (§ 854.) i ZGB (čl. 919.) jednu vrstu državine (državina stvari, *Sachbesitz*) opisuju kao faktičku vlast na stvari. Faktička vlast na stvari predstavlja svojinsku, odn. samostalnu državinu (*Eigenbesitz*, § 872. BGB, odn. *selbständiger Besitz*, čl. 920.) ako odgovara pravu svojine, a inače (dakle, kad odgovara, npr., zakupu, posluži i dr.) upotrebnu, odn. nesamostalnu (*Fremdbesitz*, nasuprot § 872. BGB, odn. *unselbständiger Besitz*, čl. 920. ZGB). Faktička vlast na stvari može, nadalje, biti neposredna ako je držalac vrši na samoj stvari, kad se zove neposrednom državinom (*unmittelbarer Besitz*, § 855. BGB) ili posredna kad je držalac vrši posredstvom drugog lica koji je vrši na samoj stvari, kad se zove posredna državina (*mittelbarer Besitz*, § 868. BGB). Od državine stvari razlikuje se državina prava (*Rechtsbesitz*): izvršavanje sadržine određenih prava, uglavnom stvarnih službenosti (§§ 1029., 1090. BGB; čl. 919., st. 2. ZGB) jer se smatra da držalac tad, za razliku od držaoca koji se ponaša kao vlasnik, zakupac, poslogoprimalac i dr., nema faktičku vlast na stvari samoj nego vrši sadržinu prava. Nikakvu državinu nema državinski pomoćnik, lice koje faktičku vlast na stvari vrši sledeći obavezujuća uputstva držaoca (*Besitzdiener*, § 855. BGB).

Neodređenost i neujednačenost prati i ovaj koncept čija je polazna formula (državina = faktička vlast) još i pregnantnija nego u subjektivnom konceptu. Neodređenost se ispoljava generalno, kao temeljna nesaglasnost o tome šta je

¹⁵ Tek u 2. nacrtu 1894. - 1895. Up. detaljno kod Schubert, W., *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung (Ein Beitrag zur Entstehung des BGB)*, Berlin, 1966., str. 57 sqq.; Schwake, J., *Zur Entwicklung des Besitzbegriffs im 19. Jahrhundert unter dem Einfluß Savignys*, Göttingen, 1984., str. 138 sqq.; Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 125 sqq.; Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 39 sqq.

¹⁶ Verzija iz 2007. g. nacrtu knj. VIII o sticanju i prestanku svojine na pokretnostima DCFR-a napustila je subjektivni u korist objektivnog koncepta državine (čl. VIII-1:205. - 208.), v. Von Bar, C. *et al.* (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, 2009., str. 422 sqq.; Lurger, B; Faber, W., *op. cit.* u fn 3, str. 4 sqq., 316 sqq. Čl. VIII-1:205., st. 1.: “Državina ...znači imati neposrednu ili posrednu fizičku vlast na pokretnosti.” Zakoni bivših jugoslovenskih država usvajaju taj koncept državine, neki kombinujući (i terminološki) rešenja BGB i ZGB. Pada u oči da se, kao ni novi propisi država negdašnjeg SSSR-a, pisani na tragu BGB, uglavnom nisu odmakli od njega u pogledu nivoa regulisanja: ne sadrže rešenja za ona pitanja državine koja se u Nemačkoj i drugde intenzivno raspravljaju posle donošenja BGB-a do danas.

uopšte faktička vlast na stvari i kad postoji.¹⁷ Osim toga, državina prava ne odnosi se na ista prava u raznim porecima. Npr., BGB govori samo o uknjiženim stvarnim službenostima i iregularnim servitutima (§§ 1029., 1090., st. 2. u vezi sa § 1029.), ZGB (čl. 919., st. 2) osim službenosti obuhvata i realne terete, a u srpskoj teoriji se državinom prava smatra¹⁸ ponašanje koje odgovara vršenju i drugih prava, stvarnih (osim svojine) i obligacionih, koja se vrše u vidu faktičke vlasti na stvari mada taj stav nema podršku u ZOSPO koji kao i BGB navodi samo stvarne službenosti (čl. 70., st. 3). Neodređenost je i u tome što se uglavnom uzima da se državina prava ne odnosi ni na sve stvarne službenosti (i iregularne servitute) nego, kako glasi vladajuće tumačenje preširokog zakonskog teksta, samo na negativne jer u slučaju pozitivnih posredi je državina stvari (državina dela nepokretnosti ili sudržavina nepokretnosti) pošto držalac ima faktičku vlast na stvari vršeci radnja na tuđoj nepokretnosti.¹⁹ Osim toga, nije jasno postavljeno ni učvršćeno razgraničenje između držaoca i ne-držaoca, naročito tzv. kratkotrajnih držalaca (*Kurzbesitz*).²⁰ Potom, mada se koncept naziva objektivnim zato što se u definicijama pojmova uopšte ne javlja volja, ni danas nema jedinstva o mestu volje u materiji državine.²¹

2. Državina kao oznaka za faktičke i pravne pojave

Dva niza pojava, vidno različitih po svojoj prirodi, nose u propisima, literaturi i praksi obaju konceptata oznaku – državina. Jedno su pojave koje su faktičke prirode (a), a druge su pravne prirode (b).

¹⁷ O čemu kasnije, pod III.a.2.

¹⁸ Pod uticajem O. Stanković u: Stanković, O.; Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1981., str. 38 sqq.

¹⁹ Vidi sa upućivanjima Beermann, C., *Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten (Eine Untersuchung zum Rechtsbesitz: Versuch der Rechtfertigung eines verkannten Instituts aus rechtshistorischer Sicht)*, Münster, 2000., str. 121 sqq.; Sosnitza, op. cit. u fn. 3, str. 31 sqq.

²⁰ Up., sa upućivanjima kod: Enders, P., *Der Besitzdiener – Ein Typusbegriff*, Baden-Baden, 1991., str. 65 sqq.; Niggli, W. R., *Der Besitz - ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts*, Basel, 1993., str. 14 sqq.; Hartung, op. cit. u fn. 3, str. 126 sqq.

²¹ Upućivanja o razilaženju u tome u Švajcarskoj kod: Niggli, *ibid.*, str. 12, a u Nemačkoj kod: Hartung, op. cit. u fn. 3, str. 181 sqq., 109 sqq., 112 sqq. W. R. Niggli, *ibid.*, str. 171, 176 sqq., uključuje volju u definiciju državine, a ne samo u definicije neke njene vrste (kako se to često čini u pogledu svojinske državine).

a. Pojave faktičke prirode: činjenica i skup činjenica

Sledeće pojave koje predstavljaju uvek neku činjenicu, odn. skup činjenica, pojavu realnog, materijalnog sveta, označavaju se kao državina u raznim državama. Neke od tih pojava terminološki su neutralne, tj. nemaju neku posebnu oznaku bez obzira na to koji koncept državine je usvojen u određenoj državi. Druge pojave su ovde označene izrazima koji se upotrebljavaju u državi u kojoj je usvojen određeni (ili subjektivni ili objektivni) koncept državine. Ali, kao i one prve, terminološki neutralne pojave, tako su i ove pojave, tj. ono što je njima označeno, podjednako moguće kao određena činjenica, odn. skup činjenica i u državama u kojima je prihvaćen drugačiji koncept državine. Sveukupno imaće se u vidu kao državina sledeće faktičke pojave²²; one tvore većinu pojava imenovanih državinom: 1) bliski prostorni odnos sa stvari, npr., stanovati u kući, voziti automobil, nositi odeću i sl.; 2) postojanje aktuelne mogućnosti da se uspostavi takva veza sa stvari, npr., državina automobila ostavljenog u garaži, stana u drugom gradu, preko terminala pristupiti podacima pohranjenim u centralnom računaru i sl.; 3) samo prolazna nemogućnost da se stupi u odnos sa stvari, npr., državina oštećenog automobila za vreme dok je nastradali u bolnici, poplavljene kuće, zagubljene stvari i sl.; 4) postojanje okolnosti koje same ukazuju da je neko ostvario faktičku vlast na stvari, npr., državina cepanica složenih u šumi za razliku od razbacanog pruća, uglja istovarenog pred podrumom za razliku od komadića ispalih iz kamiona i sl.; 5) voljno prepuštanje faktičke vlasti na stvari nekome ko prenosiocu priznaje jače pravo na njoj, npr., državina bicikla datog susedu da se njime posluži, prstena datog poveriocu radi obezbeđenja potraživanja, tepiha koji prijatelj nosi pomažući nam pri unošenju stvari kod selidbe i sl. (uglavnom tzv. posredna državina i tzv. dvostruka državina); 6) efikasno naređivanje drugome (pritežaocu, državinskom pomoćniku) šta da čini sa stvari, npr., državina poslodavca na stvarima prema kojima zaposleni postupaju po instrukcijama poslodavca (naredbodavna, zapovedna državina); 7) efikasna zabrana drugome da preduzima određene radnje na stvari, npr., da gradi na svom zemljištu ili uzdržavanje nekoga na osnovu sporazuma od preduzimanja određene radnje na stvari, npr., uzdržavanje od gradnje na jednoj nepokretno-

²² Vodinić, V. V., *Državina*, u: Stanković, O. (ur), *Leksikon građanskog prava*, Beograd, 1996., str. 135 *sqq.* Istovetno zatim i Rašović, Z. P., *Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Podgorica, 1999., str. 306; Rašović, Z. P., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002., str. 38 *sqq.*; 2005., str. 38 *sqq.*

sti po sporazumu s vlasnikom druge nepokretnosti radi očuvanja vidika (tzv. državina prava stvarne službenosti); 8) ponovljeno primanje tuđih radnji, npr., isporuke vode, električne energije, elektronskih impulsa, podataka i dr. (tzv. državina dovođenja); 9) da je ostavilac do časa smrti imao državinu, tj. da se u pogledu stvari do tad nalazio u jednoj od prethodno opisanih situacija i da je neko njegov nasljednik makar i ne znao za ostavioca, nasljeđivanje ni za samu stvar, npr. državina nakita koji je pripadao ostaviocu, stana koji je ostavilac dao u zakup i sl. (tzv. nasljednička državina); 10) uknjiženost u zemljišnoj knjizi prava na nepokretnosti, npr. uknjižba prava svojine na stanu, plodouživanja na voćnjaku i sl. bez obzira na to ko doista vrši faktičku vlast na stvari (tzv. tabularna državina).

b. Pravne kategorije: pravo, obaveza, pravna pozicija

Državinom se nazivaju i pojave koje, međutim, za razliku od navedenih (pod 2.a) nisu ni faktička vlast ili njeno vršenje ni faktičko stanje nego neka pravna kategorija, subjektivno pravo, ovlašćenje, zahtev, obaveza, pravna pozicija.

Kad odredba kaže da “državina prelazi na nasljednike” (§ 857. BGB; čl. 560., st. 2. ZGB), ne radi se o državini kao faktičkoj vlasti nego o pravnim dejstvima koja su povezana sa faktičkom vlašću na stvari koja je postojala u času ostaviočeve smrti (npr., da nasljednik nastavlja održaj koji je započeo ostavilac, da nasljednik stiče pravo na državinsku zaštitu ako ga je imao ostavilac). Da državina ovde nije faktička vlast, još se i jasnije vidi ako odredba glasi “Nasljednik postaje držalac u trenutku otvaranja nasleđa, bez obzira na to kad je stekao faktičku vlast na stvari.” (čl. 73. ZOSPO). Jer, ako bi tu “držalac” označavao onoga ko ima faktičku vlast, a “državina” značila faktičku vlast, smisao odredbe bio bi paradoks da nasljednik u času delacije stiče faktičku vlast i kad je tad ne stiče kao i da je tad stiče i kad ju je već pre stekao. Državina ne znači faktičku vlast na stvari nego pravna dejstva i onda kad odredba glasi “Lice koje po osnovu radnog ili sličnog odnosa, ili u domaćinstvu vrši faktičku vlast na stvari za drugo lice, a dužno je da postupa po uputstvima ovog drugog lica, nema državinu.” (čl. 71. ZOSPO). Jer, o tom licu se jasno kaže da “vrši faktičku vlast na stvari”, a opet se za njega kaže da nije držalac. Ako bi državina ovde bila isto što i faktička vlast, smisao odredbe bio bi besmisao: lice koje ima faktičku vlast, nema faktičku vlast. Ili, npr., kad odredba kaže da se “državina stvari stiče pribavljanjem faktičke vlasti na stvari” (§ 854., st. 1. BGB), odn.

“(D)ržavina se gubi kad držalac prestane da vrši faktičku vlast na stvari.” (čl. 74., st. 1. ZOSPO), ni tad državina ne označava faktičku vlast jer bi, da je tako, odredba imala cirkularno značenje koje ne bi zavređivalo da bude sadržina pravne norme: da se faktička vlast stiče sticanjem faktičke vlasti²³, odn. da se faktička vlast gubi kad se izgubi faktička vlast. Iz istog razloga ne može se povući znak jednakosti između državine i faktičke vlasti ni kad odredba kaže: “Posjed traje dok traje posjednikova faktična vlast glede stvari.” (čl. 19., st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske) jer bi izlazila na to da faktička vlast traje dok traje faktička vlast.

Pošto se norme tumače tako da imaju funkciju, a ne da su besmislene i da ničem ne služe, mora biti da u svim navedenim slučajevima “državina” znači nešto drugo, a ne faktičku vlast jer bi samo u tom slučaju imala normativnu ulogu. I doista, državina ovde ni ne označava faktičku vlast na stvari nego označava razne pravne kategorije – pravne posledice koje nastaju po neka prava, obaveze ili pravne pozicije pribavljanjem ili gubljenjem faktičke vlasti ili njihovim postojanjem ili prestankom u nekom času, a koje su pravne posledice uređene u drugim odredbama. Dakle, npr., da se tad stiče pravo na zaštitu državine, da se tad stiču prava za koja je propisano da se stiču pribavljanjem državine, da se tad nastavlja, a ne prekida održaj prava koji je do tad bio u toku, da tad prestaje pravo na državinsku zaštitu, da se tad prekida održaj itd. Ukratko, državina ovde označava određeni pravni režim koji važi za određena prava, obaveze i pravne pozicije u određenim situacijama.

III. JEDINSTVENI POJAM DRŽAVINE?

Pitanja koja se postavljaju u pogledu pojma državine i njene prirode razmotriću polazeći isprva samo od slučajeva (navedenih pod II.b.2.a) u kojima “državina” označava pojavu faktičke prirode, činjenicu, odn. skup činjenica, a izostaviti i za kasnije (pod IV.) ostaviti slučajeve (II.b.2.b) gde “državina” stoji za pravne kategorije. Slučajevi činjenične prirode koji se nazivaju državinom međusobno su bitno različiti pa je na mestu pitati koliko vredi legalni pojam

²³ Što je “bezmernom trivijalnošću” nazvao već E. I. Bekker u *Aphorismen zur Besitzlehre*, u: Bernhöft, F. *et al.* (ur.), *Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 1. Heft, Leipzig, 1902., str. 16, a potom i brojni drugi (upućivanja kod: Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 24, fn. 13).

državine kao faktičke vlasti (a). Potom, da li legalne definicije sadrže jedinstveni pojam državine i da li je uopšte moguć jedinstveni pojam državine koji bi obuhvatio sve raznovrsne pojave koje se nazivaju državinom (b). Zatim, da li je uopšte i potreban neki takav jedinstveni pojam državine ili je svrsishodnije u pojam državine uključiti samo neke od tih raznovrsnih pojava, a za ostale pojave uzeti da su nešto različito od državine, ali odrediti da i za njih važi isto što i za državinu (c). Predočiću, na kraju, moje određenje jedinstvenog pojma državine kao faktičke kategorije (d). Zaključci o ovim pitanjima do kojih se dođe analizirajući državinu kao kategoriju faktičke prirode ako su negativni (tj. da postojeće legalne definicije nisu upotrebljive, da nije ni moguć jedinstveni pojam i da nije ni potreban jer se na drugi način može postići isti cilj) samo će utoliko pre važiti za ista pitanja onda kad se u analizu uključi i državnina kad ne označava kategorije faktičke vrste nego pravne (IV.).

a. Prekoračive legalne definicije

Ograničen je učinak legalnih definicija kad se državnina poima kao faktička vlast. Uporednopravno se dobro vidi da takva zakonska definicija ne obezbeđuje da se pozivom na nju u primeni ne razidu kvalifikacije i rešenja istih slučajeva²⁴ i da ona ne predupređuje spor o tome da li je definicija primerena i kakva bi trebalo da dođe na njeno mesto (1). Zakonska definicija državine koja državinu svodi na faktičku vlast (u objektivnom konceptu) ili koja (u subjektivnom) faktičku vlast sadrži kao jedan od dva konstitutivna elementa državine (*corpus*) služi se neodređenim pravnim pojmom “faktička vlast na stvari” koji je visokog stepena neodređenosti i koji izaziva stalna sporenja o njegovom značenju (2), a koji uprkos svojoj neodređenosti nije u stanju da obuhvati sve slučajeve faktičke prirode koji se smatraju državinom (3).

²⁴ Preoptimistična je tvrdnja u: Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 152., da uprkos različitim stavovima o tome šta je državnina u najvećem broju praktičnih slučajeva sva shvatanja dolaze do istog rezultata. Videti samo zanimljive slučajeve navedene kod: Kegel, G., *Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen (Zum Verhältniss von Besitz und Eigentum beweglicher Sachen)*, u: Ficker, H. C. *et al.* (ur.), *Festschrift für E. von Caemmerer, Tübingen*, 1978., str. 151 *sqq.*, koji su svi odreda dali povoda sudskim sporovima upravo zbog toga što su učesnici u situaciji o tim slučajevima razilazili o tome ko je držalac, a i u praksi i nauci su nejedinstveno tretirani.

1. Legalne definicije državine

Procesne odredbe o posebnom postupku u parnicama zbog smetanja državine²⁵ ne saopštavaju šta je to što se štiti, tj. ne sadrže definiciju državine, ne kažu ni koje je pravne prirode državina, tj. ne određuju da li je fakt ili subjektivno pravo, obaveza, pravna pozicija niti kažu zašto se štiti, tj. ne određuju cilj ili razlog zaštite. Nije procesni zakonodavac taj kome bi se prvenstveno moglo zameriti što ne daje te osnovne odgovore (mada bi bili od koristi i za tumačenje nekih procesnih odredaba i za rešavanje nekih procesnih pitanja). Jer, odgovori se redovno ne nalaze ni u materijalnopравnim normama iako su one te koje kompleksno uređuju ustanovu državine, gde i jeste njen *sedes materiae*. U mnogim porecima nema, naime, ni u materijalnopравnim propisima nikakve zakonske definicije državine. A one materijalnopравne norme koje sadrže definicije državine prati materijalnopравna civilistička teorija koja je podeljena u pogledu njihove adekvatnosti.

Zakonska definicija u tradiciji subjektivnog koncepta državine ne nailazi samo na odobravanja. Postoje razna otvorena pitanja i u pogledu državinske volje (*animusa*), ali pogotovo u pogledu *corpusa* (npr., koliko da traje ili koliko da se ponavlja situacija da bi se uzelo da je posredi faktička vlast na stvari ili ponašanje odgovarajuće određenom pravu, da li je za državinu prava neophodna faktička vlast na stvari samoj ili izvršavanje sadržine prava i bez faktičke vlasti na samoj stvari, izvršavanje kojih prava predstavlja *corpus*).²⁶ Da ni postojanje legalnog pojma državine svedenog u stilu objektivnog koncepta samo na faktičku vlast ne mora da umrtvi teorijsku scenu i da se u definiciji zasnovanoj na faktičkoj vlasti, štaviše, ni ne mora obavezno videti konačno pronađena valjana formula državine pokazuje i primer švajcarskog ZGB.²⁷ U švajcarskoj književnosti, osim većine koja sledi zakonski pojam državine kao faktičke vlasti, obrela su se u novije vreme bar još dva drugačija stava. Po jednom (teorija

²⁵ Npr., čl. 448. *sqq.* Zakona o parničnom postupku, Sl. glasnik Srbije, br. 72/11; čl. 438. *sqq.* Zakona o parničnom postupku Hrvatske, Narodne novine, br. 148/11.

²⁶ Up. razlike kod: Ehrenzweig, *op. cit.* u fn. 11, str. 54, 58 *sqq.*; Spielbüchler, *op. cit.* u fn. 11, str. 470, 472; Kodek, G. E., *Die Besitzstörung (Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes)*, Wien, 2002., str. 157; Koziol, Welsler, Kletečka, *op. cit.* u fn. 11, str. 259 *sqq.*; Eccher, *op. cit.* u fn. 11, str. 286, 287, 289.

²⁷ Npr., W. R. Niggli već naslovom svoje monografije iskazuje kritičku distancu spram legalne definicije u ZGB: *Der Besitz – ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts*, Basel, 1993.

opšteg pravnog osećaja o nepravu), državina je posredi onda kad svako – već na osnovu pravnog osećaja, predpozitivne predstave o pravdi i osnovnog pravila društvenog života o poštovanju tuđih interesa i o uzdržavanju od oduzimanja tuđe stvari i uticaja na nju – smatra da je nedopušteno zadirati u određeno stanje u pogledu tuđe stvari; kraće, državina je stanje u kome je stvar tuđa za svakog ko nema državinu, u kome svojevuljan uticaj na stvar važi kao nepravo.²⁸ Po jednom drugom, državina je sprovođenje volje u pogledu neke stvari vršenjem stvarnih prava koja se sastoje u upotrebi stvari, bilo da se pravo ima, prividno ima ili se svojata (teorija volje).²⁹

2. Enigma faktičke vlasti

Potruga za značenjem faktičke vlasti traje posvuda. U Nemačkoj, postojbini objektivnog koncepta državine kao faktičke vlasti (a prethodno čvrste tradicije upotrebe tog, Von Savignyjevog izraza za *Besitzcorpus*) nastao je, štaviše, najveći broj shvatanja o tome šta znači neodređeni pravni pojam faktička vlast. Negatorno (u Nemačkoj ujedno vladajuće) shvatanje je da je faktička vlast na stvari tzv. elementarni pojam koji se i ne da bliže odrediti, odn. ne da se unapred i uopšte opredeliti kriterijum ili kriterijumi na osnovu kojih bi se znalo da li je posredi faktička vlast nego ostaje jedino da se to određuje od slučaja do slučaja prema shvatanju koje vlada u odnosima među ljudima (teorija elementarnog pojma, teorija socijalnog pojma).³⁰ Negatorno (u Švajcarskoj ujedno vladajuće)

²⁸ Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 45, 43 *sqq.*, 50. Slično, da se faktička vlast zasniva na postojanju jedne socijalne brane trećima da zadiru u tuđe prilike u pogledu stvari, v. Müller, K., *Sachenrecht*, Köln, 1988., str. 28, odn. da se postojanje faktičke vlasti zasniva na poštovanju odnosa u pogledu objekta državine koje je izraz društvenog morala; Bund, E., u: Gursky, K.-H. (ur.), *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 3. Sachenrecht. Einleitung zum Sachenrecht. §§ 854 - 882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, Berlin, 2007., str. 89. Kritiku v. kod: Niggli, *op. cit.* u fn. 27, str. 82 *sqq.*; Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 132 *sqq.*

²⁹ Niggli, W. R., *op. cit.* u fn. 27, str. 170 *sqq.*, 176 *sqq.*

³⁰ Npr., u Nemačkoj tako Wolff, M.; Raiser, L., *Sachenrecht*, Tübingen, 1957., str. 25; Eichler, H., *Institutionen des Sachenrechts (Ein Lehrbuch)*. 2. Bd. 1. Halbbd., Berlin, 1957., str. 7; Westermann, H., *Sachenrecht (Ein Lehrbuch)*, Karlsruhe, 1960., str. 59 *sqq.*; Müller, *op. cit.* u fn. 28, str. 27 *sqq.*; Baur, F.; Baur, J. F.; Stürner, R., *Sachenrecht*, München, 1999., str. 58 *sqq.*; Sosnitzka, *op. cit.* u fn. 3, str. 6 *sqq.*; Bund, *op. cit.* u fn. 28, str. 77 *sqq.*, 88 *sqq.*; Vieweg, K.; Werner, A., *Sachenrecht*, Köln i dr., 2007., str. 13 *sqq.*; Gursky, K.-H., u: We-

shvatanje (teorija relativnosti pojma u zavisnosti od pravne posledice) drži da bez faktičke vlasti nema državine, ali da faktička vlast označava različite pojave u zavisnosti od vrednosnog suda u teleološkom tumačenju da li je cilj zakona da se na konkretan slučaj primeni pravna posledica ili ne.³¹ Afirmativno shvatanje ima više varijanti. Po jednom stavu, faktička vlast na stvari postoji kad sudija utvrdi na osnovu životnih potreba da u pogledu stvari postoji interes opstanka, kontinuiteta određenog stanja koji je pretežan u odnosu na suprotan interes i koji zavređuje zaštitu (teorija interesa kontinuiteta).³² Po jednom drugom, faktička vlast znači moć nekog lica u pogledu stvari kao mogućnost fizičkog uticaja na stvar bez narušavanja sfere tuđe državine (teorija fizičkog uticaja).³³ Po jednom trećem, faktička vlast na stvari znači pretežnu verovatnoću da se sprovede svoja volja na stvari (teorija pretežne verovatnoće).³⁴

stermann, H.; Westermann, H. P.; Gursky, K.-H.; Eickmann, D., *Sachenrecht*, Heidelberg i dr., 2011., str. 89 *sqq.*; Wilhelm, I., *Sachenrecht*, Berlin, 2012., str. 212 *sqq.*, 216 *sqq.* U Švajcarskoj tako, npr., Jenny, *op. cit.* u fn. 3, str. 52 *sqq.*; Tuor, P.; Schnyder, B., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1986., str. 555. Za kritiku v. sa upućivanjima Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 128; Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 16 *sqq.*, Stark, *op. cit.* u fn. 3, str. 44 *sqq.*; Bund, *op. cit.* u fn. 28, str. 77 *sqq.*, 88 *sqq.*

³¹ Stark, *op. cit.* u fn. 3, str. 41 *sqq.*, 44 *sqq.*, 205 *sqq.*, 295; Tuor, Schnyder, *op. cit.* u fn. 30, str. 557 *sqq.* i drugi nav. kod Stark, *l. c.*; Niggli, *op. cit.* u fn. 27, str. 10 *sqq.* Kritika kod: Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 148. *sqq.*, 163; Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 18 *sqq.*

³² Heck, P., *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen, 1930., str. 20 *sqq.*, 22, 24 *sqq.*, 27; Schmelzeisen, G. K., *Die Relativität des Besitzbegriffs*, Archiv für die civilistische Praxis, br. 1, 1932., str. 51 *sqq.*; Müller-Erbach, R., *Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt*, Archiv für die civilistische Praxis, br. 1, 1936., str. 5 *sqq.*; Ernst, W., *Eigenbesitz und Mobiliärerwerb*, Tübingen, 1992., str. 23 *sqq.* Kritika sa upućivanjima kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 144 *sqq.*, 148 *sqq.*, 163; Gursky, *op. cit.* u fn. 30, str. 89. Modifikaciju tog shvatanja zastupa Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 150 *sqq.*, 160 *sqq.*

³³ Joost, D., *Besitzbegriff und tatsächliche Sachherrschaft – Zur dogmatischen Einordnung des § 854 Abs. 2 BGB*, u: Jahr, G. (ur.), *Gedächtnisschrift für D. Schultz*, Köln, 1987., str. 181. Kritika, sa upućivanjima, kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 135 *sqq.*

³⁴ Uz manje varijacije tako Kegel, *op. cit.* u fn. 24, str. 170, 178; Wieling, H. J., *Sachenrecht. Bd. 1. Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin i dr., 2006., str. 143. Kritika kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 133 *sqq.*

3. Faktička vlast kao Prokrustova postelja

Kako u subjektivnom konceptu (tad kao tzv. državine *solo animo*), tako i u objektivnom (naročito, ali ne samo kao tzv. spiritualizovane državine), ima brojnih slučajeva državine bez faktičke vlasti, npr., kod sticanja simboličkom predajom ili putem *constitutum possessoriuma* i *cessio vindicationis* (*traditio ficta*) ili kad je faktička vlast izgubljena i ponovno uspostavljena posle određenog vremena, kad držalac stvari prepusti faktičku vlast držaocu prava, odn. posredni držalac neposrednom, kad je državina naslednička, kad držalac privremeno ne može da ostvari volju na stvari i dr. S obzirom na raznovrsnost slučajeva na koje se primenjuju, a među kojima su neretki slučajevi bez ikakve faktičke vlasti, očigledno je da su preuske sve zakonske definicije državine koje državinu izjednačavaju s faktičkom vlašću. S druge strane, preširoke su jer su brojni slučajevi kad nesporna faktička vlast nije državina nego pritežanje.³⁵

b. Mogućnost jedinstvenog pojma?

Ali, da li, možda, nije ni moguće formirati jedinstveni pojam državine zbog toga što su brojni slučajevi koji se smatraju državinom nesvodivi na faktičku vlast, a takođe zato što brojni nisu državina mada jesu faktička vlast (2)? Ili, možda, jedinstveni pojam nije moguć zbog raznovrsnosti funkcija koje državina treba da ispuni u pogledu raznih slučajeva (1)? Ili je ipak moguć jedinstveni pojam pa čak i takav koji se zasniva na faktičkoj vlasti, ako ne klasično definisan, onda drugim tipovima definicija? (3)

³⁵ O mogućnosti da se, u stvari, razlikuje trojna struktura faktičkog: državina – pritežanje – slučajevi koji nisu ni državina ni pritežanje, v. Vodinelić, V. V., *Državina i pritežanje*, u: Vodinelić, V. V. *et al.*, Promene stvarnog prava u Srbiji (Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u Jugoistočnoj Evropi), Beograd, 2004., str. 50 *sqq.* = Vodinelić, V. V., *Possession and Detention*, u: Vodinelić, V. V. *et al.*, Property Law Amendments in Serbia (Opportunities for a Reform in Serbia under Consideration of the Regional Developments in South-East-Europe), Belgrade, 2004., str. 53 *sqq.*

1. Raznovrsnost funkcija državine – prepreka jedinstvenom pojmu državine?

Ako zakonske definicije zasnovane na faktičkoj vlasti imaju tako ograničenu upotrebnu vrednost, da li je to možda zato što, u stvari, nije dovoljna samo jedna definicija državine, zato što, kako neki tvrde, jedinstveni pojam državine nije ni moguć nego državina može da ima u istom pravnom poretku razna značenja kad to iziskuju različite funkcije koje državina ima da obavi (tzv. relativnost pojma).³⁶ Tako se, između ostalog, tvrdi da zaštitna funkciju državine iziskuje da se državina pojmi kao bilo kakva prostorna faktička vlast na stvari, dok u pogledu ostalih funkcija državina znači isto što i svojinska državina, tj. ponašanje samo kao vlasnik.³⁷ Taj stav se nije pokazao održivim.³⁸ Različitost funkcija državine nije smetnja svakom jedinstvenom pojmu državine nego pojmu svedenom na faktičku vlast (o čemu pod d).

2. Raznovrsnost faktičkih slučajeva državine – prepreka jedinstvenom pojmu?

Da li je ograničena upotrebna vrednost postojećih legalnih definicija državine možda posledica ne različitih funkcija koje ima da obavi institut državine nego velike i bitne međusobne različitosti faktičkih pojava koje jedan pojam treba da obuhvati? Već i razlika samo između, npr., pojave koja se zove neposredna državina i pojave koja se zove posredna državina ili pojave nasledničke državine podstakla je osporavanje mogućnosti obrazovanja jedinstvenog pojma državine kao faktičke vlasti. Mnogi samo neposrednu državinu smatraju državinom, a ostale pojave isključuju iz pojma državine.³⁹ A razlike su doista i mnogo veće

³⁶ U tekstu kod fn. 31.

³⁷ Ernst, *op. cit.* u fn. 32, str. 23 *sqq.*, 25 *sqq.* Kritika kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 106 *sqq.*, 110 *sqq.*, 148.

³⁸ V. kritiku kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 107 *sqq.*

³⁹ Da posredna državina i nije državina, tako, npr., Joost, *op. cit.* u fn. 33, str. 189 *sqq.*; Michel, E., *Probleme des Erbenbesitzes nach § 857*, Bochum, 1990., str. 46 *sqq.*; Holler, R., *Die Besitzveränderung als tatbestandliche Voraussetzung der Übertragung beweglicher Sachen*, Mainz, 1994., str. 13 *sqq.*; Schnatenberg, P., *Die Entstehung der Regeln des BGB über den mittelbaren Besitz unter besonderer Berücksichtigung des dinglichen Verhältnisses zwischen Mieter und Vermieter*, Köln, 1994., str. 6 *sqq.*, 153; Wieling, *op. cit.* u fn. 34, str. 228 *sqq.* Da naslednička državina i nije državina, tako, npr., Joost, *l. c.*, str. 189 *sqq.*; Michel, *l. c.*, str. 20 *sqq.*; Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 281; Wieling, *op. cit.* u fn. 34, str. 179, 165.

kad se u obzir uzmu i svi drugi slučajevi koji se smatraju državinom. Faktičke pojave koje se nazivaju državinom (navedene pod II.b.2.a) međusobno su sa toliko malo toga svima zajedničkog u činjeničnom pogledu što bi ih činilo prepoznatljivim kao vrstu. Jedino ih sve povezuje da su faktičke prirode, da predstavljaju neki skup činjenica, što ne može da nosi definiciju. Ali, nesposobnost definicija zasnovanih samo na faktičkoj vlasti da ih sve obuhvati ne preči da se obrazuje jedinstveni pojam ako, kako će se pokazati (pod d), pojave koje nemaju faktičku vlast u sebi, a nazivaju se državinom imaju neko drugo, njima zajedničko obeležje, te ako i jedne i druge pojave povezuje nešto što ih zajedno razlikuje od ostalih pojava koje se ne nazivaju državina, nego pritežanje.

3. Vrsta definicije – prepreka jedinstvenom pojmu državnine?

Stav o ne/mogućnosti jedinstvenog pojma državnine kao faktičke vlasti može biti posledica i određenog poimanja definicije uopšte. Da li su te uistinu velike razlike između pojava koje se nazivaju državinom neotklonjiva smetnja za jedinstvenu definiciju državnine kao faktičke vlasti, to može da zavisi i od toga kako se poima definicija uopšte. Ako se definicija shvata samo kao pojmovno određenje na klasičan način Aristotelovog učenja o definiciji (*definitio fit per genus proximum et differentias specificas*), doista se ne može u tim prerasnim faktičkim pojavama naći faktička vlast kao takvo obeležje koje bi bilo zajedničko svima njima i samo njima, a da ih specifično razlikuje u odnosu na sve ostale pojave. Ali, u savremenom učenju o definicijama nije novost da se definicija više ne poistovećuje sa definicijom koja je takva da se ono što se definiše (*definiendum*) može uvek gde se pojavljuje zameniti onim čime se definiše (*definiensom*) i obrnuto.⁴⁰ Zato, kad bi i jedina mogućnost za jedinstveni pojam državnine bila ta da se definiše posredstvom faktičke vlasti (a nije tako, o čemu dalje pod d), i tad bi jedinstveni pojam mogao da se odredi nekim drugim vrstama definicija, recimo, tipskom definicijom i enumerativnom definicijom.⁴¹

Državnina može da se definiše kao (višedimenzionalni) tip posredstvom faktičke vlasti i njenih obeležja. Tipska definicija sadrži obeležja definisane pojave

⁴⁰ Tako, međutim, u novijoj literaturi o državnini, npr., Niggli, *op. cit.* u fn. 27, str. 7, 9, 176.

⁴¹ O tim vrstama definicija v. sa upućivanjima Vodinelić, V. V., *Građansko pravo (Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava)*, Beograd, 2012., str. 126 sqq.

koja ne moraju ni sva ni uvek biti zastupljena da bi se radilo o pojavi koja se tipski definiše. Definisana pojava je posredi nekad sa tim obeležjima, nekad bez njih, posredi je i kad je neko obeležje zastupljeno izraženije, a drugo slabije, a kad je neko obeležje izraženije, drugo može da bude manje izrazito ili da ga i nema. Npr., ako se državina definiše kao delotvorno i trajnije vršenje uticaja na stvar koje izgleda kao vršenje nekog prava, primenom takve tipske definicije državina će biti posredi, npr., i kad se samo privremeno ne može pristupiti stvari ako je prethodno na njoj ostvarena direktna vlast; ili, što je uočljivije i intenzivnije sprovođenje volje u pogledu stvari, to može biti kratkotrajnije pa da se opet radi o državini; ili, što je uobičajenije da dotično stanje u pogledu stvari znači da je ono rezultat nečijeg delovanja, to nepostojanje neposrednog i aktuelnog sprovođenja volje na stvari manje smeta da bi se radilo o državini; ili, što ponašanje lica u pogledu stvari potpunije odgovara slici nekog prava koje se sastoji u ovlašćenju takvog ponašanja povodom stvari, utoliko u većoj meri može da manjka u konkretnom slučaju neposrednost i aktuelnost vršenja faktičke vlasti, a da se opet radi o državini.⁴²

Državina se kao faktička vlast može definisati i tako da se pobroje sve grupe slučajeva stvarne faktičke vlasti koje se u propisima, nauci i praksi nazivaju državinom: da je državina gospodarenje sa stvari u neposrednom dodiru s njom, sprovođenje volje na stvari u dužem periodu, očuvanje stvari od napada drugih, efikasno zapovedanje drugome šta da čini sa stvari itd. Međutim, državina se može definisati kao jedinstveni pojam i klasičnom definicijom, samo ne ako bi faktička vlast trebalo da bude njeno specifično obeležje (o tome pod d).

c. Potreba za jedinstvenim pojmom?

No, da li uopšte težiti jedinstvenom pojmu? Zar nije dovoljno da se uz tipsku definiciju državine (sa faktičkom vlašću kao tipskim obeležjem) ili uz enumerativnu (sa nabrojanjem slučajeva faktičke vlasti) navedu još i drugi slučajevi koji nisu državina jer ih ne odlikuje faktička vlast, a da se za te slučajeve ne-državine propiše da se i oni smatraju državinom ili da se i oni izjednačavaju

⁴² O državini kao tipu v. Vodinelić, V. V., *Državina i pritežanje* (cit. u fn. 35), str. 54. *sqq.* = *Possession and Detention*, str. 57. *sqq.*; Vodinelić, V. V., *O jeziku i nomotehnici Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Pravni zapisi, časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, br. 1., 2010., str. 224 *sqq.*

sa državinom. Sve su te tehnike moguće i poznate i u regulisanju i u naučnoj obradi materije državine.⁴³

Sušтина tih rešenja jeste da se pravna pravila predviđena za državinu primene i na te druge slučajeve mada ih ne obuhvata početna definicija državine. Jer, kad se za nešto što nije definisano kao državina ili faktička vlast, kaže da se takođe smatra državinom, odn. izjednačava sa njom, znači da podleže istom pravnom režimu. Zar nije onda svejedno što definicija nije u stanju da i te slučajeve obuhvati kao državinu i da li će se i oni zvati državinom ili ne budući da se ionako ništa ne definiše kao državina ili faktička vlast same definicije radi nego da bi se primenio isti pravni režim koji je predviđen za ono što se (tipski ili enumerativno) definiše kao državina? Međutim, u praktičnoj primeni takve odredbe ubrzo bi se i sve to drugo opet zvalo državinom jer, kako uči iskustvo, ka tome vodi ekonomija u izražavanju, težnja da, ako se već podvrgava istim pravilima, onda bude označeno istom oznakom. I tad se opet javlja nastojanje da se nađe jedinstvena definicija za sve što se jedinstveno naziva.

d. Sopstveni stav

Moj stav u pogledu jedinstvene definicije izgleda ovako. I. Pojam državine kao faktičke kategorije određuje se funkcionalno.⁴⁴ Pojam državine se određuje da bi se na određene faktičke situacije, nekad faktičke vlasti, nekad faktična stanja, primenio određeni pravni režim (određeni skup pravnih pravila) koji je pod imenom državina sadržan u zakonu ili zakoniku. I to, npr., da bi se u nekim situacijama licima pružila neka vrsta zaštite (državinska zaštita), omogućio neki vid sticanja svojine i drugih prava (sticanje u sistemu tradicije, održaj, sticanje plodova, sticanje od nevlasnika i dr.), neko učinio odgovornim (za naknadu štete, za predaju stvari po reivindikaciji, publicijani i dr.), omogućilo neko upra-

⁴³ Da je ono što se zove posredna državina samo fikcija državine, odn. samo naređenje istih pravnih posledica kao za ono što jeste državina, tako, npr., Joost, *op. cit.* u fn. 33, str. 167; Sosnitzer, *op. cit.* u fn. 3, str. 17 *sqq.*, 374; Wieling, *op. cit.* u fn. 34, str. 229, 233. Da je ono što se zove naslednička državina samo fikcija državine, odn. samo naređenje pravnih posledica koje važe za ono što jeste državina, tako, npr., Wolff, Raiser, *op. cit.* u fn. 30, str. 42; Joost, *op. cit.* u fn. 33, str. 167; Sosnitzer, *op. cit.* u fn. 3, str. 14, 374.

⁴⁴ Bliže Vodinelić, V. V., *Državina*, *op. cit.* u fn. 35, str. 54 = *Possession*, str. 57 *sqq.* Tako i vladajuće shvatanje u Švajcarskoj, v. u tekstu kod fn. 31. Slično i Harris, *op. cit.* u fn. 8, str. 69; Caterina, *op. cit.* u fn. 7, str. 272.

vljanje sa stvari (sekvestar, stečajni upravnik) ili obezbedio povoljniji položaj u procesu (presumpcija svojine za svojinskog držaoca) i dr. Dakle, uvek postoji određeni pravni režim koji je namenjen državini. Taj (državinski pravni) režim redovno je – za razliku od pojma državine same – u bitnome izvestan i nesporan (mada, kao i sve u pravu, u vremenu i u raznim sredinama različit i podložan promenama). Državina su one situacije za koje je taj pravni režim primeren.

2. Neke takve situacije predstavljaju faktičku vlast (uglavnom upotrebu stvari, rad s njom i faktičko raspolaganje njome, npr., stanovanje, voženje automobila, obrada zemljišta, prerađivanje materije), ali su brojne i takve situacije gde nema nikakve faktičke vlasti i radnje nego je posredi faktičko stanje (npr., da se u šumi nalazi složena gomila isečenih komada drva, na tavanu zaturena stvar, pred zgradom parkirani automobil, da skup razne isporučene robe leži na trotoaru pred prodavnicom, da na nekom zemljištu ništa nije izgrađeno jer se taj čije je uzdržava od gradnje pošto mu je to zabranjeno ili se tako sporazumeo sa vlasnikom susedne nepokretnosti i dr., da je neko imao faktičku vlast do časa smrti, a da ga je neko nasledio ko nema faktičku vlast, da je neko upisan kao imalac zemljišnoknjižnog prava, a da nema faktičku vlast na stvari).

3. Faktička vlast ili faktičko stanje predstavljaju državinu ako su takvi da bi mogli biti izraz, pojavni oblik svojine (svojinska državina), drugog prava (državina prava) ili obaveze (državina obaveze, npr., kad poslenik postupa sa stvari naručioca posla, kad ostavoprimalac čuva ostavodavčevu stvar, kad vlasnik opterećene nepokretnosti održava uređaje i instalacije na objektu i zemljištu imaoca prava realnog tereta, kad vlasnik ne gradi na zemljištu jer se tako sporazumeo sa vlasnikom susednog zemljišta ili jer mu je ovaj to zabranio).

4. Faktička vlast i faktičko stanje koji bi mogli biti pojavni oblik svojine, drugog prava ili obaveze jesu državina samo ako im je primeren (namenjen, za njih merodavan, važeći) pravni režim koji se zove državinski, tj. ako je za njih adekvatna vrsta zaštite poznata kao posesorna zaštita, predaja stvari kao *modus acquirendi*, vid sticanja prava koji se zove održaj, određeni vid odgovornosti za štetu (npr., za opasne stvari) ili dr. Sasvim je moguće, a tako i jeste, da jednoj situaciji odgovara određeni segment državninskog režima, a da za nju nije primeren neki drugi segment državninskog režima. Npr., može biti primereno da tzv. tabularna državina (§ 321. ABGB, čl. 937. ZGB) služi sticanju prava (npr., tabularnom održaju), ali nije primereno da se toj situaciji pruža državinska zaštita. Zato, ono što jeste državina za jedan aspekt državninskog režima, za drugi ne mora da bude državina. Stav (i argumentacija) da li određeni pravni režim odgovara određenoj situaciji niti je uvek niti je svuda isti, ali razilaženja ne moraju biti

veća, a i nisu, nego u pogledu drugih pravnih materija. Osim toga, državina nisu sve situacije, tj. svaka faktička vlast i svako faktičko stanje u pogledu stvari koje mogu biti korespondentne pravu svojine, drugom pravu ili obavezi – neke su pritežanje (detencija). U načelu je tako da za situacije za koje je primeren državinski režim nije primeren režim pritežanja i obrnuto, a ako je isti režim primeren za oboje, tad je svejedno da li će nešto biti kvalifikovano kao državina ili kao pritežanje. Pritežanje su situacije u kojima u pogledu stvari lice postupa po uputstvima drugoga ili u vezi sa njima (državinski pomoćnik); postupa kao zakonski zastupnik drugoga; određuje drugome šta da čini sa stvari vodeći brigu o njemu, a nemajući svojstvo staratelja; samo za kratko postupa kao vlasnik, imalac drugog prava, odn. obaveze; postupa samo iz proste uslužnosti prema drugome; postupa jer mu je to drugi omogućio iz proste uslužnosti.⁴⁵

Kad se rečeno objedini u definiciju, državina kao faktička kategorija je faktička vlast ili faktičko stanje u pogledu stvari koji mogu da odgovaraju pravu svojine (svojinska državina), drugom pravu (državina prava) ili obavezi (državina obaveze) i za koje su primerena pravna pravila o državini, a ne o pritežanju. Ovakvo određenje državine nije tautološko (cirkularno) ni u delu gde se govori o pravnim pravilima o državini jer državina i pravna pravila o njoj nisu isto, a poznato je koja su pravna pravila zaokružena pod tim imenom (pravni režim državine je određen). U propisu bi čak, npr., moglo da se kaže da je državina faktička vlast, odn. faktičko stanje u pogledu stvari ... za koje važe odredbe ovog zakona ili zakonika, ili ove glave ili odeljka, ili sadržane u članovima ... Određenje ni u svom negativnom delu (da su državina opisane faktičke situacije za koje nije primeren pravni režim pritežanja) nema nedostataka kakvi neretko prate negativna određenja jer su situacije koje predstavljaju pritežanje određene (mogu se čak iscrpno nabrojati u propisu pošto su malobrojnije od situacija državine)⁴⁶, a određen je i pravni režim koji za njih važi.⁴⁷ Da su legitimne i funkcionalno sposobne čak i definicije koje su samo i potpuno negativne, vidi se

⁴⁵ O razlozima (argumentima) za to da su ne-državina, tj. pritežanje svi ovi slučajevi, a ne samo državinski pomoćnik up. Vodinelić, V. V., *Državina, op. cit.* u fn. 42, str. 55 *sqq.* = *Possession*, str. 59 *sqq.*

⁴⁶ Tako je urađeno u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije, čl. 46, v. *Ka novom stvarnom pravu Srbije = Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens*, Beograd, 2007., str. 24, 190. *sqq.*

⁴⁷ Zato je i u čl. 46., t. 6. Nacrta ZSDSP (cit. u fn. 46) moglo da se navede da je pritežanje posredi, uz pet nabrojanih situacija pritežanja (navedenih u ovom tekstu kod fn. 45), i onda kad iz kog drugog razloga nije opravdano lice smatrati držaocem.

i na primeru definicije prave (ispravne) državine kao državine koja nije manljiva (neispravna). I takva definicija može posve dobro da posluži ako je dovoljno određeno šta je to što *definiendum* nije kao što je to slučaj kod negativne definicije prave (ispravne) državine koja se oslanja na taksativnu enumerativnu definiciju neispravne (manljive) državine. (Istina, sreće se i usamljen stav da postoji samo državina, a ne i pritežanje – da državinski pomoćnik nije pritežalac nego je i to državina. On je takođe držalac kao i onaj ko mu zapoveda, samo što u odnosu sa takvim držaocem ovaj držalac ne uživa zaštitu.⁴⁸ Stav nema perspektivu jer se, kako je već rečeno, pojmovi u pravu grade tako da se pod istim pojmom ne objedinjuju pojave koje su različite po pravnim režimima koji za njih važe nego da svaka takva dobije drugačiju oznaku).

Time smo dospeli do metodološki dovoljno određene mogućnosti da se i za potrebe posesornog postupka pojmovno razgraniči državina od pritežanja. I onda izgleda da se sama od sebe nameće tvrdnja da se u posesornom postupku štiti faktička vlast i stanje koji nisu pritežanje, a koji zaslužuju primenu odredaba o državinskoj zaštiti. Ali, da li je to doista ono što se štiti u posesornom postupku?

IV. DRŽAVINA I PRAVNA USTANOVA DRŽAVINE. MESTO FAKTIČKOG U PRAVNOJ USTANOVI DRŽAVINE

Koji god pojam državine da se usvoji, bilo bi preuranjeno reći, mada je baš to najrasprostranjenija tvrdnja, da se u posesornom postupku štiti državina. Da bi se utvrdilo šta se štiti u posesornom postupku (V.) valja prethodno napraviti još jednu razliku, između državine i pravne ustanove državine (a) i videti da li u strukturi pravne ustanove državine postoji ijedan element koji bi bio osoben za tu ustanovu u poređenju sa ostalim stvarnopravnim ustanovama (svojinom, službenošću, zakupom i dr.) i da li je njen faktički element ta osobenost (b).

a. Struktura pravne ustanove državine

Državinom se ne nazivaju samo faktičke pojave (faktička vlast i faktičko stanje) nego se tim izrazom označavaju i neke pravne kategorije, neka prava,

⁴⁸ Tako Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 15.

pravne pozicije (gore pod II.b.2.b). Kad se raspravlja o pojmu i prirodi državine, te pravne kategorije ostavljaju se van vidnog polja. Naglašava se, npr., kako je državina fakt, dok je svojina pravo i redovno se navodi često citirano mesto iz Digesta: *nihil commune habet proprietas cum possessione*.⁴⁹ Ali, da li državina ima, i šta to, zajedničko sa svojinom, zavisi od toga šta je *tertium comparationis*, tj. šta je to treće u pogledu čega se porede obe pojave. U mnogom pogledu imaju itekako zajedničkog. Npr., ako se porede u pogledu toga da li predstavljaju pravne ustanove, odgovor je pozitivan. Ili, npr., obe se štite, stiču se, prenose se itd. Takođe izreka ne važi u toj širini ni za to da spor o svojini i spor o državini nemaju ništa zajedničko pa da se zato ne kumuliraju u istom postupku. Jer, nasuprot takvom *non-cumul* rigorizmu francuskog, austrijskog i italijanskog prava u nekim državama je i u državinskom postupku dopuštena petitorna protivtužba (npr., u Nemačkoj, Švajcarskoj) ili petitorni prigovor (npr., u Švajcarskoj).⁵⁰ Stav o tome da državina i svojina nemaju ništa zajedničko održiv je samo do nivoa trivijalne tvrdnje da su to različite pravne ustanove.

Pravna ustanova zvana državina složen je institut, sastavljen iz niza pravnih normi. Nisu svi segmenti te pravne ustanove od značaja za razmatranje pitanja šta se štiti u posesornom postupku, npr., norme o prenosu državine kao načinu sticanja određenih prava, o državini kao uslovu odgovornosti za štetu, kao osnovu pravnih presumpcija. Pri razmatranju tog pitanja moraju se uzeti u obzir bar sledeća četiri kompleksa normi iz sastava ustanove državina: državina u užem smislu, tj. faktička vlast na stvari i faktičko stanje u pogledu stvari koji nisu ni pritežanje ni neka treća pravna pojava (1), pravo na državinu (2), pravo isključenja trećih od uticaja na državinu (3) i pravo na zaštitu državine (4). Redovno je da se pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ni ne uočava ili da se njegova sadržina meša sa pravom na zaštitu državine (5). Elementi ustanove državine stoje u određenom međusobnom odnosu. (6). Čak tri od četiri sastavna dela ustanove državine jesu pravne kategorije, a ne faktičke prirode, a pitanje je koji od njih je osobenost ustanove državine (b).

⁴⁹ Ulpian D 41.2.12.1, slično D 41.2.52. i D 43.17.1.2.

⁵⁰ Vidi uporednopravno kod Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 52 *sqq.*, 78 *sqq.*, 81, 105 *sqq.*, 123 *sqq.*, 146 *sqq.*

1. Državina (u užem smislu): faktička vlast i faktičko stanje

Državina (sama ili u užem smislu) najčešće se ispoljava u pogledu stvari kao faktička vlast (faktičko gospodarenje, vladanje stvarju, faktička kontrola, faktički uticaj) i ima je onaj ko je u pogledu stvari sproveo, sprovodi ili realno može da sprovede svoju volju. Ostale faktičke situacije koje se nazivaju državinom (posredna državina, naslednička državina, državina dostavljanja, prolazna nemogućnost sprovesti volju i dr.) redovno se ne označuju nikakvim zajedničkim nazivom, a zajedničko im je da u pogledu stvari predstavljaju faktička stanja bez faktičke vlasti. Kao faktička vlast na stvari ili faktičko stanje u pogledu stvari, državina sama ili u užem smislu, naravno, nije subjektivno pravo, pravna vlast. Neko je držalac već ako je, i zato što je, imalac onakve faktičke vlasti na stvari, odn. što je povezan sa onakvim faktičkim stanjem u pogledu stvari koji bi mogli odgovarati nekom subjektivnom pravu ili obavezi. Čak i onda kad on nema nikakvo pravo ili obavezu. Pa čak i kad povređuje tuđe pravo ili svoju obavezu. Za državinu neophodne su i dovoljne faktičke radnje ili stanja kao da se ima neko pravo ili obaveza u vezi sa stvari, bez obzira imaju li se doista.

2. Pravo državine i obaveza državine (pravo na državinu, obaveza na državinu)

Pravo državine (ili pravo na državinu) i obaveza državine (obaveza na državinu) kao pravo, odn. obaveza na faktičku vlast, odn. na faktičko stanje nikad ne postoje samostalno, nisu jedino pravo ni obaveza niti imaju neku svoju samostalnu sadržinu. Uvek su i samo sastavni deo nekog drugog prava ili obaveze ili povezani sa njima (recimo, vlasnik i poslenik imaju u sklopu prava svojine ili posleničke pozicije iz ugovora o delu uz druga ovlašćenja, odn. obaveze i ovlašćenje, odn. obavezu da stvar drže). Sadržina prava, odn. obaveze državine uvek zavisi od sadržine prava, odn. obaveze u čijem su sastavu i određena je njome (primerice, vlasnik i poslenik ima onakvo pravo ili obavezu državine kakvi odgovaraju različitim ovlašćenjima ili dužnosti koji čine svojinu, odn. ovlašćenja i obaveze poslenika). Ne postoji samostalno pravo državine – pravo da se bude držalac koje bi imalo sadržinu drugačiju od drugih postojećih prava ili obaveza i koje bi se iscrpljivalo samo u tome da se ima faktička vlast bez ikakve određene sadržine. Isto važi za obavezu državine. Pravo državine, odn. obaveza državine nema neku samo svoju, uvek stalno istu, nego uvek stalno drugačiju konkretnu sadržinu koja zavisi od prava ili obaveze čiji imalac ima

pravo, odn. obavezu da bude držalac. Dok svojina i druga stvarna prava nisu sastavni deo drugih prava ili obaveza, dotle je pravo na državinu uvek i jedino sastojak nekog drugog prava ili je povezano sa nekom obavezom. Dok svojina i druga stvarna prava imaju uvek istu, unapred određenu sadržinu, dotle sadržina prava na državinu, odn. na pritežanje varira od prava do prava čiji je sastojak, odn. od obaveze do obaveze sa kojom je povezano. Poslugoprimalac nema pravo na istu faktičku vlast kao zalogoprimalac, a ovaj ima drugačiju faktičku vlast od vlasnika itd. Pravo državine je, dakle, pravno priznata mogućnost onakve faktičke vlasti na stvari, odn. postojanja onakvog faktičkog stanja u pogledu stvari kakvo odgovara sadržini dotičnog prava u čijem je ono sastavu, odn. sadržini obaveze sa kojom je povezano. Budući da imalac obaveze državine uvek ujedno ima i pravo da čini ono što je obavezan, jednostavnosti radi govoriće se dalje samo o pravu državine.

Pravo državine je pravo vlasti jer predstavlja ovlašćenje da se volja sprovede neposredno na stvari; apsolutnog je dejstva, zato što je praćeno obavezom svakoga da se uzdrži od smetanja; imovinske je prirode pošto ta mogućnost neometano sprovesti svoju volju u pogledu stvari ima vrednost izrazivu u novcu; stvarno je pravo samo onda kad je i pravo koje ga sadrži takođe stvarno pravo, odn. kad je povezano sa obavezom koja je i sama stvarnopravna jer samo u tom slučaju (jednako kao i druga ovlašćenja iz sastava dotičnog stvarnog prava) opstaje i ostvarivo je prema svakom faktičkom i pravnom imaoču stvari (poseduje suprotstavljivost, opremljeno je pravom sledovanja); primerice, pravo zakupca ili zalogoprimalca na državinu opstaje na zakupljenoj, odn. založenoj stvari i ostvarivo je prema svakom novom vlasniku zakupljene, odn. založene stvari, ali ne i pravo posluge.

3. Pravo isključiti treća lica od uticaja na državinu

Od prava na državinu kao prava da se (već u zavisnosti od njegove konkretne sadržine) vrši šira ili uža faktička vlast na stvari, odn. da postoji određeno faktičko stanje razlikuje se pravo držaoča da stvar zadrži i da određeno stanje ostane nepromenjeno, odn. gledano sa strane ostalih, da stvar ne dâ drugima i da se određeno faktičko stanje ne naruši. Ukratko, da treći budu isključeni od dodira i drugih uticaja na stvar (*ius excludendi tertii, ius excludendi omnes alios*). Držaočev pristanak potreban je ostalima da bi smeli doći u dodir sa stvari ili na drugi način uticati na nju. Držalac ima isključivo pravo odlučiti da li će,

kome i u kojoj meri dopustiti dodir i drugi uticaj na stvar (čime se taj dodir i drugi uticaj trećih čini dopuštenim – preobražajno pravo). To i onda kad držalac nema ni svojinu ni bilo koje drugo pravo, tj. kad nema nikakvo pravo na državinu. Pravo zadržati stvar, ne dati je drugima itd., dakle, pravo da ostali budu isključeni od uticaja na nju držalac ima već kao držalac, pa dakle i onda kad nema ni svojinu ni neko drugo pravo koje sadrži pravo na državinu.

Pravna mogućnost za držaoca koju sadrži ovo pravo samo je ta da stvar zadrži kod sebe, da je ne da drugome, ali ne i više od toga; ne i da je upotrebljava, faktički raspolaže njome, dira u njenu supstanciju, oštećuje je, preradi itd. Za to ostalo držaocu je, dakle, potrebno pravo svojine ili koje drugo pravo koje sadrži odgovarajuće pravo na državinu. Pravo ne nadilazi isključenje trećih, a time da su ostali isključeni ono ne prerasta u pravo na državinu, u pravo svojine, usluge, zakupa i dr. niti u bilo kakvo pravo sadržinom bogatije od same te mogućnosti isključenja.⁵¹ To se vidi i po drugačijem pravnom režimu nego što je njihov, a ne samo po sadržini ovlašćenja.

Ne radi se o pravu ni na kakvu radnju nego na *status quo* u pogledu stvari, da stvar ostane gde jeste, odn. u stanju u kakvom jeste. Ono je pravo stanja (kao što su takva i mnoga druga prava, npr., pravo autora na nepovredivost dela, pravo imati zgradu na tuđem zemljištu, negativne službenosti), a nije, kao što je većina prava na državinu, pravo radnje.

Nesamostalno je pravo uvek onda kad ga zajedno s pravom državine sadrži neko drugo pravo koje držalac ima, npr., svojina, posluga, pravo poslenika po ugovoru o delu. Samostalno postoji kao jedino pravo onda kad držalac nema pravo ili obavezu državine; primerice, kad držalac nije vlasnik nego je lopov ili utajivač, kad prelazi preko tuđeg zemljišta iako nema pravo službenosti prelaza, kad sa stvari dela kao poslenik, a ugovor o delu je nepunovažan. Da bi ga držalac imao, potrebno je i dovoljno da je držalac.

⁵¹ Po E. Wolfu (*Lehrbuch des Sachenrechts*, Köln i dr., 1979., str. 44) pravo je držaoca kao takvog da vrši postojeću faktičku vlast, a sadržina tog prava je da samo on može da donosi odluke o faktičkoj vlasti koje su moguće na osnovu faktičke vlasti koju ima. Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 53, 61, državinu vidi kao pravo koje držaocu priznaje mogućnost da ima stvar u smislu daljeg postojanja državine i njenog nesmetanog zadržavanja, čime se, mada sadržina nije i pravo držaoca na upotrebu stvari, držaocu omogućuje i upotreba. Međutim, pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ne služi ni tome da držaocu omogući da odluči o bilo čemu drugom do o uticaju drugih na stvar, niti da držaocu omogući upotrebu stvari ni bilo šta drugo (korišćenje, raspolaganje) već samo i jedino da isključi uticaj trećih na nju.

Uvek ima istu i nepromenljivu sadržinu, a obim isključenja svagda je isti, dok su sadržina i obim prava na državinu promenljivi u zavisnosti od sadržine i obima onog prava (svojine, posluge, zaloge i dr.) u kome je ono sadržano. Niko ne sme da preduzme ništa sa stvari što bi narušilo postojeće stanje: da je stvar kod držaoca, odn. da postoji određeno stanje u pogledu stvari (da je automobil parkiran na određenom mestu, da se instalacije nalaze u nekom zemljištu, da neki objekt nije viši od određene visine itd.).

Apsolutnog je dejstva jer svako mora da se uzdrži od toga da bez saglasnosti držaoca preduzme bilo koju radnju u vezi sa stvari kojom bi promenio postojeće stanje; stvarno je pravo jer je suprotstavljivo svakome i opstaje prema svakom novom faktičkom ili pravnom imaoocu stvari; imovinske je prirode pošto ta mogućnost dopuštenja drugom da preduzme radnju u pogledu stvari ima imovinsku vrednost. (Obaveza držaoca da isključi treća od uticaja na državinu može da ide samo zajedno sa ovlašćenjem da to učini, zato se ne govori posebno o njoj.)

Pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ne postoji ni uvek ni prema svakom; uslovi za sticanje i postojanje tog prava određeni su i ograničeni kako u personalnom, tako i u vremenskom pogledu. Prema onima koji nemaju pravo na samopoć, ali imaju pravo na državinu, ono postoji sve dok ovi ne ostvare petitorni zahtev prema držaocu. Ne postoji u odnosu sa onima koji imaju pravo na samopomoć i, dok ga imaju, sa drugima koji imaju pravo da zadiru u tuđu državinu (npr., službenom radnjom, nužnom odbranom i dr.). Onaj prema kome je držalac manljiv (neispravan) sme – bez obzira na volju držaoca – da u određenom vremenu utiče na njegovu faktičku vlast, odn. na stanje u pogledu stvari (personalna relativnost prava isključenja uticaja na državinu). Ali taj prema kome je držalac viciozan, to sme vremenski ograničeno, u nekim porecima samo u vidu početne (defanzivne) samopomoći, drugde i u vidu naknadne (ofanzivne) samopomoći (vremenska relativnost prava isključenja uticaja na državinu). Po prestanku trajanja tih situacija, pravo isključenja trećih od uticaja na državinu postoji i deluje i prema takvom sve dok taj ne ostvari petitorni zahtev prema držaocu. (U radikalnom rešenju, kakvo poznaju francusko i italijansko pravo, petitorni postupak ni ne može da se pokrene dok se pravnosnažno ne okonča posesorni postupak koji je u toku.)⁵² Pravo isključenja trećih je, sve u svemu, pravo držaoca na personalno i vremenski ograničenu mogućnost zadržati stvar, ne dati je, odn. uopšte biti pošteđen uticaja drugih na nju.

⁵² Čl. 1267. CPC Francuske (u ranijem CPC čl. 27.), up. Guinchard, S.; Ferrand, F., *Procédure civile (Droit interne et droit communautaire)*, Paris, 2006., n° 115, Héron, J.; Le Bars, T., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2006., n° 427. Čl. 705. CPC Italije.

4. Pravo zaštite državine

Pravo isključenja trećih, kao što se razlikuje od prava na državinu, drugačije je i od prava na zaštitu državine. Pravo zaštite nastaje tek povredom prava isključenja trećih od uticaja na državinu (tzv. smetanjem državine). Pravo isključenja trećih prethodi pravu zaštite. Pravo zaštite državine je pravno priznata mogućnost da se u slučaju smetanja državine putem samopomoći ili suda ponovo uspostavi situacija kakva odgovara pravu isključenja trećih od uticaja na državinu; pravo da mu se vrati uzeta stvar, prestane sa radnjom smetanja ili izvrši nova radi uklanjanja stanja smetanja stvorenog radnjom smetanja. Zasmetani držalac ima pravo na onakvu zaštitu (putem samopomoći, odn. suda) kakvu smetanje (oduzimanje ili uznemiravanje) državine u datom slučaju čini potrebnim da bi se držalac našao u pogledu stvari u položaju u kakvom bi bio da smetanja nije bilo, a to znači, bez onakvog uticaja kakav je smetalac ostvario u pogledu stvari. Dok je pravo isključenja trećih od uticaja na državinu pravo na *status quo*, pravo zaštite državine je pravo na *status quo ante*. Vršanjem prava na zaštitu državine ne uspostavlja se stanje kakvo bi odgovaralo pravu na državinu jer posesorna zaštita postoji i kad tog prava nema. A kad ga je imao zasmetani držalac, ono se štiti samo refleksno; ako se uopšte i onoliko koliko se smetanje državine kosi ujedno sa onakvom državinom na kakvu držalac ima pravo.

Ima ga svaki zasmetani držalac koji ima pravo isključenja trećih od uticaja na državinu. Dakle, ne samo onaj ko ima pravo (ili obavezu) državine nego i onaj ko samo ima pravo personalno i vremenski ograničenog isključenja trećih od uticaja na državinu.

Pravo zaštite državine je pravo traženja jer predstavlja ovlašćenje da se od drugoga vansudski ili sudski zahteva neka radnja, a pravo je vlasti kad se putem samopomoći uspostavlja narušeno državinsko stanje. Relativnog dejstva je budući da se sastoji u mogućnosti da se samo od dotičnog smetaoca (i njegovog sledbenika, pod uslovima posesorne zaštite) zahteva šta je potrebno za uklanjanje stanja smetanja, odn. da se samo prema njemu primeni sila. Stvarno je pravo jer – pod uslovima iz pravnog režima koji važi za pravo na zaštitu državine (uslovi za posesornu zaštitu) – opstaje i može se ostvariti prema smetaočevom sledbeniku (opremljeno je, dakle, pravom suprotstavljanja, sledovanja, u nekim državama šire, drugde uže). Imovinske je prirode pošto ta mogućnost ponovnog uspostavljanja neometanog sprovođenja volje u pogledu stvari ima imovinsku vrednost.

5. (Ne)ekspliciranje prava na isključenje trećih od uticaja na državinu?

Za razliku od prava na državinu i prava na zaštitu državine, u zakonodavstvu se pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ne sreće i ne uređuje izričito ni pod tim imenom ni nekim drugim. Na osnovu toga, a ni inače, ne bi se moglo uzeti da je postojanje ovog prava, ili bar njegovo ekspliciranje, suvišno jer da je ono implicirano u zabrani trećima da diraju u državinu.⁵³ Kao što iz posvemašnje zabrane trećima da diraju u bilo šta što se tiče nekog lica ne proističe šta taj sam može, a svakako da ne može sve, tako ni iz opšte zabrane svima da diraju u državinu, ne proističe šta je sadržina prava. Ista posvemašnja zabrana stoji nasuprot svakog prava pa se iz nje ne vidi nego iz svakog prava ponaosob šta mu je sadržina. Kao što iz zabrane trećima da diraju u državinu ne proističe da držalac sme da se služi sa stvari, da sme da je ošteti, preradi, promeni joj namenu itd. nego je za to potrebno pravo na državinu, tako ne proističe ni sadržina ovog prava nego je zakonodavac mora opredeliti. Samo što on to može da izrazi kroz uslove zaštite, i ne imenujući i ne eksplicirajući ovo pravo posebno. U propisu se, zato, ni ne mora izričito navesti pravo isključenja trećih. Dovoljno je što se uvek izričito uređuje pravo zaštite državine, a pošto zakonodavac opredeljuje svojstva (režim) prava zaštite državine na osnovu svoje zamisli o svojstvima (režimu) prava isključenja trećih iz uticaja na državinu (koju zamisao uvek ima mada samo pravo ne eksplicira u propisu), to se onda svojstva prava isključenja mogu očitati iz toga kako je uređeno pravo zaštite državine.⁵⁴

U naučnom i obrazovnom radu, međutim, nema nikakvog opravdanja da se oba prava ne ekspliciraju budući da razlika među njima stvarno postoji. Ne bi se moglo reći da je, pošto je držaocu zakonom priznato pravo na zaštitu državine, svejedno da li smo svesni da se ono zasniva na pravu isključenja trećih od uticaja na državinu ili da s njim nije u vezi. To jednako tako nije svejedno kao što ne bi bilo svejedno da li bi se, npr., zbog toga što je zakonom priznat reivindikacioni zahtev tvrdilo da je, pošto postoji priznat reivindikacioni zahtev, izlišno govoriti i o pravu svojine iako se taj zahtev na njemu zasniva. Valja biti

⁵³ Kritiku teorije imperativa čija bi ovo bila postavka v. sa upućivanjima kod Vodinelić, *op. cit.* u fn. 41, str. 192 *sqq.*

⁵⁴ Zato ga ne navodi i ne uređuje izričito ni Nacrt ZSDSP već samo pravo zaštite državine, čl. 2., t. 12.; čl. 40.; čl. 69, v. *Ka novom stvarnom pravu Srbije*, (*op. cit.* u fn. 46), str. 17, 23, 27 *sqq.* = *Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens* (*op. cit.* u fn. 46), str. 183 *sqq.*, 189, 194 *sqq.*

svestan prava isključenja trećih od uticaja na državinu jer je ono vezivni član između državine i prava na zaštitu državine.

6. Međusobni odnos državine, prava državine, prava isključenja trećih od uticaja na državinu i prava zaštite državine

Redovno je da jedno isto lice ima i državinu i pravo državine i pravo isključenja trećih od uticaja na državinu i pravo zaštite državine. Ali, neretko nije tako. Imalac državine može biti i bez prava državine (npr., lopov, uzurpator) i bez prava isključenja trećih od uticaja na državinu i bez prava zaštite državine (npr., ako je drugome oteo stvar, a ovaj ju je vratio putem samopomoći). Imalac prava državine može nemati ni državinu (npr. vlasnik kome je stvar oteta, imalac prava službenosti prelaska kome je prelazak onemogućen) ni pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ni pravo zaštite državine (npr. jer je protekao rok u kome je smeo isključiti treće, odn. rok za zaštitu). Imalac prava isključenja trećih od uticaja na državinu takođe može nemati ni državinu (ako mu je oduzeta) ni pravo zaštite državine (ako je protekao rok u kome onaj prema kome je držalac viciozan ima pravo zaštite državine) ni pravo državine. Imalac prava zaštite državine može biti i bez državine (recimo, ako mu je oduzeta) i bez prava državine (jer je, npr., nepunovažan osnov po kome je stvar pribavio u državinu), ali ne i bez prava isključenja trećih od uticaja na državinu.

Za odnos između prava isključenja trećih i prava na zaštitu, koji je od interesa u ovom radu, važi, prema tome, sledeće: pravo isključenja trećih može da postoji bez prava na zaštitu, ali pravo na zaštitu nije moguće bez prava isključenja trećih. To je zato što se pravo na zaštitu rađa samo i jedino ako je povređeno pravo isključenja trećih.

b. Faktička vlast, odn. stanje – osobenost pravne ustanove državine?

Državina je kao pravna ustanova mešovite prirode, kombinacija faktičkog elementa (komponente) i pravnog elementa (komponente) – složaj činjenice i subjektivnih prava ili obaveze. Od četiri njena sastavna dela, relevantna za posesornu zaštitu, tri predstavljaju pravne kategorije: subjektivna prava, odn. obaveza (pravo ili obaveza državine, pravo isključenja trećih, pravo zaštite državine). Naizgled je osobenost ustanove državina u odnosu na druge stvarnopravne

ustanove to što se ne sastoji samo iz ovlašćenja nego osim te pravne komponente sadrži i činjeničnu komponentu – faktičku vlast, odn. faktičko stanje, element koji je materijalan, opipljiv, opaziv čulima, a ne samo rezultat misaone operacije, dok svojinu, realni teret, pravo hipoteke i dr. uvek čine samo prava (ovlašćenja, pravno priznate i zaštićene mogućnosti), dakle, samo nematerijalno, neopipljivo, čulima neopazivo. Ali samo naizgled jedino struktura ustanove državine ima formulu: fakt + pravo. Istu kombinaciju faktičkog elementa i pravnog elementa ustanova državine deli kao zajedničku strukturnu osobinu bar još sa ručnom zalogom, zakupom, retencijom, pravom građenja. U stvari, sa svim onim stvarnopravnim ustanovama kojih nema bez faktičke komponente jer ni prava, odn. obaveze u njihovom sastavu ne postoje, ne nastaju ili ne opstaju bez faktičke vlasti, odn. faktičkog stanja. Prema tome, faktička komponenta, faktička vlast, odn. faktičko stanje nije osoben strukturni sastojak ustanove državine. Ali, ona ima nekih drugih osobenosti.

Osobnost je što je moguće da držalac ima samo državinu (faktičku vlast ili faktičko stanje) bez prava državine, prava isključenja trećeg i prava zaštite državine dok niko ne može biti, npr., zakupac ili imati ručnu zalogu samo na osnovu faktičkog elementa, državine u užem smislu, a bez ovlašćenja. Državina kao faktička vlast ili faktičko stanje može da bude samostalna, da postoji i bez pravnih elemenata, a može da bude i nesamostalna, sastavni deo druge pravne ustanove. Svojina i druga stvarna prava nisu, međutim, sastavni deo drugih prava. Dok pravno ne postoji svojina bez prava svojine, zakup bez prava zakupa, delo bez obaveze dela itd., dotle državina postoji i ako nema prava državine, odn. obaveze državine kao državina sama (državina *stricto sensu*). Vlasnik ili zalogoprimac ne mogu da budu vlasnik ili zalogoprimac ako nemaju pravo svojine, odn. pravo zaloge, a držalac može da bude držalac i bez prava na državinu. Vlasnik ne može da nema pravo svojine, a da bude vlasnik; poslenik ne može da bude poslenik, a da nema obavezu dela itd. Onaj ko se ponaša u pogledu stvari kao vlasnik ili poslenik, a nema pravo svojine, odn. obavezu poslenika, nije vlasnik, odn. poslenik. Držalac, naprotiv, jeste držalac iako nema pravo ili obavezu državine i bez obzira na to zašto nema to pravo ili obavezu. Iako nema pravo ili obavezu državine, jeste držalac ako se u pogledu stvari ponaša kao imalac prava ili obaveze državine.

Osobeno za pravnu ustanovu državine jeste i to što, za razliku od ovlašćenja iz sastava ostalih stvarnopravnih ustanova, ovlašćenja koja je čine nemaju uvek istu pravnu prirodu. Svojina, zaloga i druga stvarna prava uvek su i samo stvarnopravne prirode. Pravo isključenja trećih i pravo zaštite državine jesu takođe

uvek stvarnopravne prirode, ali je pravo državine stvarnopravne prirode samo kad je sastavni deo nekog stvarnog prava (npr., prava svojine, zaloge).

Sve rečeno o faktičkoj komponenti i o osobenostima ustanove državine *mutatis mutandis* važi i za pravnu ustanovu pritežanja. Reklo bi se, na prvi pogled, da ona dalje nije od interesa u radu koji se pita o tome šta se štiti u posesornom postupku pošto se pritežanje u slučaju smetanja štiti samo putem samopomoći, a ne i putem suda. Čak ni to, međutim, ne stoji u toj širini jer ima primera u uporednom pravu (ne i na području bivših jugoslovenskih država) da je i pritežaocima dostupna zaštita posesornog postupka.⁵⁵ Tako da dalje možemo, ne razdvajajući ih, pitati šta je to što se štiti u posesornom postupku i da li je zaštita fakta (bilo da se radi o državini ili pritežanju) možda ta osobenost posesornog postupka?

V. ŠTA SE ŠTITI U POSESORNOM POSTUPKU? OSOBENOST POSESORNOG POSTUPKA - ZAŠTITA FAKTA?

Uobičajena tvrdnja baš i glasi da posesorni postupak služi zaštiti državine, a osoben je po tome što državina, dakle, ono što se štiti, nije subjektivno pravo nego fakt, a štiti se nezavisno od prava, dok ostali postupci, namenjeni zaštiti, služe zaštiti prava. Moj stav je da ovaj postupak nema takvu osobenost. Predmet zaštite je, naime, i u ovom postupku jedno subjektivno pravo. U posesornom postupku ne štiti se ni državina kao faktička vlast, odn. stanje ni pravo na državinu kao faktičku vlast ili stanje nego pravo isključenja trećih od uticaja na državinu. Putem posesornog postupka ostvaruje se pravo na zaštitu državine, a pravo na zaštitu državine (i vansudskim i) sudskim putem nastaje zbog povrede prava na isključenje trećih od uticaja na državinu. Posesorni postupak ne pokazuje nikakvu osobenost u tom smislu da se njime štiti faktička vlast ili faktičko stanje, a ne pravo (1), ali svoju osobenost ima pravo koje se štiti u posesornom postupku – pravo isključenja trećih od uticaja na državinu (2).

⁵⁵ I to ne samo onim pritežaocima koji su u subjektivnom konceptu ujedno držaoci prava nego i nekim čistim pritežaocima kakvi su u Italiji tzv. autonomni nekvalifikovani pritežaoци (*il detentore non qualificato, ma autonomo*, npr., čuvar) koji sudsku posesornu zaštitu uživaju prema trećima po čl. 1168., st. 2. CC, v. Gambaro, A.; Morello, U., *Tratatto dei diritti reali. Vol. I. Proprietà e possesso*, Milano, 2010., str. 402; Delli Priscoli, L. u: Ruperto, C., *La giurisprudenza sul Codice civile (coordinata con la dottrina). Libro III. Della proprietà* (art. 1140. – 1172.), Milano, 2011., str. 236 *sqq.*

a. Državina nije predmet zaštite u posesornom postupku

Kad se tvrdi, kao što je toliko uobičajeno, da se u posesornom postupku štiti državina, posredi je jedno neopravdano poistovećivanje dvaju različitih pojava. Rasprostranjena tvrdnja o zaštiti državine u posesornom postupku posledica je poistovećivanja i mešanja državine i prava na isključenje trećih od uticaja na državinu. Sličnih pravno neispravnih poistovećivanja pojava koje su različite ima ne samo među laicima nego i u pravničkom izražavanju. Tako, mada se o stvari govori da je svojina, ona, naravno, to nije nego na stvari postoji pravo svojine; mada se govori o pokretnoj i nepokretnoj imovini, nije imovina takva nego su prava na pokretnim stvarima ili na nepokretnim; mada se govori o kupovini stana, pravno se ne kupuje stan nego pravo svojine na stanu itd. Isto kao što se u nekim od tih slučajeva desilo da se nešto što je pravno doživljava kao nešto što je materijalno, isto tako je atak na državinu, dakle, lišavanje ili narušavanje faktičke vlasti ili stanja u pogledu stvari, nešto što je jedino materijalno i čulima opazivo, dok je povreda prava na isključenje trećih nešto nematerijalno i čulima neopazivo. To nematerijalno i čulima neopazivo povređuje se uticajem na materijalno i čulima opazivo. Ali to nije razlog da se pravne predstave o predmetu zaštite u posesornom postupku grade na laičkim, predpravnim predstavama koje ostaju na nivou materijalnog i čulima opazivog, a ne dosežu do onoga što je nematerijalno i čulima neopazivo. Podjednako kako se, npr., u postupku po reivindikaciji, negatoriji ili publicijani ne štiti stvar iako su opazive samo materijalne radnje ili promena faktičkog stanja u vezi sa njom nego se štiti pravo svojine ili jači pravni osnov, tako se ni u posesornom postupku ne štiti državina, dakle, neki fakt iako su opazive samo materijalne radnje ili promena faktičkog stanja u vezi sa stvari nego se štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu.

b. Osobenost prava na isključenje trećih od uticaja na državinu

Putem posesornog postupka ostvaruje se pravo na sudsku zaštitu državine. Pravo na zaštitu državine (vansudskim i) sudskim putem nastaje zbog povrede prava na isključenje trećih od uticaja na državinu, a pravo na zaštitu državine ostvaruje se u sudskom postupku radi zaštite povređenog prava na isključenje trećih od uticaja na državinu. Sam posesorni postupak nije, prema tome, osoben po onome šta se u njemu štiti jer se, dakle, u njemu štiti pravo, a zaštita prava

je i inače svojstvena sudskim postupcima koji služe zaštiti nego je osobeno to pravo koje se u tom postupku štiti. Pravo na isključenje trećeg od dodira sa stvari i od drugih uticaja na stvar osobeno je po tome što ono nije dato titularu zato što su mu priznata neka druga (osnovna) ovlašćenja u pogledu stvari nego mu je dato nezavisno od toga da li ima i uprkos tome što nema takva ovlašćenja, a štaviše nekad i uprkos tome što je do stvari i državine došao povredivši ovlašćenja koja drugi imaju u pogledu stvari (kao lopov, uzurpator, iznuditelj, oduzimač, pribavilac kradomice i dr.). To nameće pitanje koje uobičajeno formulisano glasi zašto se onda u posesornom postupku državina štiti, tj. precizno rečeno, zašto se onda priznaje pravo isključenja trećih od uticaja na stvar. Treće osnovno pitanje o državini zato ne glasi, kako se uobičajeno govori, zašto se u posesornom postupku fakt štiti i kad nije zasnovan na pravu nego zašto se priznaje i štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu i kad nije zasnovano na nekom pravu na državinu. Kad držalac ima pravo u pogledu stvari, tad se pitamo za objašnjenje zašto se u posesornom postupku držaocu pruža zaštita, a da se pritom ne ulazi u pitanje postojanja prava. Kad, međutim, držalac nema pravo na državinu, tad se traži više od objašnjenja – potrebno je opravdanje posesorne zaštite neuslovljene pravom na državinu. Po učestalosti i raznolikosti obrade pitanje o razlogu (cilju, funkciji, osnovu) posesorne zaštite državine ne zaostaje za pitanjima o pojmu i prirodi državine. Rad o tome takođe ću posvetiti jubilaru u prvoj prilici⁵⁶ ne čekajući sledeću spomenicu.

⁵⁶ Pod naslovom *Čemu posesorni postupak? (O razlogu posesorne zaštite državine)* biće objavljen u časopisu *Pravni zapisi*, časopisu Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu u broju 2/2013.

Summary

Vladimir V. Vodinelić *

WHAT IS PROTECTED IN THE PROCEEDINGS
IN DISPUTES FOR DISTURBANCE OF POSSESSION?

The article discusses the two of the three most widely discussed aspects of possession: the notion of possession and its legal nature. There are numerous inconsistencies and controversies in the theory and the practice of the two civil law (Continental-European) concepts of possession, despite pregnant formulas (possessio = corpus + animus; Besitz = tatsächlicher Sachherrschaft). The author singles out ten phenomena of the factual nature (such as, direct spatial relationship with a thing, temporary impossibility of carrying out of will regarding to a thing, indirect possession, hereditary possession, etc.), that are under both concepts qualified as possession, although sometimes under different names, and analyses the possibility to find a uniform definition of possession. The existing legal definitions, where the physical control over a thing or good is central, are not useful. Some authors argue that the uniform notion of possession is not possible, because of different functions of possession (so called relativity of the notion of possession), or because of diversity of phenomena to which the possession is related, or because the classic definition of possession is not suitable (per genus proximum et differentiam specificam). The author of this article does not support this view and argues that the uniform definition is possible. In his view it presents a better solution than alternative techniques according to which only some factual phenomena (physical control over a thing or good) can be qualified as possession, whereas for the rest of phenomena can be determined that they are legally equalized with a possession. The author builds the uniform notion of possession functionally and determines the possession as a physical control or factual state in regard to a thing or good that can respond to the right of ownership (owner-possession), to another right (limited-right-possession) or to the obligation (obligation-possession) and for those with respect to which the legal rules on possession are appropriate and not those on detention. The author argues that this definition is not tautological or negative, because a distinction should be made between the possession itself and the legal rules on possession (legal regime of possession) and it is about the legal rules that are sufficiently determined. Also there is no doubt which legal rules are rules on detention (legal regime). Regarding legal nature, possession is a fact (physical control

* Dr. dr. h.c. Vladimir V. Vodinelić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University Union, Goce Delčeva 36, Belgrade (Serbia).

or factual state of certain characteristics), whereas a legal institution of possession is a combination of that fact and legal categories – authorities. Possession as a physical control or state is only one, and that, a factual element of a legal institution of possession. When answering the question, what is protected in the proceedings in disputes for disturbance of possession, it is necessary to take three further elements from the structure of institution of possession, which are legal in their nature: the right of possession, the right to exclude the third persons from affecting the possession and the right to protect the possession. Factual element (physical control and factual state) is not, however, a peculiarity of the legal concept of possession, because some other proprietary rights (such as pledge, retention, rent) have in their structure an element of factual nature besides legal elements as well. Other characteristics of the institution of possessions are: persons entitled to property rights (titulars), for example, an owner or a pledgee can not be the owner or the pledgee respectively if they do not have the right concerned (thus the right of ownership or the right of pledge); but a possessor can be the possessor without having the right of possession. Authorities that constitute ownership or other property rights always have the same legal nature, namely, the property law nature, but the right of possession has such a legal nature that has the right, within which it appears. For example, the right of possession has a nature of the law on obligations, if it is the right of a borrower to possession, but the right of possession has a property law nature, if it is the right of a pledgee to possession. Usually it is suggested that a peculiarity of the proceedings in disputes for disturbance of possession lies in the protection of the fact and not in the protection of rights. But the present author disagrees with this view, because one protects also the right in these proceedings: the right to exclude the third persons from affecting the possession. If this right is infringed, there is the right of the judicial protection of the possession as well as the right of protection of possession out of the court. This right is peculiar among other rights, because it is recognised also in cases when the possessor does not have the basic right in regard to a thing or the right of the possession or even when his possession violates the possessory right of another person. The third basic question on possession is usually formulated as follows: why is the fact protected in the proceedings in disputes for disturbance of possession even if it is not based on right? Instead, it is more appropriate to formulate this third question as follows: why we acknowledge and protect the right to exclude the third persons from affecting the possession in the proceedings in disputes for disturbance of possessions even when this right is based on none of rights to possession?

Keywords: subject of protection in proceedings in disputes for disturbance of possession, definition of possession, physical control, legal concept of possession, right to exclude the third persons.

**IZVANPARNIČNO, STEČAJNO I OVRŠNO
PRAVO I POSTUPAK**

VRIJEDNOSNI PAPIRI U OVRSI

*Prof. dr. sc. Vesna Rijavec**

U članku su vrijednosni papiri obrađeni kao predmet ovrhe i kao osnova za pokretanje ovrhe prema slovenskom pravnom poretku koji nije vrlo različit od hrvatskog. Prvo su vrijednosni papiri izloženi prema osnovnim kategorijama njihove podjele, a u nastavku su izložene mogućnosti provođenja ovrhe na njima. Posebno poglavlje obuhvaća mjenicu koja je još uvijek vjerodostojna isprava na temelju koje je moguće predložiti ovrhu, ali su uvjeti za naplatu u novom uređenju dosta pojednostavljeni. Naplata novčane tražbine iz sredstava na bankovnom računu moguća je, naime, odmah nakon izdavanja još nepravomoćnog rješenja o ovrsi na temelju prezentirane mjenice kao vjerodostojne isprave i usprkos pravovremenom prigovoru protiv rješenja. Autorica upozorava na probleme koji se u vezi s tim javljaju.

Ključne riječi: vrijednosni papiri, ovrha na pokretninama, mjenica, zemljišno pismo, ovrha na temelju vjerodostojne isprave.

1. UVOD

Vrijednosni papiri u ovrsi se javljaju kao imovinska vrijednost, stoga kao predmet ovrhe, pri čemu je važna njihova podjela kako bi se mogla odrediti vrsta ovrhe. Mjenica ili ček vrijednosni su papiri koji se uzimaju kao vjerodostojne isprave na temelju kojih je moguće predložiti ovrhu prema posebnim uvjetima. U slovenskom pravu, naime, mjenica prema zadnjoj noveli ima specifičan položaj. Predstaviti ćemo i zemljišno pismo koje je istodobno i vrijednosni papir i ovršna isprava.

* Dr. sc. Vesna Rijavec, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mariboru, Mladinska ulica 9, Maribor (Slovenija).

2. OVRHA NA VRIJEDNOSNIM PAPIRIMA

2.1. Predmet ovrhe

Za vrijednosne papire kao predmet ovrhe bitno je koje među njima uzimamo u obzir u ovrshi. Materijalnopravno uređenje pojedine vrste vrijednosnih papira upućuje na to je li moguće predlagati prijenos tražbine iz vrijednosnog papira, prodaju vrijednosnog papira ili pak je moguće predlagati oboje, a da vjerovnik ima pravo izbora. Novčana tražbina može biti inkorporirana u vrijednosni papir i tada je moguća dvojna interpretacija. Ako je vezanost prava iz papira potpuna, takva da se pravo prenosi samo iz papira te se njime i priznaje, može se tretirati kao pokretna stvar. Kao potpuni obično su uređeni papiri na donositelja i papiri po naredbi. Pravo iz papira slijedi papir. Za prijenos tražbine iz potpunog vrijednosnog papira potreban je indosament ili papir. Kod nepotpunih vrijednosnih papira pravo se prenosi cesijom, bez papira.

Postoji i podjela vrijednosnih papira prema sadržaju prava koje je zapisano u vrijednosnom papiru. Korporacijski ili članski vrijednosni papiri su oni koji sadrže članska prava u društvu. Imatelj papira je član društva koje je izdalo papir. U slovenskom pravu tipičan su primjer papiri koje je izdalo dioničko društvo (privremenice i dionice). Slovenski Zakon o trgovačkim društvima¹ (ZGD-1) zabranjuje da se kao vrijednosni papir izdaje potvrda o udjelu u društvu s ograničenom odgovornošću. Dionice mogu biti predmetom ovrhe i za njih se koriste pravila o ovrshi na novčanim sredstvima.² Samim tim za njih u obzir dolazi i uređenje ovrhe na pokretninama u vezi s prodajom i isplatom, odnosno uređenje nematerijaliziranih vrijednosnih papira.

Drugu i najopsežniju kategoriju tvore obligacijski (obveznopravni) papiri. U njih je upisano obvezno pravo. Obveznopravni papiri su ovisno o predmetu upisanog prava novčani ili robni. Tipični novčani papiri su obveznica, mjenica i ček. Robni papiri su vozni list i skladišnica. U pravnim sustavima u kojima nema razdiobe između vrijednosnih papira i legitimacijskih papira (ulaznica, vozna karta) uvrštava se u kategoriju obligacijskih papira također i potonje. Posebnu vrstu obligacijskih papira čine dužnički vrijednosni papiri, papiri u

¹ *Zakon o gospodarskih družbah* (dalje u tekstu: ZGD), Uradni list (dalje u tekstu: Ur. l.) RS, br. 26/07 - ZSDU-B, 33/07 - ZSReg-B, 67/07 - ZTFI (100/07 popr.), 10/08, 68/08, 23/09 Odl. US: U-I-268/06-35, 42/09, 65/09 - UPB3, 83/09 Odl. US: U-I-165/08-10, Up-1772/08-14, Up-379/09-8, 33/11, 91/11, 100/11 Skl. US: U-I-311/11-5, 32/12, 57/12.

² Jednako i u austrijskom ovršnom pravu, v. § 296. EO-a.

kojima je upisana novčana tražbina.³ Legitimacijski papiri i znaci u ovrsi na vrijednosnim papirima ne uzimaju se u obzir.

U vrijednosnom papiru može biti sadržana i nenovčana tražbina, ali ona kao predmet ovrhe pripada u okvir uređenja ovrhe na tražbinama za predajom pokretnine ili nekretnine ili pak ovrhe na drugim imovinskim pravima (čl. 162. i 163. *Zakona o izvršbi in zavarovanju*⁴). Takvi su osobito tradicijski papiri kao što su vozni listovi i skladišnica. Pravo iz papira je obveznopravna tražbina za predaju određene stvari. Temelj imateljeva zahtjeva nije stvarnopravne nego obveznopravne naravi.

Stvarnopravni papiri sadrže određeno stvarno pravo. *Stvarnopravni zakonik* (dalje u tekstu: SPZ)⁵ kao jedini stvarnopravni vrijednosni papir u Sloveniji po uzoru na njemačko pravo uvodi zemljišno pismo. Zemljišno pismo također može biti ili predmet ovrhe ili temelj za ovrhu kao ovršni naslov. Posebno je važno da mu SPZ dodjeljuje svojstvo ovršnog naslova, stoga vjerovnik može predložiti ovrhu radi naplate tražbine kao kod realizacije hipoteke iz neposredno ovršnog javnobilježničkog akta ako dužnik duga iz zemljišnog pisma o dospijeću ne plati ovlaštenom imatelju. Odgovarajuće se primjenjuju odredbe o hipoteci (čl. 193. SPZ-a) jer zemljišni je dug neakcesorno osiguranje tražbina. Uvjet ovršnosti nije oblik neposredno ovršivog javnobilježničkog akta nego učinak ovršne isprave ima zemljišno pismo koje je izdao sud. Sud sudjeluje u nastanku pravnih poslova (sastavljanju i ovjeri isprava) samo kada tako nalaže zakon, što je učinio SPZ. Potonji, doduše, ne govori izričito o ovjeri, ali je novu nadležnost zemljišnoknjižnog suda, sudjelovanje pri obliku *ad valorem* za jednostrani pravni posao o utvrđivanju zemljišnog duga nužno razumjeti kao ovjeru u obliku pisma.

Uvođenjem javnog bilježništva većina je djelatnosti vezanih uz isprave prenesena na javne bilježnike, zato zemljišni dug predstavlja uvođenje novog izvanparničnog postupka za sastavljanje i ovjeru isprava za koje je nadležan zemljišnoknjižni sud. Protiv zemljišnoknjižnog pisma nema pravnih sredstava. Ono je ovršno, ali ne i pravomoćno. Kao ovršni naslov mora i prema sadržaju biti primjereno za ovrhu. Pritom je potrebno dodati da je uvjet za izdavanje pisma uknjižba prava u zemljišnu knjigu. Kod zemljišnog pisma uvjeti za na-

³ Grilc, P.; Juhart, M., *Pravo vrednostnih papirjev*, Gospodarski vestnik, 1996., str. 33.

⁴ *Zakon o izvršbi in zavarovanju* (dalje u tekstu: ZIZ) bio je sedam puta noveliran. Ur. l. RS, br. 51/98, ZIZ-I 26/11, neslužbeni pročišćeni tekst, ZIZ - NPB9, EPA: 1780-V.

⁵ *Stvarnopravni zakonik* (SPZ), Ur. l. RS, br. 87/02, 18/07.

stup ovršnosti isprave nisu posebno određeni. Na temelju smislene primjene odredaba koje uređuju hipoteku i njen nastanak u obliku neposredno ovršnog javnobilježničkog akta i za zemljišno pismo također vrijedi da je tražbina ovršna od trenutka dospelosti. Dospjelost iznosa iz papira proizlazi iz papira. U praksi se najčešće dospelost veže uz poziv. Ako papir ne sadrži taj podatak, dospelost se dokazuje javnom ispravom ili privatnom ispravom ovjerenom prema zakonu ili utvrđujućom presudom izdanom u posebnom postupku.

Zemljišno pismo je stoga ovršno ako je tražbina iz zemljišnjog pisma dospjela. Dužnik zemljišnjog pisma pristao je na neposrednu ovršnost već samim izražavanjem svoje volje u obliku javnobilježničkog akta o postojanju zemljišnjog duga, odnosno svojom suglasnošću o konverziji hipoteke u zemljišni dug. Što se oblika tiče, možemo utvrditi da je on kod zemljišnjog duga stroži nego kod neposredno ovršnog javnobilježničkog akta. Jednostrani pravni posao o uobličavanju zemljišnjog duga potrebno je najprije ostvariti kao javnobilježnički akt, a potom je taj pravni posao još jednom preuzet u zemljišno pismo koje izdaje sud. Ovo zadnje postupanje moguće je okvalificirati kao sudska ovjera. Upravo je stoga analogna primjena čl. 20. ZIZ-a najprimjerenija.⁶ Zemljišni se dug prenosi izvanaknjižno zajedno sa zemljišnim pismom. Zemljišno pismo je vrijednosni papir po naredbi u koji je prenesen sadržaj iz javnobilježničkog akta s navodom suda koji ga izdaje. Prenosi se indosamentom i predajom pisma. Predmet osiguranja jednak je kao kod hipoteke. To je nekretnina sa svim sastavnim dijelovima, s pripacima i neodvojivim plodovima. Naplatu može zahtijevati svaki ovlašteni imatelj pisma što dokazuje posjedovanjem isprave i neprekinutim lancem indosamenata. Naplatu ne može zahtijevati sam vlasnik nekretnine čak i kada bi bio imatelj pisma.⁷

Mjenica je vrijednosni papir izdan u pisanom obliku, pri čemu mjenična obveza nastaje prilikom upisa u mjenicu. Priznaje se i prenosi samo mjenicom (potpuni vrijednosni papir).⁸ Mjenica može biti predmet ovrhe ili vjerodostojna isprava⁹ na temelju koje će se ovrha tek predlagati.

⁶ Tako i Keresteš, T., *Novosti pri zavarovanju obveznosti*, građa za seminar *Novosti pri zavarovanju obveznosti po noveli ZIZ-a*, Ljubljana, 2002., str. 25.

⁷ Berden, A.; Tratnik, M.; Rijavec, V.; Vrenčur, R.; Frantar, T.; Keresteš, T.; Juhart, M., *Novo stvarno pravo*, Maribor, 2002., str. 180.

⁸ Detaljnije o čeku i mjenici v. Grilc, Juhart, *op. cit.* u bilj. 3; Žiberna, J.; Ivanjko, Š., *Mjenica in ček*, Ljubljana, 1989.; Ivanjko, Š. *et al.*, *Priročnik o poslovanju z menico*, Maribor, 2001.

⁹ Novele ZIZ-H i ZIZ-I oblikovale su poseban položaj mjenice koji se približava učinku neposredne ovršnosti.

2.2. Mjesna nadležnost za ovrhu na vrijednosnim papirima

Za ovrhu novčanih tražbina vrijedi opća nadležnost prema stalnom prebivalištu ili sjedištu dužnika (čl. 163.a ZIZ-a). Usprkos tomu što se nematerijalizirani vrijednosni papiri vode u Središnjem registru nematerijaliziranih vrijednosnih papira Klirinškog depozitarnog društva, za odluku o prijedlogu ovrhe prema noveli nije više nadležan sud prema sjedištu tog društva nego vrijedi opća nadležnost za ovrhu novčanih tražbina prema stalnom prebivalištu ili sjedištu dužnika (čl. 163.a ZIZ-a). Zakonodavac se odlučio za takvo rješenje jer zbog središnjeg vođenja, jednostavnog pristupa i prijenosa podataka nema potrebe da se nadležnost veže za sjedište društva koje vodi evidenciju. Sudovi iz različitih područja u obavljanju procesnih radnja u jednakom su položaju.¹⁰

2.3. Sredstva ovrhe

Vrijednosni papiri su potpuni ako se pravo prenosi zajedno s papirom i samo s njim uzima u obzir. Kao potpuni uobičajeno su uređeni papiri na donositelja i papiri po naredbi. Pravo iz papira slijedi papir. Za prijenos tražbine iz potpunog vrijednosnog papira potreban je indosament ili sam papir. Ovršitelj plijeni papir u materijalnom obliku oduzimanjem papira ili dijela papira koji je važan za valjanost tražbine. Sve radnje koje su potrebne za očuvanje i ovrhu prava iz tih papira obavlja dužnik. Za obavljanje tih radnja ovršitelj mu vraća zaplijenjen vrijednosni papir te o tome izdaje potvrdu (čl. 108. ZIZ-a).

Zaplijenjene tražbine iz vrijednosnog papira vjerovnik često ne namiruje od dužnikova dužnika nego se obavlja prodaja prema pravilima koja vrijede za pokretnine. Posebnu odredbu o prodaji vrijednosnih papira koji kotiraju na burzi zakonodavac je uključio u odredbu o prodaji pokretnina. Time je pokazao da se prodaja vrijednosnih papira općenito obavlja prema pravilima koja vrijede za pokretnine. Inkorporacija prava u vrijednosnom papiru omogućava da se pravno uređenje njihova prijenosa lako osloni na stvarnopravne temelje koji vrijede za pokretnine.¹¹ Zaplijenjene vrijednosne papire koji kotiraju na burzi prodaje ovlaštenu sudioniku tržišta vrijednosnih papira kojeg odredi ovršitelj (čl.

¹⁰ Galič, A.; Jan, M.; Jenull, H., *Zakon o izvršbi in zavarovanju (vključno z novelo ZIZ-A) s komentarjem novele in uvodnimi pojasnili*, Ljubljana, 2002., str. 343.

¹¹ *Ibid.*, str. 341.

99., st. 1. Pravilnika o obavljanju službe ovršitelja¹²). Zaplijenjene vrijednosne papire koji ne kotiraju na burzi prodaje ovršitelj neposrednim ugovorom ili na javnoj dražbi. Ovršitelj za prodaju tih vrijednosnih papira za vlastiti račun i odgovornost može ovlastiti i ovlaštenog sudionika tržišta vrijednosnih papira (čl. 99., st. 2. Pravilnika).

Ako vrijednosni papiri glase na ime, ovršitelj mora ostvariti prijepis na ime kupca i sve potrebno za prodaju potrebne isprave s pravnim učinkom umjesto dužnika (čl. 99., st. 4. Pravilnika). Za te radnje može ovlastiti i odvjetnika, javnog bilježnika ili pravnog stručnjaka zaposlenog kod burzovnog posrednika. Ako se prodaje vrijednosni papir koji je u slobodnom prometu i prenesen je indosamentom, ovršitelj na poledinskoj strani, prije predaje posredniku ili banci, mora napisati propisanu predbilježbu koja ima jednak učinak kao i obveznikov indosament (čl. 99., st. 5. i 6. Pravilnika).

3. OVRHA NA NEMATERIJALIZIRANIM VRIJEDNOSNIM PAPIRIMA

3.1. Predmet ovrhe

Za tu je vrstu ovrhe, a zbog važnosti povezanih s elektroničkim oblikom, potrebno posebno uređenje nekih pitanja koje je sadržavao Zakon o nematerijaliziranim vrijednosnim papirima (dalje u tekstu: ZNVP).¹³ Zbog zaokruženosti sustava to je uređenje preuzeo ZIZ u novom, posebnom poglavlju i derogirao u tom smislu odredbe ZNVP-a.

3.2. Vrste papira

Nematerijalizirani vrijednosni papir je izjava izdavatelja upisana u središnji registar nematerijaliziranih vrijednosnih papira kojom se izdavatelj obvezuje da će ispuniti obvezu iz vrijednosnog papira osobi koja je kao zakonski imatelj vrijednosnog papira upisana u središnji registar. Za prava imatelja nematerijaliziranih vrijednosnih papira i prava trećih na tim papirima vrijede odredbe

¹² Ur. l. RS, br. 18/03, 46/05 Odl. US: U-I-110/03-16, Up-634/03-13, 83/06; dalje u tekstu: Pravilnik.

¹³ Ur. l. RS, br. 23/99, 75/02, 114/06.

Obligacijskog zakona (dalje u tekstu: OZ)¹⁴, SPZ-a i ZGD-a ako nije zakonom drugačije određeno (čl. 2. ZNVP-a¹⁵).

Potrebno je razlikovati materijalizirane vrijednosne papire koji kotiraju na burzi i one koji ne kotiraju. U prvom slučaju prodaju obavlja ovlašten sudionik tržišta vrijednosnih papira kojeg određuje ovršitelj (čl. 99., st. 1. Pravilnika). U drugom slučaju ovršitelj prodaje vrijednosne papire koji ne kotiraju na burzi neposrednim ugovorom ili na javnoj dražbi. Za prodaju tih vrijednosnih papira ovršitelj može o vlastitu trošku i odgovornosti ovlastiti i ovlaštenog sudionika tržišta vrijednosnih papira. Odmah po primitku isplate ovršitelj mora poslati zapisnik o obavljenoj prodaji sudu, odnosno drugom nadležnom organu kako bi on donio zaključak o prijenosu prodanih vrijednosnih papira koji se zatim šalje Klirinškom depozitarnom društvu (čl. 99., st. 2. i 3. Pravilnika).

3.3. Sredstva ovrhe

Tražbine kao i svi vrijednosni papiri uvrštavaju se u pokretnu imovinu. Radi potpune inkorporacije prava u papir vrijednosni se papiri mogu obraditi kao stvar. Sredstva ovrhe na nematerijaliziranim vrijednosnim papirima stoga su kao sredstva ovrhe smisleno jednaka pokretninama za koje se vodi registar. Ovrha se vrši pljenidbom, prodajom, elektroničkim prijenosom prodanih papira umjesto isporuke i isplatom vjerovnika.

3.4. Pljenidba

Rješenje o ovrsi na nematerijaliziranim vrijednosnim papirima sud uručuje i Klirinškom depozitarnom društvu. Vjerovnik dobiva založno pravo tek upisom rješenja o ovrsi u registar nematerijaliziranih vrijednosnih papira. Istovremeno s upisom rješenja o ovrsi Klirinško depozitarno društvo s konstitutivnim učinkom upisuje u registar i založno pravo (čl. 163.b i 163.c ZIZ-a). Ako se izvrši prodaja vrijednosnih papira za koje je bila dopuštena ovrha, prilikom prijenosa prodanih papira na kupca briše se založno pravo u skladu s ZNVP-om (čl. 163.c, st. 5. ZIZ-a).

¹⁴ Obligacijski zakonik, službeni pročišćeni tekst (OZ-UPB1), Ur. l. RS, br. 97/07.

¹⁵ Zakon o nematerijaliziranim vrednostnih papirjih, službeni pročišćeni tekst (ZNVP-UPB1), Ur. l. RS, br. 2/07.

3.5. Zabrana raspolaganja

Istovremeno s upisom rješenja o ovrsi i založnog prava u registar upisuje se i zabrana raspolaganja. Učinak zabrane raspolaganja prepreka je samo za izvršenje prijenosa, odnosno upisa na temelju naloga imatelja, ali nije prepreka za prijenos, odnosno upis na temelju sudske odluke ni za upis na temelju naloga eventualnog ugovornog založnog vjerovnika koji o dospelosti svoje tražbine smije sam izvršiti prodaju i naplatiti se iz iznosa (čl. 1. i 2. ZNVP-a).

3.6. Prodaja

Pravo iz papira slijedi papir čak i ako je ono u elektroničkom obliku. Vjerovnik može doći do naplate prodajom vrijednosnog papira za što se odgovarajuće primjenjuju odredbe o prodaji pokretnina. Prodaja se vrši na javnoj dražbi ili neposrednim ugovorom, a burzovni papiri prodaju se preko ovlaštenog sudionika tržišta vrijednosnih papira kojeg odredi ovršitelj (čl. 93. ZIZ-a). Vrijednosne papire koji ne kotiraju na burzi procjenjuje ovršitelj ili, jednako kao kod pokretnina, sudski procjenitelj. Nedostaje nam odgovarajuća odredba o određivanju cijene ako se prodaju papiri koji ne kotiraju na burzi.

3.7. Prijenos i naplata

Nakon prodaje potreban je umjesto predaje elektronički prijenos vrijednosnih papira na kupca i brisanje svih založnih prava. Prodaja nematerijaliziranih vrijednosnih papira koji ne kotiraju na burzi obavlja se prema pravilima za prodaju pokretnina uz sudjelovanje ovršitelja. Nakon prodaje sud izdaje rješenje o prijenosu na kupca na temelju kojeg Klirinško depozitarno društvo vrši preknjižbu vrijednosnih papira na kupca (čl. 163., st. 3. ZIZ-a) i brisanje ostalih tereta (smisleno korištenje čl. 96. ZIZ-a).¹⁶ Prijenos prodanih burzovnih papira na kupčev račun i brisanje založnih prava obavlja Klirinško depozitarno društvo po nalogu ovlaštenog sudionika tržišta vrijednosnih papira kojeg je za prodaju odredio ovršitelj (čl. 163.c., st. 5. ZIZ-a u vezi s čl. 47., st. 3. ZNVP-a).

¹⁶ Galič, A.; Jan, M.; Jenull, H., *Zakon o izvršbi in zavarovanju (vključno z novelo ZIZ-A) s komentarjem novele in uvodnimi pojasnili*, Ljubljana, 2002., str. 348.

4. ZALOŽNO PRAVO NA VRIJEDNOSNOM PAPIRU

4.1. Općenito

Vrijednosni papir može se dati u zalog (čl. 187. SPZ-a). Založno pravo na vrijednosnom papiru na donositelja nastaje predajom založnom vjerovniku. Na vrijednosnom papiru po naredbi ili na ime, koji se prenosi s indosamentom, nastaje založno pravo indosamentom u kojem je navedeno da je vrijednosni papir predan u zalog (indosament u zalogu) i predajom vrijednosnog papira. Za nastanak založnog prava kod vrijednosnog papira na ime potrebno je obavijestiti dužnika iz tog vrijednosnog papira da je tražbina iz vrijednosnog papira dana u zalog.

Nastanak založnog prava na vrijednosnom papiru u nematerijaliziranom obliku uređuje zakon koji određuje način i uvjete izdavanja vrijednosnog papira u nematerijaliziranom obliku (čl. 188. SPZ-a).

4.2. Prava drugih založnih vjerovnika u ovrsi

Budući da se nematerijalizirani papiri vode u središnjem registru i da je nastanak prava ovisan o konstitutivnom upisu, za njih vrijede specifične odluke iz poglavlja o naplati vjerovnika iz prodaje pokretnina za koje je također predviđen registar. Prema toj odredbi ovršitelj pri naplati mora uzeti u obzir i založne vjerovnike koji nisu predlagali ovrhu, čak i ako svoje tražbine nisu izjavili i ako je njihovo založno pravo upisano u registar. Kupac dobiva vrijednosni papir bez tereta i zato je potrebno nakon obavljene prodaje založno pravo brisati iako založni vjerovnici nisu u potpunosti isplaćeni (smisleno čl. 173. ZIZ-a).

Budući da se kod ovrhe na pokretninama upućuje na pravila u poglavlju o ovrsi na nekretninama, i u toj ovrsi vrijede posebna pravila o načinu naplate nedospjele, privremene i uvjetne tražbine (čl. 203., 204. i 205. ZIZ-a).

Prodaja se neće moći izvršiti ako je ranije koji od založnih vjerovnika obavio sam. Ugovorno založno pravo u biti omogućava da u roku od osam dana nakon primitka obavijesti o dospeljoj tražbini založni vjerovnik sam proda za tu tražbinu založen vrijednosni papir preko ovlaštenog predstavnika na burzi. Nije određeno koji je založni vjerovnik po prvenstvenom redu ovlašten za prodaju, što znači da prodaju može izvršiti svaki od njih (čl. 47. ZNVP-a). Ovlašteni su-

dionik mora unijeti nalog o prodaji i brisati sva založna prava.¹⁷ Ipak, vjerovnik koji je prodao stvar mora uzeti u obzir koji je po prvenstvenom redu za naplatu te se ne smije namiriti na štetu založnih vjerovnika koji su upisani u registar prije njega. Budući da se tražbine, a posebno vrijednosni papiri uvrštavaju u pokretnu imovinu, pravilo za pokretnine vrijedi također i za vrijednosne papire – isplaćeni založni vjerovnik stvar predaje sljedećem založnom vjerovniku. Vjerovnik umjesto papira koji je prodao sljedećem vjerovniku uručuje višak iznosa koji je ostao nakon njegove naplate. Od založnog vjerovnika koji nije poštovao prvenstveni red prava zakinuti vjerovnici koji su upisani u registar svoje pravo mogu ostvariti tužbom. Ako je iznos uručio dužniku, vjerovnicima je također odgovoran i za naknadu štete. Iz registra je uočljiv i nastanak prisilnog založnog prava. U tom slučaju založni vjerovnik koji je sam prodao papir mora iznos predati ovršitelju radi izvršenja naplate.

5. OVRHA NA TEMELJU VJERODOSTOJNE ISPRAVE

5.1. Ček kao vjerodostojna isprava

Ček je nalog izdavatelja (trasanta) koji je klijent banke toj banci (trasatu) da iz njegova pokrića na određenom računu isplati određeni iznos novca primatelju (remitentu). Izdavanje čeka uvjetovano je time da trasant ima pokriće na računu.¹⁸

Ček se kao vrijednosni papir koristi kao platno sredstvo za razliku od mjenice koja je u potpunosti kreditno sredstvo. Ček može biti trasiran ako ima sljedeće bitne sastojke: oznaku da je ček napisanu u samom slogu čekovne isprave, bezuvjetnu uputu da se plati određeni iznos novca iz trasantova pokrića, ime onoga koji treba platiti (trasat), mjesto plaćanja, dan i mjesto izdavanja čeka i potpis onoga koji je ček izdao (trasant). Remitent i rok dospelosti mogu nedostajati. Ček nije moguće akceptirati, a trasat može biti samo banka. Zbog nepostojanja čekovnog akcepta kod čeka nema protesta zbog neakceptiranja. Regres se zahtijeva samo zbog neisplate koja je posljedica nepostojanja potrebnog pokrića na računu trasanta, formalnih pogrešaka na čeku ili trasantova opoziva čeka.

¹⁷ Ovdje je rješenje drugačije nego kod nekretnina koje se upisuju u registar jer pri izvan-sudskoj prodaji založna prava ostaju.

¹⁸ Grilc, Juhart, *op. cit.* u bilj. 3, str. 113.

Kod mjenice su moguća četiri regresa, a kod čeka samo jedan. Uvjet regresa je protest zbog neisplate, za što se odgovarajuće primjenjuju propisi o mjenici.

5.2. Ovrha na temelju mjenice kao vjerodostojne isprave

Za ovrhu mjenične tražbine na temelju vjerodostojne isprave temeljna je pretpostavka da vjerovnik u rukama drži originalnu mjenicu sa svim bitnim sastojcima. Mjenica može biti vlastita (solo) mjenica, vlastita trasirana mjenica ili trasirana (vučena) mjenica. Može biti avalirana i indosirana, sastavljena na stranom jeziku ako je službeno prevedena i na slovenski jezik, ali mora sadržavati originalne potpise trasanta, akceptanta i drugih mjeničnih obveznika kao što su avalist i indosant. Mjenica ne smije biti oštećena ni amortizirana.¹⁹

U slovenskom pravu postoje dva postupka. (1) Prvi je ovrha na temelju mjenice kao vjerodostojne isprave kada mjenica nije fizički priložena prijedlogu. Riječ je o uobičajenom kombiniranom postupku kada sud rješenjem o ovrsi istovremeno odlučuje o platnom nalogu i o dopustivosti ovrhe. Taj se postupak vodi elektronički. (2) Novela ZIZ-H mjenici daje nove učinke (čl. 41.a. ZIZ-a). Kad je originalna mjenica fizički priložena prijedlogu za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave, u slučaju prigovora vrijede pravila postupka u trgovačkim sporovima (čl. 46., st. 4. ZIZ-a), izričito je dopuštena naplata mjeničnog vjerovnika prije pravomoćnosti rješenja iz novčanih sredstava koje dužnik ima kod službe za platni promet. Usprkos neposrednoj naplati vjerovnika, mjenica još uvijek vrijedi samo kao vjerodostojna isprava na temelju koje se izdaje kombinirano rješenje koje sadrži kondemnatorni dio i dio s odobrenjem ovrhe. Bitno je da prigovor protiv tog rješenja ne odgađa ovrhu i naplatu.

5.3. Mjenica između vjerodostojne isprave i ovršne isprave

Budući da su posljedice u novom postupku ovrhe na temelju mjenice kao vjerodostojne isprave prilično ozbiljne (mogućnost naplate iz sredstava kod službe za platni promet prije pravomoćnosti rješenja o platnom nalogu), mjenica mora biti fizički priložena originalu. Kod obične ovrhe na temelju vjerodostojne

¹⁹ Keresteš, T., *Menica v izvršbi*, Podjetje in delo, br. 7, 2010., str. 1154; Ivanjko, Š., *Menica v izvršbi*, prilog na konferenciji, 1998., str. 45.

isprave preko specijaliziranog odjela Okružnog suda u Ljubljani (COVL) vjerodostojnu ispravu nije potrebno priložiti. Dovoljno je da u prijedlogu vjerovnik jasno odredi vjerodostojnu ispravu. U tim slučajevima dužnik može staviti prigovor i odgoditi pravomoćnost, ovršnost pa i isplatu vjerovniku.

Novo zakonsko rješenje rezultat je Vladina neposrednog traženja načina učinkovitije naplate tražbina. U pripremama reforme predlagana su i različita još radikalnija rješenja prema kojima bi svaka ili samo domicilirana mjenica imala odmah, i bez sudskog postupka, svojstvo ovršne isprave. U usporedbi s neuspjelim radikalnim prijedlogom da mjenica odmah bude ovršna isprava i da se može prigovarati samo dopustivosti ovrhe, prihvaćeno rješenje očuvalo je dosadašnji skraćeni sudski postupak za dobivanje ovršnosti isprave za tražbine iz mjenice. Međutim, uvodi možda još sporniju prethodnu ovršnost s neposrednom naplatom vjerovnika. Bitan odmak od dosadašnjeg polazišta je to što sud rješenje o ovrsi na temelju mjenice kao vjerodostojne isprave prilikom uručjenja dužniku šalje također i službi za platni promet radi konačne ovrhe platnog naloga iz trgovačkog spora koji još nije postao pravomoćan. Jedino je ograničenje da je riječ o ovrsi na novčanim sredstvima koja dužnik ima kod službe za platni promet (čl. 46., st. 4. ZIZ-a).

Usprkos tomu, ne možemo zanemariti opasnosti koje nosi takva prethodna naplata dugova. U biti je uvedena ovršnost prije pravomoćnosti sudske odluke bez ikakva jamstva koje je bilo nužni pratitelj ovršnosti kad je prethodila pravomoćnosti odluke.²⁰ Pored svega, nije riječ o nepravomoćnoj sudskoj odluci o postojanju tražbine koja bi bila donesena u kontradiktornom postupku nego o platnom nalogu koji je izdan jednostrano bez dužnikova saslušanja, a kontradiktornost se uspostavlja tek po prigovoru. Čak i ako dužnik sa svojim prigovorom uspije, u slučaju vjerovnikove neposredne naplate može se naći u posve beznadnom položaju ovlaštenika koji mora svoje pravo ostvarivati u protuovrsi protiv subjekta koji je možda sam prezadužen ili od kojeg novac koji je primio iz nekog razloga nije više moguće vratiti.²¹ Za nepravomoćno rješenje o platnom nalogu propisan je učinak istovremene bezuvjetne naplate, što je vrlo ozbiljno.

Sud odmah po objavi rješenje istovremeno s dostavom strankama dostavlja i službi za platni promet i nalaže joj da blokira dužnikova sredstva na svim

²⁰ V. njemačko uređenje prema kojem ranija ovršnost omogućava ovrhu nepravomoćnih sudskih odluka jedino ako vjerovnik da osiguranje (§ 704. ZPO-a).

²¹ Vuksanović, I., *Pretirana prijaznost do upnikov?*, Pravna praksa, br. 27, str. 7.

računima u visini obveze iz rješenja i po isteku paricijskog roka od tri dana isplati vjerovnika (čl. 138., st. 2. ZIZ-a). Sud je taj koji o isteku paricijskog roka obavješćuje službu za platni promet. Za utvrđivanje protoka roka sudu je potrebna povratnica o dostavi dužniku. Rok za dobrovoljno ispunjenje obveze počinje teći sljedećeg dana od dana dostave odluke dužniku (čl. 19., st. 2. ZIZ-a). Potrebno je upozoriti na opće načelo sudskih postupaka da sudska odluka prema strankama ima učinak tek od dana kad im je dostavljena. To znači da banka mora pričekati obavijest suda da je rok protekao i od tada nadalje dužna je postupati po rješenju. Uložena pravna sredstva općenito znače da paricijski rok nije ni počeo teći²², ali to ne vrijedi u slučaju mjenice kod ovrhe prije pravomoćnosti. Riječ je o materijalnopravnom roku jer je određen za ispunjenje, a ne za obavljanje kakve procesne radnje. Povrat u prijašnje stanje nije dopušten zbog zakašnjenja, a paricijski rok ne odgađa dospelost nego ispunjenje.²³

Ovrha na temelju mjenice kao vjerodostojne isprave omogućava vjerovniku posizanje u bilo koju imovinu, ali se naplatiti može odmah samo ako predlaže ovrhu na novčanim sredstvima. Novčana sredstva, naime, vjerovnik slijedi svuda, a ne samo u domicilijatu kao što to vrijedi u slučaju da domiciliranu mjenicu vjerovnik sam u banci prilaže kod naplate.

Zlouporabu mjenice u pravilu može uočiti samo dužnik jer sud pri pregledu predložene mjenice ne može nužno utvrditi da je krivotvorena. Problem je u tome što nema na raspolaganju sredstva za obranu od mogućih zlouporaba. Još veći problem čine bjanko mjenice jer je njihovo ispunjenje ovisno o posebnom ovlaštenju koje je dobio remitent.²⁴ Nepoštivanje ovlaštenja ne može zapaziti sud nego samo dužnik.

U uobičajenom mjeničnom poslovanju mjenica mora biti dužniku prezentirana kako dužnik ne bi izgubio pravo (čl. 41. ZM-a).²⁵ Za prezentaciju mjenice

²² Juhart, J.; Ude, L.; Wedam-Lukić, D., *Pravdni postopek*, Ljubljana, 1974., str. 362.

²³ *Ibid.*, str. 361.

²⁴ Ako je mjenica koja je u vrijeme izdanja bila nepotpuna naknadno ispunjena protivno postojećem sporazumu, povreda tog sporazuma ne može se prigovoriti imatelju mjenice, osim ako ju je stekao zlonamjerno ili ako je pri stjecanju mjenice postupio s velikom nepažnjom. (čl. 16., st. 2. Zakona o mjenici). Zakon o menici, Ur. l. FNRJ, br. 104/46, Ur. l. RS, br. 82/94; dalje u tekstu: ZM.

²⁵ Mjenica plativa na određeni dan ili na određeno vrijeme nakon dana izdavanja ili viđenja mora se podnijeti na isplatu bilo na sam dan plaćanja, bilo jednog od dva radna dana koji dolaze odmah za njim. Kad se mjenica podnese nekom obračunskom zavodu, smatra se da je podnesena na isplatu. (čl. 37. ZM-a). Ako se mjenica ne podnese na isplatu u roku

nisu predviđene posebne formalnosti, niti je prezentacija na mjenici igdje evidentirana. Stoga pitanje prezentacije nije relevantno pri prvom proučavanju mjenice kao vjerodostojne isprave nego tek u postupku po prigovoru.

Ako prezentacije nije bilo, dužnik dobiva priliku reagirati na krivotvorenu mjenicu tek prilikom uručanja rješenja. Dužnik svoje dvojbe glede mjenice može podnijeti u prigovoru protiv rješenja kao mjenični prigovor, što samo po sebi ne odgađa ovrhu rješenja. Može predlagati i odgodu iako i odluka o odgodi može biti prekasna. Odgoda je dvostrano sredstvo koje sud mora najprije dostaviti vjerovniku.

Pravu zaštitu kod krivotvorene mjenice ne daje ni kazneno pravo iako je krivotvorenje i korištenje krivotvorenih vrijednosnica ili vrijednosnih papira kazneno djelo (čl. 244. *Kaznenog zakonika*²⁶). Na temelju prijave postupka državni tužitelj koji može predložiti odgodu ovrhe, a koju ovršni sud mora uzeti u obzir, ali samo u svezi s mogućnošću ulaganja zahtjeva za zaštitu zakonitosti (čl. 11. *Zakona o državnom tužilaštvu*²⁷). Zahtjev za zaštitu zakonitosti predviđen je samo protiv pravomoćnog rješenja o ovrši.

koji je označen u članku 37. ZM-a, svaki dužnik je ovlašten mjeničnu svotu položiti u mjestu plaćanja kod prvostupanjskog redovnog suda, a, ako toga nema, kod nadležnog upravnog organa općinske skupštine, na trošak, opasnost i štetu imatelja mjenice. (čl. 41. ZM-a).

²⁶ *Kazneni zakonik*, Ur. l. RS, br. 63/94 (70/94 popr.), 23/99, 60/99 Odl. US: U-I-226/95, 110/02-ZDT-B, 40/04, 95/04-UPB1, 37/05 Odl. US: U-I-335/02-20, 17/06 Odl. US: U-I-192/04-16, 55/08-KZ-1 (66/08 popr.), 89/08 Odl. US: U-I-25/07-43, 5/09 Odl. US: U-I-88/07-17.

²⁷ Članak 11. *Zakona o državnom tužilaštvu*, Ur. l. RS 94/07, ZDT-UPB5. Ako državni tužitelj utvrdi da je zbog kršenja Ustava, zakona ili međunarodnog ugovora osnovano upotrijebiti pravno sredstvo protiv ovršne sudske odluke ili odluke donesene u upravnom ili kojem drugom postupku, može zahtijevati da se ovrha takve odluke odgodi ili prekine ako bi njezinom ovrhom mogle nastati nepopravljive štetne posljedice. Zahtjev za odgodu, odnosno prekid ovrhe ovršne odluke ulaže državni tužitelj koji je ovlašten koristiti pravna sredstva protiv takve odluke kod suda, odnosno drugog organa koji je nadležan za dopuštenje ovrhe, a ako je ona u tijeku, kod organa koji je obavlja. Organ nadležan za dopuštenje ovrhe ili za ovrhu odluke može staviti na stranu ovrhu odluke, odnosno prekinuti ovrhu do odluke o pravnom sredstvu državnog tužitelja. Odluka o odgodi, odnosno prekidu ovrhe prestaje važiti ako državni tužitelj u roku od trideset dana od primitka odluke ne uloži pravno sredstvo.

5.4. Zlouporaba procesnih prava

Supsidijarnom primjenom Zakona o parničnom postupku (dalje u tekstu: ZPP) dolazimo do zaključka da ovršni sud mora spriječiti zlouporabe procesnih prava koje imaju svrhu štetiti drugome ili koje su u suprotnosti s dobrim običajima, savješću i poštenjem. Sud mora nastojati da se postupak obavi bez odugovlačenja i sa što nižim troškovima i da onemogući svaku zlouporabu prava koja imaju stranke u postupku (čl. 11., st. 1. ZPP-a). U našem slučaju riječ je o zlouporabi procesnih prava koja vjerovniku omogućavaju da se naplati prije pravomoćnosti platnog naloga i rješenja o ovrsi. Riječ je o namjernom prouzrokovanju štete drugomu.

Pitanje je kakve mjere može provesti sud za sprečavanje zlouporaba. Zakon govori o novčanim kaznama i drugim mjerama određenima zakonom. Sankcije za zlouporabu su različite. Najprije se uzimaju u obzir preventivne mjere. Budući da su procesne radnje koje predstavljaju zlouporabu procesnih prava protupravne, a samim tim i ništetne, sud ih ne smije uzimati u obzir.²⁸ Izričitih ograničenja za navedene konkretne mjere nema, zato mislimo kako bi bilo potrebno da se u slučaju sumnje u zlouporabu procesnih učinaka u ovrsi na temelju mjenice odgodi konačnu naplatu usprkos zakonskom uređenju da sud banku obavješćuje o isteku paricijskog roka. Ako je obavijest već poslana, ona se mora opozvati kao i isplata, možda i samim rješenjem. U svakom je slučaju potrebno hitno riješiti prigovor. Svjesni smo da je utvrđivanje procesnih zlouporaba teško, ali brzina i ekonomičnost postupanja ne smiju ići na štetu kvalitete sudske zaštite. Dužniku zbog vjerovnikova nepoštenog postupanja u postupku može nastati nepopravljiva šteta. Budući da izdavanje privremenih mjera zahtijeva dodatne uvjete, ta pravna sredstva bez posebne zakonske prilagodbe ne dolaze u obzir. Zbog praznine u ZIZ-u potrebno je supsidijarno koristiti rješenja iz ZPP-a u okviru nužnih mjera za sprečavanje zlouporaba. U slučaju ovrhe na temelju mjenice nije riječ o ovrsi po obavljenom pravnom ili drugom postupku kojem je rezultat ovršna isprava i u kojem je dužnik imao mogućnost obrane. Usporedimo li situaciju dužnika i vjerovnika, vidimo da je vjerovnik osiguran pljenidbom i založnim pravom i stoga njemu nije tako tegotno pričekati s naplatom. Ako pak se izvrši neosnovana naplata i vjerovnik nestane s novcem, za dužnika više nema povratka. Takva je posljedica neprimjerena i u suprotnosti s načelom jednake zaštite prava pred zakonom i sudom. Kada bi mjenicu mjenični ovlaštenik

²⁸ Zobec, J., *Pravdni postopek. Zakon s komentarjem. 1. knjiga*, Ljubljana, 2005., str. 104.

podnio banci na naplatu sam, banka bi kao ovlaštenu subjekt mjenicu provjerila i odbila isplatu ako ne bi bilo formalnih pretpostavaka.

Pitanje je što može učiniti služba za platni promet kad sazna za zlouporabu mjenice u sudskom postupku jer ju je o tome obavijestio dužnik ili ako sazna nekako drugačije. Služba za platni promet dužna je postupati po nalogu suda. Sud joj nalaže isplatu iznosa iz rješenja koji zbog propusta banke nije bilo moguće provesti, a vjerovnik može uzeti u obzir i nastalu štetu (čl. 147. ZIZ-a). Rješenje nalaže službi za platni promet da isplatu izvrši odmah po obavijesti. Banka zato može pričekati samo primjereno kratak rok koji je u okviru bankovnog poslovanja uobičajen za izvođenje bankovnih poslova. U tom vremenu ne obavlja radnje po nalogu dužnika. Banka također može upozoriti organe progona o kaznenim postupcima krivotvorenja mjenice i, naravno, sud.

Nakon prihvaćanja novele ZIZ-H praksa je izrazila negodovanje što su na raspolaganju dva postupka na temelju mjenice²⁹, ali to ne bi trebalo predstavljati problem. Vjerovnik ima pravo izbora te se može odlučiti i za elektronički postupak. Za zaštitu dužnika koji je mjenični obveznik nužno je da učinak neposredne ovrhe ima samo rješenje na temelju mjenice koje je sud donio sam.

Sljedeće pitanje je trenutak otpočinjanja djelovanja odluka o neposrednoj naplati vjerovnika. ZIZ-H nema prijelaznih odredaba o tome da bi nova odredba trebala vrijediti samo za novoizdane mjenice. Uz to, ipak je potrebno proučiti domet opće zabrane retroaktivnosti, stoga je pitanje je li moguće mjenicama koje su bile izdane prije prihvaćanja novele pripisati učinak koji ona donosi. Granica bi morala biti datum izdavanja mjenice. Problem su bjanko mjenice koje su u optjecaju i kod kojih se datum izdavanja unosi tek prilikom ispunjenja mjenice. Zbog toga bi valjalo razmisliti bi li trebalo uvažiti datum izdavanja ovlaštenja, odnosno sporazuma za ispunjenje mjenice kao granicu kad je mjenično razdoblje uređeno te se za vrijeme prije tog razdoblja novela ne bi mogla primjenjivati. No, praksa nije išla u tom smjeru. Uzima se da novo rješenje ne uređuje situaciju unatrag jer je stvoren drugačiji režim, odnosno postupak ovrhe.

5.5. Promjena u uređenju protuovrhe u vezi s mjenicom

Prema prijašnjem uređenju dužnik je imao pravo na protuovrhu, dakle na povrat sredstava ili čak na tužbu zbog neosnovanog obogaćenja ako je na te-

²⁹ Lajavec, M., *ZIZ-H med ZIZ-G in ZIZ-I*, Pravna praksa, br. 20, 2011., str. IV.

melju prigovora rješenje o dopuštenju ovrhe ukinuto. Prema noveli vjerovnik zadržava primljeno usprkos ukidanju rješenja o ovrsi i parnici o tražbini te nije ovlašten na protuovrhu.

5.6. Promjena kod dopuštenja prethodnih mjera

Prethodne mjere su u zakonu taksativno nabrojene mjere vremenski ograničenog osiguranja kojemu je svrha zajamčiti mogućnost buduće ovrhe u vrijeme kada već postoji kvalificirana isprava o postojanju novčane tražbine, ali još nije ovršna. Zato se i zovu prethodne jer se pojedina ovršna radnja obavlja prije nego je moguća prava ovrha.

Prethodnim mjerama po ZIZ-u je moguće osigurati samo novčane tražbine. Sud određuje prethodnu mjeru (1) ako vjerovnik priloži odluku domaćeg suda ili drugog organa za novčane tražbine koja još nije ovršna, odnosno priloži domaću sudsku ili upravnu nagodbu ili neposredno ovršni javnobilježnički akt za novčanu tražbinu koja još nije dospjela ili (2) učini vjerojatnim opasnost da će u protivnom ovrha tražbine biti onemogućena ili prilično otežana (čl. 257. ZIZ-a).³⁰ Opasnost se pretpostavlja za određivanje prethodnih mjera u slučajevima koje zakon posebno nabraja. ZIZ-I popis slučajeva pretpostavljene opasnosti širi s ciljem veće učinkovitosti naplate novčanih tražbina koje su predmet platnog naloga ili rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave.

Ako se dužnik u prigovoru poziva na nepostojanje odnosa s vjerovnikom, često je riječ samo o zlouporabi instituta prigovora, a to će se potvrditi već kada vjerovnik sudu priloži ispravu iz koje slijedi suprotno. Radi sprečavanja tih zlouporaba koje su se u praksi vrlo raširile, zakonodavac je unio promjenu i dopustio izdavanje prethodne isprave bez opasnosti za buduću ovrhu ako učini vjerojatnim postojanje pravnog odnosa. Predviđen dokaz je prilaganje isprave iz koje proizlazi vjerojatnost postojanja obveznopravnog odnosa. Nije riječ isključivo o vjerodostojnoj ispravi koja je procesni uvjet da se posebni postupak uopće može voditi. Korištena dikcija upućuje na širi pojam isprave. To može biti nagodba ili druga isprava koja potvrđuje postojanje odnosa između stranaka. Na temelju tako dobivene prethodne mjere, dužnikova će sredstva u banci biti blokirana do visine novčanog iznosa ovisno o prijedlogu za koji je sud odredio prethodnu mjeru, dužnikove će pokretnine biti zaplijenjene itd., a vjerovnikova će tražbina biti osigurana. Nakon predlaganih promjena smanjit

³⁰ Rijavec, V., *Civilno izvršilno pravo*, Ljubljana, 2003., str. 253.

će se broj paušalnih prigovora protiv rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave jer će dužnici shvatiti da takvim prigovorima, zbog navedenih promjena uređenja, ne mogu odugovlačiti ovrhu.

Još prije novele ZIZ-I postojala je opasnost ako je rješenje o ovrsi izdano na temelju mjenice, odnosno čeka. Poslije novog uređenja mjenice zanimljivim postaje pitanje ima li prethodna mjera još kakvog smisla ako je riječ o postupku na temelju mjenice. Shvaćamo da ga neće koristiti vjerovnik koji očekuje da će već s donesenim rješenjem dobiti isplatu. U drugačijem je položaju vjerovnik koji predlaže prethodnu mjeru na temelju brzog elektroničkog rješenja, na temelju mjenice kao vjerodostojne isprave koja prijedlogu nije bila priložena. U tom postupku nema privilegija koje postoje u postupku na temelju fizički priložene mjenice kojom se vjerovnik naplaćuje prije pravomoćnosti rješenja o ovrsi te usprkos ukidanju rješenja o ovrsi zbog prigovora zadržava primljeno jer nije moguće predložiti protuovrhu. U regularnom postupku na temelju mjenice i čeka kao vjerodostojnih isprava ukida se pljenidba samim ukidanjem rješenja na temelju prigovora. Zato i jest smisljeno osiguranje prethodnom ispravom jer mjenica i ček znače okolnost pri kojoj opasnost za buduću ovrhu nije potrebno dokazivati. Vjerovnik ima zaštitu do pravomoćne odluke o platnom nalogu.

5.7. Sredstva osiguranja prethodnom mjerom

Prethodne mjere u zakonu su taksativno nabrojene, što znači da su moguće samo sljedeće: pljenidba pokretnina i upis u registar ako se vodi; pljenidba novčane tražbine ili tražbine da se izruče stvari; pljenidba drugih imovinskih, odnosno materijalnih prava; zabrana službi za platni promet da dužniku ili komu drugomu po njegovu nalogu isplati s njegova računa novčani iznos koji je određen prethodnom ispravom; upis založnog prava u sudski registar na članskim udjelima u društvu, odnosno u središnji registar nematerijaliziranih vrijednosnih papira na nematerijaliziranom vrijednosnom papiru; zabilježba založnog prava na dužnikovoj nekretnini ili na pravu uknjiženom na nekretnini.

5.8. Promjena nadležnosti za odlučivanje o prethodnoj ispravi

Zbog koncentracije postupka prihvaćena je odluka da se postupci odlučivanja o prethodnoj ispravi i odlučivanje o glavnoj stvari spoje tako da o pretho-

dnoj ispravi ili eventualnom prigovoru protiv ugovora o prethodnoj ispravi odlučuje sudac koji odlučuje i o glavnoj stvari (u pravilu sudac u parničnom postupku). Parnični sud nadležan je nakon pravomoćnosti rješenja kojim je sud ukinuo rješenje o ovrsi po pravovremenom i obrazloženom prigovoru u dijelu o dopuštenju ovrhe. Prije pravomoćnosti toga rješenja nadležan je sud prema općem pravilu čl. 256., st. 1., dakle sud koji bi bio nadležan za ovrhu na predmetu na kojem je predloženo osiguranje.

6. ZAKLJUČAK

U ovom su radu vrijednosni papiri obrađeni s dvaju stajališta. Oni predstavljaju ovršivu imovinu za naplatu vjerovnikove novčane tražbine. Posebnim pravilima koja vrijede za vrijednosne papire prilagođena su i sredstva ovrhe koja uzimaju u obzir pojedine vrste vrijednosnih papira. Kod korporacijskih vrijednosnih papira potrebno je voditi računa o njihovoj promjenjivoj vrijednosti i posljedicama kotiranja na burzi. Prevladavaju nematerijalizirani vrijednosni papiri za koje su važni propisi o elektroničkom vođenju računa. S druge je strane za naplatu duga važno pojednostavljivanje postupaka, a to omogućuje postupak na temelju vjerodostojne isprave. U tom postupku posebno mjesto imaju mjenica i ček. Naime, redoviti postupak ovrhe na temelju vjerodostojne isprave teče informatizirano preko Centra za vjerodostojnost isprava (COVL) koji nakon pravomoćnosti rješenja u tehnički pojednostavljenom postupku pretražuje i blokira sredstva koja su predmet ovrhe. Problem ovrhe na temelju vjerodostojne isprave predstavljaju slučajevi u kojima je po uloženom prigovoru stvar poslana u parnični postupak i slučajevi kada podaci o dužnikovoj imovini nisu dostupni elektroničkim putem. Slovenski je zakonodavac tome doskočio tako da se vjerovnik može na temelju mjenice naplatiti odmah po izdavanju rješenja iz dužnikovih sredstava u banci. Isto tako, dužnik do pravomoćnosti odbijajuće presude po prigovoru zbog kojega je stvar upućena u parnicu ne može predlagati protuovrhu da bi mu vjerovnik vratio novac. U radu je bilo upozoreno i na zamke takva uređenja zbog čega je o tom pitanju već pokrenut postupak pred Ustavnim sudom.

Vesna Rijavec *

SECURITIES AS AN OBJECT OF ENFORCEMENT PROCEEDINGS

In this paper, the securities in Slovenian legal system are presented in two ways, first as a property subject to enforcement. They are classified according to their basic characteristics, and further presented as an object of enforcement. Another aspect is their use as title in enforcement process. The land charge letter is a security and the enforcement title. Bill of exchange and cheque serve as a title for enforcement on the ground of credible documents. Bill of exchange, when physically presented to the court, is entitlement to direct payment to the creditor from the bank account of the debtor even before the enforcement order issued on the ground of credible document became final, and despite the debtor's timely objection to the payment order. The author highlights some problems in this respect.

Keywords: Securities, enforcement on the movables, bill of exchange, land charge, enforcement on the ground of credible document.

* Vesna Rijavec, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Maribor, Mladinska ulica 9, Maribor (Slovenia).

POLOŽAJ OVRHOVODITELJA U SVJETLU NOVOGA OVRŠNOG ZAKONA

*Nada Nekić Plevko, dipl. iur. **

Uređenje cjelokupnog ovršnog pravnog sustava donošenjem Ovršnog zakona iz 2012. godine usmjereno je prema ubrzavanju i efikasnosti prisilnog ostvarenja tražbina ovrhovoditelja. Posebice u ostvarenju novčanih tražbina uvedene su važne novine: institut izvansudske, agencijske ovrhe i podnošenje zahtjeva ovrhovoditelja Agenciji (Fini) za izravnu naplatu. Time je omogućena izravna naplata na temelju ovršnih odluka, ali i obračuna poslodavaca o neisplati plaće bez određivanja i provođenja postupka u ovršnom sudskom sustavu. Ta novina ujedno upozorava na intenciju zakonodavca da ovršni sustav i dalje dejudicializira prijenosom ovlaštenja i poslova na nova tijela u postupku izvan sudske nadležnosti te da postojeći sudski sustav koncentrira u nadležnosti općinskih sudova. U ostalim situacijama ovrhovoditelj i dalje mora pokrenuti i voditi sudski postupak, sada isključivo pred općinskim sudovima, i u tom dijelu novi Ovršni zakon nije donio važnije izmjene ni definirao poziciju ovrhovoditelja na bitno drugačiji način u odnosu na onu koju je imao u svim ranijim ovršnim sustavima. To se posebice odražava u pokretanju postupka pred sudom, sustavu pravnih lijekova te određivanju i provedbi ovrhe na dvama najzastupljenijim predmetima ovrhe - pokretninama i nekretninama. U tekstu se upozorava na položaj ovrhovoditelja u odnosu na njegovo pravo ostvarenja tražbine na novčanim sredstvima ovršenika (sada u izvansudskom postupku) te na njegovim pokretninama i nekretninama u novom ovršnom pravnom sustavu prema Ovršnom zakonu koji je stupio na snagu 15. listopada 2012.

Ključne riječi: Ovršni zakon, ovrhovoditelj, ovršenik, agencijska ovrha, predmet ovrhe, nekretnina, pokretnina.

* Nada Nekić Plevko, dipl. iur., predsjednica Trgovačkog suda u Zagrebu, Amruševa 2/II, Zagreb.

1. UVOD

Ovršni zakon¹ označava ovrhovoditelja kao osobu koja je pokrenula postupak radi ovrhe neke tražbine te osobu u čiju je korist taj postupak pokrenut po službenoj dužnosti. Ovrhovoditelj je stranka u postupku koja ga pokreće i tijekom samog postupka kao i njegov završetak u pretežnom dijelu zavisi od njegove inicijative i uloge. U svim izmjenama i dopunama koje je pretrpio Ovršni zakon od 1996. godine do novoga Ovršnog zakona iz 2012. godine status i uloga ovrhovoditelja u bitnome se nije mijenjala. Vjerojatno kao malo koji, Ovršni je zakon pretrpio velik broj izmjena i dopuna počevši od preuzetog Zakona o izvršnom postupku² preko Ovršnog zakona donesenog 1996. godine s brojnim izmjenama, dopunama i ispravcima³ do zadnjeg Ovršnog zakona iz 2012. godine. Hrvatski sabor je na sjednici održanoj 23. studenog 2010. donio nov Ovršni zakon⁴ koji, međutim, nije odmah po donošenju zamijenio Ovršni zakon iz 1996. s pratećim izmjenama i dopunama. Očekivano je nastupanje zakona odgađano u više navrata radi odustajanja od ranije uvedenog novog tijela postupka – javnih ovršitelja do konačnog datuma 15. listopada 2012. kada je na snagu stupio novi Ovršni zakon.

Zakon u svim određenjima od 1996. definira ovrhovoditelja procesnopravno, dakle kao osobu koja pokreće postupak radi ovrhe neke tražbine za razliku od materijalnopravne ranije definicije ovrhovoditelja prema Zakonu o izvršnom postupku po kojem je on bio definiran kao osoba čije se potraživanje ostvaruje. Imajući u vidu navedeno dugo vremensko razdoblje i promjene normativnog okvira u kojoj je ovrhovoditelj aktivna strana u postupku te činjenice da se u svim tim određenjima ovršni postupak definira kao prisilno ostvarenje tražbina upravo tog ovrhovoditelja, a da ostvarenje njegova prava prisilno provode dva tijela postupka - sudovi i javni bilježnici, očekivano bi bilo da ovrhovoditelj u postupku brzo i efikasno ostvaruje svoje pravo na namirenje ili ostvarenje neke činidbe, ali okolnosti u kojima se postupak provodi kao i navedeni složen normativni okvir to često onemogućuje ili usporava. Novi Ovršni zakon iz 2012. godine u bitnome ne mijenja tu poziciju ovrhovoditelja u dijelu odredaba koje

¹ Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/02.

² Zakon o izvršnom postupku, Službeni list SFRJ, br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91.

³ Ovršni zakon, Narodne novine, br. 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08.

⁴ Ovršni zakon, Narodne novine, br. 139/10.

se tiču njegova postupanja i statusa iako je u cjelini novi zakon usmjeren prema pojednostavljenju naplate novčanih tražbina agencijskom ovrhom pa time i očekivanom bržem i efikasnijem namirenju ovrhovoditelja. U drugim institutima pozicija ovrhovoditelja ostaje identična ili čak otežana novim radnjama i rokovima koje mora poduzeti i koje mora poštivati.

Ovršni postupak je dvostranački postupak (osim u slučaju ovrhe po službenoj dužnosti). U njemu se sučeljavaju dvije procesne pozicije, ovrhovoditelja i ovršenika, kao i njihovi interesi koji su u osnovi konfrontirajući. Ovrhovoditelj inicira pokretanje i provođenje postupka i aktivira javnobilježnički, agencijski i sudski sustav za ostvarenje svog cilja - prisilnog namirenja tražbine, a ovršenik u tom postupku limitira ili onemogućava provođenje tog cilja preko procesnih jamstava i instituta koje mu zakon daje. Zaštita ovršenika definirana je Ovršnim zakonom u odnosu na osobu ovršenika te predmete i sredstvo ovrhe. Ta je zaštita regulirana u nizu instituta, ali se primarno ostvaruje tako da određivanje i provođenje ovršnog postupka ne smiju dovesti u pitanje osnovne vrijednosti kao što su dostojanstvo, sloboda, osnove egzistencije i obavljanja djelatnosti ovršenika, a zakonom se određuju dužnosti i korektnost postupanja tijela koji postupak provode. Konkretna, zakonski određena zaštita ovršenika u odnosu na objektivni kriterij zaštite očituje se u izuzimanju od ovrhe pojedinih predmeta ili sredstava ovrhe i njihovo ograničavanje, mogućnosti odgode ovrhe, mogućnosti podnošenja pravnih lijekova, rokovima za izvršenje pojedinih ovršnih radnja i njihovu vremenskom ograničavanju te institutima protuovrhe i obustave postupka.

Odmjeravanje i usklađivanje procesnih pozicija ovrhovoditelja i ovršenika, trajan napor zakonodavca za pronalaženje optimalnih rješenja kod ostvarenja cilja ovršnog postupka (ostvarenje tražbine ovrhovoditelja) koji neće zadirati u zaštićeno područje prava ovršenika i ravnoteža tih dvaju interesa obilježavaju normativni okvir ranijeg i sadašnjeg ovršnopravnog sustava. Česte izmjene i dopune koje trpi Ovršni zakon velikom su dijelom uvjetovane upravo traženjem (opravdano ili ne) ravnoteže između tih dviju pozicija i instituta kojima bi se na optimalan način ostvarila svrha postupka i zaštita ovršenika u tom postupku. Ovrhovoditelj u svojoj procesnoj poziciji radi ostvarenja tražbine primjenjuje gotovo sve institute ovršnog postupka, on je njegov pokretač i koordinator te od njegove inicijative i aktivnosti zavisi i početak, ali i tijek postupka. Na koji su način i u kojoj mjeri ti instituti jamstva ostvarenja tražbine?

Sada, kao i ranije, prava ovrhovoditelja na ostvarenje svoje tražbine ne zavise samo od ranijih i novih zakonskih određenja nego i od niza okolnosti na koje ni zakonodavac ni sudovi, ali ni ovrhovoditelj ne mogu utjecati ili to ne mogu

u potrebnoj mjeri, kao što su netransparentnost podataka o imovini ovršenika, nedostatak i skrivanje imovine ovršenika, njegova prezaduženost, zloupotreba prava, nesavjesno i nepošteno ponašanje, opstruiranje postupka i drugi načini ponašanja s kojima se suočavaju i sudovi i ovrhovoditelji. Novi Ovršni zakon iz 2012. godine osim u izvansudskoj, agencijskoj naplati novčanih tražbina u bitnome ne mijenja status i ulogu ovrhovoditelja, on je i dalje upućen na iniciranje i provođenje sudskih i izvansudskih postupaka kao i na suočavanje s arsenalom mogućnosti ovršenika da postupak oteža ili onemogućí.

2. UTVRĐIVANJE IMOVINE OVRŠENIKA

Mogućnost saznanja podataka o imovini ovršenika zadržana je i u novom Ovršnom zakonu te se prema tom kao i ranijem rješenju ovrhovoditelj može obratiti zahtjevom taksativno naznačenim tijelima radi dobivanja podataka o ovršeniku, pa i o njegovoj imovini. Time je i prije početka formalnog postupka pred javnim bilježnikom ili sudom teret inicijative na ovrhovoditelju kao i odluka o pokretanju, nastavku ili prekidu postupka, a sve navedeno zavisi od osobe ovršenika, tražbine koja se ima ostvariti, od utvrđenja mogućnosti da se u postupku tražbina i ostvari, ali i od troškova postupka kojemu je ovrhovoditelj izložen tijekom postupka.

Iako dijelom reducirano, novo određenje davanja dužnosti o davanju podataka odnosi se na Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje za davanje podataka o fizičkoj osobi je li osiguranik i po kojoj osnovi, Ministarstvo unutarnjih poslova za davanje podataka o tome je li osoba upisana kao vlasnik vozila i davanje podataka o vozilu, Ministarstvo financija za davanje osobnog identifikacijskog broja (OIB), tijelo nadležno za katastarsku evidenciju za ispis posjedovnih listova i osobe za koje ovrhovoditelj tvrdi da su ovršenikovi dužnici ili da imaju njegovu imovinu u pogledu dužnosti da se odazovu zahtjevu suda te da se o tome očituju. Rokovi za dostavu tih podataka su kratki, 8 dana i predviđene su kazne za nepostupanje kao i dužnost ovrhovoditelja da prethodno snosi troškove.

2.1. Prokazna izjava i prokazni popis imovine

Institut prokaznog popisa i prokazne izjave uveden je Novelom Ovršnog zakona iz 1999. godine, a proširen je Novelom iz 2005. godine s intencijom da sam

ovršenik pred sudom javno da izjavu o svojoj imovni, odnosno da pred sudom potvrdi prokazni popis imovine koji se dostavlja na posebnim obrascima.

Isto se određenje zadržalo i u novom Ovršnom zakonu te, ako se stvari radi čije se predaje ili isporuke vodi postupak nisu uspjele pronaći kod ovršenika, on mora na prijedlog ovrhovoditelja dati pred sudom izjavu o tome gdje se one nalaze, da ih nema ili da ne zna gdje su (prokazna izjava) te, nastavno, ako je ovrha radi naplate novčane tražbine ostala bez uspjeha zato što se nisu našli predmeti ovrhe na kojima se ovrha mogla provesti ili zato što su nađeni samo takvi predmeti koji očito nisu dovoljni za namirenje tražbine ovrhovoditelja s obzirom na njihovu neznatnu vrijednost ili su ti predmeti opterećeni založnim pravima trećih, ovršenik mora na prijedlog ovrhovoditelja podnijeti sudu u roku koji mu sud odredi prokazni popis imovine u dva primjerka s odgovarajućim priložima. U izjavama koje potpisuje pred sudom ovršenik potvrđuje da su podaci koje je dao točni, potpuni i da ništa od svoje imovine nije zatajio. Za davanje neistinitih ili nepotpunih prokaznih izjava i podataka u prokaznom popisu ovršenik i odgovorna osoba u ovršeniku pravnoj osobi odgovaraju kao za lažan iskaz u postupku pred sudom. Obrascem popisa definiran je njegov sadržaj u odnosu na njegove nekretnine, pokretne, prava, račune i dr. Ako ovršenik ne dođe na ročište bez osobito opravdana razloga ili ako odbije dati prokaznu izjavu ili prokazni popis imovine, sud mu može izreći novčanu kaznu i zaprijetiti mu novim novčanim kaznama koje će se izricati sve dok se ovršenik ne pokori.

U praksi, međutim, institut prokazne izjave i prokaznog popisa nije ispunio svrhu radi koje je unesen i održan i u novom zakonu. Sud je u velikoj mjeri opterećen sazivanjem ročišta na koja ovršenici u pravilu ne pristupaju bez obzira na zapriječene novčane kazne. Dostava rješenja o prokaznom popisu i prokaznoj izjavi kao i poziva za ročište radi potvrđivanja zbog neučinkovitosti dostave fizičkim osobama kao ovršenicama nije efikasna te sud radi jednog potvrđivanja i više puta zakazuje ročišta, a što u bitno produžuje postupak i opterećuje rad suda. Nadalje, zbog činjenice da ovršenici fizičke osobe u najvećem broju slučajeva od imovine imaju samo one predmete koji su izuzeti od ovrhe ili imaju već opterećena novčana primanja na osnovi plaće i mirovine, a ovršenici pravne osobe, zbog opće nelikvidnosti i trajnih blokada računa i nedostatka imovine uopće, i nakon davanja i potvrđivanja prokaznog popisa i imovine ovrhovoditelji vrlo često ne dolaze do podataka o imovini ovršenika.

Budući da ni u novom Ovršnom zakonu nije došlo do kvalitetnog reguliranja načina kažnjavanja i naplate novčane kazne u slučaju izricanja i naplate novčanih

kazna izrečenih u ovršnom postupku i koje sud izvršava po službenoj dužnosti te u nedostatku jasna utvrđenja načina izvršenja izrečenih kazna, sudovi teško mogu sami standardizirati i učiniti funkcionalnim izvršenje novčanih kazna u svrhu ostvarenja svrhe kažnjavanja te discipliniranja ovršenika kao stranke u postupku, ali i ostalih tijela ili osoba kojima se kazna izriče. Neučinkovitost izvršenja novčanih kazna odražava se izravno na status i zaštitu interesa ovrhovoditelja kao stranke u postupku jer se neučinkovito ili nikako sankcionira opstrukcija ovršenika tijekom ovršnog postupka, što se ne odražava samo na nemogućnost ostvarenja tražbine ovrhovoditelja nego i na funkciju suda i njegov rad.

3. POKRETANJE OVRŠNOG POSTUPKA

Kao i do sada, postupak se pokreće na temelju vjerodostojne isprave pred javnim bilježnikom, a na temelju ovršne isprave pred sudom, podnošenjem prijedloga za ovrhu ili podnošenjem zahtjeva za izravnu isplatu Financijskoj agenciji (Fini, dalje u tekstu: Agencija) uz ograničenje mogućnosti pokretanja postupka pred sudom za namirenja novčanih tražbina. Sud će, naime, odbaciti kao nedopušten prijedlog za ovrhu na novčanim sredstvima na računu na temelju pravomoćnog i ovršnog rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave, zadužnice i na temelju ovršne odluke i nagodbe domaćeg suda, upravnog tijela, odnosno obračuna poslodavca na temelju kojih se može od Agencije zatražiti izravna naplata, osim ako se na temelju tih isprava nije mogla provesti naplata preko Agencije, o čemu će Agencija izdati potvrdu. Struktura ovršnih radnja u ovrsi je ostala identična, ovrha se provodi zapljenom i prijenosom u onom iznosu koji je potreban za namirenje ovrhovoditelja.

3.1. Agencijska ovrha

Prema novom zakonskom određenju ovrhovoditelj se za naplatu novčane tražbine obraća izravno Agenciji, uz ovršnu ispravu popunjava obrazac zahtjeva za izravnu naplatu propisan Pravilnikom o obliku i sadržaju zahtjeva za izravnu naplatu⁵ i traži naplatu. Agencija će nakon što primi nalog naložiti bankama

⁵ Pravilnik o obliku i sadržaju zahtjeva za izravnu naplatu (Narodne novine, br. 115/12).

koje vode ovršenikove račune da zaplijene iznos novčanih sredstava s računa ovršenika koje vode do visine tražbine radi naplate koje je ovrha određena tim rješenjem. Dostavom naloga banci ovrhovoditelj stječe založno pravo do iznosa zaplijenjene tražbine. Ako na računima ovršenika nema novčanih sredstava u visini potrebnoj za naplatu tražbine u cijelosti, banka će prema nalogu Agencije zabraniti raspolaganje novčanim sredstvima po računima i oročenim novčanim sredstvima ovršenika do visine određene u nalogu Agencije sve do novog naloga Agencije. Banka obavlja prijenos zaplijenjenih novčanih sredstava kad za to dobije nalog Agencije. Ovo je ujedno i najvažnija novina u Ovršnom zakonu s ciljem pojednostavljenja ovrha koje proizlaze iz ovršne isprave, posebno sudske odluke, kojoj je prethodio sudski postupak te je time, nakon što je ishodio pravomoćnu i ovršnu sudsku odluku, za ovrhovoditelja otklonjeno pokretanje novoga sudskog postupka.

Način pokretanja postupka i provedbe ovrhe izmješten je iz sudske nadležnosti. Ovrhovoditelj se obraća neposredno uz ovršnu ispravu i popunjen zahtjev Agenciji i čeka prijenos zaplijenjenih sredstava na svoj račun. Postupak ulazi u sudsku nadležnost samo u slučaju da ovršenik predloži odgodu ovrhe ili pokrene postupak proglašenja ovrhe nedopuštenom. Budući da je u tijeku pisanja ovog teksta novi Ovršni zakon u primjeni manje od mjesec dana, rano je govoriti o provedbi novog modela ovrhe. Vjerojatno je da je ispunila očekivan i postavljen cilj, pojednostavljenje i učinkovitost te rasterećenje sudova s tom vrstom postupka.

Glede ovrhe na novčanim tražbinama (sredstvima) ovršenika valja naznačiti ranije donošenje Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima.⁶ Tim je zakonom Agencija preuzela od banaka osnove za plaćanje koje su bile upisane u njihovim očevidnicima ako taj postupak u trenutku stupanja zakona na snagu nije bio dovršen. Agencija time na jedinstven način provodi ovrhu i obračunava kamate te daje naloge za izvršenja bankama u kojima ovršenik ima novčana sredstva, čime se otklanjaju primjedbe o različitu postupanju banaka vezano za, npr., obračun kamata, s čime su se sudovi i stranke u praksi susretali. Uz navedeno valja naglasiti i ulogu unošenja OIB-a kao osnove identifikacije stranaka u postupku, ali i načina za pronalaženje podataka o računima ovršenika, a time i novčanim sredstvima koje ovršenik ima.

Moguća pitanja s kojima bi se ovrhovoditelj mogao susretati u agencijskoj ovrši je podnošenje ovršne isprave u izvorniku ili otpravku, ishođenje potvrde

⁶ Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima (Narodne novine, br. 91/10, 112/12).

ovršnosti i pravomoćnosti, posebice ako je prvostupanjska sudska odluka preinačavana drugostupanjskom, dokazivanje identiteta stranaka u slučaju njihovih statusnih promjena ili imena, naknadno ukidanje potvrda ovršnosti i dr., a što pretpostavlja angažman ovrhovoditelja prije pokretanja postupka pribavom potvrde ovršnosti, popunjavanje obrasca zahtjeva (kao svojevrsnog simplificiranog supstituta prijedloga za ovrhu) i obraćanje Agenciji. Na odgovornost Agencije ili banke zbog nepostupanja po rješenju o ovrsi, zadužnici ili zahtjevu za izravnu naplatu na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o odgovornosti poslodavca za propuštenu obustavu i isplatu dospjelih obroka.

3.2. Ovrha pred javnim bilježnikom i sudom

Za sve druge postupke ovrhe, dakle za one za koje se ne može tražiti izravna naplata od Agencije, ovrhovoditelj se obraća javnom bilježniku (za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave) ili sudu (za ovrhu na temelju ovršne isprave). Ovršni se postupak pokreće prijedlogom ovrhovoditelja, a sadržaj ovršnog prijedloga nije izmijenjen (osim u dijelu koji se odnosi na OIB stranaka). Prijedlog mora sadržavati zahtjev za ovrhu u kojem će biti naznačena ovršna ili vjerodostojna isprava na temelju koje se traži ovrha, ovrhovoditelj i ovršenik, tražbina čije se ostvarenje traži te sredstvo kojim ovrhu treba provesti i, po potrebi, predmet u odnosu na koji ga treba provesti.

Nadalje, prijedlog za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave mora sadržavati zahtjev da sud naloži ovršeniku da u roku od 8 dana (u mjeničnim i čekovnim sporovima u roku od 3 dana) od dana dostave rješenja o ovrsi namiri tražbinu zajedno s odmjerenim troškovima i ovršni zahtjev. Jednako tako, ostalo je i ranije određeno prema kojem u slučaju da prijedlog za ovrhu ne sadrži sve potrebne podatke, sud ga odbacuje rješenjem ne pozivajući predlagatelja na dopunu ili ispravak.

U zavisnosti su od vrste prijedloga na temelju vjerodostojne ili ovršne isprave sam daljnji tijek postupka, podnošenje pravnih lijekova i drugi instituti. Prijedlog za ovrhu na temelju vjerodostojne isprave ovrhovoditelj podnosi javnom bilježniku prema prebivalištu, odnosno sjedištu ovršenika. Međutim, ako je riječ o ovrsi na temelju ovršne isprave, vezan je odredbama o mjesnoj nadležnosti koja je u ovršnom postupku isključiva. Nadalje, ovrha određena na temelju vjerodostojne isprave provodi se tek nakon njene pravomoćnosti. U tom slučaju ovrhovoditelj se obraća javnom bilježniku koji je ovrhu odredio

radi stavljanja potvrde pravomoćnosti i ovršnosti na otpripravak rješenja o ovrsi. Tek tada ovrhovoditelj može pristupiti ovrsi. U slučaju da ovršenik podnese prigovor protiv rješenja o ovrsi u cijelosti, rješenje se stavlja izvan snage u dijelu u kojem je ovrha određena i postupak se nastavlja kao povodom prigovora protiv platnog naloga. Međutim, kada se rješenje o ovrsi ne pobija u cijelosti nego djelomično, ovrhovoditelj može nastaviti s postupkom provedbe ovrhe za taj nepobijani dio. Stoga je potrebno utvrditi pravomoćnost tog nepobijanog dijela rješenja o ovrsi koje, međutim, ne utvrđuje javni bilježnik nego je za te radnje određena nadležnost stvarno i mjesno nadležnog suda. U slučaju da ovršenik pobija rješenje o ovrsi samo djelomično, u dijelu kojim je ovršeniku naloženo da namiri tražbinu ovrhovoditelja, sud će za taj nepobijani dio rješenja zaključkom utvrditi da je postao pravomoćan i ovršan te će se pristupiti provedbi određene ovrhe samo radi ostvarenja dijela tražbine koji je njime pravomoćno utvrđen. Sud će zaključkom odrediti razdvajanje postupaka tako da se u odnosu na pobijani dio rješenja postupak nastavi kao povodom prigovora protiv platnog naloga i u tom slučaju sud umnaža spis radi provedbe zaključka o razdvajanju postupaka. Nadalje, kada od više ovršenika navedenih u rješenju o ovrsi prigovor ne podnesu svi, rješenje o ovrsi može javni bilježnik utvrditi pravomoćnim i ovršnim u odnosu na onog ovršenika koji prigovor nije podnio te ovrhovoditelj može započeti s provedbom ovrhe.

U slučaju da je ovrha određena na temelju ovršne isprave, prijedlog se podnosi stvarno i mjesno nadležnom općinskom sudu, ovrha se provodi i prije pravomoćnosti rješenja o ovrsi, a suspenzivni učinak može imati samo određena odgoda ovrhe.

4. ODREĐIVANJE I PROVEDBA OVRHE U SUDSKOM POSTUPKU

Jedna od važnijih novina Ovršnog zakona je i određenje stvarne nadležnosti sudova u ovršnim postupcima. Propisuje se nadležnost općinskih sudova za određivanje i provedbu ovrhe s ciljem jedinstvenog vođenja i koncentracije ovršnih postupaka. Općinski sudovi su, dakle, stvarno nadležni određivati ovrhu, osim ako rješavanje tih predmeta nije izrijeком povjereno drugom sudu, tijelu ili osobi. Općinski su sudovi jednako tako nadležni određivati i provoditi osiguranje, osim ako zakonom to nije povjereno kojem drugom sudu. Trgovački sudovi nadležni su određivati i provoditi osiguranje u predmetima u kojima su nadležni određivati ovrhu. Imajući u vidu odredbe još uvijek važećeg Zakona

o sudovima⁷ prema kojem trgovački sudovi određuju i provode ovrhu odluka koje su donijeli, u ovom trenutku ovrhovoditelj se može pitati pred kojim sudom pokrenuti ovrhu na temelju ovršne odluke koju je donio ovršni sud i pred kojim stvarno nadležnim sudom pokrenuti postupak osiguranja prethodnom ili privremenom mjerom.

Nadalje, ako se pravomoćno rješenje o ovrsi određenim sredstvom ili na određenom predmetu ne može provesti, ovrhovoditelj može radi namirenja iste tražbine predložiti novo sredstvo ili predmet ovrhe. U tom slučaju sud će donijeti novo rješenje o ovrsi i nastaviti ovrhu na temelju toga rješenja. Ovrha određena prijašnjim rješenjem o ovrsi obustavit će se ako ovrhovoditelj povuče ovršni prijedlog u povodu kojega je ona određena ili ako za to budu ispunjeni drugi zakonom predviđeni razlozi. Ako ovrhovoditelj u roku od dva mjeseca od obavijesti suda o nemogućnosti provedbe ovrhe ne podnese prijedlog, ovrha će se obustaviti. Smatrat će se da je ovrhovoditelj podnio prijedlog za nastavak ovrhe ako je u navedenom roku zatražio davanje prokazne izjave, odnosno prokaznog popisa imovine. Nakon što prokazna izjava, odnosno prokazni popis imovine bude položen, ovrhovoditelj je dužan u daljnjem roku od dva mjeseca predložiti ovrhu drugim sredstvom ili na drugom predmetu ovrhe ili sud postupak obustavlja.

4.1. Ovrha na nekretnini

U odnosu na ranije određenje, ovrha na nekretnini nije pretrpjela bitne izmjene. Predmet ovrhe može biti samo nekretnina kao cjelina određena pravilima koja uređuju vlasništvo i druga stvarna prava i zemljišne knjige dok su ovršne radnje zabilježba ovrhe, utvrđenje vrijednosti nekretnine te namirenje ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom. Uz prijedlog za ovrhu na nekretnini ovrhovoditelj je dužan podnijeti izvadak iz zemljišne knjige kao dokaz o tome da je nekretnina upisana kao vlasništvo ovršenika, a u praksi rada sudova standardizirala se obveza dostave tog izvotka u originalu ili ovjerenu prijepisu.

Mjesna je nadležnost isključiva te je za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu na nekretnini i za provedbu te ovrhe mjesno nadležan sud na čijem se području nekretnina nalazi. Nakon donošenja rješenja o ovrsi sud će po službenoj duž-

⁷ Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 116/10, 122/10, 27/11, 57/11, 130/11.

nosti zatražiti da se u zemljišne knjige upiše zabilježba ovrhe, ali pri tome valja imati na umu odredbu prema kojoj se ovrha na temelju vjerodostojne isprave provodi tek nakon njene pravomoćnosti. Odredba prema kojoj se, ako se nakon stjecanja založnog prava ili prava na namirenje u postupku ovrhe promijeni vlasnik nekretnine, ovrhovoditelj ima pravo na temelju ovršne isprave protiv osobe koja je bila vlasnik nekretnine u vrijeme kada je stekao to pravo i izvatka iz zemljišne knjige zatražiti ovrhu izravno protiv novog vlasnika radi naplate osigurane tražbine ostala je na snazi i u novom zakonu. Ovom ranije uvedenom intervencijom željelo se otkloniti zloupotrebu prava ovršenika da prodajom (ali i daljnjim mogućim prodajama) opstruira tijek ovršnog postupka i namirenje ovrhovoditelja koji je do tada radi ostvarenja svog prava protiv svakog novog vlasnika morao podnositi hipotekarnu tužbu.

I u odnosu na prodajnu cijenu zadržan je raniji institut prodaje dražbom prema kojem se nekretnina na prvom ročištu za dražbu ne može prodati ispod dvije trećine utvrđene vrijednosti dok se na drugom ročištu ne može prodati ispod jedne trećine njene utvrđene vrijednosti. Između ročišta za dražbu mora proteći najmanje trideset dana te, u slučaju da se nekretnina ne proda ni na drugom ročištu za dražbu, sud će obustaviti postupak, što ne znači nemogućnost pokretanja novog ovršnog postupka radi namirenja iste tražbine na istoj nekretnini. U slučaju da se nekretnina ne proda ni na drugom ročištu za dražbu, ovrhovoditelj može predložiti da se u njegovu korist zasnuje založno pravo na nekretnini radi osiguranja tražbine radi čije je naplate ovrha i određena. Prednosni se red tog založnog prava ovrhovoditelja računa od dana stjecanja prava na namirenje (zabilježba i slučaj namirenja ostalih tražbina).

Nekretnina se može prodati i neposrednom pogodbom. U tom slučaju sud donosi rješenje o dosudi nekretnine nakon što utvrdi da je udovoljeno uvjetima za pravovaljanost prodaje. Ovrhovoditelj koji je kupac i jedini vjerovnik koji se namiruje iz kupovnine nije dužan položiti kupovninu ako ona iznosi koliko i njegova ovršna tražbina ili manje. Ako kupovninu iznosi više od njegove ovršne tražbine, ovrhovoditelj je dužan položiti razliku. Sud pristupa namirenju vjerovnika nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu i nakon što kupac položi kupovninu.

Iz prodajne cijene namiruju se ovrhovoditelji na čiji je prijedlog određena ovrha, založni vjerovnici i kad nisu prijavili svoje tražbine, osobe koje imaju pravo na naknadu za osobne služnosti i druga prava koja prestaju prodajom, Republika Hrvatska i općine, gradovi i županije po osnovi poreza i drugih pristojaba.

4.2. Ovrha na pokretnini

Sve dosadašnje izmjene usmjerene na učinkovitost i ubrzanje ovršnog postupka nisu mimoišle ovrhu na pokretnini i motornom vozilu kao stalnom institutu postupka. Inicijalno, sve izmjene usmjerene, u pravilu, na aktivnosti i na teret ovrhovoditelja mogu se smatrati opterećujućim, ali imajući u vidu postupak koji se sastoji od niza ovršnih radnja te praktičnu vrijednost instituta koja je razmjerno niska u odnosu na angažman ovrhovoditelja i suda, teško da se može posegnuti za drugim i boljim rješenjima.

Dosad uočeni nedostaci ovrhe na pokretninama koji su prisutni i u primjeni novog zakona mogli bi se svrstati u nekoliko područja, teškoće u nalaženju i ostvarenju posjeda pokretnina pogodnih za ovrhu, često u kombinaciji sa socijalnom dimenzijom postupka, tržišna neatraktivnost zaplijenjenih pokretnina i netransparentnost njihove prodaje, a sa svime time povezana nemogućnost provedbe ovrhe, relativna inercija ovrhovoditelja kod provedbe ovrhe na pokretninama i određen prazan hod u postupku. Želeći otkloniti upravo te nedostatke, zakonodavac propisuje ovršne radnje koje ovrhovoditelj mora navesti u ovršnom prijedlogu te se prema njima ovrha provodi zapljenom, oduzimanjem, otpremanjem, povjeravanjem na čuvanje sudu, ovrhovoditelju ili trećoj osobi, prodajom te namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom. Ovrhovoditelj je dužan sve navedene radnje naznačiti u ovršnom prijedlogu i, ako tako ne postupi, prijedlog će biti odbačen.

Ovrhovoditelj je dužan u prijedlogu navesti predlaže li popisane pokretnine predati njemu (ovrhovoditelju) na čuvanje ili predlaže povjeriti čuvanje popisanih pokretnina trećoj osobi koju je u prijedlogu dužan odrediti jer je jedna od zakonom propisanih ovršnih radnja obvezno oduzimanje popisanih pokretnina. Zaplijenjene pokretnine oduzimaju se ovršeniku i predaju na čuvanje ovrhovoditelju ili trećoj osobi na čuvanje kako je već rješenjem o ovrsi određeno.

Kod same pljenidbe popisat će se prvenstveno pokretnine koje za to predloži ovrhovoditelj koji je dužan osigurati sve što je potrebno za urednu otpremu pokretnina (prijevoz, radnu snagu i dr.) i smještaj za pokretnine u kojem će se one sačuvati od mogućeg oštećenja, kvarenja ili općenito od pogoršanja. Prije oduzimanja pokretnina i njihova otpremanja sudski će ovršitelj provjeriti jesu li ispunjeni uvjeti za smještaj pokretnina te pratiti zaplijenjene pokretnine do mjesta na kojem će biti smještene. Sudski ovršitelj, prije nego što pristupi pljenidbi, predat će ovršeniku rješenje o ovrsi i pozvati ga da plati iznos za koji je određena ovrha s kamatama i troškovima. O vremenu i mjestu pljenidbe te

o tome što treba osigurati za otpremu i smještaj pokretnina obavijestit će se ovrhovoditelj. Važna novina je određenje da će sud, ako ovrhovoditelj izostane s pljenidbe, a uredno je pozvan, odgoditi pljenidbu, ali ne duže od 60 dana. Ako uredno pozvan ovrhovoditelj ne pristupi na ponovno zakazanu pljenidbu, sud će obustaviti ovrhu. Novina je i da je ovrhovoditelj dužan donijeti na pljenidbu obračun ukupnog duga na taj dan. Sve navedene radnje podrazumijevaju suradnju sudskog ovršitelja i ovrhovoditelja prije i tijekom poduzimanja ovršnih radnja.

Postoji i mogućnost angažiranja javnih komisionara kao tijela postupka kod kojeg se zaplijenjene pokretnine mogu pohraniti i prodati. Ovrhovoditelj može već u ovršnom prijedlogu naznačiti da će se te radnje i prodaja provesti kod javnog komisionara, ali valja naglasiti da prodaju zaplijenjenih pokretnina koje se prodaju kod javnog komisionara vrši javni bilježnik. Procjenu pokretnina u ovršnom postupku može obaviti sudski ovršitelj, sudski procjenitelj ili posebni vještak, ali i javni komisionar ako se pokretnine predaju njemu na prodaju.

Prodaja zaplijenjenih pokretnina provodi se tek nakon pravomoćnosti rješenja o ovrsi, osim ako je riječ o pokretninama podložnima brzu kvarenju ili ako na to pristane ovršenik. Pokretnine se mogu prodati usmenom javnom dražbom ili neposrednom pogodbom. Prodaja neposrednom pogodbom obavlja se između kupca, s jedne strane, i sudskog ovršitelja, s druge strane, osim ako prodaja nije povjerena komisionaru. Sudski ovršitelj prodaje pokretnine u ime i za račun ovršenika, a osoba koja obavlja komisijske poslove u svoje ime, a za račun ovršenika. O mjestu, danu i satu prodaje obavještavaju se stranke. Transparentnost prodaje osigurava se oglašavanjem prodaje na oglasnoj ploči suda, a, ako je riječ o pokretninama veće vrijednosti od 50.000 kn, i u Očevidniku Hrvatske gospodarske komore. Ako se prodaja obavlja preko javnog komisionara, i on ih je dužan izložiti tako da ih zainteresirane osobe mogu razgledati, a prodaju može oglašavati i drugim sredstvima (internetska stranica, mediji i sl.). Prodaja dražbom provodi se ako se prodaju pokretnine veće vrijednosti i može se očekivati da će se prodati i po cijeni većoj od procijenjene. Važna novina u institutu ovrhe na pokretninama je da se na dražbi pokretnine ne mogu prodati ispod jedne polovine procijenjene vrijednosti, a ispod te cijene ne mogu se prodati ni u roku koji je sud odredio za prodaju neposrednom pogodbom. Ako se pokretnine ne uspiju prodati na dražbi, odnosno neposrednom pogodbom, ovrha će se obustaviti. U slučaju pohrane i prodaje pokretnina kod komisionara dražbu pokretnina provodi javni bilježnik, a, ako se pokretnina

u roku od dva mjeseca otkako je dopremljena komisionaru ne proda ni ispod jedne polovine procijenjene vrijednosti, sud će joj sniziti cijenu na trećinu te vrijednosti. Ako se pokretnina ne proda ni u roku od daljnjih mjesec dana, sud će obustaviti ovrhu.

Novim Ovršnim zakonom došlo je do određenih izmjena glede vozila kao predmeta ovrhe. Ovrha se određuje na temelju ovršne, ali sada i vjerodostojne isprave te izvatka iz evidencije o registriranim i označenim vozilima koju vodi Ministarstvo unutarnjih poslova o vlasništvu vozila ovršenika. Primjerak rješenja o ovrsi sud dostavlja policijskoj upravi kod koje se vodi upisnik vozila radi provedbe zabilježbe ovrhe čime ovrhovoditelj stječe založno pravo na motornom vozilu. Rješenje se ujedno dostavlja i Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika. Zaštitni moment ovrhovoditelja ove zabilježbe očituje se u činjenici da se prednosni red založnog prava računa od dana dostave rješenja policijskoj upravi i da nakon zabilježbe ovrhe nije dopušten upis promjene prava vlasništva na motornom vozilu ni upis tereta na tom vozilu na temelju raspoložba ovršenika bez obzira na to kada je ta raspoložba poduzeta. Nakon stjecanja založnog prava na motornom vozilu sud će ovršeniku dostaviti rješenje o ovrsi te mu istodobno zaključkom naložiti da u roku od osam dana preda vozilo sa svim njegovim pripacima i ispravama osobi kojoj je rješenjem o ovrsi vozilo povjereno na čuvanje. Ako ovršenik u dodijeljenom roku ne postupi u skladu s nalogom suda, vozilo će biti oduzeto na bilo kojem mjestu na kojem se ono zatekne. Međutim, ovrhovoditelj je dužan u roku od 60 dana predložiti vrijeme, mjesto i način provedbe te radnje kao i osigurati sva potrebna sredstva i radnu snagu za poduzimanje te radnje. Ako ovrhovoditelj ne predloži oduzimanje vozila u tom roku, sud će obustaviti ovrhu. Ako se iz prodajne cijene namiruje samo ovrhovoditelj, sud će bez održavanja ročišta rješenjem odrediti da se iz iznosa dobivenoga prodajom stvari i oduzetoga novca namire redom troškovi postupka, troškovi određeni u ovršnoj ispravi, kamate do dana unovčenja pokretnine i glavna tražbina. U slučaju namirenja više ovrhovoditelja, odnosno ako se pored ovrhovoditelja namiruju i osobe čija prava prestaju prodajom pokretnine, oni se iz prodajne cijene namiruju onim redom kojim su stekli založno ili drugo pravo koje prodajom prestaje ako zakonom za određene tražbine nije propisano prvenstveno pravo namirenja. Ovrhovoditelji istoga reda koji se iz prodajne cijene ne mogu potpuno namiriti namiruju se razmjerno iznosima svojih tražbina. Troškovi ovršnoga postupka, troškovi određeni ovršnom ispravom i kamate imaju isti red namirenja kao i glavna tražbina.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Zakonodavac je u obrazloženju razloga donošenja novoga Ovršnog zakona naveo da se njime ostvaruje i ravnoteža između prava ovrhovoditelja na ostvarenje tražbine i prava ovršenika na zaštitu dostojanstva u jasnom procesnoppravnom okviru koji omogućava brzinu i učinkovitost uz razumne troškove postupka kao jedne od osnovnih smjernica Vijeća Europe. Međutim, i u novom zakonskom okviru ovrhovoditelj se u ostvarenju svoje tražbine suočava s nizom instituta koji unatoč zakonskoj definiciji postupka kao prisilnog ostvarenja tražbina nisu k tomu usmjereni. I u ranijem i novom zakonskom određenju uočava se potreba da se, s jedne strane, u inicijalnoj fazi postupka omogući ovrhovoditelju da na operativniji i lakši način dođe do podataka o imovini ovršenika, da svoje potraživanje ostvari izvansudskim putem, uvede se nova tijela postupka (javni bilježnici i javni komisionari, Agencija), omogućuje se da postupak bude transparentniji i realizacija ostvarenja tražbine olakšana (Upisnik Fine, Očevidnik HGK) te se, u konačnici, omogućava neposredno obraćanje Agenciji radi izravne naplate novčanih potraživanja. S druge strane, ovrhovoditelj je od samog početka postupka, podnošenja ovršnog prijedloga suočen s restriktivnim odredbama prema kojima mora definirati prijedlog, preuzeti inicijativu tijekom postupka i održavati njegovu dinamiku. Nepostupanje, nepoštivanje ili ignoriranje odredaba zakona koje nalažu takvo postupanje, pa i kašnjenje ovrhovoditelja, mogu za posljedicu imati obustavu postupka bez obzira na postignuto i fazu postupka u kojoj se našao.

Dosadašnja praksa provođenja ovrhe upozorila je na potrebu uvođenja tih novina pa i na potrebu definiranja nove procesne pozicije ovrhovoditelja, ali, gledano u cjelini, a ne samo glede potrebe održavanja ravnoteže između interesa suprotstavljenih strana u postupku, uočava se potreba da se pojedini instituti zakona upotpune ili čak unesu novi u cilju jačanja pravozaštitne funkcije zakona, a time i pozicije ovrhovoditelja kao stranke u postupku. U trenutku pisanja ovog teksta novi je Ovršni zakon u primjeni nepunih mjesec dana i nije moguće iznijeti iskustva u njegovoj primjeni, posebno u dijelu izvansudske, odnosno agencijske ovrhe ni od strane stranaka ni tijela koje takvu ovrhu provodi. Jednako tako u ovom kratkom vremenu nije moguće naznačiti iskustva s kojima se susreću općinski sudovi i ovrhovoditelji glede određenja isključive nadležnosti općinskih sudova u određivanju i provedbi ovrhe. Kao i ranije, praksa sudova, ali i Agencije provjerit će učinkovitost donesenih novina.

Summary

Nada Nekić Plevko *

**THE STATUS OF ENFORCEMENT CREDITOR
UNDER 2012 ENFORCEMENT ACT**

The 2012 Enforcement Act is designed to accelerate enforcement proceedings and increase the efficiency of enforcement regarding creditors' claims. The particular focus of this Act was in the area of monetary claims where significant innovations were introduced. An important novelty is strengthening of extra-judicial enforcement by the involvement of Financial Agency (FINA) for direct execution on debtors' bank accounts. Thereby, direct payment may be effected on the basis of enforceable judgments and other deeds (e.g. employer's calculation of unpaid wages), without any involvement of the court system of the enforcement. Intention of new legislation was to outsource further non-judicial tasks to out-of-court bodies and professionals, and to concentrate enforcement jurisdiction in the hands of municipal courts.

Outside the area of enforcement on monetary claims, the enforcement creditors are still due to initiate court proceedings, now exclusively at municipal courts. In this part, new Enforcement Act did not bring any significant changes nor has it changed the position of enforcement creditor in a different way. Initiation of court proceedings, means of recourse against decision made in the enforcement process, and ordering and executing enforcement on two most frequent categories of property - real estates and movables – has remained the same.

The author critically analyses the position of enforcement creditor under 2012 Enforcement Law regarding both out-of-court and judicial method of enforcement.

Keywords: Enforcement Act, enforcement creditor, enforcement debtor, financial agency, real estates, movables.

* Nada Nekić Plevko, Judge, President of the Commercial Court in Zagreb, Amruševa 2/II, Zagreb.

ODGOVORNOST ZA ŠTETU STEČAJNOG UPRAVITELJA U GLAVNOM STEČAJNOM POSTUPKU

Nevenka Marković, dipl. iur.*

Građanskopravna odgovornost stečajnog upravitelja za štetu jedan je od najvažnijih instituta u sklopu stečajnog prava. Iako na ovom području postoje različite vrste odgovornosti (npr., kaznena, prekršajna, a ne postoji stegovna), građanskopravna odgovornost zauzima središnje mjesto. Na odgovornost za štetu stečajnog upravitelja primjenjuju se opći propisi o odgovornosti za štetu, stoga se za odgovornost za štetu zahtijeva ispunjenje određenih pretpostavaka odgovornosti za štetu. Odgovornost za štetu nastaje ako je šteta posljedica postupka stečajnog upravitelja koji nije u skladu s pravilima Stečajnog zakona ili je šteta posljedica propusta u vezi s dužnom pažnjom (pažnjom dobrog stručnjaka). Stečajni upravitelj snosi posljedice za neprofesionalno obavljanje dužnosti, čime njegova odgovornost za štetu dobiva na težini. U radu se nastoji dati osnovni prikaz odgovornosti stečajnog upravitelja za štetu sudionicima stečajnog postupka.

Ključne riječi: stečajni upravitelj, šteta, profesionalna djelatnost.

1. UVOD

Stečajni upravitelj (engl. *trustee in bankruptcy*, njem. *Insolvenzverwalter*) fizička je osoba koja pomaže ostvarivanju cilja stečajnog postupka koji se vodi nad određenim dužnikom. Uloga stečajnog upravitelja zavisi od vrste stečajnog postupka kao i od osobe samog dužnika. Međutim, neovisno kakav se stečajni postupak provodio, s obzirom na njegov cilj i svrhu, ako se taj postupak provodi, stečajni upravitelj u glavnom (otvorenom) stečajnom postupku ima svoja prava, dužnosti, obveze i odgovornosti. Da bi taj postupak mogao pružati efikasnu

* Nevenka Marković, sutkinja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, Berislavićeva 11, Zagreb.

građanskopravnu zaštitu svim osobama uključenima u postupak, zakonodavac je ustanovio ulogu nepristrane, izvansudske osobe koja će pomagati ostalim tijelima da se stečajni postupak brzo i efikasno provede u interesu svih sudionika tog postupka. Po prirodi stvari stečajni upravitelj je obvezno tijelo stečajnog postupka koje se uvijek imenuje prilikom donošenja odluke o otvaranju stečajnog postupka nad dužnikom. Koja će fizička osoba obavljati poslove stečajnog upravitelja u konkretnom stečajnom postupku zavisi ponajprije od postojanja uvjeta za obavljanje poslova stečajnog upravitelja i od odluke drugih tijela stečajnog postupka nadležnih za takvo imenovanje.¹

U ovom radu nastojat će se obraditi institut odgovornosti stečajnog upravitelja za štetu sudionicima stečajnog postupka zbog skrivljene povrede neke od njegovih dužnosti.² Stečajni zakon daje osnovne smjernice odgovornosti za štetu jer propisuje dužnost naknade štete u slučaju skrivljenog ponašanja u obavljanju dužnosti. Iz takva općeg uređenja proizlazi da se kao materijalno pravo kod utvrđivanja odgovornosti za štetu treba primijeniti Zakon o obveznim odnosima koji uređuje opća pravila o odgovornosti za štetu.³

Prema ZOO-u "(T)ko drugom prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje".⁴ Odgovornost za štetu u suvremenoj pravnoj teoriji određena je kao obveznopravni odnos u kojem je jedna strana dužna prouzročenu štetu popraviti drugoj strani, a druga je strana takav popravak ovlaštena zahtijevati. U konkretnom slučaju riječ je o odgovornosti pripadnika tzv. intelektualnih profesija, odnosno profesionalnih djelatnosti⁵ koji su dužni u ispunjavanju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti

¹ Čl. 21. Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10 i 25/12, propisani su opći i posebni uvjeti za obavljanje te dužnosti kao i negativne pretpostavke imenovanja.

² Čl. 28. Stečajnog zakona.

³ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05 i 41/08; dalje u tekstu: ZOO.

⁴ Čl. 1045. ZOO-a.

⁵ Profesija (lat.) - intelektualna ili manualna djelatnost koja se obavlja u obliku stalnoga zanimanja i služi kao izvor redovitih prihoda za podmirivanje životnih troškova, a za koju je obično potrebna svjedodžba ili diploma odgovarajuće škole; zvanje, v. *Hrvatski obiteljski leksikon*, <http://hol.lzmk.hr/> (20. 4. 2013.). <http://www.hrleksikon.info/definicija/profesija.html>

U Hrvatskoj profesionalnu djelatnost stečajnog upravitelja može obavljati svaka osoba koja ima visoku stručnu spremu i položen stručni ispit dok je u, npr., Sloveniji sužen krug osoba koje mogu biti stečajni upravitelji na osobe koje imaju visoku stručnu spremu pravnog ili ekonomskog smjera (*Zakon o finansičnom poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti*

postupati s povećanom pažnjom prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka).⁶ Riječ je o specifičnom obliku odgovornosti za koju ne postoje zakonske odredbe koje bi posebno uređivale odgovornost profesionalca za štetu. One se, u pravilu, uređuju posebnim zakonima koji reguliraju pojedine profesionalne djelatnosti i autonomnim izvorima prava poput kodeksa etike. Kodeksi etike sadrže neka pravila koja u slučaju nastanka štete mogu poslužiti sudovima u rješavanju problema odštetne odgovornosti profesionalaca, posebno kod utvrđivanja standarda dužne pažnje.

Pravna osnova profesionalne odgovornosti stečajnog upravitelja propisana je Stečajnim zakonom. Nedostatak uređenja te materije ogleđa se u nedostatku pravila struke i običaja propisanih za obavljanje djelatnosti stečajnog upravitelja. U hrvatskoj nema krovne institucije (komore) koja bi se brinula o ugledu stečajnih upravitelja i razvoju dobre poslovne prakse, kao što je slučaj u Sloveniji, pa nema ni kodeksa dobre poslovne prakse i praktičnih uputa stečajnim upraviteljima. Stoga je utvrđivanje standarda dužne pažnje za sada prepušteno sudovima i sudskoj praksi.

2. OSNOVNE DUŽNOSTI STEČAJNOG UPRAVITELJA

Stečajni upravitelj odgovara za štetu ako povrijedi koju od svojih dužnosti. Da bi se utvrdilo koje su dužnosti stečajnog upravitelja, mora se sagledati cjelokupni stečajni postupak tijekom kojeg stečajni upravitelj obavlja točno određene poslove. Njegovi poslovi mogli bi se okvalificirati kao obavljanje stečajnopraviteljske djelatnosti. Osnovni sadržaj te djelatnosti možemo pronaći u odredbi čl. 25. Stečajnog zakona.⁷ Međutim, opis njegove djelatnosti puno je širi od popisa djelatnosti sadržane u navedenoj zakonskoj odredbi.

in prisilnem prenehanju, Uradni list RS, br. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 106/10, 26/11, 47/11 i 87/11, dalje u tekstu: ZFPPIPP).

⁶ Čl. 10., st. 2. ZOO-a.

⁷ Članak 25. Stečajnog zakona upućuje da je stečajni upravitelj dužan postupiti savjesno i uredno prilikom obavljanja poslova stečajnog upravitelja, a osobito a) dovesti u red očevidnik knjigovodstvenih podataka do dana otvaranja stečajnog postupka, b) sastaviti predračun troškova stečajnog postupka i podnijeti ga na odobrenje stečajnom sucu, c) odrediti povjerenstvo za popis imovine, d) sastaviti početno stanje imovine dužnika, e) kao dobar gospodarstvenik brinuti se o završetku započetih, a neizvršenih poslova dužnika i poslova potrebnih da bi se spriječilo nastupanje štete nad sredstvima dužnika,

Polazeći od ciljeva i svrhe stečajnog postupka koji se provodi radi skupnog namirenja vjerovnika stečajnog dužnika unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima možemo dužnosti stečajnog upravitelja podijeliti na a) preuzimanje imovine stečajnog dužnika, b) ispitivanje tražbina vjerovnika, c) unovčenje imovine, d) namirenje vjerovnika. Kod svih tih dužnosti stečajni upravitelj se u kontekstu odgovornosti za štetu mora suzdržavati od svake radnje kojom čini štetu, s jedne strane, samom dužniku, a, s druge strane, vjerovnicima stečajnog dužnika. Upravo zbog široko postavljenih ovlasti⁸ i dužnosti propisanih Stečajnim zakonom stečajni je upravitelj izložen većem riziku tužba za naknadu štete.

3. OSNOVNA OBILJEŽJA ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

3.1. Općenito

Kod odgovornosti za štetu stečajnog upravitelja Stečajni zakon ne daje sva osnovna obilježja takve odgovornosti pa se odgovornost za štetu prosuđuje prema općim pravilima građanskog prava propisanim ZOO-om. Da bi se odgovaralo za štetu, moraju nastupiti određene činjenice koje se nazivaju pretpostavkama odgovornosti za štetu. To su a) sposobnost subjekta da odgovara za štetu, b) štetna radnja štetnika, c) šteta, d) uzročna veza između štetne radnje i štete e) protupravnost (krivnja).

Subjekti obveznog odnosa odgovornosti za štetu su štetnik i oštećenik. To mogu biti i fizičke i pravne osobe. U pravilu osoba koja je prouzročila štetu odgovara za štetu, osim kada ZOO predviđa iznimku da za štetu ne odgovara štetnik nego osoba na koju zakon upućuje. Štetna radnja je svaka radnja ili propust štetnika kojom se oštećeniku nanosi šteta. Štetna radnja se javlja

f) brinuti se o ostvarivanju tražbine dužnika, g) savjesno voditi poslovanje dužnika ako je određeno da se poslovanje nastavlja, h) unovčiti, odnosno naplatiti s pažnjom dobra gospodara stvari i prava dužnika koje ulaze u stečajnu masu, i) pripremiti isplatu vjerovnika i nakon odobrenja izvršiti isplatu, j) dostaviti odboru vjerovnika završni stečajni račun, k) izvršiti naknadne isplate vjerovnika, l) nakon zaključenja stečajnog postupka zastupati stečajnu masu u skladu sa Stečajnim zakonom i m) obavljati i druge poslove u skladu s tim zakonom.

⁸ Stečajni upravitelj ima prava tijela pravne osobe, zastupa dužnika po zakonu, vodi poslove dužnika ako dužnik nastavlja poslovati.

kao građanski delikt kada između stranaka prethodno ne postoji ugovorni odnos i povreda ugovornog odnosa gdje stranka svojim postupanjem povrijedi postojeću ugovornu obvezu. Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta). Da bi došlo do odgovornosti za štetu, štetnom radnjom mora biti prouzročena povreda subjektivnog prava ili interesa oštećenika. Iz pojma štete prema čl. 1046. ZOO-a proizlazi da se sadržaj štete može odnositi na povredu a) oštećenikovih pravno zaštićenih imovinskih prava i dobara, b) oštećenikovih pravno zaštićenih nematerijalnih, neimovinskih dobara i prava do povrede kojih je došlo povodom njegove smrti, tjelesne povrede, povrede časti i ugleda i c) oštećenikovih pravom zaštićenih interesa zbog povrede nekog pravnog stanja na temelju kojih bi on nastupanjem određene dopunske pravne činjenice u budućnosti postao nositeljem nekog svog subjektivnog prava.

Kod odgovornosti za štetu u stečajnom postupku oštećenikom se smatra svaki sudionik stečajnog postupka. Za razliku od, npr., već spomenutog slovenskog zakona koji propisuje koje su stranke (sudionici) u stečajnom postupku⁹ naš zakon ne propisuje tko su sudionici stečajnog postupka. Polazeći od načela skupnog namirenja vjerovnika stečajnog dužnika, kada se govori o oštećeniku, najčešće bi to bio vjerovnik, ali to mogu biti i svi ostali sudionici postupka (sam dužnik, treće osobe).

Osim opće odredbe da stečajni upravitelj odgovara svim sudionicima za naknadu štete ako skrivljeno povrijedi koju od svojih dužnosti, Stečajni zakon posebno uređuje oslobađanje od odgovornosti, ograničenu odgovornost u slučaju kada je radnik dužnika učinio štetu, pooštrenu odgovornost stečajnog upravitelja za štetu učinjenu vjerovniku stečajne mase, pravo na podnošenje zahtjeva za naknadu štete, zastaru i dužnost zaključenja ugovora o osiguranju od odgovornosti.

Kako Stečajnim zakonom nije u cijelosti uređeno utvrđivanje pretpostavaka odgovornosti za štetu, kumulativno postojanje pretpostavaka odgovornosti za štetu prosuđuje se prema odgovarajućim odredbama ZOO-a. Međutim, dok prema općem pravilu da onaj koji uzrokuje štetu, dužan ju je nadoknaditi ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (načelo presumirane krivnje), stečajni upravitelj odgovara za štetu ako je skrivljeno povrijedio koju od svojih dužnosti pa odgovara prema načelu dokazane krivnje.

⁹ U prethodnom postupku predlagatelj i dužnik, a u glavnom postupku vjerovnik i dužnik.

3.2. Subjekti odgovornosti za štetu

Subjekti obveznog odnosa odgovornosti za štetu prema Stečajnom su zakonu stečajni upravitelj i svi sudionici u stečajnom postupku. Odgovornost za štetu nastaje pod pretpostavkom da je osoba odgovorna za štetu (štetnik) počinila protupravnu štetnu radnju zbog koje je nastala šteta osobi koja traži popravak štete (oštećenik) i ako postoji uzročna veza između štetne radne i štete kao posljedice. Jasno je da se kao štetnik u postupku pojavljuje stečajni upravitelj, ali tko sve može biti subjekt tog odnosa na strani oštećenog, zakonom nije jasno određeno, ali je određivo formulacijom *svi sudionici u stečajnom postupku*. Glavni sudionici stečajnog postupka su dužnik i njegovi vjerovnici, ali i treće osobe (npr., kupci dužnikove imovine).

Stečajni upravitelj može samom dužniku učiniti štetu, npr., pri unovčenju imovine dužnika (stečajne mase), prilikom priznavanja ili osporavanja tražbina ili ako je na drugi način povrijedio pravni interes dužnika. U interesu svakog dužnika je dužnost stečajnog upravitelja naplatiti tražbinu koju dužnik ima prema trećim osobama, preuzeti parnice, pobijati pravne radnje, utvrditi i unovčiti svu imovinu dužnika. Dužnost je stečajnog upravitelja ispitati svaku prijavljenu tražbinu, svako razlučno i izlučno pravo, razvrstati tražbinu po isplatnim redovima, na ispitnom ročištu se jasno i bez rezerve izjasniti priznaje li svaku od prijavljenih tražbina, sastaviti diobeni popis i izvršiti diobu pripadajućih sredstava vjerovnicima. Sve su to dužnosti stečajnog upravitelja u obavljanju kojih stečajni upravitelj može učiniti štetu samom stečajnom dužniku. Stečajni dužnik je i dalje pravna osoba (ako je riječ o stečaju pravne osobe) koja ima svoje članove. Otvaranje stečaja nad pravnom osobom ne utječe na postojanje činjenice da članovi pravne osobe i dalje ostaju članovi te pravne osobe, sada stečajnog dužnika, samo su im članska prava *zamrznuta*. Članovi društva stečajnog dužnika nemaju pravo na glasovanje i pravo na dobit jer su ta prava otvaranjem stečajnog postupka prestala. Oni su tzv. pasivni sudionici stečajnog postupka koji, u slučaju da se stečajni postupak provodi tako da se dužnik likvidira unovčenjem njegove imovine i namirenjem vjerovnika, čekaju podjelu viška stečajne mase koja im se prema čl. 195. Stečajnog zakona prenosi prema visini udjela koje su imali u dužniku pravnoj osobi.¹⁰

¹⁰ Nije zabranjeno članu društva, ako ima mogućnosti, udio u društvu stečajnog dužnika prenijeti na treću osobu tijekom stečajnog postupka. Na takav prijenos primjenjuju se pravila Zakona o trgovačkim društvima ili drugih odgovarajućih zakona.

Stečajni upravitelj može učiniti štetu i svim vjerovnicima u stečajnom postupku. Vjerovnike u stečajnom postupku dijelimo u četiri osnovne skupine s obzirom na pravni položaj koji im daju stečajna pravila: izlučni vjerovnik, razlučni vjerovnik, vjerovnik stečajne mase i stečajni vjerovnik. Izlučni vjerovnik je u pravilu stvarnopravni vjerovnik pa, ako mu predmet čije se izdvajanje moglo tražiti otuđi stečajni upravitelj, može u stečajnom postupku po svom izboru postaviti zahtjev za protučinidbu ili tražiti naknadu štete kao vjerovnik stečajne mase. Ako je stečajni upravitelj prouzročio štetu izlučnom vjerovniku namjernim otuđenjem predmeta na koji polaže pravo, mogao bi odgovarati i za štetu prema odredbi čl. 28. Stečajnog zakona ako mu se dokaže odgovornost.

Razlučni vjerovnik je vjerovnik koji ima založno pravo ili pravo na namirenje na nekoj stvari ili pravu stečajnog dužnika. Ako stečajni upravitelj skrivljeno učini štetu razlučnom vjerovniku tako da obavljaajući svoju dužnost stečajnog upravitelja povrijedi prava razlučnog vjerovnika, mogao bi i u tom slučaju odgovarati za štetu.

Vjerovnici stečajne mase su troškovi stečajnog postupka i ostale obveze stečajne mase.¹¹ Kako tražbine tih vjerovnika u pravilu nastaju nakon otvaranja stečajnog postupka, u odnosu na njih stečajni upravitelj ima pooštreniju odgovornost. Svim navedenim vjerovnicima stečajni upravitelj može odgovarati za štetu prema općim pravilima odgovornosti za štetu. Međutim, pored opće odredbe iz čl. 28., st. 1. Stečajnog zakona prema kojoj je stečajni upravitelj dužan naknaditi štetu svim vjerovnicima, a time i svim vjerovnicima stečajne mase, Stečajni zakon u čl. 28., st. 4. ima posebno pravilo o odgovornosti stečajnog upravitelja za naknadu štete vjerovnicima stečajne mase na temelju ostalih obveza stečajne mase. Tako je stečajni upravitelj dužan naknaditi štetu vjerovniku stečajne mase koju je taj pretrpio zbog neispunjenja obveze stečajne mase preuzete njegovom pravnom radnjom. Stečajni upravitelj može se osloboditi od odgovornosti ako u vrijeme preuzimanja te obveze nije mogao predvidjeti da stečajna masa neće biti dostatna za njeno ispunjenje. Stečajna pravila posebno obvezuju stečajnog upravitelja voditi računa o tome da se iz stečajne mase osiguraju sredstva potrebna za namirenje predvidivih obveza stečajne mase. Osim toga, stečajni upravitelj dužan je voditi računa o tražbinama ostalih obveza stečajne mase koje se trebaju osnovano namiriti u budućnosti. Tako, npr., ako postoji tražbina odvjetnika za pružanje usluga dužniku tijekom posljednjih šest mjeseci prije

¹¹ Čl. 86. i 87. Stečajnog zakona.

otvaranja stečajnog postupka u vezi sa zaštitom i ostvarivanjem prava dužnika koja ulaze u stečajnu masu, postojala bi osnova odgovornosti za štetu ako bi stečajni upravitelj propustio osigurati takvu vjerovniku njegovu tražbinu.

Stečajni upravitelj odgovoran je i stečajnim vjerovnicima koji su osobni vjerovnici dužnika koji su u vrijeme otvaranja stečajnog postupka imali koju imovinskopravnu tražbinu prema dužniku. U obavljanju dužnosti stečajni upravitelj može učiniti štetu i tim vjerovnicima u ostvarivanju njihovih prava na utvrđivanje tražbine kao i na namirenje te tražbine. Osim toga, stečajni upravitelj može oštetiti i sve stečajne vjerovnike ako bi, npr., priznao tražbinu nekom vjerovniku, a za to ne postoji valjana pravna osnova. Takvom bi radnjom umanjio postotak namirenja tražbina svih stečajnih vjerovnika.

Treće osobe o čijem se pravu ili pravnom interesu odlučuje u stečajnom postupku mogu biti, npr., kupac imovine stečajnog dužnika, osobe s pravom prvokupa, osobe koje sudjeluju u postupku pobijanja pravnih radnja stečajnog dužnika, osobe koje drže predmet za koji stečajni upravitelj smatra da je stečajna masa i dr. Ako bi u obavljanju svoje dužnosti stečajni upravitelj skrivljeno prouzročio štetu nekom od tih osoba, postojala bi njegova obveza naknaditi takvu štetu.

3.3. Štetna radnja

Štetna radnja je svaka radnja (činidba, *commissio*) ili propust (*omissio*) štetnika kojom se oštećeniku nanosi šteta. Stečajni upravitelj u obavljanju svoje dužnosti može učiniti štetnu radnju koja ima obilježja građanskog delikta ili povrede ugovornog odnosa. O povredi ugovornog odnosa bila bi riječ kod zaključenja ugovora o radu, prodaji imovine stečajnog dužnika, ugovoru o prodaji, odnosno kupnji robe za potrebe obavljanja djelatnosti stečajnog dužnika i sl. Međutim, više bi štetnih radnja imalo obilježje građanskog delikta jer između stečajnog upravitelja i osobe koja traži naknadu štete prethodno ne postoji ugovorni odnos. Tako prethodno, u pravilu, ne postoji ugovorni odnos stečajnog upravitelja i izlučnog, razlučnog i stečajnog vjerovnika kao ni vjerovnika stečajne mase. Štetna radnja proizlazi iz skrivljene povrede dužnosti koju stečajni upravitelj obavlja. Ako mu je dužnost briga oko pripreme isplate vjerovnika i nakon dobivenog odobrenja isplata gotovinskih sredstava, onda stečajni upravitelj mora voditi brigu da skrivljeno ne onemogući kojeg od vjerovnika u ostvarivanju njegova osnovnog prava u stečaju - prava na namirenje.

Iz prava na podnošenje zahtjeva za naknadu štete¹² možemo zaključiti da se štetna radnja može učiniti zbog povrede dužnosti stečajnog upravitelja općenito kao i zbog povrede dužnosti počinjene u svezi s naknadnom diobom ili s nadzorom nad ispunjenjem stečajnog plana. U nedostatku sudske prakse u pogledu odgovornosti stečajnog upravitelja za štetu kao primjer bi se mogla navesti sljedeća situacija: stečajni vjerovnik kojemu se ospori tražbina na ispitnom ročištu upućuje se u parnicu radi utvrđivanja osporene tražbine. Isti vjerovnik mora u roku od 15 dana od dana objave diobenog popisa u Narodnim novinama podnijeti dokaz stečajnom upravitelju da je podnio tužbu radi utvrđenja osporene tražbine. U slučaju kada stečajni vjerovnik obavijesti stečajnog upravitelja da je podnio tužbu, dužnost je stečajnog upravitelja iznos koji bi vjerovnik dobio da njegova tražbina nije osporena izdvojiti sve dok se parnica ne završi. Iz opisanog proizlazi da bi, ako bi stečajni upravitelj prilikom diobe propustio izdvojiti pripadajući iznos stečajnom vjerovniku osporene tražbine, bila riječ o primjeru štetne radnje kojom je učinjena šteta u visini pripadajućeg iznosa namirenja tražbina svih ostalih vjerovnika pripadajućeg isplatnog reda.

3.4. Šteta

Štetnom radnjom stečajni upravitelj može oštećeniku uzrokovati štetu koja se sastoji od umanjnja njegove imovine (obična šteta), odnosno koja se sastoji u umanjnju imovine sudionicima stečaja te sprečavanje povećanja imovine (izmakla korist) koja se sastoji od one koristi koju bi sudionik ostvario prema redovitom tijeku stvari da nije bilo štetne radnje. Načelno stečajni upravitelj odgovara i za imovinsku (obična šteta i izmakla korist) i za neimovinsku štetu (povreda pravne osobnosti). U pravilu bi bila riječ o imovinskoj šteti kada je riječ o vjerovnicima u stečajnom postupku iz razloga što oni imaju obvezu u stečajni postupak prijaviti svoju tražbinu izraženu u novcu i u novcu im se u diobama namiruje tražbina.

Ako pogledamo što pravna teorija govori o sadržaju štete¹³, dolazimo do zaključka da se sadržaj štete može odnositi na povredu oštećenikovih pravno zaštićenih imovinskih dobara i prava kao što je uništenje ili pogoršanje stanja njegovih stvari te uništenje i povreda njegove ličnosti kada dolazi do naknade

¹² Čl. 28., st. 5. Stečajnog zakona.

¹³ Opširnije v. Viznar, B., *Komentar Zakon o obveznim odnosima*, 1978., str. 654.

materijalne ili imovinske štete; na povredu oštećenikovih pravno zaštićenih nematerijalnih, neimovinskih dobara i prava do povrede kojih je došlo povodom njegove smrti, tjelesne ozljede, povrede časti i ugleda kada dolazi do naknade nematerijalne ili neimovinske štete; na povredu oštećenikovih pravom zaštićenih interesa zbog povrede nekog tzv. pravnog stanja kojima bi on, nastupanjem određene dopunske pravne činjenice u budućnosti, postao nositelj, titular nekog svog subjektivnog prava.

Kod ove vrste odgovornosti osnovno je pravilo da kao posljedica skrivljene povrede dužnosti koju stečajni upravitelj treba obaviti u odnosu na pojedinog sudionika stečajnog postupka treba nastati šteta. Na oštećeniku je teret dokazivanja koju vrstu štete je pretrpio i u kojoj visini.

3.5. Uzročna veza

Oštećenik mora dokazati postojanje kauzalne veze između nepravilne ili nezakonite radnje stečajnog upravitelja kao štetne radnje i štete kao posljedice. Kod odgovornosti za štetu mora postojati uzročna veza između štete i štetne radnje (kauzalni neksus), što, drugim riječima, znači da se šteta mora javiti baš kao posljedica štetne radnje.

Postoje četiri teorije o uzročnoj vezi: teorija uvjeta, pretežne važnosti uzroka, najneposrednijeg uzroka i adekvatnog uzroka. Teorija adekvatnog uzroka je najprihvatljivija jer prema pravnoj teoriji i praksi najprimjerenije rješava problem uzročne veze. Prema toj teoriji pravnorelevantna je samo ona činjenica, onaj uzorak koji je za konkretnu štetu tipičan i od kojega bi se nastala štetna posljedica i očekivala. Odluke Vrhovnog suda idu u tom smjeru pa se u tim odlukama navodi da je “pravno relevantni uzrok štete (je) onaj događaj čijem redovitom učinku odgovara konkretna šteta.”¹⁴

U slučaju odgovornosti za štetu stečajnog upravitelja tužitelj treba dokazati da je štetna radnja (npr., propuštanje osiguranja iznosa vjerovniku osporene tražbine kod diobe) uzrokovala kao posljedicu štetu stečajnom vjerovniku u visini iznosa tražbine prema pravomoćnoj presudi u parničnom postupku.

¹⁴ Odluka Vrhovnog suda Gž-281/82.

3.6. Protupravnost

Protupravnost znači povredu nekog pravnog pravila pozitivnog pravnog poretka. Kod utvrđivanja odgovornosti za štetu stečajnog upravitelja za ocjenu postojanja protupravnosti, odnosno postojanja povrede neke pravne norme služi kao pravni izvor prvenstveno Stečajni zakon. Stečajni zakon pravnim normama određuje koje su dužnosti stečajnog upravitelja koje on mora poštivati da do protupravnosti ne bi došlo. Postoji li u konkretnom slučaju protupravnost kao pretpostavka odgovornosti za štetu, ocjenjuje se ovisno o tome traži li se za postojanje protupravnosti samo objektivni ili subjektivni element.

Ako se za protupravnost traži samo objektivni element, onda je dovoljno da je stečajni upravitelj povrijedio pravnu normu Stečajnog zakona u okviru obavljanja svoje dužnosti, a ako je riječ o subjektivnom elementu, onda je osobni čimbenik protupravnosti izražen krivnjom stečajnog upravitelja. Za postojanje pretpostavke protupravnosti prema kojoj bi stečajni upravitelj odgovarao za štetu traži se subjektivni element protupravnosti, odnosno skrivljeno ponašanje stečajnog upravitelja. Dakle, u konkretnom slučaju kriterij za utvrđivanje odgovornosti za štetu je odgovornost na temelju krivnje.

Stečajni zakon ne uređuje stupanj krivnje pa se primjenjuju odgovarajuće odredbe ZOO-a. Odredba čl. 1049. ZOO-a utvrđuje postojanje krivnje kad štetnik namjerno ili nepažnjom prouzroči štetu oštećeniku. Pri ocjeni je li stečajni upravitelj imao namjeru povrijediti svoju dužnost mora se uzeti u obzir njegov subjektivni odnos (svijest i volja) učiniti štetnu radnju. Pri tom stupnju krivnje nije relevantno mjeriti krivnju usporedbom s ponašanjem drugih ljudi u sličnim okolnostima. Ako je stečajni upravitelj svjestan da će posljedicom njegove radnje drugom nastati šteta ili da posljedicom njegove radnje drugom može nastupiti šteta, a on baš želi takvu posljedicu, onda bi bila riječ o njegovoj izravnoj namjeri za činjenje štete. Međutim, ako stečajni upravitelj nije siguran hoće li njegova radnja prouzročiti štetu, ali ipak ne odustaje od činjenja radnje, onda bi bila riječ o njegovoj uvjetnoj, eventualnoj namjeri za činjenje štete.

Osim namjerom kao stupnjem krivnje šteta se može učiniti i nepažnjom, ali se nepažnja određuje objektivno. Postupanje stečajnog upravitelja procjenjuje se usporedbom s drugim ljudima i njihovu postupanju u sličnim okolnostima. Stečajni zakon propisuje da stečajni upravitelj mora postupiti savjesno i uredno kod obavljanja dužnosti, odnosno kao dobar gospodar brinuti se o poslovima dužnika. Ako tu odredbu usporedimo s pojmovima krajnja (gruba) i obična nepažnja, onda bi kod stečajnog upravitelja bila riječ o postojanju obične nepažnje.

Obična nepažnja postoji kada štetnik u svom postupanju nije upotrijebio pažnju koju bi upotrijebio osobito pažljiv čovjek (dobar gospodar).

3.7. Posebna pooštrena odgovornost za štetu

Odgovornost za štetu stečajnog upravitelja posebno je pooštrena u odnosu na vjerovnika stečajne mase. Prema odredbi čl. 28., st. 4. Stečajnog zakona stečajni upravitelj dužan je naknaditi štetu vjerovniku stečajne mase koju je on pretrpio zbog neispunjenja obveze stečajne mase preuzete njegovom pravnom radnjom, osim ako stečajni upravitelj u vrijeme preuzimanja te obveze nije mogao predvidjeti da stečajna masa neće biti dostatna za njeno ispunjenje. Pretpostavka te odgovornosti je neispunjenje obveze koju je preuzeo stečajni upravitelj. Bila bi, npr., riječ o obvezama vezanim za upravljanje stečajnom masom, obvezama iz dvostranoobveznih ugovora i obvezama iz ugovora o radu na određeno vrijeme sklopljenih nakon otvaranja stečajnog postupka. Kad dužnik ne bi bio u stečaju, za štetu bi odgovarala pravna osoba, a ne zakonski zastupnik pravne osobe koji je u ime pravne osobe zaključio ugovor ili preuzeo drugu obvezu. U slučaju kada je riječ o stečaju, odnosno o stečajnom upravitelju koji je zaključio takav ugovor ili preuzeo drugu obvezu, za štetu ne odgovara dužnik nego osobno stečajni upravitelj.

3.8. Odgovornost za štetu koju počine radnici

Za štetu koju počine radnici stečajnog dužnika stečajni upravitelj odgovara samo ako je šteta nastala zbog njegova propusta u nadzoru njihova rad.¹⁵ Otvaranje stečajnog postupka je izvanredni razlog za prestanak ugovora o radu.¹⁶ Odlukom stečajnog upravitelja svim radnicima, neovisno koliko godina neprekidnog staža imaju, može prestati ugovor o radu na neodređeno ili određeno vrijeme koji su sklopili s dužnikom prije otvaranja stečajnog postupka. Međutim, zbog završetka započetih poslova ili zbog mogućnosti provedbe stečajnog plana stečajni upravitelj može uz suglasnost, odnosno uz odobrenje stečajnog suca sklopiti nove ugovore o radu na određeno vrijeme s radnicima stečajnog dužnika.

¹⁵ Čl. 28., st. 3. Stečajnog zakona.

¹⁶ Čl. 120. Stečajnog zakona.

Prilikom obavljanja poslova zbog kojih su sklopili ugovor o radu na određeno vrijeme radnici mogu trećima učiniti štetu. Prema odredbi članka 1061. ZOO-a koja uređuje odgovornost poslodavca on odgovara za štetu koju radnik prouzroči u radu ili u vezi s radom, osim ako dokaže da su postojali razlozi koji isključuju odgovornost radnika. Pretpostavke te odgovornosti su pravni i presumptivni štetnik (radnik i poslodavac prema ugovoru o radu), radnik je trećoj osobi prouzročio štetu radnjom poduzetom u radu ili u vezi s radom i ne postoji razlog koji isključuje odgovornost radnika.

Prema pravilima Stečajnog zakona stečajni će upravitelj odgovarati za štetu koju je radnik učinio trećoj osobi samo ako je šteta nastala zbog njegova propusta u vršenju nadzora rada radnika. Dakle, za odgovornost stečajnog upravitelja za štetu koju učini radnik s kojim je on sklopio ugovor o radu na određeno vrijeme, traži se i četvrta bitna pretpostavka, a ta je da je stečajni upravitelj propustio vršiti nadzor nad radom radnika pa je zbog tog propusta postao presumptivni štetnik. Ovdje nije dovoljno da postoji ugovor o radu sklopljen između radnika i stečajnog upravitelja i da se radnik ne može osloboditi odgovornosti za štetu nego se traži da je riječ i o propustu stečajnog upravitelja nadzirati rad radnika s kojim je sklopio ugovor o radu na određeno vrijeme. Time stečajni upravitelj odgovara za svoje propuste u nadzoru zbog kojih je trećima nastala šteta. Riječ je o odgovornosti za propust u nadzoru (*culpa in inspicendo*).

4. ZASTARA

ZOO¹⁷ određuje posebne rokove za zastaru potraživanja tražbina nastalih iz građanskog delikta, i to a) subjektivni rok od 3 godine i b) objektivni rok od 5 godina. Subjektivni se rok računa od dana kad je oštećenik doznao za štetu i osobu koja je štetu prouzročila, a objektivni rok počinje teći od trenutka kad je šteta nastala. Stečajni zakon¹⁸ isto tako poznaje subjektivan i objektivni rok. Međutim, za razliku od općih pravila o zastari po ZOO-u početak tijeka zastarnog roka je Stečajnim zakonom uređen drukčije.

Subjektivni rok počinje teći kada su ispunjena dva kumulativna uvjeta, i to trenutak saznanja oštećenoga za štetu i okolnosti na kojima se zasniva obveza stečajnog upravitelja za naknadu štete. Ovdje se za osobu koja je štetu

¹⁷ Čl. 230. ZOO-a.

¹⁸ Čl. 28., st. 5. Stečajnog zakona.

prouzročila ne traži kao uvjet znanje nego se traži navođenje, odnosno dokazivanje okolnosti da je stečajni upravitelj dužan štetu naknaditi. Objektivni rok od tri godine vezan je za tijek stečajnog postupka pa tako pravo na podnošenje zahtjeva za naknadu štete zastarijeva najkasnije tri godine od pravomoćnosti odluke o zaključenju stečajnog postupka, od provedbe naknadne diobe i od završetka nadzora nad ispunjenjem stečajnog plana.

Usporedimo li pravila o zastari prema navedenim zakonima, dolazimo do zaključka da prema ZOO-u tražbina zastarijeva u svakom slučaju za pet godina od kada je šteta nastala. Prema Stečajnom zakonu taj rok, odnosno vrijeme trajanja mogućnosti za podnošenje zahtjeva za naknadu štete može biti i duži od općeg zastarnog roka od pet godina. Npr., stečaj je otvoren 2000., a zaključen 2007. godine. Stečajni upravitelj je štetu učinio 2002. godine. Subjektivni rok bi istekao 2005. ako je oštećenik odmah saznao za štetu. Prema općim pravilima bi zastara potraživanja tražbine u svakom slučaju nastupila 2007. godine. Međutim, prema Stečajnom zakonu zastara bi nastupila 2010. godine jer je predviđen objektivni rok od tri godine od pravomoćne odluke o zaključenju stečaja.

5. OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI

Većina pravnih i fizičkih osoba u obavljanju svojih djelatnosti ima ili zakonsku obvezu zaključiti ili dragovoljno zaključuju police osiguranja od opće odgovornosti za štetu koja može nastati prema trećim osobama i stvarima. Sve su češća zaključivanja polica osiguranja od profesionalne odgovornosti koja može nastati kao posljedica propusta, odnosno stručne pogreške profesionalca prema vlastitom klijentu. Prema hrvatskom pravu osiguranja osiguranje je za neke profesionalne djelatnosti obvezatno pa bez zaključivanja takvih polica osiguranja nije ni moguće započeti s obavljanjem registrirane djelatnosti. Takva osiguranja su za neke od struka propisana kao obvezatna dok se druge struke dobrovoljno odlučuju za te police.¹⁹

Stečajni upravitelj ima dužnost i obvezu nakon stupanja na dužnost osigurati se kod osiguravajućeg društva od odgovornosti za štetu. Preduvjet za osiguranje

¹⁹ U Sloveniji osoba koja želi biti na listi stečajnih upravitelja, pored drugih uvjeta koje mora ispunjavati, mora priložiti i sklopljen ugovor o osiguranju na iznos od 500.000,00 eura.

je postojanje zaključka stečajnog suca kojim se određuje i visina osigurnine. Visina osigurnine određuje se prema predvidivoj veličini stečajne mase i složenosti stečajnog postupka.

Osiguranje od odgovornosti stečajnog upravitelja za štetu uzrokovanu svim sudionicima stečajnog postupka bila bi obveza stečajnog upravitelja. Tim osiguranjem nastoje se zaštititi oštećenici, a samim tim i stečajni upravitelj. Međutim, obvezno osiguranje zavisi od podobnosti stečajne mase jer se osigurnina plaća iz imovine stečajnog dužnika, a ne iz imovine samog stečajnog upravitelja. Ako stečajni dužnik nema imovine iz koje bi se platila osigurnina, ne bi se mogao ni zaključiti ugovor o osiguranju. Ovdje je najčešće riječ o stečajnim postupcima koji se nakon otvaranja ne provode jer nema dovoljno stečajne mase ni za namirenje troškova prethodnog postupka prema čl. 63. Stečajnog zakona. Ako se stečajni postupak nakon otvaranja postupka nastavi provoditi, to bi značilo da stečajni dužnik ima određenu imovinu koja čini stečajnu masu pa bi se prema predvidivoj veličini te stečajne mase stečajni upravitelj morao obvezno osigurati kod osiguravajućeg društva od odgovornosti za štetu.²⁰

Upravni odbor Hrvatskog ureda za osiguranje donio je 11. veljače 1998. godine Uvjete za osiguranje od odgovornosti stečajnih upravitelja.²¹ Prema tim uvjetima ugovaratelji osiguranja su osiguratelj (osiguravajuće društvo) i ugovaratelj osiguranja (stečajni dužnik), što upravo proizlazi iz činjenice da se osigurnina plaća iz stečajne mase i smatra se troškom stečajnog postupka. Osiguranik je stečajni upravitelj ili privremeni stečajni upravitelj koje imenuje stečajni sudac.

Osiguratelj ima ograničenu odgovornost za štetu sudionicima stečajnog postupka koja se prema navedenim Uvjetima postigla definiranjem osiguranog rizika. Osiguranim se rizikom smatra propust ili pogreška osiguranika (stečajnog upravitelja) glede savjesnog i urednog postupanja koji imaju za posljedicu nastanak štete. Smatra se da je osigurani slučaj nastao kada je stečajni upravitelj povrijedio koju od svojih dužnosti predviđenih Stečajnim zakonom. Ugovorom o osiguranju propisuje se minimalna svota osiguranja koja zavisi od visine stečajne mase i ujedno je gornja granica odgovornosti osiguratelja prema

²⁰ Marković, Nevenka, *Profesionalna odgovornost stečajnih upravitelja*, u: Zbornik radova, 2007.

²¹ Upravni odbor Hrvatskog ureda za osiguranje je na 149. sjednici održanoj 13. prosinca 2007. donio neobvezujuće ogleadne (standardne) uvjete za osiguranje od odgovornosti stečajnih upravitelja. Uvjeti su objavljeni na internetskoj stranici <http://www.huo.hr/hrv/uvjeti-osiguranja/24/detalji/> (20. 4. 2013.).

oštećeniku. Štetu koja prelazi osiguranu svotu mora oštećeniku naknaditi sam štetnik, odnosno stečajni upravitelj. U tom slučaju stečajni upravitelj odgovara cjelokupnom svojom imovinom.

6. OSLOBOĐENJE OD ODGOVORNOSTI

Odgovornost stečajnog upravitelja kao fizičke osobe temelji se na krivnji, odnosno sposobnosti za rasuđivanje pri obavljanju svoje dužnosti. Stečajni upravitelj je jedno od tijela stečajnog postupka (ostala tijela su stečajni sudac, skupština vjerovnika i odbor vjerovnika) koji ima točno određene dužnosti u postupku. Miješanje ovlasti tijela stečajnog postupka nije dopušteno tako da jedno tijelo ne može obavljati poslove drugog tijela, osim ako to Stečajnim zakonom nije izričito dopušteno. Npr., ovlast je stečajnog suca prodavati nekretninu stečajnog dužnika na kojoj postoji razlučno pravo pa bi prodaja takve nekretnine od strane stečajnog upravitelja bila nedopuštena; ovlaštenje je stečajnog suca donositi mjere osiguranja i privremene mjere u stečajnom postupku pa bi mjera osiguranja donesena po stečajnom upravitelju bila nedopuštena; ovlaštenje je skupštine vjerovnika donositi odluku o načinu i uvjetima prodaje imovine stečajnog dužnika nad kojom ne postoji razlučno pravo pa bi odluka o načinu i uvjetima prodaje donesena po stečajnom upravitelju ili sucu bila nedopuštena i sl.

Međutim, stečajni se upravitelj može osloboditi od odgovornosti za štetu u dvama slučajevima: a) ako ima odobrenje stečajnog suca i b) ako štetu prouzroče radnici stečajnog upravitelja. Riječ je o ograničenoj odgovornosti stečajnog upravitelja za štetu koju uzrokuje sudionicima stečajnog postupka u obavljanju dužnosti, čime su stečajna pravila odstupila od općih pravila utvrđenih ZOO-om. Stečajni upravitelj ne odgovara za štetu nastalu zbog radnje koju je odobrio stečajni sudac, odnosno zbog radnje koju je poduzeo u ovrsi naloga ili upute stečajnog suca, osim ako je odobrenje ili uputu isposlovaio na prijevaran način.²² Bila bi riječ o onim radnjama za koje stečajni upravitelj a) mora imati odobrenje stečajnog suca (odobrene radnje) i b) radnjama koje poduzima po nalogu ili uputi stečajnog suca (radnje po uputi). Radnje po uputi su one radnje koje je stečajni upravitelj poduzeo prema nalogu ili uputi iz zaključka stečajnog suca (novela Stečajnog zakona iz 2006. poznaje samo rješenja i zaključke kao vrste odluka koje se donose u stečajnom postupku).

²² Čl. 28., st. 2. Stečajnog zakona.

Za poduzimanje nekih od radnja stečajni upravitelj treba imati prethodnu suglasnost stečajnog suca dok kod drugih radnja može imati naknadno odobrenje stečajnog suca. Zakonom je propisano kako stečajni upravitelj mora tražiti odobrenje stečajnog suca da bi poduzeo neku od sljedećih radnja: polaganje osiguranih sredstava za vjerovnike stečajne mase kod suda ili javnog bilježnika²³, podizanje tužbe za pobijanje pravnih radnja²⁴, sklapanje novih ugovora o radu na određeno vrijeme s radnicima radi dovršenja započetih poslova i otklanjanja moguće štete²⁵, poduzimanje završne diobe²⁶, polaganje zadržanih iznosa kod suda ili javnog bilježnika prilikom završne diobe²⁷, podnošenje završnog računa vjerovnicima²⁸, davanje naloga trećim osobama predaje u posjed predmeta stečajne mase²⁹, isplate svojih nagrada i naknada troškova postupka, namjere otuđenja poduzeća ili nekog pogona, robnog skladišta, nekretnine, udjela dužnika u nekom drugom poduzeću koje treba služiti uspostavljanju trajne veze s tim poduzećem ili pravo na povremena primanja, namjere uzeti zajam kojim bi stečajna masa bila znatno opterećena, namjere pokretanja ili poduzimanja parnica znatne vrijednosti predmeta spora ako se poduzimanje takve parnice namjerava odbiti ili se radi rješavanja ili izbjegavanja takve parnice namjerava sklopiti nagodba ili ugovor o izbranom sudu³⁰ i dr.

Gotovo sve te radnje temeljene su na odluci stečajnog suca donesenoj na prijedlog stečajnog upravitelja. U takvim slučajevima stečajni upravitelj postupuje po rješenju, odnosno zaključku stečajnog suca. Međutim, tijekom stečajnog postupka stečajni sudac može bez prijedloga stečajnog upravitelja rješenjem ili zaključkom naložiti ili uputiti stečajnog upravitelja na poduzimanje nekih od radnja. Tada stečajni upravitelj izvršava nalog, odnosno uputu stečajnog suca.

Ako prilikom kojih od navedenih ili drugih radnja tijekom stečajnog postupka stečajni upravitelj učini štetu nekom od sudionika, neće odgovarati za štetu ako ima odobrenje stečajnog suca, osim ako je odobrenje ili uputu isposlovao na prijevaran način. Jedan od primjera prijevarnog načina dobivanja odobrenja stečajnog suca bio bi, npr., dobivanje odobrenja za sklapanje fiktivnog ugovora o

²³ Čl. 87.a Stečajnog zakona.

²⁴ Čl. 141. Stečajnog zakona.

²⁵ Čl. 120. Stečajnog zakona.

²⁶ Čl. 192. Stečajnog zakona.

²⁷ Čl. 194. Stečajnog zakona.

²⁸ Čl. 31. Stečajnog zakona.

²⁹ Čl. 145. Stečajnog zakona.

³⁰ Čl. 159. Stečajnog zakona.

radu na određeno vrijeme s nekim radnikom ili prikazivanje stvarnih troškova stečajnog postupka na fiktivnim ispravama kojima se dokazuje postojanje tog troška stečajnog postupka ili neuvrštavanje u završni diobeni popis stečajnog vjerovnika prilikom završne diobe kojemu je tražbina utvrđena i sl.

U praksi se događa da stečajni sudac daje odobrenje stečajnom upravitelju po njegovu prijedlogu iako nije obvezan dati takvo odobrenje pa se postavlja pitanje oslobađa li se i u tom slučaju stečajni upravitelj od odgovornosti. Ako počemo od preduvjeta da je Stečajnim zakonom uglavnom jasno određeno koje odluke i kada donosi stečajni sudac, a koje radnje poduzima stečajni upravitelj bez odobrenja stečajnog suca te da i stečajni sudac i stečajni upravitelj kao profesionalci znaju i moraju znati koje radnje mogu i moraju poduzimati u stečajnom postupku, onda bi bilo jasno da se i u takvim slučajevima stečajni upravitelj može osloboditi od odgovornosti jer ima odobrenje stečajnog suca.³¹

7. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Naše se zakonodavstvo do sada nije posebno bavilo tim vidom štete s obzirom na malobrojnost postavljenih zahtjeva. Uzroke tomu možemo tražiti u nedovoljno razvijenoj svijesti o pravu na naknadu štete, posebno zbog nejasnoća koji sudionici takvu naknadu mogu tražiti. Stečajni upravitelj je profesionalac koji kao takav obavlja društveno važnu djelatnost pa je sazrelo vrijeme za promjenu pravila propisanih Stečajnim zakonom prema kojima troškovi osiguranja od odgovornosti terete troškove stečajnog postupka. Valjalo bi kao uvjet za obavljanje poslova stečajnog upravitelja i uvrštenje na listu stečajnog upravitelja predvidjeti prethodno sklapanje ugovora s osiguravajućim društvom o odgovornosti za štetu.

³¹ Najčešći slučaj iz prakse je davanje suglasnosti za prodaju nekretnina na kojima ne postoji razlučno pravo i na sklapanje ugovora s najpovoljnijim kupcem.

Summary

Nevenka Marković *

**LIABILITY OF BANKRUPTCY TRUSTEES
IN MAIN BANKRUPTCY PROCEEDINGS**

Civil liability for damages of a bankruptcy trustee is one of the most important parts of bankruptcy law. Although there are several kinds of liabilities in this area, such as criminal and misdemeanour (until there is no disciplinary responsibility), civil liability is central. Civil liability of a bankruptcy trustee for damages is regulated by general rules on liability for damages. Liability for damages occurs in case damages result from actions of a bankruptcy trustee, which are not in accordance with the Bankruptcy Law, or from negligence. A bankruptcy trustee bears the consequences of his unprofessional conduct, which underlines the importance of his liability for damages. This paper aims to provide a basic outline of bankruptcy trustees' liability for damages to parties in the bankruptcy proceeding.

Keywords: bankruptcy trustee, damages, professional conduct.

* Nevenka Marković, Judge of the High Commercial Court of the Republic of Croatia, Berislavićeva 11, Zagreb.

STEČAJNI PLAN NAKON IZMJENA I DOPUNA STEČAJNOG ZAKONA 2012. GODINE

*Prof. dr. sc. Jasnica Garašić**

U radu se analiziraju najvažnije izmjene i dopune instituta stečajnog plana nakon Novele Stečajnog zakona iz 2012. godine koje su uzrokovane novim institutom predstečajne nagodbe te se ukratko upozorava na osnovne zakonske pogreške u konceptu predstečajne nagodbe.

Ključne riječi: stečajni plan, predstečajna nagodba, sanacija, stečajni postupak, postupak predstečajne nagodbe.

I. UVOD

Zakonom o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona¹ u prosincu 2012. godine (dalje u tekstu: Novela SZ-a iz 2012.) institut stečajnog plana u hrvatskom stečajnom pravu u bitnome je degradiran i oslabljen. Zapravo, osnovni cilj izmjena i dopuna Stečajnog zakona bio je taj zakon prilagoditi Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi² (dalje u tekstu: ZFPPN) koji je donesen u listopadu 2012. godine.³ Koncept predstečajne nagodbe, na žalost, u hrvatskom pravu zasnovan je na potpuno pogrešnim tezama i zakonski je iznimno loše reguliran. O naglašenoj neprofesionalnosti u pripremi zakonskog

* Dr. sc. Jasnica Garašić, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 133/12. Stečajni zakon, Narodne novine, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12.

² Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine, br. 108/12.

³ Vidjeti Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona s konačnim prijedlogom zakona, Ministarstvo pravosuđa, listopad 2012., str. 2.

teksta i pogrešnim zakonskim rješenjima uvjerljivo svjedoči činjenica što je svega dva mjeseca kasnije donesena Uredba o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi⁴ koja je od 93 postojeća zakonska članka promijenila njih čak 39, a pripremaju se i nove izmjene toga zakona.

Vlada Republike Hrvatske zamislila je da se financijsko restrukturiranje stečajnog dužnika obavlja isključivo u okviru postupka predstečajne nagodbe. U ovom radu prikazat će se koje je odredbe o stečajnom planu u Stečajnom zakonu zakonodavac zbog toga izmijenio te će se ukratko objasniti zašto se nedorađeni koncept hrvatske predstečajne nagodbe ne može mjeriti s dosad postojećim institutom stečajnog plana koji je hrvatski zakonodavac, kao jednu od najvažnijih novina u reformi hrvatskog stečajnog prava 1996. godine, preuzeo iz njemačkog Insolventenrechtsverfahrensordnung⁵, dalje u tekstu: InsO) kao i zašto Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi te posljednje izmjene i dopune Stečajnog zakona predstavljaju ozbiljno ružičavanje hrvatskoga stečajnog prava.

II. IZMIJENJENE ODREDBE O STEČAJNOM PLANU

Sve poduzete izmjene i dopune Stečajnog zakona 2012. godine koje se odnose na stečajni plan mogu se svrstati u nekoliko tematskih cjelina: a) osnovna odredba o stečajnom planu i cilj stečajnog plana; b) ovlaštenje za podnošenje prijedloga stečajnog plana; c) odgovornost stečajnog dužnika prema stečajnom planu; d) prilozi uz stečajni plan; e) sudsko odbacivanje stečajnog plana; f) izjašnjenja o stečajnom planu; g) zakašnjenje dužnika u ispunjenju stečajnog plana; h) učinci zaključenja stečajnog plana; i) nadzor nad ispunjenjem stečajnog plana.

a) Osnovna odredba o stečajnom planu i cilj stečajnog plana

Osnovna odredba o stečajnom planu u čl. 213., st. 1. SZ-a, koja određuje da je nakon otvaranja stečajnoga postupka dopušteno izraditi stečajni plan

⁴ Uredba o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine, br. 144/12.

⁵ *Insolvenzordnung*, Bundesgesetzblatt, 1994., I, str. 2866; posljednja izmjena Bundesgesetzblatt, 2011., I, str. 2854.

u kojemu se može odstupiti od zakonskih odredaba o unovčenju i raspodjeli stečajne mase, nije mijenjana. No, promijenjen je stavak 2. istoga članka koji je primjerično nabrajao da se stečajnim planom može ostaviti dužniku svu ili dio njegove imovine radi nastavljanja poslovanja dužnika; prenijeti dio ili svu imovinu dužnika na jednu ili više već postojećih osoba ili osoba koje će tek biti osnovane uz isključenje primjene čl. 452. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96 i 112/99); dužnika pripojiti drugoj osobi ili spojiti s jednom ili više osoba; prodati svu ili dio imovine dužnika, s razlučnim pravima ili bez njih; raspodijeliti svu imovinu dužnika ili njezin dio između vjerovnika; odrediti način namirenja stečajnih vjerovnika; namiriti ili izmijeniti razlučna prava; smanjiti ili odgoditi isplatu obveza dužnika; obveze dužnika pretvoriti u kredit; preuzeti jamstvo ili dati drugo osiguranje za ispunjenje obveza dužnika; urediti odgovornost dužnika nakon završetka stečajnoga postupka i sl. Novi tekst te odredbe određuje samo da se stečajnim planom može prenijeti svu imovinu dužnika na osobu koju će osnovati stečajni dužnik uz isključenje primjene članka 102. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08 i 125/11) i članka 40.a Zakona o sudskom registru (Narodne novine, br. 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11).

U svezi s tim treba upozoriti i na promijenjene ciljeve stečajnog postupka. Dosad je u čl. 2., st. 2. SZ-a bilo određeno da se tijekom stečajnog postupka može provesti stečajni plan prema odredbama glave VI. SZ-a radi uređivanja pravnoga položaja dužnika i njegova odnosa prema vjerovnicima, a osobito održavanja njegove djelatnosti. Novela SZ-a iz 2012. iz te je odredbe izbrisala riječi “a osobito radi održavanja njegove djelatnosti”.

Osim toga, treba spomenuti da je novim čl. 145.a SZ-a određeno da će se tijekom stečajnog postupka završiti samo oni započeti poslovi čije je ispunjenje prijeko potrebno da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnog dužnika (čl. 145.a, st. 1. SZ-a) dok se novi poslovi mogu poduzimati samo radi unovčenja imovine stečajnoga dužnika i radi završetka započelih poslova i poslova koji su prijeko potrebni da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnoga dužnika (čl. 145.a, st. 2. SZ-a). U slučaju dvojbe stečajnog upravitelja je li određeni posao prijeko potreban da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnoga dužnika, odluku o tome će, na obrazloženi pisani zahtjev stečajnoga upravitelja, donijeti stečajni sudac (čl. 145.a, st. 3. SZ-a). Povezano s novim čl. 145.a Novelom SZ-a iz 2012. izmijenjen je i čitav niz drugih odredaba u SZ-u iz kojih je proizlazila načelna mogućnost nastavka poslovanja stečajnog

dužnika nakon otvaranja stečajnog postupka i to na način da te mogućnosti više nema.⁶

Dosad se stečajnim planom, kao pravnim institutom koji u sebi ujedinjuje elemente ugovora, nagodbe i, zbog potrebe potvrde od strane suda, sudske odluke⁷, moglo u svrhu određenja načina namirenja tražbina vjerovnika ugovoriti i regulirati praktički sve što je pravno dopušteno.⁸ S obzirom na cilj koji se stečajnim planom želi postići, uobičajena je podjela stečajnih planova u tri osnovne grupe: likvidacijski plan, prijenosni plan (plan tzv. prijenosne sanacije) i sanacijski plan.⁹ Cilj je likvidacijskog plana likvidacija poduzeća stečajnog dužnika, ali i samog stečajnog dužnika kao njegova pravnog nositelja, pri čemu se odstupa od zakonskih pravila o načinu i vremenu unovčenja predmeta stečajne mase te načinu i vremenu namirenja vjerovnika. Cilj je prijenosnog plana (plana tzv. prijenosne sanacije) likvidacija stečajnog dužnika, ali ne i poduzeća čiji je on pravni nositelj, pri čemu se obično velik dio ili čak čitava imovina te

⁶ Vidjeti sljedeće izmijenjene odredbe: čl. 2., st. 2. (ciljevi stečajnog postupka), čl. 24., st. 2. (ovlasti stečajnog upravitelja), čl. 25., st. 1., toč. 7. (dužnosti stečajnog upravitelja), čl. 34., st. 1. (zadaci odbora vjerovnika), čl. 38.e, st. 1., toč. 3. (ovlasti skupštine vjerovnika), čl. 45., st. 2. (privremeni stečajni upravitelj), čl. 55., st. 3. (zakazivanje ispitnog i izvještajnog ročišta), čl. 147. (tvrtka dužnika), čl. 155., čl. 155.a, st. 2. i čl. 155.b (izvještajno ročište), čl. 164., st. 7. (unovčenje nekretnina, brodova i zrakoplova pod različitim pravom), čl. 157. (obustava poslovanja poduzeća prije odluke vjerovnika) i brojne izmjene odredaba o stečajnom planu (čl. 213. - 265.) na koje će se još posebno upozoriti.

⁷ Detaljnije o prirodi stečajnog plana vidjeti Schiessler, W., *Der Insolvenzplan*, Bielefeld, 1997., str. 17 - 22; Hess, H.; Weiss, M., *Der Insolvenzplan*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, br. 48, 1998., str. 2350; Otte, K., u: Kübler, B. M.; Prütting, H. (ur.), *InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung*, Köln, 2001., knjiga I, § 217, br. 62 - 63; Jaffé, M., u: Wimmer, K. (ur.), *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, München, 2006., § 217, br. 74 - 101; Tjark, Th., u: Schmidt, A. (ur.), *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, Münster, 2007., § 217, br. 3.

⁸ Usporedi Uhlenbruck, W., *Das neue Insolvenzrecht (Insolvenzordnung und Einführungsgesetz nebst Materialien mit Praxisshinweisen)*, Herne, Berlin, 1994., str. 104; Maus, K. H., *Der Insolvenzplan*, u: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Herne, Berlin, 1999., str. 933, br. 7.

⁹ Usporedi Bork, R., *Einführung in das neue Insolvenzrecht*, Tübingen, 1995., str. 14, br. 312; Warrickoff, A., *Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplan*, KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht, 1997., br. 4, str. 539 - 543; Hess, Weiss, *op. cit.* u bilj. 7, str. 2352; Picot, G.; Aleth, F., *Unternehmenskrise und Insolvenz (Vorbeugung, Turnaround, Sanierung)*, München, 1999., str. 255 - 256, br. 792 - 796; Maus, *op. cit.* u bilj. 8, str. 934 - 938, br. 10 - 26; Jaffé, *op. cit.* u bilj. 7, § 220, br. 15 - 153; Thies, *op. cit.* u bilj. 7, § 217, br. 4 - 7.

poduzeće stečajnog dužnika prenose na već postojeću drugu pravnu osobu ili pravnu osobu koju će osnovati stečajni dužnik. Cilj je sanacijskog plana ne samo sanacija poduzeća stečajnog dužnika nego i samog stečajnog dužnika.¹⁰

Iz gore navedenih izmjena Stečajnog zakona proizlazi da će ubuduće u hrvatskom pravu biti moguć samo tzv. likvidacijski plan i eventualno prijenosni plan (plan prijenosne sanacije), no ovaj posljednji samo u slučaju kada stečajni dužnik osniva novu pravnu osobu na koju će se prenijeti imovina stečajnog dužnika. Dakle, u hrvatskom stečajnom postupku više se ne može izraditi sanacijski stečajni plan kao ni plan prijenosne sanacije u kojem se poduzeće i imovina dosadašnjeg stečajnog dužnika prenose na već postojeću pravnu osobu premda su upravo te vrste stečajnog plana inače dominantne u modernim insolventijskim postupcima reorganizacije i restrukturiranja i premda su te vrste stečajnog plana za stečajnog dužnika i vjerovnike u pravilu najpoželjnije. Zapravo, čak će i stečajni plan prijenosne sanacije, u kojem se poduzeće dužnika i njegova imovina prenose na novu pravnu osobu koju bi osnovao stečajni dužnik (čl. 213., st. 2. SZ-a), biti iznimno teško izraditi s obzirom na to da se mogućnost nastavka poslovanja stečajnog dužnika nakon otvaranja stečajnog postupka novim čl. 145.a SZ-a kao i mnogim drugim odredbama koje su izmijenjene kako bi se uskladile s tim člankom praktički isključila.

Spomenimo da je Novelom SZ-a iz 2012. u Stečajni zakon ponovno uveden institut prodaje imovine dužnika kao cjeline (čl. 163.a - 163.l). No, zbog novog čl. 145.a SZ-a i praktički isključene mogućnosti nastavka poslovanja stečajnog dužnika nakon otvaranja stečajnog postupka taj institut također će se s teškoćama primjenjivati u praksi.¹¹

Ako se iznimno bitno ograničenje u pogledu mogućih vrsta stečajnih planova u stečajnom postupku koje je donijela Novela SZ-a iz 2012. poveže s pravilom ZFPPN-a prema kojem je samo nelikvidni, odnosno insolventni dužnik, a ne i vjerovnici, ovlašten pokrenuti postupak predstečajne nagodbe (čl. 27., st. 2. ZFPPN-a), jasno je da je hrvatski zakonodavac iz samo njemu znanih razloga znatno ograničio vjerovničku autonomiju u rješavanju insolventnosti dužnika

¹⁰ Detaljnije o cilju i sadržaju likvidacijskog plana, plana prijenosne sanacije i sanacijskog plana vidjeti Garašić, J., *Mogućnosti i ograničenja inherentna stečajnom planu*, u: Dika, M. (ur.), *Treća Novela Stečajnog zakona*, Zagreb, 2003., str. 286 - 289.

¹¹ Već samo određenje da vjerovnici tek na izvještajnom ročištu ili kasnije mogu odlučiti o prodaji imovine dužnika kao cjeline (čl. 163.a, st. 1. SZ-a) pokazuje da se taj institut prilikom ponovnog uvođenja u zakonski tekst nije uskladio s čl. 145.a, zbog čega će biti problema u njegovoj primjeni.

te onemogućio vjerovnike u iniciranju saniranja takva dužnika. U praksi je poznato, i domaćoj i stranoj, da insolventni dužnik u pravilu prekasno pokreće insolventni postupak, i to, među ostalim, jer se najčešće sasvim neobjektivno nada da će se problem riješiti na neki drugi način.¹² Stoga je sasvim pogrešna ideja hrvatskog zakonodavca da se inicijativa za restrukturiranje i sanaciju stavi isključivo u ruke nelikvidnog, odnosno insolventnog dužnika. U svakom slučaju, nakon Novele SZ-a iz 2012. stečajni dužnik koji je pravna osoba više ne može “preživjeti” stečajni postupak, on će se uvijek morati po zaključenju stečajnog postupka brisati iz sudskog registra. To je vrlo neobično i upitno rješenje jer je čak i u socijalizmu, osim prisilne nagodbe izvan stečajnog postupka, bila zadržana i mogućnost prisilne nagodbe unutar stečajnog postupka.¹³

b) Ovlaštenje za podnošenje prijedloga stečajnog plana

Dosad su originarno pravo podnošenja stečajnog plana imali stečajni dužnik i stečajni upravitelj.¹⁴ Novi stavak 1. u čl. 214. SZ-a u potpunosti lišava stečajnog dužnika tog ovlaštenja. Vlada je to “obrazložila” tezom da je jedino dužnik ovlašten pokrenuti postupak predstečajne nagodbe i da je opravdano i nužno dužniku u potpunosti uskratiti mogućnost podnošenja stečajnog plana.¹⁵

Treba istaknuti da takvim rješenjem nije samo dodatno smanjena važnost stečajnog plana u stečajnom postupku nego i da je posredno gotovo u potpunosti doveden u pitanje institut osobne uprave (čl. 266. - 281. SZ-a).¹⁶

¹² Detaljnije o razlozima za prekasno pokretanje insolventničkog postupka vidjeti Kirstein, H.-J., *Ausführungen zu real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren*, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO), br. 18, 2006., str. 966 - 973; Foerste, U., *Gläubigerautonomie und Sanierung im Lichte des ESUG*, Zeitschrift für Zivilprozessrecht (ZZP), vol. 125, br. 3, 2012., str. 270.

¹³ Vidjeti čl. 152. Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji, Službeni list SFRJ, br. 84/89, koji je Republika Hrvatska preuzela (Narodne novine, br. 53/91, 54/94) i koji je bio na snazi sve do suvremenog Stečajnog zakona iz 1996. godine.

¹⁴ Detaljnije o ovlaštenju za podnošenje stečajnog plana vidjeti Garašić, J., *Sudsko ispitivanje podobnosti stečajnog plana*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1, 2004., str. 297 - 300.

¹⁵ Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona s konačnim prijedlogom zakona, Ministarstvo pravosuđa, listopad 2012., str. 32.

¹⁶ Detaljno o institutu osobne uprave Garašić, J., *Osobna uprava stečajnog dužnika*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 54, br. 1, 2004., str. 29 - 75.

Jedan od najefikasnijih načina restrukturiranja, odnosno sanacije insolventnog dužnika u pravnim sustavima koji poznaju stečajni plan i osobnu upravu jest dužnikovo pravovremeno podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka zajedno s pripremljenim prijedlogom za sanacijski stečajni plan i prijedlogom za određenje osobne uprave. Novim rješenjima u hrvatskom stečajnom pravu taj je način, na žalost, sasvim anuliran.

c) Odgovornost stečajnog dužnika prema stečajnom planu

Dosad je čl. 223., st. 1. SZ-a bilo predviđeno da se, ako stečajnim planom nije drukčije određeno, namirenjem stečajnih vjerovnika u skladu s provedbenom osnovom dužnik oslobađa svojih preostalih obveza prema tim vjerovnicima. Novela SZ-a iz 2012. iz te je odredbe izbrisala riječi “ako stečajnim planom nije drukčije određeno”. Ta je promjena povezana s činjenicom da stečajni dužnik više ne može nakon zaključenja stečajnog postupka pravno opstati.

d) Prilozi uz stečajni plan

Ako se stečajnim planom predviđa da će se vjerovnici namiriti iz prihoda poduzeća koje će se nastaviti voditi, tada se prema čl. 225. SZ-a takvu stečajnom planu moraju priložiti tzv. pregled imovine, financijski plan i plan rezultata. Dosad je dužnikovo poduzeće mogao nastaviti voditi sam dužnik ili treća osoba. Novela SZ-a iz 2012. navedenu je odredbu izmijenila tako da je jasno da dužnikovo poduzeće odsad može nastaviti voditi samo “osoba koja će biti osnovana” od strane dužnika. Novela je i u potpunosti izbrisala čl. 216. SZ-a koji je određivao daljnje priloge koji su se trebali priložiti planu ako je stečajnim planom bio predviđen pravni opstanak stečajnog dužnika, odnosno njegove statusne promjene (pripajanje, spajanje i sl.).

e) Sudsko odbacivanje stečajnog plana

Budući da stečajni dužnik više nema ovlaštenje podnošenja stečajnog plana, Novela SZ-a iz 2012. u čl. 227., st. 1. SZ-a izbrisala je odredbe prema kojima će stečajni sudac stečajni plan odbaciti po službenoj dužnosti ako očitoma nema

izgleda da plan koji je dužnik podnio vjerovnici prihvate ili sud potvrdi ili, ako se prava koja bi sudionici trebali steći prema provedbenoj osnovi plana koji je dužnik podnio, očito ne mogu ostvariti.

Iz istog razloga izbrisano je i pravilo u čl. 227., st. 2. SZ-a prema kojem je sud morao odbaciti novi plan dužnika ako je on u stečajnom postupku već ranije podnio plan koji su vjerovnici odbili, koji sud nije potvrdio ili koji je dužnik povukao nakon javnoga zakazivanja ročišta za raspravljanje o planu, pod pretpostavkom da je to odbacivanje zatražio stečajni upravitelj uz suglasnost osnovanog odbora vjerovnika.

f) Izjašnjenja o stečajnom planu

Kako pravo podnošenja stečajnog plana prema novom rješenju ima samo stečajni upravitelj (čl. 213., st. 1. SZ-a), Novela SZ-a iz 2012. morala je u čl. 228., st. 1. SZ-a, koji regulira pravo osoba koje se imaju pravo izjasniti o podnesenom planu, izbrisati riječi koje su davale pravo stečajnom upravitelju na izjašnjenje u slučaju podnošenja stečajnog plana od strane stečajnog dužnika. Pravo izjašnjenja o stečajnom planu sada imaju samo odbor vjerovnika ako je osnovan i dužnik pojedinac. Osim toga, Novela je rok za izjašnjenje o planu koji je iznosio 30 dana skratila na 15 dana. Stečajnom je sucu ostala mogućnost da pozove državna tijela nadležna za predmet poslovanja dužnika kao i gospodarsku, odnosno obrtničku komoru da se izjasne o predloženom planu (čl. 228., st. 2. SZ-a).

g) Zakašnjenje dužnika u ispunjenju stečajnog plana

Kako u stečajnom postupku više nije moguće izraditi sanacijski stečajni plan, Novela SZ-a iz 2012. u potpunosti je izbrisala članke koji su regulirale postupanje u slučaju znatnog zakašnjenja dužnika u ispunjenju stečajnog plana: prestanak odredaba stečajnog plana o odgodi namirenja i otpustu duga (čl. 251. SZ-a), postupanje u slučaju postojanja osporenih tražbina i tražbina s pravom na odvojeno namirenje (čl. 252. SZ-a) i mogućnosti postojanja ovrhe protiv dužnika na temelju rješenja o potvrdi stečajnog plana (čl. 253. SZ-a).

h) Učinci zaključenja stečajnog plana

S obzirom na činjenicu da u stečajnom postupku više nije moguće izraditi sanacijski stečajni plan i da svaki stečajni dužnik nakon zaključenja stečajnog postupka brisanjem iz upisnika kao pravna osoba prestaje postojati, a kao dužnik pojedinac gubi svojstvo trgovca pojedinca, odnosno obrtnika (čl. 196., st. 3. SZ-a), u članku 255., st. 1. Novela SZ-a iz 2012. izbrisala je drugu rečenicu prema kojoj je nakon zaključenja stečajnog postupka u slučaju postojanja stečajnog plana dužnik ponovno stjecao pravo slobodnoga raspolaganja stečajnom masom.

i) Nadzor nad ispunjenjem stečajnog plana

Nadzor nad ispunjenjem stečajnog plana više se ne može provoditi nad stečajnim dužnikom jer on kao pravni subjekt, odnosno u svojstvu trgovca pojedinca ili obrtnika više ne može opstati nakon zaključenja stečajnog postupka i brisanja iz sudskog registra. Nadzor se može provoditi samo nad novom osobom na koju se u okviru stečajnog plana prenijela imovina stečajnog dužnika i koju je osnovao upravo stečajni dužnik (tzv. društvo preuzimatelj). Stoga je Novela SZ-a iz 2012. u čl. 256., st. 2. SZ-a koji govori o nadzoru nad ispunjenjem stečajnog plana izbrisala stavak 2. koji je regulirao nadzor nad ispunjenjem stečajnog plana od strane stečajnog dužnika, a ostala je samo mogućnost nadzora nad društvom preuzimatelja. Prilagođen je i čl. 258. SZ-a pa sada stečajni upravitelj može stečajnom sudu podnijeti prijavu samo ako stečajni plan ne ispunjava društvo preuzimatelj. Članak 259. SZ-a promijenjen je tako da se stečajnim planom sada može predvidjeti da za valjanost određenih pravnih poslova bude potrebna prethodna suglasnost stečajnog upravitelja, ali to se odnosi samo na poslove društva preuzimatelja. Tijekom trajanja nadzora nad ispunjenjem stečajnog plana kredit sada može prema čl. 260. SZ-a preuzeti samo društvo preuzimatelj, a ne više i dužnik. Objava nadzora, liste poslova za koje je potrebna prethodna suglasnost stečajnoga upravitelja i visina kreditnoga okvira prema čl. 263. SZ-a sada se odnosi samo na društvo preuzimatelja. Usklađen je i čl. 265. SZ-a jer troškove nastale nadzorom sada može snositi samo društvo preuzimatelj.

III. TEMELJNE POGREŠKE U KONCEPTU HRVATSKE PREDSTEČAJNE NAGODBE

Kao što je rečeno, gore navedene izmjene odredaba o stečajnom planu trebale su stečajni plan prilagoditi predstečajnoj nagodbi. Zapravo je izvršena duboka degradacija pravnog instituta stečajnog plana na razinu nedorađena i nedovoljno promišljena pravnog koncepta predstečajne nagodbe.

U prvom redu, koncept hrvatske predstečajne nagodbe u protivnosti je s modernim razvojem stečajnog, odnosno insolventijskog prava. Spomenimo samo države koje su nam oduvijek bile uzorom u kreiranju norma u različitim pravnim područjima pa tako i u području stečajnog prava. I Njemačka i Austrija napustile su svoje tradicionalne odvojene postupke (prisilne) nagodbe i stečajnog postupka¹⁷ te se opredijelile za jedinstveni insolventijski postupak koji u sebi sadrži i mogućnost sanacije i prijenosne sanacije, a isto tako i klasične likvidacije imovine u stečajnoj masi. Njemačka je to učinila već spomenutim Insolventijskim zakonikom (Insolvenzordnung) iz 1994. godine koji je stupio na snagu 1999. godine, a Austrija Insolventijskim zakonikom (Insolvenzordnung) na temelju Zakona o promjeni insolventijskog prava (Insolvenzrechtsänderungsgesetz)¹⁸ iz 2010. godine. Isti smo put i mi odabrali Stečajnim zakonom još 1996. godine u okviru velike reforme stečajnog prava, a u kojem smo se u velikoj mjeri ugledali upravo na rješenja njemačkog zakonodavca.¹⁹ Rješenja našeg Stečajnog zakona ubrzo su slijedile Republika Srpska²⁰, Federacija Bosne

¹⁷ U Njemačkoj je vrijedio Stečajni zakonik (*Konkursordnung*) iz 1877. i Zakonik o nagodbi (*Vergleichsordnung*) iz 1935. godine, a u Austriji Stečajni zakonik (*Konkursordnung*) iz 1914. i Zakonik o nagodbi (*Ausgleichsordnung*) iz iste godine.

¹⁸ *Insolvenzrechtsänderungsgesetz*, Bundesgesetzblatt, I, 2010/29. – Detaljnije o tome Konecny, A., *Das Verfahrensgebäude der Insolvenzordnung*, u: IRÄG 2010 – Insolvenzänderungsgesetz, Zeitschrift für Insolvenzrecht & Kreditschutz – ZIK, spezial, Wien, 2010., str. 1 - 21.

¹⁹ Budući da se pojam stečajnog postupka tradicionalno vezivao za postupke likvidacije imovine insolventnog dužnika, ime našeg hrvatskog Stečajnog zakona nije odgovarajuće. No, u vrijeme njegova donošenja nije postojala politička spremnost za uvođenjem nove terminologije. Poblize o tome Dika, M., *Insolventijsko pravo*, Zagreb, 1998., str. 3, bilj. 16.

²⁰ Zakon o stečajnom postupku, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 67/02, 72/02, 38/03, 96/03, 84/04, 85/05, 68/07, 26/10.

i Hercegovine²¹ i Republika Makedonija²² opredjeljujući se isto tako za jedinstveni stečajni, odnosno insolventni postupak.

Prednost je jedinstvenog insolventnog postupka ušteda vremena i troškova, posebno u slučajevima u kojima se pokaže da u pogledu konkretnog insolventnog dužnika nema mogućnosti za reorganizaciju i sanaciju. Time i sam insolventni postupak dobiva na efikasnosti, jednom od najvažnijih načela stečajnog, odnosno insolventnog prava. Osim toga, ako postoji jedinstveni postupak za sve moguće scenarije s insolventnim dužnikom, izbjegava se potreba dvostrukog reguliranja pravnih posljedica otvaranja različitih insolventnih postupaka, postojanje paralelnih rješenja i nepotrebnih pravnih norma, čime se doprinosi pravnoj predvidivosti, lakšoj i efikasnijoj primjeni stečajnog, odnosno insolventnog prava u praksi, a time ujedno i pravnoj sigurnosti.

Drugo, postupak predstečajne nagodbe nikako nije smio biti upravni postupak (čl. 26., 31. ZFPFN-a). Nikada u cjelokupnoj hrvatskoj povijesti postupke vezane za nelikvidnost, odnosno insolventnost dužnika nisu vodila upravna tijela. S pravom. Naime, u tim postupcima riječ je o građanskim, odnosno trgovačkim imovinskim pravima čija je zaštita uvijek pripadala u nadležnost sudova.²³ Podsjetimo da čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih

²¹ Zakon o stečajnom postupku, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, br. 29/03, 32/04, 42/06.

²² Zakon za stečaj, Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 34/06, 55/97, 53/00, 37/02, 17/04.

²³ Vidjeti Zakonski član XXII iz 1840. i zakonski član VII iz 1844. koji je kratko vrijeme vrijedio u Hrvatskoj i Ugarskoj – Hinković, *Stečajni red od 18. VII 1853*, sa tiučićima se pojedinih ustanovah zakoni i naredbami, Zagreb, Nakladom knjižare Mučnjak i Senfteleben, 1884., str. 17; Privremeni stečajni red od 18. VII. 1853, koji je vrijedio za kraljevine Ugarsku, Hrvatsku, Slavoniju, srbsku Vojvodinu s tamiškim Banatom i kneževinu Erdeljsku – Reichs-, Gesetz- und Regierungsblatt 1853, kom. XLIII, br. 132; Stečajni zakon za Hrvatsku i Slavoniju od 28. III 1897. – Sbornik zakona i naredaba za Hrvatsku i Slavoniju 1897, kom. VIII, br. 36; Ugarski Stečajni zakon iz 1881. koji je vrijedio na području Baranje, Bačke i Banata – Sladović, E., *Stečajno pravo*, Zagreb, 1925., str. 13 - 14; austrijski Konkursordnung iz 1868. te 1914. kao i Ausgleichsordnung iz 1914. koji je vrijedio u Dalmaciji i Sloveniji – Reichsgesetzblatt iz 1914., br. 337; Stečajni zakon za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1929. – Službene novine, 1929., br. 282, predmet 567; BANSKU naredbu br. 17.500 od 1. IX. 1916. – Sbornik zakona i naredaba valjanih za Kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju iz 1916, kom. XIV, br. 61; Zakon o prinudnom poravnanju van stečaja iz 1929. – Službene novine, 1929., br. 282, predmet 568; Uredbu o postupku likvidacije privrednih poduzeća iz 1951. – Službeni list FNRJ, br. 57/51; Uredbu o prestanku poduzeća i radnji iz 1953. – Službeni list FNRJ, br. 51/53, 49/56; 53/61, 52/62;

prava i temeljnih sloboda iz 1950. godine, koju je Republika Hrvatska ratificirala 1997. godine²⁴ i čiji je bitni sadržaj preuzeo i čl. 29., st. 1. Ustava Republike Hrvatske²⁵, zahtijeva da u postupcima u kojima se odlučuje o građanskim pravima i obvezama odluke donosi na zakonu osnovani te neovisni i nepristrani tribunal, i to pravično, javno i u razumnom roku. Upravna vlast hijerarhijski je organizirana i ne može se zaniijekati naglašeni utjecaj države u upravnim tijelima pa se, stoga, upravno tijelo u pravilu ne može smatrati neovisnim tribunalom u smislu čl. 6., st. 1. spomenute Konvencije.²⁶ Čitav postupak predstečajne nagodbe provodi se u regionalnim centrima Financijske agencije, i to pred tročlanim nagodbenim vijećima koje imenuje ministar financija (čl. 27., st. 1. - 2.; čl. 33., st. 1. - 2. ZFPPN-a). Uloga suda svedena je na to da po prijedlogu dužnika dopusti sklapanje predstečajne nagodbe ako su na ročištu za sklapanje predstečajne nagodbe svoj pristanak dali dužnik i vjerovnici koji su prihvatili plan financijskog restrukturiranja, a čije tražbine čine potrebnu većinu iz čl. 63. ZFPPN-a (čl. 66., st. 8. ZFPPN-a). Postavlja se pitanje zašto se vjerovnici dva puta moraju izjašnjavati o pravnom instrumentu restrukturiranja, jednom pred nagodbenim vijećem, a drugi put pred sudom, i to osobito s obzirom na činjenicu da sadržaj predstečajne nagodbe pred sudom mora biti u cijelosti istovjetan sa sadržajem prihvaćena plana financijskog restrukturiranja pred nagodbenom vijećem (čl. 67., st. 9. ZFPPN-a). Vjerovnici time bez ikakve potrebe gube vrijeme i, naravno, moraju snositi troškove svog sudjelovanja na ročištima i pred nagodbenim vijećem i pred sudom. Formalno zaključenje predstečajne nagodbe pred sudom ne može izmijeniti činjenicu da se cjelokupni postupak predstečajne nagodbe ipak odvija pred upravnim tijelom, što se može pojaviti

Zakon o prisilnoj nagodbi i stečaju iz 1965. – Službeni list SFRJ, br. 15/65, 55/69, 39/72, 16/74; Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada iz 1980. – Službeni list SFRJ, br. 41/80, 25/81, 66/81, 28/83, 20/84, 7/85, 39/85, 9/86, 43/86; Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada iz 1986. – Službeni list SFRJ, br. 72/86, 42/87, 75/87, 69/88; Zakon o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji iz 1989. – Službeni list SFRJ, br. 84/89; Narodne novine RH, br. 53/91, 9/94; Stečajni zakon iz 1996. – Narodne novine, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12.

²⁴ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 8/99 (ispravak), 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

²⁵ Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 85/10 - pročišćeni tekst.

²⁶ Detaljnije o tome Garašić, J., *O upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u svjetlu čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, supplement, 1998., str. 971.

kao problem u slučajevima s međunarodnim elementom kada se postavlja pitanje priznanja predstečajne nagodbe u stranim državama u kojima domaći dužnik ima imovinu, i to posebno u državama koje su članice Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i koje su dužne poštivati minimalne procesne standarde spomenutog čl. 6., st. 1. te Konvencije.²⁷ Važno je naglasiti i činjenicu da je bilo iznimno neracionalno povjeriti vođenje postupaka predstečajne nagodbe upravnim djelatnicima Ministarstva financija jer oni za to nisu obučeni i nemaju dovoljno znanja o stečajnom, odnosno insolventnom pravu koje je jedno od najsloženijih pravnih područja.

Treća temeljna pogreška u postojećem konceptu predstečajne nagodbe jest dužnost dužnika da uvijek kada se nalazi u stanju nelikvidnosti ili insolventnosti pokreće postupak predstečajne nagodbe. Tek ako nema imovine ili je njegova imovina male ili neznatne vrijednosti i nema zaposlenih, može, znači ne mora, u tom stanju predložiti postupak predstečajne nagodbe (čl. 39., st. 1. - 2. ZFPPN-a).²⁸ Naime, pogrešna je teza zakonodavca da je svaki nelikvidan, odnosno insolventan dužnik podoban za financijsko restrukturiranje, što je cilj predstečajne nagodbe (čl. 20. ZFPPN-a). Dapače, upravo suprotno, velika većina dužnika za to neće biti sposobna i tada je važno da se što prije provede stečajni postupak kako bi se dužnika odstranilo iz pravnog prometa, a ne da se stečajni postupak uvjetuje prethodnim provođenjem predstečajne nagodbe. Nepotrebnim prethodnim vođenjem postupka predstečajne nagodbe gubi se vrijeme, povećava se opasnost zloupotreba jer dužnik i dalje raspolaže svojom imovinom te se zbog troškova predstečajne nagodbe dodatno smanjuje buduća stečajna masa, što, na žalost, ide na štetu vjerovnika. Paradoks je što, s druge strane, nakon posljednjih izmjena Stečajnog zakona potencijalno *ozdravljiv* duž-

²⁷ Detaljnije o pitanju poštivanja minimalnih procesnih standarda iz čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u kontekstu priznanja strane odluke o otvaranju insolventnog postupka vidjeti Garašić, J., *Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren. Ein Vergleich des kroatischen, des deutschen und des schweizerischen Rechts sowie der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, des Istanuler Übereinkommens und des UNCITRAL-Modellgesetzes*, knjiga I, Frankfurt am Main, 2005., str. 219, 224.

²⁸ S tim u vezi treba spomenuti nova pravila Stečajnog zakona prema kojima su osobe koje su ovlaštene voditi poslove društva dužne bez odgode, a najkasnije šezdeset jedan dan od dana nastanka nelikvidnosti, odnosno dvadeset jedan dan od dana nastanka nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti predložiti otvaranje stečajnog postupka, osim ako je posebnim zakonom propisana obveza pokretanja postupka predstečajne nagodbe (čl. 4., st. 13. - 14. SZ-a).

nik, koji bi, dakle, bio sposoban za financijsko restrukturiranje, u stečajnom postupku koji je pokrenuo neki od njegovih vjerovnika, prije no što je dužnik pokrenuo postupak predstečajne nagodbe, uopće ne može predlagati stečajni plan (čl. 214., st. 1. SZ-a)!

Nadalje, pogrešno je rješenje prema kojem vjerovnicima nije dano ovlaštenje pokretanja postupka predstečajne nagodbe. On se pokreće samo na prijedlog dužnika (čl. 27., st. 2. ZFPPN-a). Kao što je već spomenuto, kod dužnika postoji jedan važan psihološki moment: zbog gorljive nade da će nekako uspjeti izaći iz financijskih teškoća, on često postaje neobjektivan, uslijed čega dužnik u pravilu kasni s pravovremenim pokretanjem bilo koje vrste insolventijskih postupaka. Mudar zakonodavac o tome vodi računa. Vjerovnici, dakle, ne mogu pokrenuti postupak predstečajne nagodbe i tako predlagati restrukturiranje dužnika, nego mogućnost inicijative leži isključivo na dužniku, a, s druge strane, oni ne mogu nakon posljednjih izmjena Stečajnog zakona u okviru stečajnog postupka predlagati sanacijski plan kao ni plan prijenosne sanacije u okviru kojeg bi se poduzeće i imovina prenijeli na već postojeće trgovačko društvo (čl. 213., st. 2. SZ-a). Takvim rješenjima u obama zakonima zakonodavac je bitno narušio temeljni koncept kontinentalnog stečajnog, odnosno insolventijskog prava prema kojem imovina insolventnog, odnosno prezaduženog dužnika nakon otvaranja insolventijskog postupka pripada vjerovnicima koji će odlučiti hoće li inicirati i podržati sanaciju dužnika ili se opredijeliti za likvidaciju njegove imovine i neposredno namirenje.

Osim toga, institut financijskog restrukturiranja, odnosno sanacije koji je sada moguć, u suštini, samo u okviru postupka predstečajne nagodbe, loše je normativno razrađen. Istančano iznijansirane odredbe pravnog instituta stečajnog plana (čl. 213. - 265. SZ-a) civilizacijska su tekovina. On svoje porijeklo ima u američkom Stečajnom zakoniku (*Chapter 11 of U. S. Bankruptcy Code*)²⁹, a njegov su koncept Nijemci tijekom petnaest godina istraživanja i reforme svog insolventijskog prava prilagodili kontinentalnom pravnom sustavu. Upravo smo te prilagođene odredbe insolventijskog plana njemačkog prava (§ 217. – 269. InsO) 1996. godine preuzeli u naš Stečajni zakon.³⁰ Njima su precizno razrađeni priprema i izrada plana (čl. 213. - 230. SZ-a), prihvaćanje i potvrda

²⁹ *Bankruptcy Code*, Pub. L. 95 - 598, Title I, Sec. 101, Nov. 6, 1978, 92. Stat. 2549. Posljednja izmjena: Pub. L. 109-8, Title VIII, Sec. 801(b), Title X, Sec. 1007(d), Apr. 20, 2005, 119. Stat. 145, 188.

³⁰ O nekim od važnijih razlika između američkog i njemačkog, odnosno hrvatskog stečajnog plana vidjeti Bork, R., *Insolvenzplan*, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), vol. 109, br. 4, 1996., str. 480 - 486.

plana od njegovih sudionika (čl. 231. - 249. SZ-a), učinci potvrđenog plana i nadzor nad ispunjenjem plana (čl. 250. - 265. SZ-a). Odredbe o predstečajnoj nagodbi (čl. 19. - 86. ZFPPN-a), u kojima su izmiješani procesni i materijalni aspekti, po svojem sadržaju i doradenosti ne mogu se mjeriti sa stečajnim planom reguliranim u Stečajnom zakonu. Spomenimo ovdje samo neke od problema. Nedovoljno su razrađene pravne posljedice otvaranja postupka predstečajne nagodbe, pri čemu su neke preuzete iz Stečajnog zakona, a neke nisu (čl. 68. - 80. ZFPPN-a) pa će paralelni pravni režim sigurno stvarati probleme u praksi i dovoditi do pravne nesigurnosti, što će se, bez daljnjega, odraziti i na spremnost stranih investitora da ulažu u Hrvatskoj. U postupku predstečajne nagodbe nije predviđena zaštita većine od zloupotrebe manjine (ne postoji pravilo o zabrani opstrukcije pri glasanju o predstečajnoj nagodbi kao što to postoji u čl. 241. Stečajnog zakona), a isto tako nije predviđena ni zaštita manjine od zloupotreba većine (ne postoji pravilo prema kojem osnovani prigovor jednog vjerovnika da je nagodbom stavljen u lošiji položaj od onoga u kojem bi bio u slučaju nepostojanja nagodbe može onemogućiti sklapanje nagodbe kao što to pravilo postoji u čl. 247. Stečajnog zakona). Posebno zabrinjava iznimno velik utjecaj države u postupku predstečajne nagodbe. Ministar financija imenuje članove nagodbenog vijeća (čl. 33., st. 2., reč. 1. ZFPPN-a), pri čemu se ne može zaboraviti da je upravna vlast zasnovana na principu hijerarhije. Nagodbeno vijeće, koje je zapravo tijelo države, određuje povjerenika predstečajne nagodbe (čl. 34. ZFPPN-a), pri čemu vjerovnici nemaju nikakve mogućnosti utjecati na njegov sastav. Štoviše, vjerovnici u postupku predstečajne nagodbe uopće nemaju svoje tijelo koje bi moglo štiti njihove interese (vidjeti čl. 32. ZFPPN-a). Država predstavlja posebnu grupu kod glasanja o planu financijskog restrukturiranja jer se tijela javne uprave i trgovačka društva u većinskom državnom vlasništvu stavljaju u posebnu grupu vjerovnika prema čl. 63., st. 1. ZFPPN-a. Postavlja se pitanje opravdanosti takva rješenja s obzirom na to da trgovačka društva, bez obzira što se nalaze u većinskom državnom vlasništvu, mogu u odnosu na konkretnog dužnika imati različite gospodarske interese i tada nije oportuno da ih se sve stavlja u istu obvezatnu grupu. Isto tako, nije jasno zašto financijske institucije uvijek moraju biti u istoj grupi. Ostali vjerovnici mogu se podijeliti u više grupa "ovisno o specifičnosti tražbina" (čl. 63., st. 1. ZFPPN-a), pri čemu nije jasno što je zakonodavac pod time mislio. Daljnji je ozbiljan nedostatak što se u postupku predstečajne nagodbe ne mogu nametnuti nikakva ograničenja izlučnim i razlučnim vjerovnicima jer, prema čl. 71. ZFPPN-a, taj postupak "ne utječe na pravo odvojenog namirenja izlučnih

i razlučnih vjerovnika”.³¹ U posljednjih dvadesetak godina zamjetan je ubrzan razvoj različitih stvarnopravnih sredstava osiguranja tražbina i u domaćem i u komparativnom pravu. Posljedica toga jest da je imovina dužnika koji se nalazi u financijskim teškoćama u pravilu gotovo u potpunosti pokrivena izlučnim i posebno razlučnim pravima. Bez uključivanja izlučnih i razlučnih vjerovnika u postupak predstečajne nagodbe i plan restrukturiranja iluzorno je očekivati uspjeh sanacije dužnika. Prema Stečajnom zakonu moguće je razlučnim vjerovnicima nametnuti ograničenja predviđena stečajnim planom, ali pod uvjetom da njihov položaj nije lošiji od onoga u kojem bi bili da plana nema (čl. 218., st. 1., toč. 1.; čl. 219.; čl. 247. SZ-a). Slična je rješenja bilo nužno predvidjeti i za predstečajnu nagodbu. Nadalje, ako se postojanje nelikvidnosti temelji samo na neisplaćenim plaćama (čl. 15., st. 2., toč. 2. ZFPPN-a), tada postupak predstečajne nagodbe nema smisla jer on na te “prioritetne” tražbine ne utječe (čl. 71., st. 3. u vezi s čl. 3., toč. 13. ZFPPN-a). Je li doista takvo rješenje dobro za radnike i ostale vjerovnike? Spomenimo i pravilo prema kojem, ako se predlaže isplata tražbina u smanjenom iznosu, postotak što ga dužnik u prijedlogu predstečajne nagodbe nudi vjerovnicima za namirenje njihovih tražbina ne može biti manji od 30% ako se plaćanje nudi u roku od četiri godine ni manji od 40% ako se plaćanje nudi u roku od osam godina (čl. 45., st. 3. ZFPPN-a). Takvih umjetnih ograničavajućih pravila nema u stečajnom planu, nego je sve prepušteno autonomiji vjerovnika i dogovoru s dužnikom ovisno o konkretnoj situaciji. Dok je predstečajna nagodba isključivo orijentirana na financijsko restrukturiranje i sanaciju dužnika (čl. 20. ZFPPN-a), koncept stečajnog plana bio je mnogo širi, on je omogućavao, osim sanacije dužnika kao pravnog subjekta, i prijenosnu sanaciju (na već postojeću osobu ili onu koju će se tek osnovati) kao i likvidaciju dužnika i njegove imovine. Stoga, ono što se predviđa kao svrha predstečajne nagodbe u potpunosti je bilo moguće postići i stečajnim planom. Na žalost, nakon Novele SZ-a iz 2012. iz koncepta hrvatskog stečajnog plana isključena je mogućnost sanacije stečajnog dužnika, što je sasvim pogrešno rješenje s obzirom na već spomenutu nemogućnost vjerovnika da traže pokretanje postupka predstečajne nagodbe. I u pogledu mogućnosti da se protiv potvrđenog stečajnog plana, odnosno sklopljene predstečajne nagodbe upotrijebe pravna sredstva postoje velike razlike. Dok je protiv rješenja o potvrdi stečajnog plana moguće u roku od 8 dana izjaviti žalbu (čl. 11., st. 2., čl. 249. SZ-a) koju je prvostupanjski sud dužan u roku od 8 dana od

³¹ Dakako, u toj odredbi nije ni jasno što se htjelo reći pod “odvojenim namirenjem izlučnih vjerovnika” jer predmet izlučnog prava ni ne pripada imovini dužnika.

njezina primitka dostaviti drugostupanjskom sudu (čl. 11., st. 8. SZ-a), a koji je o njoj dužan odlučiti u roku od 60 dana od njezina primitka (čl. 11., st. 7. SZ-a), protiv sklopljene predstečajne nagodbe moguće je podnijeti tužbu, i to pod istim pretpostavkama koje su propisane za pobijanje sudske nagodbe (čl. 83. ZFPPN-a). Dakle, nužno je, da bi se predstečajna nagodba stavila izvan snage, voditi parnični postupak. Svi znamo koliko dugo parnični postupak pred našim sudovima može trajati, što to pravno sredstvo čini apsolutno neprimjerenim u kontekstu stečajnih, odnosno insolventijskih postupaka koji se smatraju hitnima (čl. 7., st. 2. SZ-a; čl. 27., st. 1. ZFPPN-a), i to zbog potrebe da se na rješavanje insolventnosti, odnosno prezaduženosti što primjerenije i brže reagira.

Predviđeni koncept predstečajne nagodbe povlači za sobom i znatne troškove za dužnika zbog potrebe da se uključe revizori, računovođe, financijski savjetnici i da se izrade mnogobrojna izvješća pri njezinoj pripremi kao i da se plate troškovi postupka predstečajne nagodbe.³² U slučaju neuspjeha predstečajne nagodbe, koji je više pravilo nego iznimka, svi ti troškovi u konačnici padaju na teret vjerovnika jer će imovina onog dužnika koji nije uspio s postupkom predstečajne nagodbe, što će ući u stečajnu masu kasnije otvorenog stečajnog postupka, biti znatno manja, a time i kvota namirenja dužnikovih vjerovnika.

Osim teških grešaka u konceptu predstečajne nagodbe, Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi iznimno je loše i nomotehnički redigiran. Prvi dio zakona uopće nema naslov, a isto tako ni Glava I. i III. Velik broj članaka ima velik broj stavaka u kojima naslov članka uopće ne odgovara sadržaju odredaba. Česte su odredbe u kojima pravnička preciznost nije došla do izražaja, što je i bio razlog potrebe za Uredbom o izmjenama i dopunama tog zakona u prosincu 2012. godine, a, kao što je već rečeno, upravo se pripremaju i nove, dodatne izmjene toga zakona.

IV. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Na temelju iznesenoga može se zaključiti da ZFPPN i Novela SZ-a iz 2012. doista predstavljaju značajan korak unazad u razvoju hrvatskoga stečajnog prava, a posebice instituta stečajnog plana.

³² Slično naglašava i Brkanić, V., *Nerealna očekivanja od Zakona koji bi trebao otkloniti financijski nered. Povodom Prijedloga Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 9, 2012., str. 19.

Svakako, ne može se osporiti činjenica da dosad u hrvatskoj pravnoj praksi nije bilo dovoljno stečajnih planova. No, razlog za to ne treba tražiti u zakonskim normama o stečajnom planu (čl. 213. - 265. SZ-a), nego, u prvom redu, u nekim značajnim izvanjskim faktorima koji su predstavljali, a predstavljaju i dalje, zapreku da se stečajni plan u većoj mjeri afirmira kao efikasan pravni institut za rješavanje insolventnosti, odnosno prezaduženosti dužnika u Hrvatskoj.

Prije svega, treba spomenuti da dodatna pristojba za vođenje stečajnog postupka u iznosu od 10.000,00 kuna koju vjerovnik koji predlaže otvaranje stečajnog postupka treba platiti (čl. 39.a SZ-a) u bitnome doprinosi tomu da se stečajni postupak ne otvara na vrijeme, kada dužnik još ima dovoljno imovine koja bi omogućila izradu sanacijskog stečajnog plana. Premda je država dužna osigurati sredstva za rad trgovačkih sudova i vođenje stečajnih postupaka, pri čemu bi se ti troškovi kasnije nadoknadili iz unovčene imovine stečajnog dužnika, zbog kroničnog nedostatka financijskih sredstava u državnom proračunu teret prethodnog financiranja vođenja stečajnog postupka pogrešno se prebacio na vjerovnike stečajnog dužnika. Ta pristojba posebno je teret za vjerovnike koji pripadaju u kategoriju malih poduzeća ili trgovaca pojedinaca, odnosno obrtnika.

Ne treba zaboraviti ni činjenicu da je država gotovo u svakom stečajnom postupku potencijalni vjerovnik po osnovi javnih, u prvom redu poreznopravnih tražbina te da bi kao takva zbog odgovornosti za punjenje državnog proračuna uvijek bila dužna pravovremeno pokretati stečajne postupke radi naplate svoje tražbine kada više nije u mogućnosti pokrenuti ovršni postupak. No, državno odvjetništvo u pravilu nije inicijator pokretanja stečajnog postupka, što se, s jedne strane, opravdava time da ni državna odvjetništva nemaju dovoljno financijskih sredstava za to, a, s druge strane, tezom da država želi sačuvati radna mjesta i da zato ne treba pokretati stečajne postupke. Naravno, jasno je da je ta posljednja teza iracionalna jer se samo ispravnim gospodarenjem i pravovremenim otklanjanjem razloga insolventnosti mogu sačuvati radna mjesta.

Nadalje, ni uprave pravnih osoba počesto ne poštuju zakonsku odredbu o dužnosti pravovremenog pokretanja stečajnog postupka (raniji čl. 4., st. 10.; važeći čl. 4., st. 13. - 14. SZ-a). Nužno je ojačati građansku, kaznenu, društvenu i etičku odgovornost tih pravnih subjekata za pravovremeno pokretanje stečajnog postupka te pravne norme o toj odgovornosti doista i primjenjivati u praksi. Spomenimo ovdje da UNCITRAL-ova Radna skupina V za insolventničko pravo upravo radi na izradi pravila o odgovornosti direktora (uprave) trgovačkih društava za pravovremeno pokretanje insolventničkog postupka, a kojima želi

potaknuti države na globalnoj razini da ta pravila unesu u svoje zakonodavstvo i dosljedno ih primjenjuju.³³

Iznimno važnu ulogu u izradi stečajnog plana ima stečajni upravitelj i njegova profesionalna osposobljenost za pripremu plana, odnosno njegova sposobnost da okupi pravne i ekonomske stručnjake koji će mu pomoći izraditi plan. Mnogo je jednostavnije u stečajnom postupku provesti likvidaciju imovine stečajnog dužnika i izbrisati ga iz sudskog registra pa upravitelji u praksi inkliniraju upravo tom rješenju. Na žalost u Hrvatskoj ne postoji institucija koja bi se permanentno brinula o profesionalnom usavršavanju stečajnih upravitelja. Postojeća Hrvatska udruga stečajnih upravitelja nema dovoljno financijskih sredstava, a ni, što je u određenoj mjeri povezano, dovoljnu društvenu potporu da sama provodi profesionalno usavršavanje stečajnih upravitelja. Krajnji je trenutak da se razmisli o osnivanju profesionalnog tijela, komore stečajnih upravitelja, koja bi se na jednoj višoj razini brinula o razvoju profesionalnosti stečajnih upravitelja. Kako je s izradom stečajnog plana potrebno započeti što ranije, važno je da i vjerovnici imaju veći utjecaj na odabir stečajnog upravitelja, i to već u periodu prije otvaranja stečajnog postupka jer privremeni stečajni upravitelj, kojeg stečajni sudac može imenovati već u prethodnom postupku (čl. 44., st. 2., toč. 1.; čl. 45. SZ-a), u pravilu u praksi postaje i stečajni upravitelj nakon otvaranja stečajnog postupka.

Važno je raditi i na permanentnom usavršavanju stečajnih sudaca, posebno kad je riječ o pravno-ekonomskim aspektima stečajnog plana, kako bi oni lakše u tom kontekstu surađivali sa stečajnim upraviteljima, kontrolirali cjelokupni tijek razvoja plana, njegovo prihvaćanje od strane sudionika te lakše donosili odluke o njegovoj sudskoj potvrdi. U tom bi smislu trebalo organizirati konstantnu ponudu tematskih radionica o stečajnom planu i održavati savjetovanja o toj temi radi izmjene iskustava i ujednačavanja sudske prakse.

Spomenimo i činjenicu da je Hrvatska, zbog broja zaduženih građana, već davno trebala izraditi odredbe o rješavanju insolventnosti građana potrošača koje bi nužno morale predvidjeti jednu vrstu stečajnog, insolventijskog postupka i insolventijskog plana u kojem će se dugovi tih osoba reprogramirati.

Zbog nedostataka postojeće predstečajne nagodbe predstavljene u ovom radu ona zasigurno nije odgovor na probleme u hrvatskom stečajnom pravu i

³³ Vidjeti dokument *Directors' obligations in the period approaching insolvency*, A/CN.9/WG.V/WP.113 dostupan na stranici http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html (2. svibnja 2013.).

njegovoj primjeni u praksi. Umjesto njezina ishitrena i nepromišljena koncepta koji je nametnut struci i koji je na iznimno štetan način ruinirao postojeći stečajni plan bilo bi mnogo bolje da se u hrvatskom stečajnom pravu slijedilo nedavne promjene u njemačkom Insolvencijskom zakoniku usmjerene jačanju sanacije insolventnih i prezaduženih dužnika, i to barem privremeno dok se u hrvatskoj stručnoj javnosti na temelju jakih argumenata jasno ne iskristalizira način na koji potaknuti sanaciju i restrukturiranje nelikvidnih, insolventnih i prezaduženih hrvatskih tvrtki. Naime, njemački zakonodavac je, nezadovoljan malim brojem saniranih poduzeća u insolvencijskom postupku, Zakonom o daljnjem olakšavanju sanacije poduzeća (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* - ESUG)³⁴ izmijenio Insolvencijski zakon, i to tako da je uveo tri bitne novine: a) imajući u vidu iznimno važnu ulogu insolvencijskog upravitelja za izradu insolvencijskog plana omogućio je osnivanje privremenog odbora vjerovnika već u prethodnom postupku, odmah po podnošenju prijedloga za otvaranje insolvencijskog postupka te tako vjerovnicima dao mogućnost da u mnogo većoj mjeri utječu na izbor insolvencijskog upravitelja (§ 21., st. 2., reč. 1., br. 1.a; § 22.a; § 56.a InsO); b) dalje je razvio institut osobne uprave te predvidio mogućnost da dužnik kojem prijete insolventnost ili je prezadužen, zajedno s podnošenjem prijedloga za otvaranje insolvencijskog postupka podnese prijedlog da u roku od tri daljnja mjeseca u dogovoru sa svojim vjerovnicima, a pod nadzorom privremenog povjerenika, izradi insolvencijski plan, pri čemu se čak može narediti i privremena zabrana vođenja ovršnih postupaka protiv imovine dužnika (tzv. *Schutzschirmverfahren* – § 270.b InsO); c) otežao je uvjete za pobijanje insolvencijskog plana i omogućio da vjerovnici u zamjenu za tražbine steknu dionice ili udjele u dužniku (tzv. *debt equity swap*), što, za razliku od hrvatskog prava, ranije u njemačkom pravu nije bilo moguće (§ 251., st. 3. u povezanosti s § 253., st. 2., br. 3. InsO; § 217., reč. 2. u povezanosti s § 225. a InsO; § 222., st. 1., reč. 2., br. 4. u povezanosti s § 245., st. 1. - 3. i § 246.a InsO).³⁵

³⁴ *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*, Bundesgesetzblatt, 2011., I, str. 2582.

³⁵ Poblje o navedenim izmjenama njemačkog Insolvencijskog zakona vidjeti Foerste, *op. cit.* u bilj. 12, str. 265 - 284; Ganter, G., *Betriebsfortführung in Insolvenzeröffnungs- und Schutzschirmverfahren*, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung* (NZI), br. 11, 2012., str. 433 - 439; Gehrlein, M., *Banken – vom Kreditgeber zum Gesellschafter – neue Haftungsfallen? (Debt-Equity-Swap nach ESUG)*, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung* (NZI), br. 7, 2012., str. 257 - 261; Zenker, W.; Garber Th., *Das*

Osobito brine što nije bilo dovoljno profesionalnosti prilikom izrade hrvatskog instituta predstečajne nagodbe. Nisu se uvažila stajališta sudaca, a nisu konzultirani ni stručnjaci koji se već godinama bave stečajnim pravom i kojima su dobro poznata i komparativna rješenja. Nijedna država, a posebno ne mala kao što je Hrvatska, ne može si dopustiti luksuz da zanemari glas struke i radi eksperimente u bilo kojoj grani prava. U tom smislu svaka vlada i svako ministarstvo koje ide u izradu nekog zakona, a posebno onog koji će imati velik utjecaj na gospodarstvo, ima obvezu i odgovornost prema svojim građanima i drugim pravnim subjektima poslužiti se znanjem onih koji najviše znaju o dotičnom pravnom području.

Pritom bi trebalo biti jasno da stečajno pravo ne može riješiti nagomilane probleme u hrvatskom gospodarstvu. Ono može samo olakšati rješavanje barem djelomičnog namirenja vjerovnika u financijskim poteškoćama njihova dužnika. Nema sumnje da naglasak mora biti na ispravnom vođenju gospodarske politike na makro i mikro razini koja će broj insolventnih pravnih subjekata smanjiti, a time i broj potrebnih stečajnih, odnosno insolventijskih postupaka.

Summary

Jasnica Garašić*

BANKRUPTCY PLAN AFTER 2012 AMENDMENTS TO BANKRUPTCY ACT

The 2012 Act on Amendments to Bankruptcy Act (BA) has significantly changed provisions on bankruptcy plan. These changes are presented and analysed in this article.

In essence, it is no longer possible to restructure debtor's debts in bankruptcy proceedings and therefore it is no longer possible to make a restructuring plan or a plan of transferable restructuring that aims to transfer assets and the enterprise of the debtor to another existing legal entity. The only kind of bankruptcy plan now permitted is a liquidation plan or a

deutsche Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (deSUG) – Insolvenzsrechtsreform in Deutschland, Zeitschrift für Insolvenzrecht & Kreditschutz (ZIK), vol. 68, 2012., str. 56 - 59.

* Jasnica Garašić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

plan of transferable restructuring that aims to transfer assets and the enterprise to a legal entity that will be established by the debtor in bankruptcy. The debtor in bankruptcy lost his entitlement to file the bankruptcy plan.

The legislator decided to conduct restructuring of the debtor's debts in future only within the proceedings of pre-bankruptcy settlement. Accordingly, the provisions on bankruptcy plan were adjusted to pre-bankruptcy settlement.

Unfortunately, the basic concept of Croatian pre-bankruptcy settlement according to the Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement Act (FOPBSA) is wrong. It is contrary to modern tendencies in bankruptcy law resp. insolvency law, because more and more states want to have one united insolvency procedure that allows all possible scenarios for the debtor in bankruptcy: liquidation, restructuring, and transferable restructuring. The pre-bankruptcy settlement procedure should not be an administrative procedure. The provision according to which a debtor in illiquidity or insolvency has in principle a duty to initiate the proceedings of pre-bankruptcy settlement is misconceived, because the debts of most debtors will not be capable of being restructured. The legislative model according to which creditors are not entitled to initiate the proceedings of pre-bankruptcy settlement is also incorrect. In this way, creditors' autonomy to shape the way out of debtor's insolvency has been significantly narrowed. The pre-bankruptcy settlement is not regulated with sufficient detail and thus it is far away from high legislative standards reached in regulation of the bankruptcy plan. In addition, the pre-bankruptcy settlement proceedings involve high costs that debtors will often not be able to bear.

In conclusion: Financial Operations and Pre-Bankruptcy Settlement Act and the 2012 amendments to the Bankruptcy Act are a serious step backwards in the development of Croatian bankruptcy law. The legislator should have tried in the first place to remove reasons for late filing of bankruptcy, and it should have provided further professional education and training to bankruptcy administrators (trustees) as well as to bankruptcy judges. This would suffice to increase effectively the number of restructuring cases. Instead of an imprudent concept of pre-bankruptcy settlement, it would have been much better, had the legislation followed the path of recent legislative changes in Germany that facilitated restructuring process in German insolvency proceedings (at least until the day when Croatian experts would find their own prudent way to strengthen restructuring process for debtors in illiquidity, insolvency and overindebtedness).

Keywords: bankruptcy plan, pre-bankruptcy settlement, restructuring, bankruptcy proceedings, pre-bankruptcy settlement proceedings.

**ARBITRAŽA I ALTERNATIVNO
RJEŠAVANJE SPOROVA**

PRAVO MJERODAVNO ZA OBJEKTIVNU ARBITRABILNOST

*Prof. dr. sc. Hrvoje Sikirić**

Objektivna arbitrabilnost obuhvaća pitanje koje se vrste sporova mogu rješavati arbitražom, odnosno može li o pojedinim vrstama sporova odlučivati isključivo državni sud. Različiti pravni poreci različito određuju objektivnu arbitrabilnost. Kako je objektivna arbitrabilnost spora pretpostavka za valjanost ugovora o arbitraži, u međunarodnoj je trgovačkoj arbitraži iznimno važno određivanje prava prema kojem će se ocjenjivati je li spor arbitrabilan. O pitanju koje je pravo mjerodavno za arbitrabilnost mogu odlučivati i arbitražni sud, privatni sud koji je osnovan sporazumom stranaka, ali i državni sud. U radu se razmatra određivanje prava mjerodavnog za arbitrabilnost u postupku pred arbitražnim sudom i u postupku pred državnim sudom. U postupku pred državnim sudom obrazlaže se određivanje mjerodavnog prava u fazi prije donošenja pravorijeka, odnosno kada jedna stranka unatoč postojanju ugovora o arbitraži pokreće postupak pred državnim sudom te u fazi nakon donošenja pravorijeka, odnosno u postupku povodom tužbe za poništaj pravorijeka te u postupku priznanja i ovrhe pravorijeka.

Ključne riječi: arbitraža, arbitrabilnost, objektivna arbitrabilnost, pravo mjerodavno za arbitrabilnost, ugovor o arbitraži, pravo mjerodavno za valjanost ugovora o arbitraži.

I. UVOD

Da bi ugovor o arbitraži proizvodio učinak, dovoljno je da bude rezultat sporazuma stranaka i da je sklopljen u valjanu obliku. On mora biti i arbitrabilan. To, ponajprije, znači da se o njegovu predmetu može odlučivati arbitražom

* Dr. sc. Hrvoje Sikirić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

i, drugo, da su ga sklopile stranke koje su ovlaštene rješavati svoje sporove arbitražom. Opće je prihvaćeno da ne samo da je arbitrabilnost pretpostavka valjanosti ugovora o arbitraži i, u skladu s time, nadležnosti arbitražnog suda nego i da postoji pretpostavka u prilog arbitrabilnosti ako su stranke izabrale arbitražu kao način rješavanja međusobnih sporova.¹

II. POJAM ARBITRABILNOSTI

Pojam arbitrabilnosti je složen. Naime, pitanje arbitrabilnosti može se pojaviti u dvama osnovnim vidovima.² Prvi vid odnosi se na kvalitetu stranke u sporu i njezinu sposobnost da podnese spor na rješavanje arbitražom, odnosno njenu ovlast da sklopi ugovor o arbitraži neovisno o tome je li stranka fizička ili pravna osoba ili osoba javnog prava.³ Riječ je, dakle, o sposobnosti stranke da, s obzirom na svoj položaj ili ulogu, podnese predmet na rješavanje arbitražom, odnosno sklopi ugovor o arbitraži. To je subjektivna arbitrabilnost, arbitrabilnost s obzirom na osobe ili arbitrabilnost *ratione personae*. Drugi vid odnosi se na pitanje može li se o predmetu spora rješavati arbitražom. To je objektivna arbitrabilnost, arbitrabilnost s obzirom na sadržaj ili arbitrabilnost *ratione materiae*, arbitrabilnost *stricto sensu*.⁴ Predmet ovog rada je određivanje prava mjerodavnog za objektivnu arbitrabilnost.

¹ Craig, L.; Park, W.; Paulsson, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications Inc., 2001., str. 62.

² Fouchard, S.; Gaillard, E.; Goldman, B., *On International Commercial Arbitration* (Gaillard, E.; Savage, J. (ur.)), Kluwer Law International, 1999., str. 541 *sqq.*, str. 313.

³ Bernardini, S., *The Problem of Arbitrability in General*, u: Gaillard, E.; Di Pietro, D. (ur.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008., str. 503; Hanatiou, B., *The Law Applicable to Arbitrability*, u: Van den Berg, A. (ur.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, br. 9, 1999., str. 146 - 167, str. 147; Nacimiento, P., *Article V(1)(a)*, u: Kronke, H.; Nacimiento, P.; Otto, D.; Port, N. C. (ur.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on the New York Convention*, Wolters Kluwer, 2010., str. 205 - 229, str. 219.

⁴ Lew, J.; Mistelis, M.; Kröll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003., str. 187 - 231; Mistelis, L., *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, u: Mistelis, L.; Brekoulakis, S. (ur.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009., str. 1 - 18.

III. OBJEKTIVNA ARBITRABILNOST

1. Uvod

Objektivna arbitrabilnost odnosi se na pitanje koje se vrste predmeta i sporova mogu, a koje ne mogu podnijeti na rješavanje arbitraži i mogu li određene vrste sporova rješavati isključivo državni sudovi.⁵

Načelno, i arbitražni sud, kao privatni sud osnovan voljom stranaka, i državni sud mogu odlučivati o bilo kojem predmetu, odnosno vrsti spora. No, upravo zbog činjenice da je arbitražna privatni postupak s javnim učincima neke vrste sporova ne mogu se rješavati u takvu postupku nego isključivo u postupku pred državnim sudovima, u postupku koji je načelno u domeni javnosti. Naime, neke vrste sporova uključuju vrlo osjetljiva javna pitanja za koja se smatra da nisu prikladna da o njima odlučuje arbitražni sud nego se drži da o njima treba odlučivati isključivo državni sud.⁶ Objektivna arbitrabilnost, stoga, ograničava autonomiju stranaka⁷ da podnesu određene vrste sporova na rješavanje arbitraži, a što se objašnjava time da je arbitrabilnost izraz nacionalnog ili međunarodnog javnog poretka. Zbog toga ugovori o arbitraži koji bi se odnosili na rješavanje takvih sporova ne bi načelno bili valjani, ne bi zasnivali nadležnost arbitražnog suda i, posljedično, pravorijeci koji bi na njihovoj osnovi bili doneseni ne bi se mogli ovršiti.⁸ Suvereno je pravo svake države da odluči, u skladu sa svojim političkim, društvenim i ekonomskim poretkom, je li za neke sporove prikladnije da o njima odlučuju državni sudovi, a ne privatni sudovi osnovani voljom stranaka.⁹

Između pojedinih država postoje bitne razlike u arbitrabilnosti. To osobito dolazi do izražaja u kaznenom pravu, pravu tržišnog natjecanja, u vezi s pojedinim pitanjima iz prava društava, npr., kod sporova između društva i članova društva, kod predmeta koji utječu na položaj pojedinaca ili pravnih osoba kao, npr., stečaj, pravo intelektualnog vlasništva, potrošački ugovori, ugovori o radu, ugovori o isključivoj distribuciji, obiteljsko i nasljedno pravo.¹⁰

⁵ Redfern, A.; Hunter, M. (zajedno s Blackaby, N. i Partasides, C.), *Redfern i Hunter on International Arbitration*, 5. izd., Oxford, 2009., str. 123; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 187; Mistelis, *op. cit.* u bilj. 4, str. 4.

⁶ Redfern, Hunter, *op. cit.* u bilj. 5, str. 124.

⁷ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 509.

⁸ Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 188; Mistelis, *op. cit.* u bilj. 4, str. 4.

⁹ Redfern, Hunter, *op. cit.* u bilj. 5, str. 124.

¹⁰ *Ibid.*, str. 125.

Pristup država (ne)arbitrabilnosti s vremenom se mijenjao. Od početne nesklonosti prema arbitraži i njena odbijanja, jer se smatralo da znači odstupanje od prirodne nadležnosti sudova, do njena prihvaćanja kao miroljubivog i razmjerno učinkovitog načina rješavanja međunarodnih sporova koji doprinosi razvoju međunarodne trgovine i gospodarstva.¹¹ Promjene u pristupu arbitraži pratilo je vidljivo širenje granica arbitrabilnosti. O tome svjedoče nacionalna pravila koja pogoduju objektivnoj arbitrabilnosti i odluke sudova kojima se sve više prihvaća da su arbitražni sudovi ovlaštene odlučivati i o predmetima koji su se ranije smatrali nearbitrabilnima prvenstveno zbog javnog interesa ili potrebe da se intervencijom državnih sudova osigura ujednačeno tumačenje nacionalnog prava.¹²

U isto vrijeme teorije o nearbitrabilnosti također su se bitno promijenile. Izvorno, nearbitrabilnost se ponajviše zasnivala na stajalištima o javnom poretku.¹³ Spor koji je podrazumijevao nacionalna pravila o javnom poretku smatrao se sadržajem o kojem ne može odlučivati arbitražni sud. U vrijeme dok je javni poredak prevladavao u diskusijama o arbitrabilnosti, argument da je za arbitrabilnost mjerodavno pravo suda osnivao se na teritorijalnom kriteriju. Smatralo se da država ima zakonit interes da svaki predmet o kojem na njenu području odlučuje arbitražni sud mora biti unutar načela njena javnog poretka jer da se ta načela odražavaju u njenu nacionalnom pravu. Tako je država mogla zabraniti da arbitražna na njenu području odlučuje o predmetu koji nije arbitribilan jer je suprotan javnom poretku te države.¹⁴ Pritom treba napomenuti da se javni poredak razlikuje od države do države i mijenja s vremenom.

U novije vrijeme, međutim, niz sudskih odluka koje su donesene u različitim jurisdikcijama, počevši s odlukom Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *Mitsubishi*, pokazuje da arbitražni sud ne bi trebao biti isključen od primjene pravila koja su po svojoj pravnoj prirodi pravila javnog poretka.¹⁵ U svojim odlukama

¹¹ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 509.

¹² *Ibid.*

¹³ Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.* u bilj. 2, str. 332 - 333; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 188; Redfern, Hunter, *op. cit.* u bilj. 5, str. 124.

¹⁴ Brekoulakis, S., *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori*, u: Mistelis, L.; Brekoulakis, S. (ur.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009., str. 99 - 119, str. 99 (dalje u tekstu: Brekoulakis, I).

¹⁵ Usp. važne predmete u različitim jurisdikcijama: u SAD-u *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth Inc*, 437 US 614 XI YCAB (1986.) (u pogledu sporova iz tržišnog natjecanja); u Francuskoj Cour d'appel Paris, 29. ožujka 1991., *Ganz v. Nationale des*

najviši nacionalni sudovi danas prihvaćaju da arbitri mogu ne samo ispitivati nego i primjenjivati pravila javnog poretka nacionalnog prava.¹⁶ Ukratko, tzv. *impératif de police* nije više prepreka međunarodnoj arbitraži.¹⁷

2. Kako se i pred kim može određivati pravo mjerodavno za arbitrabilnost

Određivanje prava mjerodavnog za arbitrabilnost iznimno je važno. Unatoč općoj namjeri da prošire područje arbitraže, nacionalna pravila su vrlo često međusobno bitno različita. Sporovi koji su arbitrabilni u jednoj državi u drugoj se državi mogu smatrati nearbitrabilnima.

Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT), 1991., Rev. Arb. 478 (u vezi s navodnom prijevarom) s bilješkom Idot, L. (Sud je zauzeo stajalište da “u međunarodnoj arbitraži, arbitar [...] je ovlašten primijeniti načela i pravila javnog poretka i donijeti odluku u slučaju da ta načela i pravila nisu poštivana”), Cour d’appel Paris, 19. svibnja 1993., *Labinal v. Mors* (1993.), Rev. Arb. 645 (u pogledu sporova iz tržišnog natjecanja) s bilješkom Jarrosson; u Engleskoj Court of Appeal, *Fiona Trust & Holding Corporation and Others v. Privalov and Others* (2007.), 2 Lloyd’s Res. 267 (u vezi s navodnom prijevarom) koju je potvrdila the House of Lords, *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) i dr.* (2007.), UKHL 40; u Švicarskoj Savezni sud, 23. lipnja 1992., *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani i Oto Melara v. M i arbitražni sud* (1995.), XX YBCA 766 (u pogledu tužbenog zahtjeva koji se temelji na nezakonitim radnjama). Sud je utvrdio da “činjenica da navedeni zahtjev utječe na javni poredak nije, sama po sebi, dovoljna da se isključi arbitrabilnost spora. [...] Arbitrabilnost se ne može zaniijekati samo zbog razloga da prisilni propisi ili materijalni javni poredak čine zahtjev ništavim ili ga nije moguće ispuniti”. U kontekstu Europske unije, ES, P-126/97, *Eco Swiss China Time v. Benetton International* (1999.), ECR, I 3055 (u vezi s tržišnim natjecanjem). Za detaljniji pregled različitih sudskih odluka iz područja objektivne arbitrabilnosti v. *Objective Arbitrability, Antitrust Disputes, Intellectual Property Disputes*, ASA Special Series, br. 6, 1994. i *Arbitration International*, poseban broj o arbitrabilnosti, 1996., br. 2 i 4.

¹⁶ Brekoulakis, S., *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, u: Mistelis, M.; Brekoulakis, S. (ur.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009., str. 19 - 46, str. 20 (dalje u tekstu: Brekoulakis, II); Brekoulakis, S., *Applicability and conflict of jurisdictions: The (diminishing) relevance of lex fori and lex loci arbitri*, u: (Ferrari, F.; Kröll, S. (ur.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Selier, 2011., str. 117 - 135, str. 121 (dalje u tekstu: Brekoulakis, III).

¹⁷ Arfazadeh, H., *Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited*, 17 Arb. In. (2001.), str. 73 - 87, str. 75.

Odgovor na pitanje koje je pravo mjerodavno za arbitrabilnost ovisi o tome odlučuje li o arbitrabilnosti arbitražni sud (koji je nadležan odlučiti o svojoj nadležnosti, *Kompetenz – Kompetenz; competence de competence*) ili državni sud. Potonji može o arbitrabilnosti odlučivati u fazi prije donošenja pravorijeka kad odlučuje u postupku koji je unatoč postojanju ugovora o arbitraži pred njim pokrenula jedna od ugovornih strana ili u stadiju nakon donošenja pravorijeka kad odlučuje o poništaju pravorijeka ili o njegovu priznanju i ovrsi.

Pravo mjerodavno za arbitrabilnost može ovisiti o tome kada se i u kojoj fazi postupka javlja to pitanje. Arbitražni sudovi mogu primjenjivati kriterije koji su različiti od onih koje primjenjuju sudovi, a kriteriji koje primjenjuju sudovi u fazi prije donošenja pravorijeka mogu se razlikovati od onih u fazi nakon njegova donošenja.

U radu će se najprije razmotriti način na koji arbitražni sudovi određuju pravo mjerodavno za arbitrabilnost, a zatim kako to pravo određuju državni sudovi. Kada mjerodavno pravo određuju državni sudovi, prvo će se obrazložiti slučaj kad je postupak pred sudom pokrenula stranka koja smatra da predmet nije arbitrabilan, a suprotna stranka zahtijeva od suda da uputi stranke na arbitražni postupak. Nakon toga analizirat će se način na koji mjerodavno pravo određuje sud koji odlučuje o poništaju pravorijeka, a zatim kada se pitanje arbitrabilnosti rješava pred sudom koji odlučuje o priznanju i ovrsi pravorijeka.

3. Objektivna arbitrabilnost pred arbitražnim sudom

3.1. Tko treba istaknuti pitanje arbitrabilnosti – odlučivanje o nepostojanju arbitrabilnosti ex offo

U najvećem broju slučajeva nearbitrabilnost spora istaknut će stranka koja želi spriječiti arbitražu i koja želi da se spor rješava pred državnim sudom. Međutim, ima i slučajeva u kojima se nijedna stranka u arbitražnom postupku ne poziva na nepostojanje arbitrabilnosti. Treba li u takvoj situaciji arbitražni sud *ex offo* ocjenjivati je li predmet, odnosno spor o kojem treba odlučiti arbitrabilan?

Ističe se da bi arbitražni sud po službenoj dužnosti trebao otkloniti svoju nadležnost ako spor, prema činjenicama koje su stranke navele, nije arbitrabilan. Naime, ako arbitražni sud ocijeni da bi se u konkretnom slučaju mogla primijeniti odredba koja se odnosi na arbitrabilnost, a koja ima karakter odredbe o međunarodnom javnom poretku, trebao bi po službenoj dužnosti postaviti

pitanje arbitrabilnosti.¹⁸ Tako, npr., ako bi odlučivanje pred arbitražom bilo suprotno međunarodnom javnom poretku mjesta arbitraže, arbitražni sud bi, neovisno o volji stranaka, trebao utvrditi svoju nenadležnost. U ostalim slučajevima trebala bi stranka koja se namjerava pozvati na nearbitrabilnost spora to pitanje istaknuti pred arbitražnim sudom.¹⁹ Premda su stranke načelno slobodne odrediti koje će odredbe primijeniti arbitražni sud, ne bi se moglo razumjeti da im ta sloboda omogućuje da izbjegnu prisilne propise kojima se uređuje arbitrabilnost. Proglasivši neke sporove nearbitrabilnima zakonodavac je jasno te sporove izvukao iz slobode raspolaganja stranaka. U skladu s tim, arbitražni sud, premda je nastao na osnovi sporazuma stranaka, obvezan je ne samo prema strankama već i prema javnosti. Uspjeh arbitraže kao priznatog načina rješavanja sporova duguje se i činjenici da se arbitraža ne smije zloupotrijebiti radi izbjegavanja poretka države u područjima koja se smatraju toliko važnima da su zbog toga rezervirana samo za odlučivanje pred sudovima.²⁰

3.2. Mjerodavno pravo

Praksa arbitražnih sudova u određivanju prava mjerodavnog za arbitrabilnost vrlo je različita. Njena analiza pokazuje da su arbitražni sudovi kao mjerodavno pravo primjenjivali čak devet različitih prava, i to (1) pravo stranaka ili pravo jedne od stranaka; (2) pravo mjerodavno za ugovor (*lex contractus*); (3) pravo mjesta arbitraže (*lex loci arbitri*); (4) pravo države čiji bi sud bio nadležan da nije bio sklopljen ugovor o arbitraži; (5) pravo države u kojoj će se najvjerojatnije zatražiti ovrha pravorijeka; (6) pravo države u kojoj je sklopljen ugovor o arbitraži; (7) pravo mjerodavno za arbitražnu klauzulu ili ugovor o arbitraži; (8) kombinacija prava navedenih od (1) – (7) i (9) opća načela prava, primjenom denacionaliziranog pristupa arbitraži.²¹ Najčešće je ipak primjenjivano pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži.

¹⁸ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 510, bilj. 23; Hanotiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 154; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 220.

¹⁹ Hanotiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 154; Lalive, P.; Poudret, J. - E.; Reymond, C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, 1989., str. 309.

²⁰ Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 221.

²¹ Blessing, M., *The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability*, u: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Series, br. 9, Kluwer Law International, 1999., str. 168 - 188, str. 169 - 170.

Arbitraža koja se vodi o sporu koji nije arbitrabilan neće biti valjana.²² Arbitrabilnost se smatra pretpostavkom za valjanost ugovora o arbitraži i, posljedično, za nadležnost arbitražnog suda. Zbog toga se smatra da se uvijek, kada se nadležnost arbitražnog suda osporava pozivom na nearbitrabilnost spora, treba uzeti u obzir pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži.²³

U skladu s načelom autonomije stranaka stranke su slobodne izabrati pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži (*lex autonomiae*). Članci II(1)²⁴ i V(1)(a) Newyorške konvencije²⁵ i članak VI(2) Europske konvencije²⁶ izričito određuju primjenu izabranog prava kao prava mjerodavnog za ugovor o arbitraži. Čak i ako je upitno obvezuju li ti međunarodni ugovori s obzirom na njihovo polje primjene, jer su namijenjeni državnim sudovima, arbitražne sudove, arbitražni sudovi su vrlo jasno primjenjivali pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži kao pravo mjerodavno za arbitrabilnost.

Ako su stranke izabrale mjerodavno pravo, arbitražni sud treba postupiti u skladu sa sporazumom stranaka i primijeniti izabrano pravo. Praksa, međutim, pokazuje da stranke iznimno rijetko izabiru pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži. Ako stranke ne izaberu pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži, to pravo odredit će arbitražni sud. Pritom je zadatak arbitražnog suda složeniji nego što je to onda kada određuje pravo mjerodavno za glavni ugovor, i to zbog dvaju razloga. Prvo, zbog činjenice da ugovor o arbitraži ima dvostruki učinak, a drugo, zbog samostalne pravne prirode arbitražne klauzule u odnosu na glavni

²² Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 510; Hanotiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 146; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 188.

²³ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 510; Hanotiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 154.

²⁴ Članak II Newyorške konvencije: (1) Svaka država ugovornica priznaje pismeni ugovor kojim se stranke obvezuju da stave u nadležnost arbitraži sve sporove ili neke od sporova koji nastanu ili bi mogli nastati između njih po određenom pravnom odnosu, ugovornom ili neugovornom, koji se odnosi na pitanje koje je prikladno za rješavanje arbitražom.

²⁵ Članak V Newyorške konvencije: (1) Priznanje i izvršenje odluka bit će odbijeni, na zahtjev stranke protiv koje se odluka ističe, jedino ako ta stranka podnese dokaz nadležnoj vlasti u kojoj su traženi priznanje i izvršenje (a) da su stranke iz ugovora o kojem je riječ u članku II na temelju prava koje se na njih primjenjuje, nesposobne ili da spomenuti ugovor nije valjan po pravu kojem su ga stranke podvrgnule ili, ako nema oznake u tom pogledu, na temelju prava zemlje u kojoj je donesena odluka.

²⁶ Članak VI Europske konvencije – sudska nadležnost: (2) Prilikom donošenja odluke o postojanju ili valjanosti sporazuma o arbitraži, sudovi država ugovornica odlučit će o sposobnosti stranaka po pravu koje se na njih primjenjuje, a o drugim pitanjima a) po pravu kojem su stranke podvrgnule svoj sporazum o arbitraži.

ugovor. Materijalnopравни učinak ugovora o arbitraži očituje se u tome da su stranke obvezne podnijeti spor na rješavanje arbitraži i prihvatiti pravorijek kao konačnu odluku. Procesnopравни učinak jest derogiranje nadležnosti državnog suda koji bi inače bio nadležan da odlučuje o sporu kada ne bi bio sklopljen ugovor o arbitraži. Daljnji je učinak vezan uz dužnost koja za državni sud nastaje sklapanjem ugovora o arbitraži, da taj sud stranke, u skladu s člankom II(3) Newyorške konvencije, uputi na arbitražu.²⁷ Prema doktrini o odvojivosti arbitražne klauzule od glavnog ugovora, arbitražna klauzula po svojoj se pravnoj prirodi razlikuje od glavnog ugovora te se smatra materijalnopравnim ugovorom s procesnim učinkom.²⁸

Način na koji arbitražni sud određuje mjerodavno pravo razlikuje se barem prema dvjema karakteristikama od načina na koji državni sud određuje mjerodavno pravo. Prvo, arbitražni sud, za razliku od državnog suda, nema svoje pravo (*lex fori*) pa nema ni kolizijska pravila koja bi morao primijeniti radi određivanja mjerodavnog prava.²⁹ Drugo, arbitražni sud, nasuprot državnom sudu, nije obvezan primijeniti međunarodne ugovore iz područja arbitraže, Newyoršku konvenciju i Europsku konvenciju.³⁰ Ipak, dužnost arbitražnog suda da, u skladu s očekivanjima stranaka, donese pravorijek koji će biti ovršan, podrazumijeva da bi arbitražni sud trebao uzeti u obzir pravila prava mjesta arbitraže koja bi mogla biti razlogom za poništaj pravorijeka s obzirom na to da, načelno, pravorijek koji je poništen nije moguće ovršiti.³¹

Ako stranke nisu izričito odredile pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži, arbitražna praksa pokazuje da su pri odlučivanju o tome koje je pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži, arbitražni sudovi zauzimali jedno od triju sljedećih stajališta: da je to pravo (i) pravo mjerodavno za glavni ugovor, (ii) pravo mjesta arbitraže ili su se pozivali na (iii) anacionalna pravila.³²

Nakon što arbitražni sud odredi pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži, na osnovi izričitog ili prešutnog sporazuma stranaka, arbitražni sud će, ovisno o sadržaju tog prava, odlučiti je li spor arbitrabilan ili ne. Nesuglasnost između

²⁷ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 511; Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 155; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 100.

²⁸ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 511; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 100; Redfern, Hunter, *op. cit.* u bilj. 5, str. 123.

²⁹ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 511.

³⁰ *Ibid.*, str. 512; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 196.

³¹ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 512.

³² *Ibid.*

arbitražne klauzule i sadržaja prava čija se primjena pretpostavlja, a prema kojem spor nije arbitrabilan, arbitražni bi sud trebao protumačiti kao negativan kriterij za lokalizaciju, na osnovi kojeg bi trebao zaključiti da stranke “nisu željele lokalizirati svoj ugovor u pravni poredak koji ih nije spreman primiti kao što je to bilo izvorno zamišljeno.”³³ Ugovorne strane trebale bi izabrati pravo prema kojem je ugovor valjan, a ne ono prema kojem je on nevaljan.³⁴ U sumnji arbitražni sud, postupajući u skladu s načelom *favor validitatis*, trebao bi pronaći najprikladnije rješenje kojim se “ostvaruje zajednička namjera stranaka”.³⁵ Ako prema pravu koje je mjerodavno za ugovor o arbitraži spor ne bi bio arbitrabilan, arbitražni bi sud trebao utvrditi da nije nadležan.

(i) Pravo mjerodavno za glavni ugovor (*lex contractus*)

Ako su ugovorne strane izabrale pravo mjerodavno za ugovor, ono se ne bi trebalo nužno primijeniti i na arbitražnu klauzulu koja je u njemu sadržana, i to zbog načela odvojivosti arbitražne klauzule od tog ugovora, a prema kojem glavni ugovor i arbitražna klauzula imaju različite predmete. Predmet ugovora je uređivanje međusobnih prava i obveza ugovornih strana dok je predmet arbitražne klauzule način rješavanja sporova iz tog ugovora. Arbitražni sud bi, dakle, u svakom konkretnom slučaju, trebao utvrditi jesu li stranke namjeravale da se pravo mjerodavno za njihov ugovor primijeni i na arbitražnu klauzulu iz tog ugovora. Ako stranke nisu izabrale pravo mjerodavno za ugovor, zaključak o tome da bi pravo koje je arbitražni sud utvrdio kao mjerodavno za ugovor bilo mjerodavno i za arbitražnu klauzulu još je manje osnovan.³⁶ Protiv takva zaključka govori i članak V(1)(a) Newyorške konvencije³⁷ prema kojem će se na ugovor o arbitraži, kao podredno, primijeniti pravo mjesta u kojem je pravorijek donesen “ako nema oznake u pogledu” prava koje su stranke izabrale. Iz takve formulacije smatra se da je očito da se pravo mjesta donošenja pravorijeka pri-

³³ Derains, Y., *Détermination de la lex contractus*, Institut de la chambre de commerce international ed., *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, 1986., str. 28. V. Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 156, bilj. 54.

³⁴ Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 156.

³⁵ Craig, Park, Paulsson, *op. cit.* u bilj. 1, str. 53.

³⁶ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 512.

³⁷ Vidi *supra* u bilj. 25.

mjenjuje ako ne postoji izričit izbor stranaka o pravu mjerodavnom za ugovor o arbitraži. Slična je i odredba članka IX(1)(a) Europske konvencije.³⁸

(ii) Pravo mjesta arbitraže i njegovi učinci

Najčešće su arbitražni sudovi određivali arbitrabilnost spora na osnovi prava mjesta arbitraže.³⁹ To je stajalište u skladu s čl. V(1)(a) Newyorške konvencije⁴⁰ i s čl. IX(1)(a) Europske konvencije.⁴¹ Prema jednoj i drugoj konvenciji, ako ugovorne strane nisu izabrale pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži, pri odlučivanju o zahtjevu za priznanje i ovrhu stranog pravorijeka ili o zahtjevu za poništaj pravorijeka na ugovor o arbitraži primjenjuje se pravo mjesta arbitraže.

U prilog primjeni prava mjesta arbitraže na ugovor o arbitraži iznesen je i argument da, u mjeri u kojoj se mjesto arbitraže može smatrati mjestom njegova izvršenja, pravo mjesta arbitraže je pravo s kojim je ugovor o arbitraži u najužoj vezi.⁴² Ističe se, međutim, da se učinak prava mjesta arbitraže u pogledu arbitrabilnosti mora uzeti u obzir u dvama slučajevima. Prvo, kada pravo koje je mjerodavno za ugovor o arbitraži, suprotno pravu mjesta arbitraže, smatra spor nearbitrabilnim, i to zbog toga što ili (i) pravo mjesta arbitraže sadrži takvo materijalno pravilo prema kojem je spor arbitrabilan ili (ii) je pravo koje je mjerodavno za ugovor o arbitraži suprotno načelu prihvaćenu u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži. Drugo, kada je spor prema pravu mjerodavnom za ugovor o arbitraži, suprotno međunarodnom javnom poretku mjesta arbitraže, arbitrabilan, ako arbitražni sud želi izbjeći da pravorijek, koji bi bio donesen uz povredu tog načela, bude poništen.⁴³

³⁸ Članak IX Europske konvencije – Poništaj arbitražne odluke: (1) Poništaj u jednoj državi ugovornici arbitražne odluke na koju se ova Konvencija odnosi predstavljat će razlog za odbijanje priznanja ili izvršenja u drugoj državi ugovornici samo ako je do poništaja došlo u državi u kojoj je ili prema čijem pravu je arbitražna odluka donesena, i to iz jednog od sljedećih razloga: (a) da su stranke iz sporazuma o arbitraži po za njih mjerodavnom pravu na neki način nesposobne ili da taj sporazum nije valjan po pravu kojem su ga stranke podvrgle, ili ako nema naznake o tome, po pravu zemlje u kojoj je arbitražna odluka donesena.

³⁹ ICC Case, br. 6149/1990, Interim award, XX YCAB (1995.), str. 41; ICC Case, br. 6179/1991, 121 J.D.I. (1994.), str. 1071.

⁴⁰ Vidi *supra* u bilj. 25.

⁴¹ Vidi *supra* u bilj. 38.

⁴² Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 513.

⁴³ *Ibid.*; Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 158; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 197.

(iii) Anacionalna pravila i namjera stranaka

U nekim pravorijecima arbitražni sudovi pozivali su se pri ocjeni postojanja i valjanosti arbitražne klauzule na anacionalna pravila. U tim pravorijecima zauzeto je stajalište da je za ocjenu postojanja i valjanosti arbitražne klauzule koja se nalazi u jednom međunarodnom ugovoru prikladnije primijeniti opća načela prava, međunarodno prihvaćene običaje i načelo dobre vjere nego primijeniti nacionalna pravila.⁴⁴ Takvo stajalište može, međutim, biti suprotno pravu mjesta arbitraže u slučaju kad to pravo sadrži prisilna pravila za ocjenu oblika i o pretpostavkama za valjanost ugovora o arbitraži.⁴⁵

(iv) Uloga prava države u kojoj se može očekivati ovrha pravorijeka

Neki autori zastupaju stajalište da bi arbitražni sud pri ocjeni arbitrabilnosti trebao uzeti u obzir i pravo države u kojoj se može očekivati ovrha pravorijeka.⁴⁶ Pritom se pozivaju na članak V(2)(a) Newyorške konvencije prema kojem će se priznanje i ovrha stranog pravorijeka odbiti ako spor nije arbitrabilan prema pravu države u kojoj se priznanje i ovrha traži. Arbitražni sudovi, međutim, nisu bili skloni odbiti nadležnost na osnovi nearbitrabilnosti spora prema pravu moguće države ovrhe pravorijeka ili čak neke druge zainteresirane države.⁴⁷ Razlog tomu je što je mjesto moguće ovrhe pravorijeka vrlo često nesigurno, a uz to moguće mjesto ovrhe ne mora biti samo jedno mjesto. Većina pravorijeka se dobrovoljno provodi. Ako ovrha ne bi bila moguća u državi u kojoj se pravorijek prvotno želio izvršiti, ovrha će se zatražiti u bilo kojoj državi u kojoj tuženik ima imovinu.⁴⁸

Neovisno o stajalištu koje arbitražni sudovi prihvaćaju o pravu mjerodavnom za arbitrabilnost, uvijek postoji opasnost da jedna stranka pokrene postupak pred sudom, osim ako doista nije riječ o slučaju da je spor arbitrabilan prema

⁴⁴ ICC Case, br. 4131/1982, Interim Award; *Dow Chemical v. Isover-Saint Gobain*, IX YCAB (1984.), str. 131; ICC Case, br. 4381/1986; ICC Case, br. 5065/1986, Interim Award, 114 J.D.I. (1987.) 4, str. 1039.

⁴⁵ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 514.

⁴⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.* u bilj. 2, str. 330.

⁴⁷ ICC Case, br. 2476/76 104 J.D.I. (1977.), str. 937; ICC Case, br. 4604/84 X YBCY (1985.), str. 975.

⁴⁸ Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 158 - 160; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 198.

pravima svih država čiji bi sudovi mogli biti nadležni da ugovor o arbitraži nije sklopljen. Ako to nije slučaj, stranka koja se protivi arbitraži uvijek može pokrenuti sudski postupak pred sudom države prema čijem pravu spor nije arbitrabilan, a taj sud onda nije obvezan da se na osnovi čl. II(3) Newyorške konvencije proglasi nenadležnim i uputi stranke na arbitražu.⁴⁹

4. Objektivna arbitrabilnost pred državnim sudom

Kada pravo mjerodavno za arbitrabilnost određuje sud, treba razlikovati određuje li sud to pravo prije donošenja pravorijeka, u postupku koji je unatoč postojanju ugovora o arbitraži pokrenula stranka koja smatra da predmet spora nije arbitrabilan, ili nakon što je pravorijek donesen kada sud odlučuje o zahtjevu za poništajem pravorijeka ili o zahtjevu za priznanjem i ovrhom stranog pravorijeka.

4.1. Arbitrabilnost i sud koji odlučuje u postupku koji je pokrenula stranka koja smatra da predmet spora nije arbitrabilan

Moguća je situacija da jedna stranka pokrene arbitražni postupak pozivom na postojanje ugovora o arbitraži dok druga stranka, smatrajući da predmet spora nije arbitrabilan, pokrene u istom predmetu postupak pred sudom. Kako će u tom postupku sud odlučivati je li predmet spora arbitrabilan? Odgovor na to pitanje ovisi o tome je li u državi suda na snazi neka od međunarodnih konvencija iz područja arbitraže, Newyorška konvencija ili Europska konvencija.

Ako država na čijem području sud ima sjedište nije država ugovornica nijedne međunarodne konvencije, sudovi su skloni postojanje objektivne arbitrabilnosti ocjenjivati na osnovi vlastitog prava (*lex fori*). Ako su u državi suda na snazi jedna ili obje konvencije, sudovi bi trebali pravo mjerodavno za arbitrabilnost određivati primjenom njihovih odgovarajućih odredaba.

Prema članku VI(2) Europske konvencije za arbitrabilnost mjerodavno je pravo koje je mjerodavno za ugovor o arbitraži.⁵⁰ Prema članku VI(2)(a) pr-

⁴⁹ Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 198.

⁵⁰ Članak VI Europske konvencije – Sudska nadležnost: (2) Prilikom donošenja odluke o postojanju ili valjanosti sporazuma o arbitraži, sudovi država ugovornica odlučit će o

venstveno je mjerodavno pravo koje su ugovorne strane izabrale, a “ako nema naznake o tome”, prema članku VI(2)(b), pravo države u kojoj treba donijeti pravorijek. U skladu s člankom VI(2)(c), ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, a pravo se države u kojoj se pravorijek treba donijeti u trenutku kad se pitanje arbitrabilnosti pred sudom postavlja ne može odrediti, sud će pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži odrediti prema svojim kolizijskim pravilima. To mu pruža mogućnost da na arbitrabilnost primijeni vlastito pravo i odbije priznanje ugovora o arbitraži ako spor prema pravu suda nije arbitrabilan.⁵¹

Primjena članka VI(2)(c) rijetko bi trebala dovesti do zaključka da ugovor o arbitraži, suprotno pravu koje je za njega mjerodavno, nije arbitrabilan. S jedne strane, pravilo prava suda o arbitrabilnosti imat će prednost pred pravom mjerodavnim za ugovor o arbitraži samo ako će u pojedinom slučaju biti doista mjerodavno i ako je pravilo o arbitrabilnosti pravilo međunarodnog javnog poretka suda. S druge strane, ako je država suda stranka i neke druge konvencije kao što je to, npr., Newyorška konvencija prema čijoj odredbi bi spor bio arbitrabilan, u skladu s načelom *in favorem* arbitraže sud bi trebao dati prednost odredbi Newyorške konvencije pred pravilom Europske konvencije. Važno je istaknuti da su sve države ugovornice Europske konvencije istovremeno i države ugovornice Newyorške konvencije.⁵²

Newyorška konvencija, za razliku od izričitog pravila iz članka V(2)(a) koji određuje pravo mjerodavno za arbitrabilnost u fazi nakon donošenja pravorijeka, odnosno u postupku priznanja i ovrhe stranog pravorijeka, a prema kojem će sud odbiti priznanje i ovrhu pravorijeka ako je njime odlučeno o sporu koji prema pravu suda nije arbitrabilan, ne sadrži pravilo o pravu mjerodavnom za arbitrabilnost u fazi prije donošenja pravorijeka.

sposobnosti stranaka po pravu koje se na njih primjenjuje, a o drugim pitanjima (a) po pravu kojem su stranke podvrgnule svoj sporazum o arbitraži; (b) a ako nema naznake o tome, po pravu zemlje u kojoj arbitražnu odluku treba donijeti; (c) ako nema upućivanja na pravo kojem su stranke podvrgnule svoj sporazum i ako se u vrijeme kad se to pitanje istakne pred sudom ne može odrediti zemlja u kojoj će arbitražna odluka biti donesena, prema pravu koje se treba primijeniti na temelju kolizijskih pravila zemlje suda pred kojim je pokrenut spor.

⁵¹ Arfazadeh, *op. cit.* u bilj. 17, str. 80; Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 162; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 193.

⁵² Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 162.

Konvencija uređuje ovrhu ugovora o arbitraži u članku II.⁵³ Kada stranka osporava nadležnost suda pozivajući se na postojanje ugovora o arbitraži, članak II(1) samo određuje da se ugovor o arbitraži treba priznati tako da se sud prema članku II(3) mora proglasiti nenadležnim i uputiti stranke na arbitražu, osim ako nađe da je ugovor o arbitraži prestao biti valjan, da je bez učinka ili je neprikladan za primjenu.

Budući da je Newyorška konvencija na snazi u 147 država, osnovano se može zaključiti da će državni sudovi pri odlučivanju o svojoj nadležnosti primjenjivati njezin članak II(3). Činjenica da Newyorška konvencija ne sadrži izričitu odredbu o pravu koje je mjerodavno za arbitrabilnost spora dala je povoda različitim stajalištima koje su nacionalni sudovi zauzimali o tome koje je pravo mjerodavno za to pitanje.⁵⁴ Pregled sudske prakse u primjeni članka II(3) pokazuje da su sudovi, odlučujući o valjanosti ugovora o arbitraži dok pravorijek još nije donesen, zauzimali sljedeća stajališta o tome koje je pravo mjerodavno za arbitrabilnost:⁵⁵

- pravo suda (primjenom analogije s čl. V(2)(a)), odnosno da se pravo mjerodavno za arbitrabilnost treba odrediti prema istom pravu neovisno o tome primjenjuje li se članak II ili članak V Newyorške konvencije.⁵⁶ Istaknuto je da se, s obzirom na to da članak V(2)(a) upućuje na pravo suda, isto stajalište treba prihvatiti i u primjeni članka II(3).⁵⁷ To stajalište zasniva se na argumentu da je pitanje je li spor arbitrabilan istovjetno s pitanjem je li na osnovi prisilnih

⁵³ Članak II Newyorške konvencije: (1) Svaka država ugovornica priznaje pismeni ugovor kojim se stranke obvezuju da stave u nadležnost arbitraži sve sporove ili neke od sporova koji nastanu ili bi mogli nastati između njih po određenom pravnom odnosu, ugovornom ili neugovornom, koji se odnosi na pitanje koje je prikladno za rješavanje arbitražom. (2) Pod pismenim sporazumom razumijevaju se arbitražna klauzula unesena u ugovor ili kompromis, koje su potpisale stranke ili su sadržani u razmijenjenim pismima ili brzojavima. (3) Sud države ugovornice kojem je podnesen na rješavanje spor o nekom pitanju o kojem su stranke sklopile ugovor u smislu ovog članka uputit će stranke na arbitražu, na zahtjev jedne od njih, osim ako ustanovi da je taj ugovor prestao biti valjan, da je bez učinka ili neprikladan za primjenu.

⁵⁴ Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 189 - 190.

⁵⁵ Schramm, D.; Geisinger, E.; Pinsolle, Ph., *Article II*, u: Kronke, H.; Nacimiento, P.; Otto, D.; Port, N. C. (ur.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on the New York Convention*, Wolters Kluwer, 2010., str. 38 - 114, str. 70 - 71; Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 162 - 166.

⁵⁶ Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 163.

⁵⁷ *Ibid.*

propisa za odlučivanje o predmetu nadležan sud, a ne arbitraža. Drugim riječima, implicira se da je arbitrabilnost prvenstveno pitanje nadležnosti premda se arbitrabilnost smatra ponajviše pretpostavkom za valjanost ugovora o arbitraži.⁵⁸ A pitanje nadležnosti državnog suda uvijek se rješava prema pravu suda.⁵⁹ Kao protuargument ističe se da sud koji odlučuje o upućivanju na arbitražu ne mora nužno biti sud u mjestu moguće ovrhe pravorijeka. To će zapravo voditi do primjene prava države u kojoj će se podnijeti zahtjev za ovrhu pravorijeka za ocjenu arbitrabilnosti spora.⁶⁰ Osim toga, primjena prema analogiji prava koje je u slučaju ovrhe pravorijeka mjerodavno za arbitrabilnost nije praktična jer analogija neće biti moguća kada još nijedno mjesto nije određeno kao mjesto arbitraže.⁶¹ U tom slučaju trebalo bi radi određivanja mjerodavnog prava primijeniti kolizijska pravila prava suda koji odlučuje prema članku II(3). Osim toga, bitan nedostatak analogne primjene članka V(2)(a) je što on potiče *forum shopping*, čime se ugrožava opći cilj Newyorške konvencija, a to je promocija međunarodne arbitraže.⁶²

- pravo koje je mjerodavno za ugovor o arbitraži jer je arbitrabilnost pretpostavka valjanosti ugovora o arbitraži, odnosno primjena po analogiji kolizijskih pravila iz članka V(1)(a) Newyorške konvencije.⁶³ Analogija bi bila u tumačenju da izraz “države u kojoj je pravorijek donesen” iz tog članka znači “države u

⁵⁸ Arfazadeh, *op. cit.* u bilj. 17, str. 76 *sqq.*; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 193.

⁵⁹ U Belgiji Vrhovni sud, *Colvi N.V. v. Interdica* (2004.), XXXI YCAB 2006, str. 593 - 594, posebno u odnosu na odredbe koje pripadaju javnom poretku države suda (međutim, Vrhovni sud nije isključio da se pravo suda ne bi moglo primjenjivati uz pravo koje je mjerodavno za ugovor o arbitraži); Trgovački sud u Bruxellesu, *Maternaco SA v. PPM Cranes, Inc.* (1990.); u Italiji Foro Italiano (1980.), str. 190 - 194, RDIPP (1979.), 3, str. 565 - 571 i VI YCAB (1981.), str. 129; u Švicarskoj sud Kantona Zug (2006.), ZG GVP 179 (obrazloženje 2.4.1. i 2.4.3); u SAD Vrhovni sud SAD, *Mitsubishi Motors Cors. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (1985.), 473 US. 614 (619 n.3), XI YCAB (1986.), str. 565, US District Court of South Florida, *Sea Bowld Marine Group, LDC v. Oceanfast PTY, Ltd.* (2006.), 432 F Sus. 2d 1305 (na 1308 - 1309) (bez pozivanja na Newyoršku konvenciju); Arfazadeh, *op. cit.* u bilj. 17, str. 80 - 82; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 191 - 194; Schramm, Geisinger, Pinsolle, *op. cit.* u bilj. 55, str. 71, bilj. 113.

⁶⁰ Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 163.

⁶¹ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 516; Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 163.

⁶² Schramm, Geisinger, Pinsolle, *op. cit.* u bilj. 55, *op. cit.* u bilj. 55, str. 72.

⁶³ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 515; Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 164; Schramm, Geisinger, Pinsolle, *op. cit.* u bilj. 55, str. 71.

kojoj će pravorijek biti donesen”.⁶⁴ Ističe se da je to stajalište ono koje sudovi najviše prihvaćaju.⁶⁵

- kumulativna primjena obaju prava jer se arbitrabilnost odnosi i na nadležnost suda i na valjanost ugovora o arbitraži.⁶⁶ To stajalište o zajedničkoj primjeni prava suda i prava mjerodavnog za ugovor o arbitraži nije prihvatljivo jer, zapravo, ujedinjuje nedostatke jednog i drugog stajališta, a da pritom korist koja bi se time trebala ostvariti nije jasno vidljiva. Osim toga, kumulativna primjena članaka V(1)(a) i V(2)(a) povećava rizik nepriznavanja pravorijeka, a takav učinak suprotan je cilju koji se želi ostvariti Newyorškom konvencijom.⁶⁷

- *lex arbitri* prema kojem bi arbitražni sud trebao utvrditi arbitrabilnost⁶⁸

- nijedno od navedenih prava jer bi se pitanje arbitrabilnosti trebalo riješiti bez ikakva pozivanja na nacionalno pravo. Arbitrabilnost bi se trebala ocijeniti prema ujednačenu tumačenju Newyorške konvencije primjenom međunarodnih pravila materijalnog prava⁶⁹ kao što su to “prisila, pogreška, prijevara ili odricanje”.⁷⁰

⁶⁴ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 515.

⁶⁵ U Austriji Vrhovni sud, I YCAB (1976.), str. 183, XXX YCAB (2005.), str. 416; u Belgiji Viši sud u Bruxellesu, *Journal des Tribunaux* (1987.), str. 296 i IV YCAB (1989.), str. 618; Trgovački sud u Bruxellesu, *Rev. Arb.* (1995.), str. 315 - 316; u Francuskoj Paris Cour d’appel, *American Bureau of Shipping v. Copropriété Maritime Jules Verne*, *Rev. arb.* (2003.) 4, str. 1286 s bilj. E. Gaillard i XXIX YCAB (2004.), str. 659; u Njemačkoj Oberlandesgericht Karlsruhe, II YCAB (1977.), str. 239; u Italiji Corte di Cassazione, *SpA Cifiindus v. OFAG Offenbyu und Feuerungstechnik AG* (1985.), XIII YCAB (1986.), str. 506 - 507; suprotno Tribunale di Lodi, *Adda Officine Elettromeccaniche e Meccaniche v. Alsthom Atlantique S.A.*, XXI YCAB (1996.), str. 580; u Australiji Federal Court of Australia, *Recyclers of Australia Pty, Ltd. v. Hettinga Equipment Inc.*, (2000.) FCA 547. Treba napomenuti da je bilo nesporno da je predmet arbitrabilan prema australskom pravu (§ 22, druga točka). Zbog toga nije jasno je li Federalni sud u stvari “kumulativno” primijenio pravo suda i pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži.

⁶⁶ Schramm, Geisinger, Pinsolle, *op. cit.* u bilj. 55, str. 71.

⁶⁷ *Ibid.*, str. 70.

⁶⁸ Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 165; Schramm, Geisinger, Pinsolle, *op. cit.* u bilj. 55, str. 71. U SAD-u The US District Court, Eastern District of New York, *Meadows Indemnity o Ltd v. Baccala & Shoop Insurance Services Inc*, 760 F Supp 1036 - 1045, XVII YBCA (1992.), str. 686 (EDNY 1991).

⁶⁹ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 515; Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 165; Schramm, Geisinger, Pinsolle, *op. cit.* u bilj. 55, str. 72.

⁷⁰ U SAD-u The US District Court, Eastern District of New York, *Meadows Indemnity Co Ltd v. Baccala & Shoop Insurance Services Inc* (1991.), 760 F Supp 1036 - 1045, XVII YCAB (1992.), str. 686 (EDNY 1991).

4.2. Arbitrabilnost u postupku poništaja pravorijeka

Ako se prigovor nevaljanosti ugovora o arbitraži i, zbog toga, nenadležnosti arbitražnog suda iznese u tužbi za poništaj pravorijeka, sud koji odlučuje o poništaju morat će prejudicijelno odrediti pravo mjerodavno za (ne)valjanost ugovora o arbitraži. Europska konvencija uređuje poništaj pravorijeka u članku IX. Prema članku IX(1)(a) za valjanost ugovora o arbitraži mjerodavno je pravo koje su stranke izabrale ili, ako nema naznake u tom pogledu, pravo države u kojoj je pravorijek donesen.⁷¹ Kako je u najvećem broju slučajeva za poništaj nadležan sud mjesta u kojem je pravorijek donesen, a što će u pravilu biti mjesto arbitraže, sud će primijeniti svoje pravo (*lex fori*).⁷²

UNCITRAL-ov Model zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži u članku 34(2)(b)(i) sadrži rješenje istovjetno članku V(2)(a) Newyorške konvencije (koji se odnosi na razloge za odbijanje priznanja i ovrhe stranog pravorijeka) te određuje da će sud poništiti pravorijek ako “predmet spora nije arbitrabilan po pravu te države”.

U skladu s tim rješenjem države čije je arbitražno zakonodavstvo doneseno po uzoru na Model zakon u zakonima kojima uređuju arbitražu određuju da njihovi sudovi, kada odlučuju o poništaju pravorijeka, primjenjuju svoje pravo kao pravo mjerodavno za arbitrabilnost.

Ako je arbitražni sud prilikom odlučivanja o arbitrabilnosti utvrdio da je strano pravo mjerodavno za arbitrabilnost i da je prema njemu spor arbitrabilan, sud koji odlučuje o poništaju ne može ispitivati pravorijek u pogledu sadržaja stranog prava koje je arbitražni sud primijenio. No, to ne sprečava sud koji odlučuje o poništaju da poništi pravorijek iz razloga što predmet spora nije arbitrabilan prema pravu suda ili je suprotan javnom poretku države suda.⁷³

⁷¹ Članak IX Europske konvencije – Poništaj arbitražne odluke: (1) Poništaj u jednoj državi ugovornici arbitražne odluke na koju se ova Konvencija odnosi predstavljat će razlog za odbijanje priznanja ili izvršenja u drugoj državi ugovornici samo ako je do poništaja došlo u državi u kojoj je ili prema čijem pravu je arbitražna odluka donesena, i to iz jednog od sljedećih razloga: (a) da su stranke iz sporazuma o arbitraži po za njih mjerodavnom pravu na neki način nesposobne ili da taj sporazum nije valjan po pravu kojem su ga stranke podvrgle ili, ako nema naznake o tome, po pravu zemlje u kojoj je arbitražna odluka donesena.

⁷² Članak 53. engleskog Zakona o arbitraži iz 1996.; članak 25(3) MTK Pravila o arbitraži iz 1988.; članak 31(3) MTK Pravila o arbitraži iz 2011.

⁷³ Hanatiau, *op. cit.* u bilj. 3, str. 166 - 167.

4.3. Arbitrabilnost pred sudom koji odlučuje o priznanju i ovrsi pravorijeka

U članku V(2)(a) Newyorška konvencija sadrži izričito rješenje o pravu mjerodavnom za objektivnu arbitrabilnost.⁷⁴ Sud koji odlučuje o priznanju i ovrsi stranog pravorijeka odbit će po službenoj dužnosti priznanje i ovrhu ako utvrdi da “predmet spora nije pogodan za rješavanje arbitražom po pravu te države”. Prema tome, jasno se upućuje na pravo suda kao mjerodavno pravo uz isključenje bilo kojeg drugog nacionalnog prava.⁷⁵

Kada odlučuje o priznanju i ovrsi stranog pravorijeka, sud će u skladu s člankom V(1)(a) na ocjenu valjanosti ugovora o arbitraži iz članka II primijeniti pravo koje su stranke izabrale, odnosno, ako nema naznake u tom pogledu, pravo države u kojoj je pravorijek donesen. Kao što je već istaknuto, pitanje arbitrabilnosti u smislu članka II(1) usko je povezano s razlogom za odbijanje priznanja i ovrhe pravorijeka iz članka V(1)(a) prema kojem će sud, na prigovor stranke protiv koje se priznanje i ovrha traži, odbiti priznanje i ovrhu ako ugovor o arbitraži nije valjan prema pravu koje je po tom članku mjerodavno za njegovu valjanost. Slučajevi u kojima su ugovorne strane izabrale pravo mjerodavno za ugovor o arbitraži iznimno su rijetki. Zbog toga će, najčešće, pravo države u kojoj je pravorijek donesen biti mjerodavno i za ocjenu valjanosti ugovora o arbitraži i kod njegove ovrhe prema članku II(3) i kod priznanja i ovrhe pravorijeka prema članku V(2)(a) Newyorške konvencije.⁷⁶

U komentarima uz Newyoršku konvenciju zastupaju se različita stajališta o tome je li pravo suda, u skladu s člankom V(2)(a) Newyorške konvencije, u trenutku odlučivanja o zahtjevu za priznanje i ovrhu pravorijeka jedino mjerodavno pravo za arbitrabilnost predmeta spora iz ugovora o arbitraži.⁷⁷ Zastupnici stajališta da pravo suda nije jedino pravo pozivaju se na to da je arbitrabilnost pretpostavka valjanosti ugovora o arbitraži pa da u iznimnom slučaju stranka koja se protivi priznanju i ovrsi može zatražiti da sud priznanje i ovrhu pravo-

⁷⁴ Članak V Newyorške konvencije: (2) Priznanje i izvršenje arbitražne odluke mogu također biti odbijeni ako nadležna vlast u zemlji u kojoj je traženo priznanje ili izvršenje odluke utvrdi (a) da, prema pravu te zemlje, predmet spora nije prikladan za reguliranje arbitražom.

⁷⁵ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 516.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ U prilog stajalištu da je *lex fori* jedino mjerodavno pravo: Arfazadeh, *op. cit.* u bilj. 17, str. 80; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 193 - 194; Van den Berg, A., *The New York Convention: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, 1981., str. 289.

rijeka odbije jer predmet spora nije arbitrabilan prema pravu države u kojoj je pravorijek donesen (čl. V(1)(a)) premda je predmet spora arbitrabilan prema pravu države suda (čl. V(2)(a)). U takvu slučaju, ističe se, nearbitrabilnost predmeta spora prema pravu države u kojoj je pravorijek donesen trebala bi predstavljati razlog za odbijanje priznanja i ovrhe stranog pravorijeka.⁷⁸

Slučajevi u kojima je odbijeno priznanje i ovrha stranog pravorijeka pozivom na članak V(2)(a) Newyorške konvencije vrlo su rijetki. Vjerojatno je najpoznatiji odluka Vrhovnog suda Belgije kojom je odbio priznanje i ovrhu stranog pravorijeka pozivom na odredbe belgijskog zakona o ugovorima o isključivoj distribuciji.⁷⁹

5. Kada je spor arbitrabilan?

Nacionalni pravni poreci sadrže različite kriterije o tome kada se spor smatra arbitrabilnim. Pritom pravo mjerodavno za arbitrabilnost rijetko određuju kolizijskim pravilima, a češće arbitrabilnost spora uređuju izravno, materijalnim pravilima. U državama sustava *common law* stajalište o tome kada je spor arbitrabilan tradicionalno se utvrđuje iz tumačenja zauzetih u sudskoj praksi dok države sustava *civil law* sadrže pravila o arbitrabilnosti.⁸⁰

Razlog zašto se pri uređenju arbitrabilnosti prednost daje materijalnim pred kolizijskim pravilima je taj što se općenito smatra da je međunarodna arbitraža institut od globalnog, a ne nacionalnog interesa pa je stoga prikladnije da se određeni aspekti tog instituta uređuju posebnim pravilima i načelima koja su prilagođena njegovu međunarodnom karakteru.⁸¹

⁷⁸ Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 516.

⁷⁹ *Audi-NSU Auto –Union AG (Germany) v Adelin Petit Cie (Belgium)* (1979.), V YCAB (1980.), str. 257. Njemačko trgovačko društvo raskinulo je ugovor o isključivoj distribuciji sa svojim belgijskim distributerom i pokrenulo arbitražni postupak u Zürichu u skladu s arbitražnom klauzulom sadržanom u ugovoru o isključivoj distribuciji. Arbitražni sud utvrdio je da je ugovor valjano raskinut i da distributer nema pravo na naknadu štete zbog raskida ugovora. Belgijski Kasacijski sud zauzeo je stajalište da spor nije arbitrabilan jer su prema belgijskom zakonu za odlučivanje o jednostranom raskidu koncesije za ugovore o isključivoj distribuciji koji su sklopljeni na neodređeno vrijeme isključivo nadležni belgijski sudovi.

⁸⁰ Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 194.

⁸¹ Arfazadeh, *op. cit.* u bilj. 17, str. 74; Fouchard, Gaillard, Goldman, *op. cit.* u bilj. 2, str. 251.

U državama *civil law* sustava dva su pristupa definiranju arbitrabilnosti. Prema prvom, zakonodavac određuje vrlo široku definiciju arbitrabilnosti, a prema drugom, arbitrabilnost se vezuje uz ovlast stranaka da raspolažu pravima koja su predmet spora ili da sklope nagodbu.⁸² Tipičan primjer prvog pristupa je članak 177., stavak 1. švicarskog ZMPP-a koji se osniva na materijalnom kriteriju i koji je sam po sebi dovoljan, a prema kojem “predmet ugovora o arbitraži može biti svaki imovinskopravni zahtjev” (*vermögensrechtlicher Anspruch; cause de nature patrimoniale; pretesa patrimoniale; pecuniary claim*). Isto rješenje sadrže i § 1030(1)(1. reč.) njemačkog ZPO-a⁸³, članak 582(1)(1. reč.) austrijskog ZPO-a⁸⁴ i članak 4(1)(1. reč.) slovenskog Zakona o arbitraži.⁸⁵ Članak 1., stavak 2. bugarskog Zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži određuje da se arbitražom mogu rješavati “imovinskopravni sporovi”.⁸⁶ Materijalnopravnu definiciju arbitrabilnosti, uz navođenje sporova koji se ne mogu rješavati arbitražom, sadrže i članci 2. i 3. kineskog zakona o arbitraži.⁸⁷ U skladu s rješenjima tih zakona arbitražni sud, kada odlučuje o svojoj nadležnosti, treba u pogledu objektivne arbitrabilnosti primijeniti standard koji o tome određuje pravo suda i ne mora, načelno, uzimati u obzir moguće drugačije strože standarde koje predviđaju neka strana prava, npr., pravo mjerodavno za ugovor (*lex causae*) ili nacionalna prava stranaka.⁸⁸

⁸² Brekoulakis I, *op. cit.* u bilj. 14, str. 100; Brekoulakis II, *op. cit.* u bilj. 16, str. 121; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 194.

⁸³ § 1030(1)(1. reč.) njemačkog ZPO-a: Svaki imovinskopravni zahtjev može biti predmet sporazuma o arbitraži.

⁸⁴ Članak 582(1)(1. reč.) austrijskog ZPO-a: Svaki imovinskopravni zahtjev, o kojem može odlučivati redovan sud, može biti predmet sporazuma o arbitraži.

⁸⁵ Članak 4(1)(1. reč.) slovenskog Zakona o arbitraži: Predmet arbitražnog sporazuma može biti svaki imovinskopravni zahtjev.

⁸⁶ Članak 1., stavak 2. bugarskog Zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži: Međunarodna trgovačka arbitraža može rješavati građanske imovinske sporove iz međunarodnih trgovačkih odnosa kao i sporove o popunjavanju praznina u ugovorima njihovu prilagodavanju novo utvrđenim činjenicama kada prebivalište ili sjedište barem jedne od stranaka nije u Republici Bugarskoj.

⁸⁷ Članak 2. Zakona o arbitraži Narodne Republike Kine: Arbitražom se mogu rješavati ugovorni sporovi i sporovi koji se odnose na prava, interese u vezi s imovinom između jednakih osoba kao što su to građani, pravne osobe i druge osobe. Članak 3. istog zakona: Arbitražom se ne mogu rješavati sljedeći sporovi: (1) bračni sporovi, sporovi koji se odnose na posvojenje, skrbništvo i nasljednopravni sporovi; (2) upravnopravni sporovi o kojima, prema zakonu, odlučuju upravni sudovi.

⁸⁸ Arfazadeh, *op. cit.* u bilj. 17, str. 74; Bernardini, *op. cit.* u bilj. 3, str. 518.

Drugi pristup osniva se, načelno, na ovlasti stranaka da raspolažu pravima na koja se spor odnosi ili da sklope nagodbu. Takav pristup zahtijeva kolizijsko-pravnu analizu jer je potrebno odrediti pravni poredak s čijeg stajališta će se odrediti je li riječ o pravu o kojem stranke mogu raspolagati, odnosno sklopiti nagodbu.⁸⁹ Primjer takva pristupa je članak 3., stavak 1. Zakona o arbitraži prema kojem “stranke mogu ugovoriti domaću arbitražu [arbitraža čije je mjesto na području Republike Hrvatske – čl. 2(2)(2) Zakona o arbitraži] za rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati.” Mađarski Zakon o arbitraži u članku 3(1)(b) zahtijeva da stranke moraju slobodno raspolagati predmetom arbitražnog postupka.⁹⁰ Kriterij da se arbitražom mogu rješavati sporovi iz pravnih odnosa kojima stranke mogu slobodno ili neograničeno raspolagati predviđaju članak 9., stavak 1. norveškog Zakona o arbitraži⁹¹, članak 6. danskog Zakona o arbitraži⁹², članak 2., stavak 1. španjolskog Zakona o arbitraži.⁹³ Švicarski zakon o parničnom postupku iz 2008., u odredbama koje se odnose na arbitražu na koju se ne primjenjuju odredbe glave XII. švicarskog ZMPP-a ako je mjesto arbitraže u Švicarskoj, u članku 354. određuje da “predmet arbitražnog postupka može biti svaki zahtjev kojim stranke mogu slobodno raspolagati”.⁹⁴ Kriterij da su stranke ovlaštene na sklapanje nagodbe prihvaćen je u članku 1676(1) *Code judiciaire* te određuje da “svaki spor koji je nastao ili će nastati iz određenog pravnog odnosa i u vezi s kojim stranke mogu sklopiti nagodbu može biti predmet arbitražnog sporazuma”. Slično rješenje prihvaćaju i § 1030(1)(2. reč.) njemačkog ZPO-a⁹⁵ i članak 582(1)(2.

⁸⁹ Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 194 - 196.

⁹⁰ Članak 3., stavak 1.(b) mađarskog Zakona o arbitraži: Umjesto pred sudom, spor se može riješiti arbitražom ako (b) stranke mogu slobodno raspolagati predmetom postupka.

⁹¹ Članak 9., stavak 1. norveškog Zakona o arbitraži: Sporovi iz pravnih odnosa u vezi s kojima stranke imaju pravo neograničeno raspolagati mogu se rješavati arbitražom.

⁹² Članak 6. danskog Zakona o arbitraži: Sporovi iz pravnih odnosa u vezi s kojima stranke imaju pravo neograničeno raspolagati mogu se rješavati arbitražom, osim ako nije drugačije određeno.

⁹³ Članak 1. Zakona br. 60/2003: Svi sporovi iz predmeta kojima stranke mogu na osnovi zakona slobodno raspolagati mogu se rješavati arbitražom.

⁹⁴ Članak 354. švicarskog ZPO-a: Predmet arbitražnog postupka može biti svaki zahtjev kojim stranke mogu slobodno raspolagati.

⁹⁵ § 1030(1)(2. reč.) njemačkog ZPO-a: Sporazum o arbitraži o neimovinskopravnom zahtjevu može jednako imati pravni učinak, ako su stranke ovlaštene sklopiti nagodbu o predmetu spora.

reč.) austrijskog ZPO-a⁹⁶ te članak 4(1)(2. reč.) slovenskog Zakona o arbitraži⁹⁷ koji određuju da “sporazum o arbitraži o neimovinskopravnom zahtjevu ima pravni učinak ako su stranke ovlaštene da sklope nagodbu o predmetu spora”. Na mogućnost sklapanja nagodbe upućuje i švedski Zakon o arbitraži u članku 1(1)(1. reč.) kada određuje da stranke mogu pred arbitražom rješavati “sporove iz predmeta o kojima mogu sklopiti nagodbu.”⁹⁸ Negativnu definiciju arbitrabilnosti, ali zasnovanu na sposobnosti stranaka da slobodno raspolažu pravima i na ovlasti da sklope nagodbu sadrži članak 11. egipatskog Zakona o arbitraži u građanskim i trgovačkim predmetima.⁹⁹ Slično je i rješenje članka 1020., stavka 3. nizozemskog Zakona o arbitraži prema kojem se ugovorom o arbitraži ne mogu uređivati pravne posljedice kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati.¹⁰⁰ Primjer pristupa koji pretpostavlja ovlast stranaka da raspolažu pravima na koja se spor odnosi, odnosno da sklope nagodbu, ali u kombinaciji s određenim elementima prvog pristupa – materijalnopravnom definicijom, članci su 2059. i 2060. francuskog CC-a¹⁰¹ i članak 890. talijanskog CPC-a.¹⁰² Oni

⁹⁶ Članak 582(1)(2. reč.) austrijskog ZPO-a: Sporazum o arbitraži o neimovinskopravnom zahtjevu može jednako imati pravni učinak ako su stranke sposobne sklopiti nagodbu o predmetu spora.

⁹⁷ Članak 4(1)(2. reč.) slovenskog Zakona o arbitraži: Drugi zahtjevi mogu biti predmet arbitražnog sporazuma samo ako stranke mogu sklopiti nagodbu o zahtjevu.

⁹⁸ Članak 1(1)(1. reč.) švedskog Zakona o arbitraži: Sporovi iz predmeta o kojima stranke mogu sklopiti nagodbu mogu se sporazumno podnijeti na rješavanje jednom ili više arbitara.

⁹⁹ Članak 11. egipatskog Zakona o arbitraži u građanskim i trgovačkim predmetima: Sporazum o arbitraži ne mogu sklopiti fizičke ili pravne osobe koje nisu sposobne raspolagati svojim pravima. Arbitraža nije dopuštena u predmetima o kojima nije moguće sklopiti nagodbu.

¹⁰⁰ Članak 1020. nizozemskog Zakona o arbitraži: (3) Ugovor o arbitraži ne može služiti radi određivanja pravnih posljedica o kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati.

¹⁰¹ Članak 2059. francuskog CC-a: Sve osobe mogu sklopiti sporazum o arbitraži o pravima o kojima mogu slobodno raspolagati. Članak 2060. istog zakona: Sporazum o arbitraži ne može se sklopiti o predmetima koji se odnose na osobni status i poslovnu sposobnost osoba, razvod braka ili rastavu ili sporove koji se odnose na javne ustanove i općenito o predmetima koji uključuju javni poredak. Međutim, određene javne ustanove industrijskog ili trgovačkog karaktera mogu dekretom biti ovlaštene na sklapanje sporazuma o arbitraži.

¹⁰² Članak 806. talijanskog CPC-a: (Sporazum o arbitraži) Stranke mogu povjeriti arbitrima na odlučivanje sporove koji između njih nastanu, osim sporova iz članka 409. [sporovi iz pojedinačnog ugovora o radu] i 442. [socijalna sigurnost i obvezna liječnička pomoć],

zahtijevaju sposobnost stranaka da raspolažu sporom, ali i izričito isključuju određene predmete kao arbitrabilne.

Neka nacionalna zakonodavstva dodaju, uz pozitivne kriterije prema prvom pristupu (imovinskopravni karakter zahtjeva ili predmeta spora) ili uz drugi pristup (sloboda raspolaganja pravima ili mogućnost sklapanja nagodbe), i negativne kriterije kao, npr., nepostojanje isključive nadležnosti nacionalnog (ili supranacionalnog) tijela. Tako, npr., članak 3., stavak 2. Zakona o arbitraži određuje da “u sporovima s međunarodnim obilježjem stranke mogu ugovoriti i arbitražu čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske, osim ako je posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj.”¹⁰³ Vrlo slično rješenje sadrži i članak 5. slovenskog Zakona o arbitraži.¹⁰⁴ Daljnji su primjeri da se arbitražom mogu rješavati sporovi koji se odnose na prava kojima stranke mogu slobodno raspolagati, pod uvjetom da za rješavanje tih sporova nije predviđena isključiva nadležnost suda, članak 5. srpskog Zakona o arbitraži¹⁰⁵, članak 1. portugalskog Zakona o arbitraži¹⁰⁶ i članak 5. švicarskog Konkordata o arbitraži iz 1969.¹⁰⁷

Rješenja koja se osnivaju na slobodi raspolaganja pravima koja su predmet spora, odnosno mogućnosti sklapanja nagodbe razgraničuju nearbitrabilnost uz

onih koji se odnose na pitanja statusa i rastave između bračnih drugova i druge koji ne mogu biti predmet nagodbe.

¹⁰³ Članak 3., stavak 2. Zakona o arbitraži: U sporovima s međunarodnim obilježjem stranke mogu ugovoriti i arbitražu čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske, osim ako je posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj.

¹⁰⁴ Članak 5. slovenskog Zakona o arbitraži: Državljeni i državljanke Republike Slovenije i pravne osobe koje imaju sjedište u Republici Sloveniji mogu se sporazumjeti da o njihovu sporu odlučuje strana arbitraža, osim ako je za odlučivanje o sporu isključivo nadležan sud u Republici Sloveniji.

¹⁰⁵ Članak 5. srpskog Zakona o arbitraži: Arbitraža se može ugovoriti za rješavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolažu, osim sporova za koje je određena isključiva nadležnost suda.

¹⁰⁶ Članak 1. Zakona br. 31/86: Stranke mogu sporove o pravima kojima se može slobodno raspolagati, a za koje nije posebnim zakonom određena isključiva nadležnost suda ili prisilna arbitraža, podnijeti na rješavanje arbitrima.

¹⁰⁷ Članak 5. Konkordata o arbitraži: Predmet arbitražnog postupka može biti svaki zahtjev kojim stranke mogu slobodno raspolagati, osim ako neki državni sud nije isključivo nadležan za predmet na osnovi prisilnih propisa.

primjenu kriterija koji se odnose na javni poredak.¹⁰⁸ Mogu li stranke slobodno raspolagati pravima koja su predmet spora, odnosno sklopiti nagodbu može se odrediti na temelju materijalnih pravila prava mjesta arbitraže.¹⁰⁹ U praksi se na arbitrabilnost na osnovi kolizijskih pravila prava mjesta arbitraže najčešće primjenjuje pravo koje je mjerodavno za pravni odnos između stranaka. Rezultat primjene kolizijskih pravila može biti da se arbitrabilnost određuje prema različitim pravima.¹¹⁰

Pravila o arbitrabilnosti nisu ograničena samo na ona iz nacionalnih zakona o arbitraži. Ta se pravila mogu naći i u drugim dijelovima nacionalnog prava (npr., stečajno pravo, pravo tržišnog natjecanja, pravo industrijskog vlasništva). Neki arbitražni zakoni izričito upućuju na mogućnost da drugi zakoni mogu predviđati iznimke od arbitrabilnosti.¹¹¹

Summary

Hrvoje Sikirić*

LAW APPLICABLE TO OBJECTIVE ARBITRABILITY

The objective arbitrability, or arbitrability ratione materiae, or arbitrability stricto sensu, relates to the question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration and whether specific classes of disputes are exempt from arbitration proceedings. The arbitrability is commonly considered as a condition of validity of the arbitration

¹⁰⁸ Brekoulakis II, *op. cit.* u bilj. 16, str. 21. Usp. članak 2060. francuskog CC-a – *supra* u bilj. 101.

¹⁰⁹ Takav pristup u ICC Case, br. 4604, X YBCA 973 (1985.) 975, izvornik na francuskom u: Jarvin; Derains; Arnaldez (ur.), *ICC Awards 1986 - 1990*, str. 545 *sqq.*; vidi također *Corte di Appello*, Genova, 7. svibnja 1994., *Fincantieri - Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armament and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq*, XXI YBCA 594 (1996.). Predmet se odnosi na zakonodavstvo o embargu i arbitrabilnost. Talijanski sud primijenio je pravo suda za ocjenu arbitrabilnosti.

¹¹⁰ Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 4, str. 195 - 196.

¹¹¹ § 1030(3) njemačkog ZPO-a: (3) Zakonske odredbe izvan ove Knjige na osnovi kojih se za određene sporove ne može sklopiti arbitražni sporazum ili se može sklopiti samo pod određenim pretpostavkama, ostaju pridržane.

* Hrvoje Sikirić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

agreement and consequently, of the arbitral tribunal's jurisdiction. Therefore, if the issue of arbitrability arises, it is necessary to have regard to relevant laws of different States that are or may be concerned. However, each State decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social or economic policy. States may decide to treat certain disputes as being more appropriate for determination by their own public courts of law, rather than by a private arbitral tribunal established by the parties. As a result, there are significant differences among jurisdictions as to whether certain subject matters are arbitrable or not. Hence, the determination of law applicable to arbitrability is of crucial importance.

The paper is devoted to the determination of law applicable to the issue of objective arbitrability. The practice of international commercial arbitration demonstrates that the issue which law applies to arbitrability may be determined by an arbitral tribunal and by a State court to which one of the parties has concurrently submitted the dispute, or in the course of a setting aside of the award or recognition and enforcement procedure. The law governing arbitrability of a dispute may therefore depend on where and at what stage of proceedings the question arises. Arbitral tribunals may apply different criteria than courts in determining this law and the criteria applied by State courts at the post-award stage may differ from these at the pre-award stage.

The author firstly addresses how the issue is dealt with by arbitral tribunals. In introduction, it is pointed out that where none of the parties invokes lack of arbitrability, if the arbitral tribunal discovers that a provision regarding arbitrability and pertaining to international public policy might be applicable to a particular case, it must raise the issue *ex officio*. Although the practice of arbitral tribunals concerning the issue of arbitrability varies considerably, its review shows that in majority of cases arbitral tribunals referred to the law applicable to the arbitration agreement as the law applicable to the arbitrability. If the parties have chosen the applicable law, the arbitral tribunal will have to honour the will of the parties and apply the chosen law. However, practice shows that very few arbitration clauses contain an express choice of the law applicable to the arbitration agreement. When the parties have not expressed their will as to the applicable law, the arbitration practice shows the arbitral tribunal may take one of at least three different approaches in determining the substantive law of the arbitration clause: (i) the law applicable to the main contract, (ii) the law of the place of arbitration or (iii) a-national rules. Among those approaches, arbitral tribunals have mostly determined the arbitrability of a dispute on the basis of the provisions in force at the place of arbitration.

When objective arbitrability is determined by a State court, a distinction must be made depending on whether the courts have determined the question of arbitrability at the pre-award or at the post-award stage. The arbitrability at the pre-award stage has

to be determined e.g. when the court is seized of the action by a party which deems the dispute non-arbitrable notwithstanding the presence of an arbitration agreement. At the post-award stage, arbitrability should be determined when the court is seized of an action seeking annulment or refusal of enforcement of the award. In the first case, when no international convention is applicable in the forum State, the tendency of the State courts is to apply their own national law (lex fori). If the European Convention is applicable, the issue should be resolved pursuant to Article VI(2) which provides that the issue of arbitrability should be decided by application of the law applicable to the arbitration agreement, which provision will in the majority of cases lead to the application of the law of the place of arbitration. The New York Convention does contain a rule as to what law governs the question of arbitrability at the pre-award stage. It addresses the issue of the enforcement of the arbitration agreement in Article II. The case law considering the validity of an arbitral clause at the pre-award stage in the context of Article II(3) reveals that the courts, in determination of the law applicable to the arbitrability, have referred to its own lex fori, to the law applicable to the arbitration agreement, to both of the preceding laws cumulatively, to lex arbitri or to uniform interpretation of the New York Convention. The objective arbitrability before the State courts acting as the courts of annulment or enforcement in great majority of cases was determined under the law of the State in which the court decided on the annulment or enforcement of the award respectively.

The paper in its last part analyses criteria that determine when a dispute is arbitrable. It is submitted that different national arbitration rules do not regulate which law governs the question of arbitrability. Rather, they determine directly which disputes are arbitrable. While in common law countries this approach can traditionally be found in case law, various civil law countries have attempted to legislate on the law applicable to arbitrability, applying two different approaches. The first approach is based on a broad notion of arbitrability defined by the national legislator, the second on the parties' power to dispose of the rights involved in the dispute or to reach compromise.

Keywords: arbitration, arbitrability, objective arbitrability, law applicable to arbitrability, arbitration agreement, law applicable to the arbitration agreement.

PRIJEDLOG ZA NOVO UREĐENJE ARBITRABILNOSTI PREMA ZAKONU O ARBITRAŽI *

*Prof. dr. sc. Davor Babić***

Prema hrvatskom Zakonu o arbitraži iz 2001. arbitraža se može ugovoriti u sporovima o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati, s time što mjesto arbitraže ne može biti u inozemstvu ako su stranke u sporu isključivo domaći pravni subjekti ili ako spor prema zakonu pripada isključivoj nadležnosti sudova Republike Hrvatske. U ovom se radu na osnovi postojeće sudske i arbitražne prakse prema Zakonu o arbitraži predlaže proširenje tih granica dopuštenosti ugovaranja arbitraže. U radu se najprije razmatra institut arbitrabilnosti u hrvatskom i poredbenom arbitražnom pravu te se izlaže uređenje toga instituta prema Zakonu o arbitraži. Potom se iznose prijedlozi za proširenje zakonskih granica ugovaranja arbitraže u pogledu predmeta spora, izbora mjesta arbitraže u predmetima bez međunarodnog obilježja te izbora mjesta arbitraže u predmetima koji pripadaju isključivoj nadležnosti sudova Republike Hrvatske. Predlaže se da se u idućim izmjenama Zakona o arbitraži dopusti arbitraža o svim imovinskopравnim zahtjevima kao i onim neimovinskim zahtjevima o kojima stranke mogu slobodno raspolagati te da se napuste postojeća ograničenja u pogledu izbora mjesta arbitraže.

Ključne riječi: arbitražno pravo, arbitrabilnost, Zakon o arbitraži, isključiva nadležnost.

* Autor zahvaljuje kolegama prof. dr. sc. Alešu Galiću s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Ljubljani i prof. dr. sc. Vladimiru Paviću s Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu na korisnim osvrtima i primjedbama na raniji nacrt ovoga rada.

** Dr. sc. Davor Babić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

1. UVOD

Ako je suditi prema prvih deset godina njegove primjene, hrvatski Zakon o arbitraži iz 2001. (Narodne novine, br. 88/01, dalje u tekstu: ZA) pokazao se uspješnim. Zakon je u najvećoj mjeri uspio urediti pravni okvir koji omogućuje strankama da učinkovito rješavaju međusobne sporove arbitražom te propisao primjerenu mjeru sudske kontrole i podrške arbitraži. Sudska i arbitražna praksa prema ZA-u zasada je relativno stabilna i predvidljiva, a sudovi – kako se čini – podržavaju arbitražno suđenje prema Zakonu.¹

Polazna osnova za izradu ZA-a bio je Model zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1985., najuspješniji zakonodavni projekt Komisije UN-a za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL). Na izradu Zakona o arbitraži posebno je utjecala implementacija Modela zakona u njemačkom pravu (deseta knjiga njemačkog Zakonika o građanskom postupku, reforma iz 1998).² U vrijeme donošenja ZA-a nije se moglo predvidjeti hoće li transplantacija Modela zakona u hrvatski pravni poredak uspjeti. Iskustvo je, srećom, pokazalo da je transplantat dobro prihvaćen. Deset godina prakse upućuje na zaključak da UNCITRAL-ov zakonodavni model uglavnom dobro funkcionira u Hrvatskoj. Njegovom implementacijom hrvatsko arbitražno pravo postalo je, osim toga, međunarodno prepoznatljivim, što je s obzirom na značenje arbitraže u međunarodnom poslovanju iznimno važno.

Nakon prvog desetljeća primjene Zakona primjereno je osvrnuti se na dosadašnja iskustva te razmotriti je li pojedina njegova rješenja potrebno izmijeniti ili doraditi. Eventualnim izmjenama i dopunama ZA-a valja pristupiti s velikim oprezom i pomnjom. Uspjeh svakoga zakona o arbitraži mjeri se gotovo isključivo time koliko su njegova rješenja prihvatljiva onima koji arbitražu ugovaraju. Po prirodi stvari, arbitražnim pravom strankama se ništa ne može

¹ U javno dostupnoj sudskoj praksi nema nijedne pravomoćne sudske odluke kojom je poništen arbitražni pravorijek Stalnog arbitražnog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori ili odbijena njegova ovrha (pretraga www.iusinfo.hr, sudskapraksa.vsrh.hr/supra, www.sudacka-mreza.hr (1. lipnja 2013.)).

² Općenito o pripremnim radovima koji su prethodili donošenju Zakona o arbitraži v. Triva, S.; Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007., str. XXIII - XL; Triva, S., *Croatian Law on Arbitration*, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 9, 2002., str. 107 - 138; Triva, S., *Final Proposal for the New Croatian Arbitration Law*, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 5, 1998., str. 9 - 17; Triva, S., *Adoption of the UNCITRAL Model Law in Croatian Arbitration Law*, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 2, 1995., str. 7 - 26.

nametnuti, nego samo ponuditi jer arbitraže nema bez sporazuma stranaka koje je ugovaraju. Arbitražno pravo treba prvenstveno omogućiti slobodu stranaka da se same sporazumiju o tome kako će rješavati međusobne sporove. S obzirom na ulogu arbitraže u međunarodnom poslovanju, valja imati na umu potrebu da arbitražno pravo bude razumljivo i prihvatljivo ne samo domaćim strankama nego i onima iz inozemstva. Nepromišljeno zakonsko uređenje arbitraže lako može dovesti do nenamjeranih štetnih posljedica koje će odvratiti stranke od arbitraže. Slijedeći ta načela eventualne izmjene ZA-a treba ograničiti samo na odredbe u pogledu kojih su se pojavile konkretne poteškoće u praksi. Ono što u Zakonu nije pokvareno, ne treba ni popravljati.

Praksa prema ZA-u, dakako, nije bila lišena povremenih poteškoća i izazova, ali oni se u pravilu nisu ticali odredaba kojima se implementira UNCITRAL-ov uzor, nego – upravo suprotno – onih koje od njega odstupaju ili koje uređuju pitanja koja njime uopće nisu riješena. Potonjim odredbama pripada i članak 3. koji uređuje arbitrabilnost, ključno pitanje arbitražnoga prava o kojemu ne postoji konsenzus na međunarodnoj razini i koje nije uređeno Modelom zakonom.³ Prema čl. 3. ZA-a arbitraža se može ugovoriti u sporovima o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati, s time što mjesto arbitraže ne može biti u inozemstvu ako su stranke u sporu isključivo domaći pravni subjekti ili ako spor prema zakonu pripada isključivoj nadležnosti sudova Republike Hrvatske (čl. 3. u vezi s čl. 2., st. 1., točkama 6. i 7. ZA-a).

U ovom radu se, na osnovi iskustava u primjeni te odredbe u sudskoj praksi, predlaže da se čl. 3. izmijeni tako da se strankama omogući veća autonomija u izboru arbitraže. U radu se najprije razmatra što je uopće arbitrabilnost u hrvatskom i poredbenom arbitražnom pravu (2.) te se izlaže postojeće uređenje toga instituta prema Zakonu o arbitraži (3.). Potom se iznose prijedlozi za proširenje zakonskih granica ugovaranja arbitraže u pogledu predmeta spora (3.), izbora mjesta arbitraže u predmetima bez međunarodnog obilježja (4.) te izbora mjesta arbitraže u predmetima koji pripadaju isključivoj nadležnosti sudova Republike Hrvatske (5). Na kraju rada iznose se neka zaključna razmatranja (6).

U radu se ne razmatra sukladnost važećih rješenja iz čl. 3., st. 2. ZA-a s Newyorškom konvencijom o priznanju i ovrsi stranih arbitražnih pravorijeka

³ Holtzmann, H.; Neuhaus, J., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, 1989., v. komentar uz čl. 1.

iz 1958. i tržišnih sloboda predviđenih pravom Europske unije jer je ono već bilo predmetom rasprave u literaturi.⁴

Ovaj rad posvećujem profesoru Mihajlu Diki u znak zahvalnosti za sve što sam od njega naučio i što ću tek naučiti.

2. POJAM ARBITRABILNOSTI

U hrvatskoj pravnoj književnosti arbitrabilnost se definira kao “podobnost” ili “prikladnost za arbitražu”, odnosno, jednostavno, kao dopuštenost ugovaranja arbitraže.⁵ S obzirom da institut arbitrabilnosti, tako shvaćen, ima vrlo širok doseg, razumljivo je da se u našoj literaturi pokušava usustaviti. Tako se razlikuju objektivna arbitrabilnost, odnosno arbitrabilnost predmeta spora (arbitrabilnost *ratione materiae*); subjektivna arbitrabilnost, odnosno sposobnost ugovaranja arbitraže (arbitrabilnost *ratione personae*); dopuštenost ugovaranja arbitraže s obzirom na isključivu nadležnost državnih sudova (tzv. arbitrabilnost *ratione iurisdictionis*); dopuštenost ugovaranja arbitraže u inozemstvu (arbitrabilnost *ratione territorii*) i dopuštenost arbitraže s obzirom na organizaciju arbitražnog sudovanja, tj. s obzirom na izbor između *ad hoc* i institucionalne arbitraže, odnosno s obzirom na instituciju kojoj se određeni spor može povjeriti (arbitrabilnost *ratione institutionis*).⁶ Pored toga, razlikuju se i dopuštenost ugovaranja arbitraže čije je mjesto u Hrvatskoj od one čije je mjesto u inozemstvu (interna i eksterna arbitrabilnost).⁷

⁴ Babić, D., *Arbitraža u inozemstvu u sporovima bez međunarodnog obilježja*, Pravo i porezi, vol. 45., br. 11, 2006., str. 48 - 62; Babić, D., *Restrictions on Foreign Arbitration Under the Croatian Arbitration Act and Freedom to Provide Services in EC Law*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 12, 2005., str. 155 – 185; Uzelac, A., *(In)arbitrability and exclusive jurisdiction. Parallels That Matter*, u: Kröll, S.; Mistelis, L.; Perales Viscasillas, P.; Rogers, V. (ur.), *International Arbitration and International Commercial Law. Synergy, Convergence and Evolution*, Alphen aan den Rijn, 2011., str. 451 - 466.

⁵ Triva, Uzelac, *op. cit.* u bilj. 2, str. 22; Aras, S.; Manojlović, O., *Arbitrability ratione materiae and ratione personae in Post-Yugoslav Countries*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 19, 2012., str. 115 - 116.

⁶ V. Triva, Uzelac, *op. cit.* u bilj. 2, str. 22; Uzelac, A., *Arbitrabilnost – aktualno uređenje i neka otvorena pitanja*, Pravo u gospodarstvu, vol. 49, br. 4, 2010., str. 1016 - 1045; Uzelac, A., *New Boundaries of Arbitrability Under the Croatian Law on Arbitration*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 9, 2002., str. 139 - 140; Aras, Manojlović, *op. cit.* u bilj. 5.

⁷ Uzelac, *Arbitrabilnost ... op. cit.* u bilj. 6, str. 1018.

Nasuprot tomu, u poredbenom arbitražnom pravu arbitrabilnost se uglavnom shvaća samo kao dopuštenost ugovaranja arbitraže s obzirom na vrstu spora.⁸ Taj pojam obuhvaća, dakle, samo tzv. arbitrabilnost *ratione materiae* (npr., pitanje je li dopušteno ugovaranje arbitraže u bračnim sporovima ili sporovima o uzdržavanju). To shvaćanje arbitrabilnosti svrsishodnije je i prikladnije. Arbitrabilnost predmeta spora valja razmatrati kao zaseban pojam jer on u odnosu na druge institute arbitražnoga prava ima osobitu ulogu i važnost. Ograničenja arbitrabilnosti su, naime, *domaine réservé*, prostor u kojem se očituje osobit javni interes da se u određenim vrstama sporova isključi mogućnost arbitražnog sudovanja. Norme koje uređuju arbitrabilnost (predmeta spora), prema većinskom stajalištu, imaju značenje javnoga poretka.⁹ Arbitražno pravo, stoga, predviđa da državni sudovi koji u postupku poništaja ili ovrhe pravorijeka kontroliraju arbitražno sudovanje odlučuju o arbitrabilnosti primjenom samo svojega prava¹⁰

⁸ Tako se, npr., prema Redfernu i Hunteru arbitrabilnost odnosi na pitanje koje se vrste sporova mogu rješavati arbitražom (“which types of disputes may be resolved by arbitration”). Redfern, A.; Hunter, M.; Blackaby, N.; Partasides, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009., str. 122. Lew, Mistelis i Kröll navode da se prema prevladavajućem međunarodnom značenju granice arbitrabilnosti tiču samo ograničenja koja su nametnuta u pogledu slobode stranaka da podvrgnu određene vrste sporova arbitraži. Lew, J.; Mistelis, L.; Kröll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Deventer, 2003., str. 187. Jednako tako i Born shvaća arbitrabilnost samo kao pitanje dopuštenosti ugovaranja arbitraže s obzirom na sadržaj spora. Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, Deventer, 2009., str. 766 - 787. U istom smislu Brekoulakis, S., *On Arbitrability: Persisting Misconceptions And New Areas Of Concern*, u: Mistelis, L.; Brekoulakis, S. (ur.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Deventer, 2009., str. 19 - 45.

⁹ Redfern, Hunter, *op. cit.* u bilj. 8, str. 123; Böckstiegel, K.-H., *Public Policy and Arbitrability*, u: Sanders, P. (ur.), *ICCA Congress Series*, br. 3, Kluwer Law & Taxation, 1987., str. 177; Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.* u bilj. 8, str. 186 *sqq.* Za manjinsko mišljenje prema kojemu pravila o arbitrabilnosti nemaju karakter javnoga poretka v. Brekoulakis, *op. cit.* u bilj. 8, str. 20 *sqq.*

¹⁰ Hanotiau, B., *What Law Governs the Issue of Arbitrability?*, *Arbitration International*, vol. 12, br. 4, 1996., str. 391; Lew, J.; Mistelis, L.; Kröll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003., str. 190; Arfazadeh, H., *Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited*, *Arbitration International*, vol. 17, 2001., str. 76 *sqq.* U našoj literaturi u tom smislu, npr., Sajko, K., *On Arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 60, br. 5, 2010., str. 966 - 968. Prema Brekoulakisu propise koji isključuju arbitražu treba primijeniti samo ako postoji adekvatna veza s pravnim poretkom kojemu oni pripadaju; v. Brekoulakis,

te na to pitanje paze po službenoj dužnosti (čl. V(2)(a) Newyorške konvencije i čl. 34(2)(b)(i) Modela zakona).

Ostala ograničenja stranačke autonomije u pogledu ugovaranja arbitraže nemaju to značenje. Za njih zato može biti mjerodavno i strano pravo, a sudovi kontrolu u pogledu tih pitanja ne provode *ex officio*. Tako se institut tzv. subjektivne arbitrabilnosti ili arbitrabilnosti *ratione personae* zapravo tiče sposobnosti stranke da ugovori arbitražu ili da u njoj sudjeluje. Ta sposobnost uređena je pravom koje je za tu stranku mjerodavno, bilo ono domaće ili strano. Na pitanje sposobnosti sudovi ne paze po službenoj dužnosti (čl. V(1)(a) Newyorške konvencije i čl. 34(2)(a)(i) Modela zakona). Slijedom toga, pitanje sposobnosti za sklapanje ugovora o arbitraži ne bi trebalo razmatrati u okviru učenja o arbitrabilnosti. U suvremenoj literaturi o poredbenom arbitražnom pravu još se uvijek može susresti izraz subjektivna arbitrabilnost, ali se pritom razumije da je zapravo riječ o stranačkoj sposobnosti kao zasebnom institutu uređenom različitim pravnim režimom od onoga koji uređuje arbitrabilnost u pravom smislu.¹¹

Ograničenja stranačke autonomije u pogledu izbora mjesta arbitraže ili organizacije arbitraže, kakva postoje ili su postojala u našem pravu, također ne bi trebalo razmatrati kao pitanje arbitrabilnosti. Pojmovi kao što su arbitrabilnost *ratione territorii*, odnosno interna ili eksterna arbitrabilnost kao i pojam arbitrabilnost *ratione institutionis* stoga se ni ne susreću u poredbenom arbitražnom pravu. Zakonska ograničenja slobode izbora mjesta arbitraže, odnosno organizacije arbitraže, tamo gdje postoje, stvar su valjanosti ugovora o arbitraži za koju ne mora biti mjerodavno domaće pravo i na koju sudovi ne paze po službenoj dužnosti (čl. V(1)(a) Newyorške konvencije i čl. 34. Modela zakona).

Koncept tzv. arbitrabilnosti *ratione iurisdictionis* također ne odgovara učenju o arbitrabilnosti u međunarodnom i poredbenom arbitražnom pravu. Ta kategorija, poznata također samo u hrvatskom pravu i pravima naših susjeda koji

S., *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori*, u Mistelis, Brekoulakis, *op. cit.* u bilj. 8, str. 101 - 121.

¹¹ Npr., Fouchard, S.; Gaillard, E.; Goldman, B., *On International Commercial Arbitration* (Gaillard, E.; Savage, J. (ur.)), Kluwer Law International, 1999., str. str. 312 - 313. Velika većina novijih sustavnih djela o arbitraži razmatra, međutim, to pitanje zasebno. U pravnoj književnosti država bivše Jugoslavije to shvaćanje slijede Knežević i Pavić koji pitanje stranačke sposobnosti razmatraju odvojeno od problematike arbitrabilnosti. Knežević, G.; Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009., str. 51.

također baštine tradiciju ZPP-a bivše SFRJ¹², u našoj se književnosti postavlja kao kategorija iste razine kao i objektivna arbitrabilnost. Međutim, pravila koja zabranjuju ili ograničavaju arbitražu u stvarima koje pripadaju isključivoj sudskoj nadležnosti tek su oblik ograničenja objektivne arbitrabilnosti, zato što se isključiva nadležnost sudova uređuje upravo *ratione materiae*. Jedino što je specifično za taj oblik objektivne arbitrabilnosti je to što se traži i određena veza spora s domaćim pravnim poretком (npr., isključiva nadležnost propisana je odredbom čl. 56. ZRSZ-a za sporove o stvarnim pravima na nekretninama koje se nalaze u Hrvatskoj), ali to čini ta ograničenja samo podvrstom objektivne arbitrabilnosti, a ne zasebnom vrstom arbitrabilnosti.¹³

Dakle, pojam arbitrabilnosti trebalo bi, sukladno učenju o arbitrabilnosti koje je razvijeno na međunarodnoj razini, a osobito u kontekstu Newyorške konvencije iz 1958. i UNCITRAL-ova Modela zakona iz 1985. koji je implementiran u naše pravo prihvaćanjem Zakona o arbitraži, shvatiti kao dopuštenost ugovaranja arbitraže s obzirom na sadržaj spora. Ograničenja stranačke autonomije u pogledu izbora mjesta arbitraže, oblika, odnosno organizacije arbitražnog sudovanja ili stranačke sposobnosti ne bi trebalo smatrati pitanjima arbitrabilnosti.

3. ARBITRABILNOST PREMA ZAKONU O ARBITRAŽI

Ako se pojam arbitrabilnosti shvati u najširem smislu, kako je to slučaj u našem pravu *de lege lata*, postojeće uređenje arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži može se svesti na sljedeća temeljna načela: prvo, arbitraža se može ugovoriti za rješavanje sporova o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati (čl. 3., st. 1. ZA-a)¹⁴; drugo, ako je posebnim zakonom propisano da neki spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj, arbitraža se može ugovoriti, ali mjesto arbitraže mora biti u Hrvatskoj (čl. 3., st. 2. ZA-a); treće, u sporovima u kojima su stranke samo domaće pravne osobe, odnosno fizičke osobe s prebivalištem ili

¹² O tome više Aras, Manojlović, *op. cit.* u bilj. 5.

¹³ Za razliku od većine ostalih autora s područja bivše Jugoslavije, Knežević i Pavić s pravom razmatraju pitanje isključive nadležnosti kao sastavni dio pitanja arbitrabilnosti *ratione materiae* (Knežević, Pavić, *op. cit.* u bilj. 11, str. 51).

¹⁴ Dika izražava sumnju propisuje li odredba čl. 3., st. 2. dovoljno jasno dostupnost kao opću pretpostavku arbitrabilnosti, ali ipak zaključuje da bi odredbu čl. 3., st. 1. trebalo tumačiti upravo u tom pravcu. Dika, M., *Dostupnost predmeta spora kao pretpostavka arbitrabilnosti u hrvatskom pravu*, Pravo u gospodarstvu, vol. 44, 2005., str. 113 - 125.

uobičajenim boravištem u Hrvatskoj ne može se ugovoriti arbitraža u inozemstvu (čl. 3., st. 2. ZA-a); četvrto, iste granice dopuštenosti ugovaranja arbitraže vrijede za *ad hoc* i institucionalnu arbitražu (čl. 3., st. 3. ZA-a).

Navedenim uređenjem granice dopuštenosti ugovaranja arbitraže znatno su proširene u odnosu na pravni režim koji je vrijedio prema Zakonu o parničnom postupku koji je uređivao arbitražu u Hrvatskoj prije stupanja na snagu Zakona o arbitraži (čl. 468.a - 487. ZPP-a). Prvo, dok je prema ZPP-u (čl. 469. a) u sporovima bez međunarodnog obilježja bila dopuštena samo arbitraža pred zakonom osnovanim institucijama, ZA uređuje arbitrabilnost jednako za sve vrste arbitraže (469.a ZPP-a). Drugo, dok je prema ZPP-u isključiva nadležnost bila apsolutna zapreka za ugovaranje arbitraže, prema ZA-u se u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost arbitraža može ugovoriti, s time što mjesto arbitraže mora biti u Hrvatskoj.¹⁵

Navedena rješenja Zakona o arbitraži znatno su doprinijela razvoju arbitražnog sudovanja u nas. Njima je omogućeno potpuno slobodno osnivanje arbitražnih institucija tako da u Hrvatskoj, osim Stalnog arbitražnog sudišta pri HGK-u koje je osnovano zakonom, sada djeluje i nekoliko arbitražnih institucija koje su osnovane pukim aktom osnivača, bez posebnog placeta države.¹⁶ Dopušteno je i ugovaranje *ad hoc* arbitraže, bez ograničenja, što omogućuje strankama da organizaciju arbitražnog suda urede sasvim samostalno, bez angažmana neke institucije. Omogućen je potpuno slobodan izbor arbitražne institucije tako da se i u sporovima bez međunarodnog obilježja mogu koristiti usluge inozemnih arbitražnih institucija. Također je omogućena i domaća arbitraža u predmetima za koje je propisana isključiva nadležnost suda Republike Hrvatske.

U ovom se radu, polazeći od dosadašnjih iskustava u primjeni Zakona o arbitraži, predlaže daljnje proširenje stranačke autonomije u pogledu mogućnosti ugovaranja arbitraže: prvo, arbitrabilni bi trebali biti svi imovinskopravni zahtjevi kao i oni neimovinskopravni zahtjevi o kojima stranke mogu slobodno raspolagati; drugo, trebalo bi omogućiti slobodan izbor mjesta arbitraže u pogledu zahtjeva za koje je propisana isključiva nadležnost domaćih sudova; treće, trebalo bi omogućiti slobodan izbor mjesta arbitraže i u pogledu zahtjeva između domaćih subjekata.

¹⁵ Uzelac, *op. cit.* u bilj. 6, str. 150 - 155.

¹⁶ Npr., arbitraža pri Hrvatskom nogometnom savezu (www.hns-cff.hr) ili Hrvatskom olimpijskom odboru (www.hho.hr).

4. PRVI PRIJEDLOG: DOPUSTITI UGOVARANJE ARBITRAŽE U SVIM IMOVINSKOPRAVNIM ZAHTJEVIMA

Prema čl. 3., st. 1. ZA-a arbitraži se mogu povjeriti sporovi o pravima o kojima stranke mogu raspolagati. Ako je zahtjev koji se iznosi u arbitraži u slobodnoj dispoziciji stranaka, on je arbitrabilan bez obzira na pravnu osnovu na kojoj se temelji.¹⁷ Slijedom toga, arbitrabilni su, prema toj odredbi, i oni disponibilni zahtjevi koji se temelje na prisilnim propisima, npr., propisima iz područja radnog prava¹⁸, prava tržišnog natjecanja¹⁹, prava trgovačkih društava²⁰ ili prava tržišta kapitala.²¹

Na žalost, u praksi Vrhovnoga suda pojavljuje se shvaćanje da prema čl. 3., st. 1. ZA-a nisu arbitrabilni zahtjevi stranaka koji se temelje na prisilnim propisima. U jednoj odluci iz 2009. Vrhovni je sud odlučivao o arbitrabilnosti tužbe radnika protiv poslodavca radi vraćanja na rad i isplate plaće. U postupku pred redovnim sudom poslodavac je prigovorio nadležnosti pozivajući se na arbitražnu klauzulu sadržanu u ugovoru o radu. U postupku povodom revizije Vrhovni je sud ustanovio da arbitražnom klauzulom nije valjano isključena nadležnost redovnih sudova jer sporovi koji proizlaze iz otkaza ugovora o radu

¹⁷ Dika uvjerljivo argumentira da se za dopuštenost arbitraže traži posredna disponibilnost, odnosno negocijabilnost, tj. disponibilnost ili negocijabilnost prava o kojima postoji spor, a ne osnovanost ili neosnovanost tužbenog zahtjeva kao neposrednog predmeta spora. Dika, *op. cit.* u bilj. 14, str. 114.

¹⁸ Dika, M.; Potočnjak, Ž., *Arbitražno rješavanje radnih sporova*, u: Grubić, V. (ur.), *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa . Rješavanje radnih sporova*, Zagreb, 2004., str. 237 - 269.

¹⁹ U prilog arbitrabilnosti tih sporova v., npr., Bouček, V., *Arbitrabilnost kartelnih sporova*, doktorska disertacija, 1996.; Sajko, K., *Arbitration Agreement and Arbitrability: Solutions and Open Issues in Croatian and Comparative Law*, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 3, 1996., str. 50. Za manjinsko mišljenje prema kojemu se arbitraža u sporovima iz prava konkurencije može povjeriti arbitraži samo nakon što je do spora došlo i samo u pogledu zahtjeva za naknadu štete v. Čulinović Herc, E., *Arbitrability of Unfair Competition Disputes*, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 3, 1996., str. 57 - 70. O tom manjinskom mišljenju s pravom kritički Triva, Uzelac, *op. cit.* u bilj. 2, str. 28.

²⁰ Čulinović Herc, E., *Arbitražno rješavanje sporova unutar trgovačkog društva*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 38, br. 1, 1999., str. 43 - 72.

²¹ Čulinović Herc, E.; Butorac Molnar, V., *Arbitražno rješavanje sporova između ulagatelja i društava koja kotiraju na burzi zbog povrede dužnosti objave informacija na tržištu kapitala*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, vol. 59, br. 4, 2009., str. 635 - 677.

nisu arbitrabilni prema čl. 3., st. 1. ZA-a zato što je “pitanje otkaza ugovora o radu uređeno strogim propisima tako da njime stranke ne mogu slobodno raspolagati”.²²

To tumačenje temelji se na neopravdanoj konfuziji pitanja *disponibilnosti* zahtjeva iznesenog u arbitraži i pitanja *dispozitivnosti* propisa na kojemu se zahtjev temelji. Prisilni propisi, jednako kao i dispozitivni, mogu biti pravna osnova za neko subjektivno ovlaštenje kojim stranke mogu slobodno raspolagati.²³ Npr., premda su propisi o otkazu ugovora o radu prisilne naravi, poslodavac i radnik mogu se slobodno sporazumjeti o tome kako međusobno urediti svoje pravne odnose koji iz te povrede proizlaze (npr., pravo na vraćanje na rad ili isplatu plaće). Ako bi se pravno shvaćanje prema kojemu arbitri ne smiju primjenjivati prisilne propise ustalilo u sudskoj praksi i izvan područja radnih sporova, ono bi za arbitražu bilo pogubno jer arbitri uopće ne bi smjeli primjenjivati prisilne propise.²⁴

Kako bi se otklonila pogrešna tumačenja pitanja arbitrabilnosti zahtjeva koji proizlaze iz prisilnih propisa, a i arbitrabilnima učinili zahtjevi koji su imovinskopravne prirode, a ne nalaze se u stranačkoj dispoziciji, odredbu čl. 3., st. 1. valjalo bi izmijeniti tako da arbitrabilni budu svi imovinskopravni zahtjevi kao i oni neimovinskopravni zahtjevi kojima stranke mogu slobodno raspolagati.

Prema toj bi se odredbi arbitraži mogli povjeriti svi sporovi za koje u praksi postoji potreba. Pojam imovinskopravni zahtjev trebalo bi shvatiti kao svaki zahtjev koji se odnosi na imovinu ili ima neku gospodarsku vrijednost, bez obzira na njegovu materijalnopravnu osnovu.²⁵ Kriterij dostupnosti bio bi zadržan kao rezidualno pravilo kojim bi bili obuhvaćeni neimovinski zahtjevi koje stranke mogu povjeriti arbitraži jer se nalaze u stranačkoj dispoziciji (npr., tužba radi ispravka objavljene informacije).

Uzor za to rješenje nalazi se u odredbi § 1030. njemačkog ZPO-a koja je utjecala na zakonsko uređenje arbitrabilnosti i u drugim pravima, npr., austrijskom

²² Rješenje Vrhovnog suda RH br. Revr 500/08-2 od 21. siječnja 2009.

²³ Triva, Uzelac, *op. cit.* u bilj. 2, str. 28 - 30.

²⁴ S obzirom na nejednakost u pregovaračkom položaju između poslodavca i radnika ugovaranje arbitraže u radnim sporovima izaziva određene dvojbe o kojima se može raspravljati na političkoj razini. No, *de lege lata* ti sporovi su arbitrabilni. Ne samo da ništa u Zakonu o arbitraži ne ograničava arbitrabilnost radnih sporova nego je arbitraža u tim sporovima izrijekom dopuštena Zakonom o radu (čl. 132).

²⁵ V., npr., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. izd., 2008., komentar uz § 1030. ZPO-a, odlomci 13 - 16; Musielak, H.-J., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9. izd., 2012., komentar uz § 1030. ZPO-a, odlomci 2 - 3.

(§ 582. austrijskog ZPO-a), slovenskom (čl. 4(1) slovenskog Zakona o arbitraži iz 2008.) ili, sasvim recentno, portugalskom (čl. 1. Zakona o arbitraži iz 2011). Kriterij imovinskopravnog zahtjeva kao pravilo arbitrabilnosti izvorno se pojavljuje u švicarskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu iz 1987. Prema predloženom rješenju taj se kriterij – radi pogodovanja arbitrabilnosti – dopunjuje kriterijem disponibilnosti tako da je arbitraža dopuštena ako je zahtjev koji se iznosi u arbitraži ili imovinskopravni ili disponibilan.²⁶ S obzirom da se upravo pojam *imovinskopravni spor* koristi u određivanju polja primjene Zakona o parničnom postupku (čl. 1. ZPP-a), prihvaćanje tog kriterija arbitrabilnosti ne bi predstavljalo novotu koja pravnom poretku Republike Hrvatske ne bi bila razumljiva. Prema predloženom rješenju predmet arbitraže ne bi bili samo sporovi nego i svi zahtjevi bez obzira na vrstu postupka u kojoj se inače ostvaruju. Nadležnost arbitara mogla bi se, po uzoru na austrijsko pravo, eventualno ograničiti samo na one pravne stvari o kojima inače odlučuju redovni sudovi. I uz to ograničenje obuhvaćeni bi bili gotovo svi pravni zahtjevi za kojima uopće može postojati praktična potreba za arbitražnim rješavanjem.²⁷

5. DRUGI PRIJEDLOG: OMOGUĆITI SLOBODAN IZBOR MJESTA ARBITRAŽE BEZ OBZIRA NA ISKLJUČIVU NADLEŽNOST SUDOVA REPUBLIKE HRVATSKE

U poredbenom arbitražnom zakonodavstvu isključiva međunarodna nadležnost sudova ne isključuje ni ne ograničava arbitražno sudovanje. Propisi o međunarodnoj nadležnosti sudova razgraničuju nadležnost sudova neke države u odnosu na sudove (ili druga tijela) drugih država u sporovima s međunarodnim oblježjem pod pretpostavkom da je riječ o pravnoj stvari koja uopće može pripadati njihovoj nadležnosti. Ako je između stranaka u sporu valjano ugovorena arbitraža, te norme ni ne dolaze do primjene.²⁸ Njihova je svrha različita od svrhe norma kojima se definira arbitrabilnost predmeta spora

²⁶ O arbitrabilnosti u poredbenom pravu v. Sajko, K., *op. cit.* u bilj. 10, str. 961 – 969.

²⁷ Više o arbitrabilnosti zahtjeva koji ne pripadaju stvarnoj nadležnosti sudova u parničnom postupku v., npr., Maganić, A., *Arbitrability in Non-contentious Matters*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 15, 2008., str. 111 - 145; Dika, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 113.

²⁸ Tako, primjerice, Uredba 44/2001 o nadležnosti i priznanju i ovrsi sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima kao i recentna novela te Uredbe (Uredba 1215/2012) u članku 1. izrijekom propisuju da se ne primjenjuju na arbitražu.

čiji je cilj urediti pretpostavke za ugovaranje nadležnosti privatnog suda koji odlučuje o zahtjevima stranaka na temelju njihova međusobnog pravnog odnosa. Pri uređenju isključive nadležnosti ne vodi se, a ni ne treba se voditi računa o tome je li pravna stvar za koju se propisuje isključiva nadležnost podobna za rješavanje arbitražom.

Na području bivše SFRJ isključiva nadležnost kao kriterij razgraničenja arbitrabilnosti uveden je Zakonom o parničnom postupku i još uvijek je prisutan na prostoru bivše SFRJ.²⁹ Taj kriterij u različitoj mjeri vrijedi ne samo u onim državama bivše Jugoslavije u kojima arbitražu još uvijek uređuje ZPP (BiH, Crna Gora) nego – u većoj ili manjoj mjeri – i u onima koje su arbitražu uredile posebnim zakonima (Hrvatska, Makedonija³⁰, Slovenija³¹ i Srbija³²). U suvremenom arbitražnom pravu primjere za pravila te vrste izvan prostora bivše SFRJ gotovo je nemoguće pronaći.

Prema hrvatskom Zakonu o arbitraži isključiva nadležnost domaćih sudova prepreka je za ugovaranje arbitraže čije je mjesto u inozemstvu, ali ne i arbitraže čije je mjesto u Hrvatskoj (čl. 3., st. 1. ZA-a). Kako je ograničenje u pogledu isključive nadležnosti iz čl. 3., st. 2. ZA-a zapravo ograničenje arbitrabilnosti predmeta spora, na povrede toga pravila sud Republike Hrvatske pazi po službenoj dužnosti (čl. V(2)(a) Newyorške konvencije, čl. 40. ZA-a, čl. 36. ZA-a). Dakle, čak ako stranke provedu arbitražu u inozemstvu bez ikakva prigovora u pogledu nadležnosti arbitražnog suda, sud Republike Hrvatske ne smije dati učinak pravorijeku donesenom u takvu postupku.

Navedeno ograničenje iz čl. 3., st. 2. ZA-a propisano je kao ograničenje mogućnosti ugovaranja arbitraže u inozemstvu s očekivanjem da će se u domaćim arbitražama uspješnije štititi posebni interesi zbog kojih se propisuje isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske. Međutim, i u arbitraži čije je mjesto u Hrvatskoj – ništa manje nego u arbitražama čije je mjesto u inozemstvu – arbitražna institucija može biti strana, arbitri mogu biti strani državljani, a za bit spora može biti mjerodavno strano pravo. Nema, dakle, nikakvih posebnih jamstava da će u arbitražama čije je mjesto u Hrvatskoj biti više sluha za interese koji se štite propisima o isključivoj nadležnosti. Osim toga, isključiva nadležnost u suvremenom pravu uglavnom se ne propisuje radi zaštite nekog

²⁹ Uzelac, *New Boundaries ...*, *op. cit.* u bilj. 6, str. 147 - 149.

³⁰ Čl. 6. Zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži Republike Makedonije iz 2006.

³¹ Čl. 5. Zakona o arbitraži Republike Slovenije iz 2008.

³² Čl. 5., st. 1. Zakona o arbitraži Republike Srbije iz 2006.

javnog interesa, nego iz razloga ekonomičnosti postupka ili zaštite interesa trećih osoba. Primjerice, isključiva nadležnost za sporove o stvarnim pravima na nekretninama ili o zakupu ili najmu nekretnine (čl. 56. ZRSZ-a, čl. 23. Uredbe 44/2001, čl. 24., t. 1. Uredbe 1215/2012) propisuje se stoga što će sudovima države u kojoj se nekretnina nalazi biti najlakše provesti dokazni postupak radi blizine dokaza kao i zbog toga što upravo u toj državi može biti potrebno osigurati publicitet spora kako bi treće zainteresirane osobe bile obaviještene o tome da se spor vodi. Ti razlozi, međutim, ne sprečavaju provođenje arbitraže u nekoj drugoj državi jer se ročišta u arbitraži mogu održavati i izvan mjesta arbitraže, a može se i osigurati publicitet u pogledu spora u mjestu gdje se nekretnina nalazi.³³

Ograničenje iz čl. 3., st. 2. ZA-a u praksi može dovesti do nesavladivih prepreka u ostvarenju subjektivnih prava u pogledu kojih su stranke ugovorile arbitražu u inozemstvu u sporu za koji je propisana isključiva nadležnost domaćih sudova. Kao ilustracija u tom pogledu može poslužiti jedan predmet o kojemu je Visoki trgovački sud odlučivao 2008.³⁴ U tom predmetu jedno hrvatsko trgovačko društvo dalo je u zakup jednom engleskom pravnom subjektu nekretninu koja se nalazi u Splitu. Ugovor o zakupu sadržavao je klauzulu kojom je ugovorena *ad hoc* arbitraža sa sjedištem u Zürichu. U skladu s tom klauzulom zakupodavac je pokrenuo protiv zakupoprimca arbitražu koja je okončana pravorijekom kojim je tužbeni zahtjev odbijen. Tuženik je u Hrvatskoj zatražio priznanje i ovrhu pravorijeka kako bi ostvario zahtjev za naknadu troška koji mu je dosudio arbitražni sud. Kako se prema čl. 3., st. 2. Zakona o arbitraži u sporovima za koje je zakonom propisana isključiva nadležnost sudova RH ne može ugovoriti arbitraža u inozemstvu, a riječ je o sporu iz zakupa nekretnine za koji prema čl. 53. ZRSZ-a postoji isključiva nadležnost suda RH, nije bilo dopušteno ugovaranje arbitraže u inozemstvu tako da je priznanje pravorijeka odbijeno. Kako na arbitrabilnost sud pazi po službenoj dužnosti, nadležnost arbitražnog suda da odluči o glavnoj stvari i troškovima nije priznata unatoč tomu što je upravo tužitelj pokrenuo postupak pred arbitražom u inozemstvu.

³³ Babić, D., *Može li se ugovoriti nadležnost stranog državnog ili arbitražnog suda za sporove iz ugovora o nekretninama?*, Pravo u gospodarstvu, vol. 45, br. 4, 2006., str. 348 - 359; Babić, D., *Isključiva međunarodna nadležnost u građanskim i trgovačkim predmetima u europskom pravu*, Pravo u gospodarstvu, vol. 48, br. 2, 2009., str. 575 - 590.

³⁴ Rješenje Visokog trgovačkog suda Pž 3932/08-3 od 20. kolovoza 2008.

Ovako drastične posljedice zabrane iz čl. 3., st. 2. ZA-a ne mogu se opravdati potrebnom strože sudske kontrole u predmetima za koje je propisana isključiva sudska nadležnost jer domaća arbitraža nije podvrgnuta strožoj kontroli u odnosu na arbitražu čije je mjesto u inozemstvu. Inozemni pravorijek stvara pravne učinke u Hrvatskoj tek ako ga prizna hrvatski sud prema Newyorškoj konvenciji o priznanju i ovrši stranih pravorijeka iz 1958., odnosno, u pogledu pravorijeka na koje se ta konvencija ne primjenjuje, prema Zakonu o arbitraži. Razlozi za odbijanje priznanja i ovrhe (čl. V. Newyorške konvencije, čl. 40. Zakona o arbitraži) gotovo su jednaki, a čak i nešto stroži od razloga za pobijanje domaćeg pravorijeka (čl. 36. Zakona o arbitraži). Ugovaranjem arbitraže u inozemstvu ne može se, dakle, izbjeći ni umanjiti sudska kontrola učinaka arbitraže na području na kojem bi se interesi zbog kojih se propisuje isključiva nadležnost trebali štiti.

Ako ograničenje iz čl. 3., st. 2. služi tomu da štiti domaće stranke od ugovora o arbitraži koje su svojevóljno sklopile, taj se učinak postiže samo unutar granica Republike Hrvatske. Kako sudovi svake države o dopuštenosti arbitraže odlučuju primjenom svoga prava (čl. V(2)(a) Newyorške konvencije, čl. 36(1)(b)(i) UNCITRAL-ova Modela zakona iz 1985.), inozemni sudovi priznat će pravni učinak ugovoru o arbitraži bez obzira na to što hrvatsko pravo u tom pogledu propisuje. Opisana odluka Visokog trgovačkog suda to najbolje ilustrira. Hrvatski zakupodavac trebao je, s obzirom na čl. 3., st. 2. ZA-a, bez obzira na arbitražnu klauzulu pokrenuti radi naplate zakupnine postupak pred sudom Republike Hrvatske kao međunarodno isključivo nadležnim sudom. Međutim, presuda donesena u tom postupku ne bi bila priznata u Engleskoj jer su prema engleskom pravu stranke valjano ugovorile arbitražu. Ako želi svoju tražbinu ostvariti u Engleskoj ili drugdje u inozemstvu, hrvatski zakupodavac mora ipak pokrenuti arbitražni postupak u inozemstvu. Zaštita koju bi trebao pružiti čl. 3., st. 2. ZA-a, dakle, ne ostvaruje se.³⁵

S druge strane, međunarodna neujednačenost rješenja do koje dovodi to pravilo strankama može stvoriti nesavladive prepreke u ostvarivanju njihovih prava. U ranije opisanom predmetu to ilustrira činjenica da pravorijek donesen u Švicarskoj nije priznat u Hrvatskoj iako je upravo hrvatski zakupodavac podnio tužbu u arbitražnom postupku. Pravna nesigurnost koja se izaziva time što u

³⁵ Na osnovi jednog sličnog primjera Sajko zaključuje da to ograničenje arbitrabilnosti ne može biti opravdano i da ne može uspješno ograničiti ugovaranje arbitraže u inozemstvu što mu je prvobitni cilj. Sajko, *op. cit.* u bilj. 10, str. 964 - 965.

inozemstvu pravorijek stvara pravne učinke, a u tuzemstvu ne, govori u prilog ukidanju pravila prema kojemu se ne može ugovoriti arbitraža u inozemstvu za sporove koji su u isključivoj nadležnosti domaćih sudova.

Na kraju, valja imati na umu da će nakon skorog pristupa Hrvatske Europskoj uniji isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske biti uređena ponajprije uredbama EU-a, i to prije svega Uredbom 44/2001 (Bruxelles I), odnosno njezinom novelom iz 2012. godine (Uredba 1215/2012) koje nemaju nikakav utjecaj na dopuštenost ugovaranja arbitraže prema nacionalnom pravu (*arg. ex* čl. 1(2)(d) Uredbe).³⁶ Pravila te Uredbe o isključivoj međunarodnoj nadležnosti (čl. 22., odnosno čl. 24. Uredbe 1215/2012) vrijede u svim postupcima pa i onima koji se ne odnose na stranke koje imaju prebivalište, odnosno sjedište u EU-u te u najvećoj mjeri derogiraju zakonske norme unutarnjeg prava o isključivoj nadležnosti. Odredba čl. 3., st. 2. ZA-a koja propisuje da arbitraža u inozemstvu nije dopuštena ako je “posebnim zakonom” propisana isključiva nadležnost sudova Republike Hrvatske gubi smisao jer će zakonski izvori norma o isključivoj nadležnosti uglavnom biti derogirani odredbama Uredbe. Primjerice, u sporovima iz zakupa, odnosno najma nekretnine isključiva nadležnost bit će uređena odredbom čl. 22., t. 1. Uredbe 44/2001, odnosno čl. 24., st. 1. Uredbe 1215/2012, a ne člankom 54. ZRSZ-a. Nakon pristupa Europskoj uniji bit će, dakle, još teže opravdati potrebu za tzv. arbitrabilnošću *ratione jurisdictionis*.

6. TREĆI PRIJEDLOG: OMOGUĆITI SLOBODAN IZBOR MJESTA ARBITRAŽE U SPOROVIMA IZMEĐU DOMAĆIH PRAVNIH SUBJEKATA

Jednako kao i odredbe ZPP-a koje su ranije uređivale arbitražu (čl. 469. i 469.a), Zakon o arbitraži ne dopušta domaćim pravnim subjektima da između sebe ugovore arbitražu u inozemstvu. Prema čl. 3., st. 2. ZA-a arbitraža čije je mjesto u inozemstvu može se ugovoriti samo u sporovima s međunarodnim obilježjem, pri čemu se spor s međunarodnim obilježjem definira kao spor u kojem je barem jedna stranka pravna osoba osnovana prema stranom pravu ili fizička osoba s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inozemstvu (čl. 2. ZA-a).

³⁶ V., npr., Poudret, J.-F.; Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2002., str. 294 - 295 i tamo citiranu literaturu.

Arbitraža u inozemstvu između domaćih pravnih osoba prema toj odredbi nije dopuštena ni onda kada je pravni odnos iz kojega spor proizlazi po svom predmetu ili sadržaju međunarodno obilježen (npr., ugovor između izvođača i podizvođača o radovima koji se izvode u inozemstvu). Za arbitrabilnost nije dovoljno ni sudjelovanje neke strane osobe u arbitražnom postupku ako ona ujedno nije i stranka spora između domaćih pravnih osoba.³⁷ Odredba o nedopuštenosti ugovaranja inozemne arbitraže između domaćih stranaka ne može se, dakle, izbjeći uključivanjem neke strane osobe kao ugovorne strane kao ni uključivanjem strane osobe u postupak ako se zahtjev o kojemu je riječ nije ne tiče. Zabrana bi se mogla zaobići ustupom tražbine stranoj pravnoj osobi ili fizičkoj osobi s prebivalištem ili uobičajenim boravištem, osim, možda, ako bi se moglo dokazati da je ustup učinjen fraudulozno, tj. samo radi izbjegavanja zabrane iz čl. 3., st. 2. ZA-a.

Činjenica da se navedeno ograničenje nalazi u odredbi koja je naslovljena "Arbitrabilnost" upućivala bi na zaključak da na njega sud treba u postupku priznanja i ovrhe paziti po službenoj dužnosti (čl. 40. ZA-a). Ako bi to bio slučaj, stranka koja traži priznanje pravorijeka u tim okolnostima ne može računati na mogućnost njegova sudskog ostvarenja pravorijeka čak ni ako je protivnik priznanja sudjelovao u arbitražnom postupku bez prigovora nadležnosti.

Ograničenja ugovaranja arbitraže u inozemstvu u domaćim pravnim odnosima poput onog iz čl. 3., st. 2. ZA-a vrlo se rijetko susreću u poredbenom arbitražnom pravu. Izvan država bivše SFRJ to ograničenje se gotovo uopće ne pojavljuje.³⁸ Na međunarodnoj razini slično pravilo može se pronaći, primjerice, u kineskom pravu koje poznaje različita ograničenja u pogledu ugovaranja arbitraže izvan Kine ili arbitraže koju administrira neka institucija izvan Kine.³⁹ U pravu pojedinih bivših socijalističkih europskih država pojavljuju se, međutim, neka druga atipična ograničenja arbitraže koja također imaju

³⁷ Uzelac, *New Boundaries ...*, op. cit. u bilj. 6, str. 1037; Dika, M.; Knežević, G.; Stojanović, S., *Komentar zakona o međunarodnom privatnom pravu i procesu*, Beograd, 1991., str. 55.

³⁸ Među europskim arbitražnim zakonodavstvima koja su prikazana u referentnim izvorima slično rješenje može se pronaći samo u bugarskom pravu. Bugarski Zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1998. (sa zadnjim izmjenama u 2007.) propisuje da se odredbe toga zakona koje omogućuju slobodan izbor arbitraže primjenjuju samo ako barem jedna stranka ima sjedište ili prebivalište izvan Bugarske (Paulsson, J. (ur.), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Deventer, 2010., str. 1 - 12.

³⁹ V., npr., Fan, K., *Prospects of Foreign Arbitration Institutions Administering Arbitration in China*, *Journal of International Arbitration*, vol. 28, br. 4, 2011., str. 343 - 353.

porijeklo u zakonima koji su vrijedili u razdoblju socijalizma kao što su ograničenja u pogledu osnivanja arbitražnih institucija ili ugovaranja arbitraže pri stranoj instituciji.⁴⁰

U velikoj većini slučajeva hrvatski pravni subjekti nemaju razloga u međusobnim pravnim odnosima ugovarati arbitražu čije je mjesto u inozemstvu. Pravorijek donesen u takvoj arbitraži u Hrvatskoj je strani pravorijek koji podliježe egzekvaturi prema Newyorškoj konvenciji ili Zakonu o arbitraži dok je domaći pravorijek po zakonu ovršan, osim ako je predmet spora arbitrabilan ili protivan javnom poretku (čl. 39., st. 1. ZA-a). Postupci ovrhe stranih pravorijeka, stoga, u pravilu traju znatno dulje u odnosu na domaće pravorijeke, zbog potrebe njihova priznanja. Osim toga, stranka koja želi podnijeti tužbu za poništaj pravorijeka mora to učiniti pred stranim sudom mjesta arbitraže što za mnoge predstavlja neprihvatljivo visok trošak.

Međutim, u mnogim slučajevima provođenje arbitraže u inozemstvu u sporovima između domaćih subjekata može biti opravdano. Primjerice, ako Republika Hrvatska ili neka druga osoba javnoga prava treba sklopiti ugovor o javno-privatnom partnerstvu s nekim hrvatskim trgovačkim društvom čiji su osnivači inozemne pravne osobe, privatni partner često će preferirati ugovaranje arbitraže u nekoj neutralnoj državi. Prema čl. 3., st. 2. ZA-a to ne bi bilo dopušteno jer je riječ o pravnom poslu sklopljenom između hrvatskih pravnih osoba.

Zabrana iz čl. 3., st. 2. ZA-a pokazuje se neopravdanom i u slučajevima kada zbog promjene identiteta dužnika ili vjerovnika obveznopravni odnos u pogledu kojega je ugovorena arbitraža u inozemstvu naknadno gubi međunarodno obilježje u smislu čl. 2. ZA-a te postaje pravni odnos između domaćih osoba. Primjerice, ako inozemna pravna osoba svoju tražbinu koju ima prema domaćoj pravnoj osobi ustupi nekoj drugoj domaćoj pravnoj osobi, a ugovor iz kojega ta tražbina proizlazi sadrži klauzulu o arbitraži u inozemstvu, ustupom klauzula gubi pravni učinak jer bi stranke arbitraže koja bi bila pokrenuta bile isključivo domaće pravne osobe.

Navedeno rješenje svoje nedostatke pokazuje i u slučajevima višestranačke arbitraže. Ako, primjerice, inozemni naručitelj radova sklapa ugovor o građenju

⁴⁰ Tako, npr., u Češkoj prema zakonu djeluje samo jedna arbitražna institucija i to sudište pri tamošnjoj gospodarskoj komori dok u Mađarskoj međunarodne arbitraže može administrirati samo sudište Mađarske gospodarske komore. V. Paullson, J. (ur.), *op. cit.* u bilj. 38.

s izvođačem koji ima sjedište u Hrvatskoj, a ovaj pak ugovor s podizvođačem koji također ima sjedište u Hrvatskoj, bit će poželjno da su ti ugovori sadržajno istovjetni te da sadrže istu arbitražnu klauzulu kako bi se postupci iz tih ugovora mogli spojiti tako da o njima može odlučiti jedno vijeće. Ako inozemni naručitelj želi ugovoriti arbitražu u inozemstvu (npr., u trećoj neutralnoj državi), postupci se neće moći spojiti jer prema Zakonu o arbitraži domaći izvođač i podizvođač mogu međusobno ugovoriti arbitražu samo u Hrvatskoj.

Kao što je ranije navedeno, u ovom se radu ne razmatra pitanje je li ograničenje prema čl. 3., st. 2. ZA-a u skladu s odredbama Newyorške konvencije iz 1958. kao i odredbama primarnog prava EU-a. Pod pretpostavkom da stoji tvrdnja da iz koncepta državne suverenosti proizlazi ekskluzivno pravo na uređivanje pravnih odnosa među domaćim subjektima⁴¹ (čak i onda kada je taj odnos međunarodno obilježen u pogledu predmeta ili sadržaja) pitanje je što se konkretno postiže ako se to pravo koristi tako da se u tim odnosima zabrani arbitraža u inozemstvu. To pitanje ostaje, kako se čini, otvoreno. Ograničenje koje je postojalo prema ZPP-u zadržano je u Zakonu o arbitraži radi poticanja razvoja domaće arbitražne kulture. Dosadašnja praksa prema Zakonu o arbitraži ne upućuje na zaključak da se taj cilj doista i ostvaruje. Ako strankama nije dopušteno ugovarati arbitražu u inozemstvu, to još ne znači da će ugovarati arbitražu u Hrvatskoj. Osim toga, domaća arbitražna kultura razvija se sudjelovanjem hrvatskih stranaka, odvjetnika, arbitara i arbitražnih institucija u arbitražama čije je mjesto u inozemstvu jednako tako kao i u arbitražama čije je mjesto u Hrvatskoj.

Ako se ograničenje iz čl. 3., st. 2. želi opravdati potrebom da se arbitraže između hrvatskih subjekata zadrže pod kontrolom hrvatskih sudova, valja imati na umu da su strani pravorijeci u Hrvatskoj podložni sudskoj kontroli, i to većoj od one predviđene za domaće odluke. Jedina je razlika u tome što, ako je ugovorena arbitraža u Hrvatskoj, nezadovoljna stranka ima priliku pred hrvatskim sudom tražiti poništaj pravorijeka što, u pravilu, znači da pravorijek neće stvarati pravne učinke ni u inozemstvu.⁴² To znači da čl. 3., st. 2. stvara dodatan učinak samo u situacijama u kojima su kumulativno ispunjene sljedeće pretpostavke: a) strani pravorijek nepodoban je za priznanje i ovrhu u Hrvatskoj, b) stranka protiv koje se treba provesti ovrha pravorijeka ima u nekoj stranoj državi imovinu na kojoj se može provesti ovrha, c) u toj stranoj

⁴¹ Uzelac, *New Boundaries ...*, *op. cit.* u bilj. 6, str. 1037.

⁴² *Ibid.*, str. 1040 - 1041.

državi pravorijek je podoban za priznanje i ovrhu. Kako se taj scenarij ostvaruje sasvim iznimno, apsolutnu nemogućnost ugovaranja arbitraže u inozemstvu između domaćih subjekata teško je opravdati s obzirom na poteškoće do kojih ona dovodi u slučajevima u kojima postoje sasvim legitimni razlozi za ugovaranje arbitraže u inozemstvu.

7. ZAKLJUČAK

Temeljno je načelo arbitražnog prava da slobodno sklopljen ugovor o arbitraži treba obvezivati stranke koje su ga sklopile. Iznimke od toga pravila treba predvidjeti samo ako za to postoje očiti razlozi. Arbitražno pravo treba uvažavati da su stranke u najboljem položaju ocijeniti što je u njihovu interesu i u punoj mjeri dopustiti da same preuzmu odgovornost za odluku o tome kako rješavati međusobne sporove.

Kako bi ZA to omogućavao u većoj mjeri nego do sada, granice objektivne arbitrabilnosti treba izmijeniti tako da arbitrabilni budu svi imovinskopravni zahtjevi kao i svi zahtjevi koji su dostupne prirode te da se strankama omogući puna autonomija u pogledu izbora mjesta arbitraže.

Pravo stranaka da izaberu mjesto arbitraže s pravom se ubraja u jednu od sloboda koje uživaju stranke u arbitraži.⁴³ Ograničenjima koja su u našem pravu u tom pogledu propisana odredbom čl. 3., st. 2. ZA-a gotovo ništa se ne dobiva jer arbitraža čije je mjesto u Hrvatskoj ionako ne podliježe strožoj kontroli domaćih sudova nego arbitraža čije je mjesto u inozemstvu. Nema, dakle, opravdanja za to da se ništetnima čine ugovori o arbitraži koji su sklopljeni između stranaka koje, s opravdanim razlogom ili bez njega, žele ugovoriti arbitražu u inozemstvu u sporovima za koje je propisana isključiva nadležnost sudova i u pravnim odnosima između domaćih subjekata.

Slijedom navedenog, potrebno je izmijeniti čl. 3., st. 1. ZA-a tako da bi arbitrabilni bili svi imovinskopravni zahtjevi kao i svi zahtjevi kojima stranke mogu slobodno raspolagati, a odredbu čl. 3., st. 2. ZA-a ukinuti, čime bi strankama bio omogućen slobodan izbor mjesta arbitraže.

⁴³ Sikirić, H., *Selection of the Place of Arbitration*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 3, 1996., str. 7.

A PROPOSAL FOR A NEW REGULATION OF ARBITRABILITY IN CROATIAN LAW ON ARBITRATION

Experiences from the first decade of application of the Croatian Arbitration Act of 2001 by the courts and arbitral tribunals suggest that the statute, largely based on the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, has been a success. Arbitral and judicial case law developed under the Act appears to be stable and predictable. The statute has for the most part succeeded in creating an appropriate legal framework for efficient use of arbitration.

After ten years, it is appropriate to reflect on the accomplishments of the Act, but also to consider how the statute might be improved. When the Act was adopted there were no guarantees that the transplantation of the UNCITRAL Model Law would be successful in Croatia. Experience has shown that, while there have been some problems in the application of the law, they have for the most part arisen in relation to the provisions which deviate from the Model Law or deal with issues not addressed by it.

One of such provisions is Article 3, which allows the parties to agree on arbitration in any matter of which they may conclude a settlement, but restricts that choice to arbitration within Croatia in disputes between local persons or entities, or disputes that are subject to exclusive jurisdiction of Croatian courts.

This paper argues that Article 3 should be amended in three ways. First, the Act should provide that any claim of patrimonial nature (vermögensrechtlicher Anspruch) should be arbitrable. This proposal is supported by the fact that in some courts it was held that claims which arise from mandatory rules of law are not arbitrable, because parties cannot exclude their application by their agreement. This understanding is based on a unfortunate confusion of two entirely separate issues: whether the claim introduced in arbitration may be settled by a negotiated agreement, and whether such a claim is based on a substantive legal provision that may be excluded by parties' agreement. Due to this potentially troubling development, the law should adopt the criterion of pecuniary nature used in Swiss, German, Austrian or, most recently, Slovenian law. Non-pecuniary claims should also be arbitrable if they can be settled by the parties.

* Davor Babić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

Second, the paper argues that parties should be able to agree on arbitration outside Croatia irrespective of whether their dispute falls within the exclusive jurisdiction of Croatian courts. In comparison with the former arbitration law, codified in the Croatian Code of Civil Procedure, the 2001 Arbitration Act made a step in the right direction by allowing arbitration in disputes which are subject to exclusive jurisdiction, but then restricted the parties' freedom in that respect by requiring that the place of arbitration in such disputes must be in Croatia. The aim of the restriction was to protect the interests for which exclusive jurisdiction is prescribed in Croatian law. The paper argues that the restriction does not provide for any additional degree of protection because the grounds for refusal of recognition of foreign awards are equal or even more onerous than grounds for setting aside of domestic arbitral awards. The provision however creates practical difficulties for the parties because it has legal effects only within Croatian borders.

Third, a choice of a foreign seat of arbitration should be allowed in disputes between local parties and entities. While in most cases parties would be ill advised to choose a foreign seat of arbitration in purely local contracts, in some cases there are legitimate reasons for such a choice. Some legal relationships between local parties involve an international element which may justify the choice of a seat outside Croatia. The paper argues that the restriction does not succeed in fostering local arbitration culture, which was its intended aim.

Keywords: arbitrability, Croatia, law on arbitration, exclusive jurisdiction.

ARBITRABILNOST OBITELJSKOPRAVNIH SPOROVA

*Dr. sc. Slađana Aras**

Cilj je ovoga rada odgovoriti na pitanje jesu li obiteljskopравни sporovi, a posebice sporovi o uzdržavanju djece arbitrabilni u kontekstu hrvatskog arbitražnog prava. U pokušaju odgovora na naznačeno pitanje u radu se najprije analizira objektivna arbitrabilnost općenito, odnosno arbitrabilnost obiteljskopравnih stvari posebno u njemačkom, austrijskom, slovenskom, talijanskom i francuskom pravnom sustavu. Potom se raspravlja o arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova, a posebice sporova o uzdržavanju djece u hrvatskom pravu uzimajući u obzir Zakon o arbitraži i Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2007. godine. U zaključnom su dijelu rada naznačeni problemi uz arbitražno rješavanje obiteljskopравnih sporova i projekcije de lege ferenda u pogledu alternativnog rješavanja tih sporova u hrvatskom pravu.

Ključne riječi: arbitrabilnost, objektivna arbitrabilnost, obiteljskopравни sporovi, sporovi o uzdržavanju djece, statusne obiteljske stvari.

1. UVODNE NAPOMENE

Zakonsko uređenje instituta arbitrabilnosti u poredbenopravnom kontekstu pokazuje da su učinjeni pomaci u definiranju sporova koji su podobni za rješavanje arbitražom. Arbitražna zakonodavstva pojedinih zemalja tradicionalno određuju arbitrabilnost na temelju javnog poretka. U tim je pravnim sustavima pretpostavka arbitrabilnosti disponibilnost, odnosno negocijabilnost¹

* Dr. sc. Slađana Aras, znanstveni novak – viši asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Pod disponibilnošću spora podrazumijeva se mogućnost stranaka da slobodno raspoložu pravima kojih se spor tiče dok se pod negocijabilnošću spora podrazumijeva mogućnost stranaka da se o njemu nagode. Usp. Dika, M., *Arbitrability: Disponability of the Subject*

(posrednog) predmeta spora.² Tako su prema Zakonu o arbitraži Republike Hrvatske³ arbitrabilni sporovi o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati (čl. 3., st. 1. ZA-a). Međutim, pored dostupnosti spora kao osnovne pretpostavke arbitrabilnosti u hrvatskom pravu, ako stranke ugovore arbitražu čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske (stranu arbitražu)⁴, mora biti ispunjena i (dodatna) pretpostavka koja se tiče svojstva stranke – barem jedna stranka u postupku mora biti fizička osoba s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inozemstvu ili pravna osoba osnovana prema stranom pravu (spor s međunarodnim obilježjem, čl. 2., st. 1., t. 7. ZA-a)⁵ i negativna pretpostavka koja se tiče nadležnosti suda – posebnim zakonom ne smije biti propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj (čl. 3., st. 2. ZA-a).

U skladu s općom tendencijom širenja zone arbitrabilnosti⁶, o kojoj neki autori govore kao o tzv. univerzalnoj arbitrabilnosti (*universal arbitrability*)⁷, pojedini nacionalni arbitražni zakoni statuiraju opća i liberalnija pravila o arbitrabilnosti. Na razini zakonodavne tehnike, tzv. univerzalna arbitrabilnost implementirana je na dva načina: arbitrabilnim se *a priori* smatraju sve stvari izuzev onih koje su pridržane isključivoj sudskoj nadležnosti.⁸ Alternativno,

Matter of the Dispute as a Requirement for Arbitrability in Croatian Law: Selected Issues, Croatian Arbitration Yearbook, br. 12, 2005., str. 11 - 12.

- ² Tako, pored Hrvatske, i Italija i Francuska. O talijanskom i francuskom uređenju instituta arbitrabilnosti v. *infra ad* 2.5. i 2.6.
- ³ Zakon o arbitraži Republike Hrvatske iz 2001. godine, Narodne novine, br. 88/01; dalje u tekstu: ZA.
- ⁴ Domaća arbitraža je arbitraža čije je mjesto na području Republike Hrvatske (čl. 2., st. 1., t. 2. ZA-a).
- ⁵ Spor bez međunarodnog obilježja je spor u kome su stranke fizičke osobe s prebivalištem ili uobičajenim boravištem u tuzemstvu, odnosno pravne osobe koje su osnovane po pravu Republike Hrvatske (čl. 2., st. 1., t. 6. ZA-a).
- ⁶ Usp. Mistelis, L. A., *Arbitrability – International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, u: Mistelis, L. A.; Brekoulakis, S. L. (ur.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Austin, 2009. (dalje u tekstu: Mistelis, *Arbitrability*), str. 9 *sqq.*; Brekoulakis, S. L., *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern*, u: Mistelis, Brekoulakis (ur.), *op. cit.* u ovoj bilj. (dalje u tekstu: Brekoulakis, *On Arbitrability*), str. 19, 20 *sqq.*
- ⁷ Tako Youssef, K., *The Death of Inarbitrability*, u: Mistelis, Brekoulakis (ur.), *op. cit.* u bilj. 6, str. 56.
- ⁸ Takav je pristup prisutan u SAD-u i Kanadi. U slučaju *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp* Vrhovni sud SAD-a uspostavio je opće pravilo prema kojemu u slučaju sumnje treba ići *in favorem* arbitraže. Ta opća predmnjeva o arbitrabilnosti

pojedina arbitražna zakonodavstva određuju da predmet arbitražnog sporazuma može biti svaki imovinskopravni zahtjev (*jeder vermögensrechtliche Anspruch, disputes involving an economic or a financial interest*).⁹

Obiteljskopравni sporovi tradicionalno se smatraju nedisponibilnim, odnosno na području arbitražnog prava nearbitrabilnim sporovima.¹⁰ Stajalište da su obiteljskopравni sporovi nearbitrabilni *per se* zaslužuje kritiku, osobito u kontekstu opće tendencije širenja zone arbitrabilnosti.

Cilj ovoga rada je istražiti, sa stajališta hrvatskog i komparativnog arbitražnog prava, jesu li pojedini obiteljskopравni sporovi podobni za rješavanje arbitražom. Pritom je naglasak na sporovima o uzdržavanju djece kao najprjepornijim u tom kontekstu, osobito nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona iz 2007. godine.¹¹

U radu se najprije analiziraju uređenja instituta arbitrabilnosti sporova općenito, odnosno obiteljskopравnih sporova posebno u pojedinim europskim zemljama (Njemačka, Austrija, Slovenija, Italija, Francuska) (v. *infra ad 2.*). Potom se nastoji odgovoriti na pitanje jesu li obiteljskopравni sporovi, posebno sporovi o uzdržavanju djece arbitrabilni u kontekstu hrvatskog arbitražnog prava (v. *infra ad 3. i 4.*). Konačno, u zaključnom dijelu rada naznačuju se određeni problemi uz arbitražno rješavanje obiteljskopравnih sporova te projekcije *de lege ferenda* u pogledu alternativnog rješavanja tih sporova u hrvatskom pravu (v. *infra ad 5.*).

Pod pojmom arbitrabilnosti u radu se podrazumijeva objektivna arbitrabilnost, tj. arbitrabilnost *ratione materiae*.¹² Osim toga, prilikom razmatranja

utjecala je na stajalište prema arbitrabilnosti i u drugim *common law* sustavima (Kanada, Australija). O tome v. Youssef, *ibid.*, str. 56, 58.

⁹ Tako, npr., Njemačka i Austrija. O njemačkom i austrijskom uređenju instituta arbitrabilnosti v. *infra ad 2.2. i 2.3.*

¹⁰ Usp. Mistelis, *Arbitrability, op. cit.* u bilj. 6, str. 15; Youssef, *The Death of Inarbitrability, op. cit.* u bilj. 7, str. 66.

¹¹ Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona Republike Hrvatske iz 2007. godine, Narodne novine, br. 107/07; dalje u tekstu: ZIDObZ/07.

¹² Kad se raspravlja o granicama arbitrabilnosti u kontekstu hrvatskog prava, može se govoriti o objektivnoj arbitrabilnosti (arbitrabilnosti *ratione materiae*), subjektivnoj arbitrabilnosti (arbitrabilnosti *ratione personae*), teritorijalnim granicama arbitrabilnosti (arbitrabilnosti *ratione territorii*) i institucionalnim granicama arbitrabilnosti (arbitrabilnosti *ratione institutionis*). O tome v. Triva, S.; Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007., str. 22.

arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova u hrvatskom pravu nastojat će se odgovoriti na pitanje jesu li oni arbitrabilni u kontekstu osnovne pretpostavke arbitrabilnosti – dostupnosti spora. U radu se neće posebno razmatrati negativna pretpostavka ugovaranja strane arbitraže za rješavanje obiteljskopравnih sporova s međunarodnim obilježjem – nepostojanje isključive međunarodne nadležnosti suda Republike Hrvatske.¹³ Pod pojmom alimentacijskih sporova u radu se podrazumijevaju svi sporovi o obiteljskom uzdržavanju, osim ako iz konteksta ne proizlazi da je riječ samo o sporovima o uzdržavanju djece.

Iako Obiteljski zakon¹⁴ regulirajući mogućnost poduzimanja materijalnih dispozicija u postupku govori o maloljetnom djetetu i djetetu nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti (*arg. ex* čl. 305.a, st. 2. i 3.; čl. 305.b, st. 1.; čl. 305.c, st. 1.; čl. 305.d, st. 1. ObZ-a), treba uzeti da se te odredbe odnose i na dijete, odnosno osobu koji su lišeni poslovne sposobnosti, a nad kojima roditelji ne ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti nego koji imaju skrbnika (*arg. ex* čl. 162., čl. 163., čl. 267. ObZ-a). U skladu s tim u radu se pod pojmom djeteta podrazumijeva maloljetno dijete, dijete (osoba) nad kojima roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti te dijete (osoba) nad kojima roditelji ne ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti, ali koji imaju skrbnika.

2. ARBITRABILNOST OBITELJSKOPРАВNIH SPOROVA U POREDBENOM PRAVU

2.1. Općenito

U odnosu na uređenje arbitrabilnosti sporova općenito razmatrani poredbenopravni sustavi mogu se podijeliti u dvije grupe: zemlje koje određuju arbitrabilnost spora njegovom dostupnošću, odnosno negocijabilnošću (romanski pravni krug: Italija, Francuska) i zemlje koje određuju arbitrabilnost spora imovinskopравnim zahtjevom, u kombinaciji sa zahtjevom dostupnosti,

¹³ Takva (dodatnog) ograničenja, odnosno negativne pretpostavke arbitrabilnosti *ratione materiae* nema u austrijskom i njemačkom pravu; dakle, u zakonodavstvu onih zemalja koje su u najvećoj mjeri utjecale, odnosno utječu na naše građansko procesno zakonodavstvo. O njemačkom i austrijskom uređenju arbitrabilnosti v. *infra ad* 2.2. i 2.3.

¹⁴ Obiteljski zakon Republike Hrvatske iz 2003. godine, Narodne novine, br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11; dalje u tekstu: ObZ.

odnosno negocijabilnosti ako je riječ o neimovinskopravnim zahtjevima (germanski pravni krug: Njemačka, Austrija i u određenoj mjeri Slovenija¹⁵).

U uspoređenim pravnim sustavima, u odnosu na arbitrabilnost obiteljskopравnih sporova općenito, odnosno alimentacijskih sporova posebno, mogu se naći različita rješenja. Pritom su same odredbe pojedinih zakona koje se odnose na arbitrabilnost sporova o uzdržavanju djece iste zemlje proturječne (Slovenija).

2.2. Njemačka

Izvor njemačkog arbitražnog prava je Zakon o parničnom postupku (*Zivilprozessordnung*).¹⁶ Do 1. siječnja 1998. godine kriterij je arbitrabilnosti (*Schiedsfähigkeit*) bio ovlaštenje stranaka da zaključe nagodbu (prih. § 1025., st. 1. dZPO-a). Reformom je njemačkog arbitražnog prava 1998. godine, koja je u tome slijedila švicarsko arbitražno pravo te nove trendove širenja zone arbitrabilnosti, institut arbitrabilnosti određen kriterijem imovinskopravnog zahtjeva (*jeder vermögensrechtliche Anspruch*) (§ 1030., st. 1., reč. 1. dZPO-a). Statuiran je i dopunski kriterij u odnosu na neimovinskopravne zahtjeve, ovlaštenje stranaka da o predmetu spora zaključe nagodbu (§ 1030., st. 1., reč. 2. dZPO-a).

U literaturi se ističe da je navedenom reformom njemački zakonodavac znatno proširio listu arbitrabilnih predmeta na kojoj su se, među ostalim, našli i alimentacijski sporovi.¹⁷ Nadalje, iako su osobna prava i osobna obiteljska prava neimovinskog karaktera, povreda tih prava rezultira njihovim uvrštavanjem u imovinskopravne zahtjeve.¹⁸

¹⁵ Međutim, u slovenskom se sustavu, za razliku od njemačkog i austrijskog (v. *infra ad* 2.2. i 2.3.), i dalje razlikuju domaća i strana arbitraža. Tako državljani i državljanke Republike Slovenije i pravne osobe koje imaju sjedište u Republici Sloveniji mogu ugovoriti stranu arbitražu, osim kada je za odlučivanje o pojedinom sporu isključivo nadležan sud u Republici Sloveniji (čl. 5. Zakona o arbitraži Republike Slovenije iz 2008. godine, Uradni list RSL, br. 45/08; dalje u tekstu: SLZA).

¹⁶ Zakon o parničnom postupku Savezne Republike Njemačke (*Zivilprozessordnung*) od 30. siječnja 1877. godine, RGBL, str. 83; dalje u tekstu: dZPO.

¹⁷ Gilfrich, S. U., *Schiedsverfahren in Schiedsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des US-amerikanischen Schiedsverfahrensrecht*, Tübingen, 2007., str. 51 - 53, 58 s bibliografskim uputama. U odnosu na uzdržavanje djeteta za valjano sklapanje arbitražnog sporazuma zahtijeva se uredno zastupanje djeteta. *Ibid.*, str. 52 - 53.

¹⁸ *Ibid.*, str. 38 - 39, 45 - 47; Maganić, A., *Arbitrability in non-contentious matters*, Croatian Arbitration Yearbook, br. 15, 2008., str. 118 pozivajući se na Böcker, Ch., *Das neue Recht der objektiven Schiedsfähigkeit*, Aachen, 1998., str. 14.

Kod stvari koje se odnose na djecu, i to na roditeljsku skrb (*Sorgerecht*) te susrete i druženja (*Umgangsrecht*), bila bi riječ prvenstveno o neimovinsko-pravnom zahtjevu. Budući da stranke nisu ovlaštene raspolagati predmetom (*Dispositionsbefugnis*) u postupcima koji se odnose na djecu, te stvari ne bi bile arbitrabilne (*arg. ex* § 1030., st. 1., reč. 2. dZPO-a). Dakle, država ima monopol odlučivanja u tim postupcima koji se odnose na djecu.¹⁹

2.3. Austrija

Izvor je austrijskog arbitražnog prava Zakon o parničnom postupku (*Zivilprozessordnung*).²⁰ Zakonsko se uređenje instituta arbitrabilnosti (*Schiedsfähigkeit*) u austrijskom pravu može pratiti u dvama razdobljima. Do stupanja na snagu SchiedsRÄG-a 1. srpnja 2006.²¹ godine pretpostavka je arbitrabilnosti bila sposobnost stranaka da zaključe nagodbu (prij. § 577., st. 1. öZPO-a). Reformom se austrijskog arbitražnog prava 2006. godine (SchiedsRÄG/06), koja je slijedila novi trend širenja zone arbitrabilnosti, institut arbitrabilnosti postavio na novim temeljima. Pretpostavke arbitrabilnosti u reformiranom austrijskom arbitražnom pravu su sljedeće: (1) mora biti riječ o imovinskopravnom zahtjevu (*jeder vermögensrechtliche Anspruch*) i (2) mora biti riječ o privatnom pravu o kojem su nadležni odlučivati redovni sudovi (*...über den von der ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist...*) (§ 582., st. 1., reč. 1. öZPO-a). Dopunski kriterij arbitrabilnosti propisan je § 582., st. 1., reč. 2. öZPO-a prema kojem je pretpostavka arbitrabilnosti neimovinskopравnih zahtjeva njihova negocijabilnost.

U austrijskom arbitražnom pravu izrijeком je isključena arbitrabilnost određenih stvari, među ostalim, i obiteljskopравnih stvari (§ 582., st. 2., reč.

¹⁹ Gilfrich, *op. cit.* u bilj. 17, str. 38 - 39, 45 - 47. Usp. Dethloff, N.; Martiny, D., *Germany Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities*, <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> (8. veljače 2011.), str. 58.

²⁰ Zakon o sudskom postupku u građanskim sporovima Republike Austrije (*Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Zivilprozessordnung*) od 1. kolovoza 1895. godine, RGBL, 1895/113; dalje u tekstu: öZPO.

²¹ Savezni zakon kojim se iznova propisuje arbitražni postupak u Zakonu o parničnom postupku i koji mijenja Uvodni zakon o jurisdikcijskoj normi i Uvodni zakon o parničnom postupku, Radni i socijalni zakon, Zakon o organizaciji sudova i Zakon o sudskoj djelatnosti (*Schiedsrechts-Änderungsgesetz* 2006), BGBl, I, 2006/7; dalje u tekstu: SchiedsRÄG 06.

1. öZPO-a). Takvo je rješenje logično kad je riječ o nedisponibilnim sporovima poput razvoda braka. Budući da tu nije riječ ni o imovinskopravnim zahtjevima²², takvi sporovi ne bi bili arbitrabilni ni prema § 582., st. 1., reč. 1. öZPO-a. Međutim, u austrijskoj literaturi pojedini autori odredbu § 582., st. 2., reč. 1. öZPO-a tumače tako da se ona odnosi i na imovinskopravne zahtjeve koji bi mogli nastati iz obiteljskopравnih odnosa poput zahtjeva za uzdržavanje djeteta i za podjelu imovine, odnosno štednje bračnih dugova.²³

2.4. Slovenija

Odredbe o arbitrabilnosti u slovenskom pravu statuirane su u SLZA-u iz 2008. godine. Kao i u njemačkom i austrijskom sustavu, arbitrabilni su svi sporovi o imovinskopravnim zahtjevima (čl. 4., st. 1., reč. 1. SLZA-a).²⁴ U odnosu na neimovinskopravne zahtjeve mora biti riječ o sporovima o kojima se stranke mogu nagoditi (čl. 4., st. 1., reč. 2. SLZA-a).

Budući da alimentacijski sporovi, pored statusnog, imaju i imovinski karakter, odnosno da je kod alimentacijskih sporova riječ o imovinskopravnom zahtjevu, iz SLZA-a bi proizlazilo da su ti sporovi arbitrabilni (*arg. ex* čl. 4., st. 1., reč. 1. SLZA-a). Međutim, takvo se stajalište teško može opravdati u kontekstu odredaba slovenskog Zakona o parničnom postupku²⁵ o postupku u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa između roditelja i djece (čl. 406. - 423. SLZPP-a). SLZPP propisuje da se u bračnim sporovima i sporovima iz odnosa roditelja i djece, kojima pripadaju i sporovi o uzdržavanju djece, ne primjenjuju odredbe tog zakona o presudi na temelju priznanja, presudi na temelju odricanja, međupresudi na temelju sporazuma stranaka, presudi zbog propuštanja i o sudskoj nagodbi (čl. 412., st. 1. SLZPP-a). Konfuziju dodatno izaziva odredba čl. 412., st. 2. SLZPP-a prema kojoj bi sud mogao dopustiti da

²² Voit, U., *Die objektive Schiedsfähigkeit nach Österreichischem Recht*, Wien, 2009., str. 66.

²³ Tako Reiner, A., *The New Austrian Arbitration Law – Selected Issue*, Croatian Arbitration Yearbook, br. 13, 2006., str. 232; Voit, *op. cit.* u bilj. 22, str. 67.

²⁴ Međutim, v. *supra* bilj. 15.

²⁵ Zakon o parničnom postupku (*Zakon o pravdnem postopku*) Republike Slovenije iz 1999. godine, Uradni list RSL, br. 26/99, 96/02, 2/04, 52/07, 73/07 – pročišćeni tekst (uradno prečišćeno besedilo), br. 45/08 – Zakon o arbitraži (*Zakon o arbitraži*), br. 111/08 – odluka USRS, br. 121/08 – odluka USRS, br. 57/09 – odluka USRS; dalje u tekstu: SLZPP.

stranke sklope sudsku nagodbu o uzdržavanju djeteta ako bi to bilo u interesu djeteta (čl. 412., st. 2. SLZPP-a). Statusni obiteljski sporovi u svakom slučaju ne bi bili arbitrabilni u slovenskom pravu (*arg. ex* čl. 4., st. 1., reč. 2. SLZA-a u vezi s čl. 412., st. 1. SLZPP-a).

2.5. Italija

Izvor je talijanskog arbitražnog prava Zakonik o parničnom postupku (*Codice di procedura civile*).²⁶ Posebne su odredbe ICPC-a o arbitraži (*Dell'arbitrato*; čl. 806. – 840. ICPC-a) značajno novelirane 2006. godine (Zakon od 2. veljače 2006. godine, br. 40 (*Legge 2 febbraio 2006, n. 40*)).

Prije novele ICPC-a iz 2006. godine pretpostavka je arbitrabilnosti bila negocijabilnost spora.²⁷ Pritom je izričito bila isključena arbitrabilnost sporova u odnosu na pitanja koja su se ticala statusa osobe i onih o kojima je sud mora odlučiti u bračnim sporovima (prij. čl. 806. ICPC-a). Prema novom je rješenju arbitrabilnost postavljena tako da su arbitrabilni svi dostupibilni sporovi, osim onih koji su izričito isključeni zakonom (čl. 806., st. 1. ICPC-a). Stoga su i nakon novele ICPC-a iz 2006. godine sporovi o uzdržavanju djece nearbitrabilni (*arg. ex* čl. 806. ICPC-a u vezi s čl. 155. ICC-a; čl. 708., st. 3. ICPC-a, čl. 709. *bis* ICPC-a, čl. 4. Zakona br. 898 o uređenju slučajeva prestanka braka²⁸, čl. 6. Zakona o prestanku braka).

Naime, uzimajući u obzir predmet postupka za rastavu (separaciju), razvod, odnosno prestanak građanskopravnih posljedica braka te poništaj braka mogu se razlikovati dostupibilna i nedostupibilna prava čiji su titulari bračni drugovi i prava čiji su titulari djeca. Kod dostupibilnih prava čiji su titulari bračni drugovi (npr., imovinski odnosi bračnih drugova), a koja mogu biti uređena dispozitivnim i prisilnim odredbama, primjenjuju se pravila koja vrijede za postupke kojima

²⁶ Zakonik o građanskom postupku (*Codice di procedura civile*) od 28. listopada 1940. godine, *Gazzetta Ufficiale*, br. 253/40; dalje u tekstu: ICPC.

²⁷ Građanski zakonik (*Codice civile*) od 16. ožujka 1942. godine, *Gazzetta Ufficiale*, br. 79/42; dalje u tekstu: ICC, propisivao je da negocijabilna nisu bila ona prava kojima se zbog njihove prirode ili izričite zakonske odredbe nije moglo disponirati (čl. 1966. ICC-a).

²⁸ Zakon br. 898 o uređenju slučajeva prestanka braka od 1. prosinca 1970. godine (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio (DIVORZIO)*, *Legge 1 dicembre 1970, n. 898; Legge 6 marzo 1987, n. 74*), *Gazzetta Ufficiale*, br. 308/70, 58/87; dalje u tekstu: Zakon o prestanku braka.

su predmet disponibilna prava. Kod nedisponibilnih prava čiji su titulari bračni drugovi (npr., ona na kojima se temelji rastava, a ponajviše razvod braka) te prava čiji su titulari djeca (npr., prava na uzdržavanje), primjenjuju se pravila postupka kojima su predmet nedisponibilna prava.²⁹

2.6. Francuska

Pristup talijanskog arbitražnog prava prema institutu arbitrabilnosti prisutan je i u Francuskoj. Francuski Građanski zakonik (*Code Civil*)³⁰ određuje potpunu disponibilnost prava kao pretpostavku arbitrabilnosti (čl. 2059. FCC-a). Međutim, ne mogu se rješavati arbitražom stvari koje se tiču statusa i sposobnosti osoba, razvoda i rastave braka, sporovi koji se tiču javnih kolektiviteta te općenito stvari koje se referiraju na javni poredak (čl. 2060., st. 1. FCC-a).³¹

3. ARBITRABILNOST SPOROVA O UZDRŽAVANJU DJECE U HRVATSKOM PRAVU

3.1. Općenito

Osnovna je pretpostavka arbitrabilnosti, prema hrvatskom ZA-u, disponibilnost (posrednog) predmeta spora (čl. 3., st. 1. ZA-a). Dakle, opseg primjene

²⁹ Kod prava čiji su titulari djeca vrijede ista pravila kao kod nedisponibilnih prava čiji su titulari bračni drugovi. Međutim, ne vrijedi princip tužbe (*domanda*) nego se postupak mora pokrenuti po službenoj dužnosti. O tome v. više Luiso, F. P., *Diritto processuale civile. Volume IV. I processi speciali*, 5. izd., Milano, 2009., str. 304 - 305. Također sudac istražitelj može po službenoj dužnosti odrediti izvođenje bilo kojeg dokaza u svrhu određivanja uzdržavanja za djecu i rješavanja pitanja skrbi o djeci. Lupoi, M. A., *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, u: Carpi, F.; Taruffo, M., *Commentario breve al Codice di procedura civile*, 6. izd., Padova, 2009., str. 2341.

³⁰ Građanski zakonik (*Code Civil*) od 21. ožujka 1804. godine; verzija Zakonika od 2. lipnja 2012. godine (dalje u tekstu: FCC).

³¹ Međutim, počevši od 1950-tih godina francuski su sudovi zauzeli shvaćanje prema kojemu arbitrabilnost spora nije isključena na temelju same činjenice da odredbe koje treba primijeniti na spor u pitanju pripadaju javnom poretku, odnosno ignoriraju odredbu čl. 2060., st. 1. FCC-a i njome propisano općenito isključenje arbitrabilnosti svih stvari koje se referiraju na javni poredak. Youssef, *op. cit.* u bilj. 7, str. 59.

ZA-a nije ograničen na trgovačke sporove³² nego se ZA kao opći arbitražni zakon odnosi na širok spektar dostupibilnih sporova (*arg. ex* čl. 3., st. 1. ZA-a). Rješenje statuirano u ZA-u slijedi ono iz Zakona o parničnom postupku³³ nakon izmjena i dopuna iz 1990. godine³⁴ u kojem arbitraža više nije ograničena na trgovačku zonu nego se odnosi na “sporove o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati” (prij. čl. 469. ZPP-a, prij. čl. 469.a ZPP-a). Pri razmatranju arbitralnosti obiteljskopравnih sporova treba razlikovati je li riječ o imovinskopравnim obiteljskim stvarima i, u okviru toga, o (ne)dostupibilnim pravima ili o statusnim obiteljskim stvarima.

3.2. Sumarni prikaz povijesnog razvoja uređenja postupaka u sporovima o uzdržavanju djece (od 1945. do 2007. godine)

U ZIDObZ/07 došlo je do bitne promjene u stajalištu zakonodavca prema dopuštenosti disponiranja predmetom spora u postupcima o uzdržavanju djece, a time i dostupibilnosti tih sporova. U povijesnoj perspektivi dostupibilnost tih sporova, čini se, najprije nije bila isključena, što je dovelo do različitih stajališta o tome u procesnoj teoriji i sudskoj praksi.³⁵ Dogma o isključenju materijalnih

³² U tom pogledu impostacija instituta arbitralnosti u ZA-u ne slijedi Uncitralov Model zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1984. godine (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*), dalje u tekstu: UML, *arg. ex* čl. 1. UML-a.

³³ Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske, Službeni list SFRJ, br. 4/77 – 35/91; Narodne novine, br. 26/91, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01 – v. čl. 50. Zakona o arbitraži, 117/03, 88/05 – v. čl. 129. Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, 2/07, 96/08 – v. odluku USRH od 20. prosinca 2006. i 9. srpnja 2008., 84/08, 123/08 – ispravak, 57/11). Napomena: u Narodnim novinama, br. 148/11 objavljen je pročišćeni tekst ZPP-a.

³⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 1990. godine, Službeni list SFRJ, br. 27/90.

³⁵ Budući da u Zakonu o parničnom postupku iz 1956. godine (Službeni list FNRJ, br. 4/57, 52/61, Službeni list SFRJ, br. 12/65, 1/71, 23/72, 6/74) nije bilo posebnih odredaba o postupcima u sporovima o uzdržavanju djece, u doktrini su se bila javila različita shvaćanja u odnosu na mogućnost poduzimanja materijalnih dispozicija u tim postupcima. Prema Brkić, S., *Presuda zbog izostanka u parnici radi dečinjeg izdržavanja*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, vol. 38, br. 6, 1989., str. 27, stranke su u postupcima o uzdržavanju djece mogle slobodno disponirati tužbenim zahtjevom jer je predmet spora bio subjektivno pravo kojim su mogle raspolagati i izvan parnice. Prema Poznić, B., *Pre-*

dispozicija u tim je postupcima iz procesne teorije prešla u Zakon o braku i porodičnim odnosima SR Hrvatske (čl. 309., st.1. ZBPOH-a).³⁶ ³⁷ ZBPOH je važio u Republici Hrvatskoj sve dok nije zamijenjen Obiteljskim zakonom iz 1998. godine.³⁸ Taj je Zakon zamijenjen novim (istoimenim) Obiteljskim zakonom iz 2003. godine³⁹ koji je noveliran 2004. godine.⁴⁰ Cijeli navedeni povijesni slijed promjena u regulativi alimentacijskih postupaka odvijao se uz promjene u terminologiji te neznatne redakcijske razlike u formulaciji pojedinih odredaba.⁴¹

Dakle, temeljno se stajalište zakonodavca u razdoblju od 1978. pa do 2007. godine u odnosu na disponibilnost sporova o uzdržavanju djece nije mijenjalo. Pritom treba napomenuti na nelogičnost i proturječnost u odnosu na to pitanje samih odredaba ZBPOH-a, ObZ/98 i ObZ/03. Naime, s jedne strane, stranke se u postupku pred sudom nisu mogle odreći svog zahtjeva, priznati zahtjev protivne stranke ni nagoditi se (čl. 309., st. 1. ZBPOH-a, čl. 274. ObZ/98, čl. 270., st. 1. ObZ/03), a, s druge strane, mogle su sklopiti nagodbu pred centrom za socijalnu skrb koja je bila podvrgnuta njegovim općim kontrolnim ovlaštenjima (čl. 265. ZBPOH-a, čl. 234. ObZ/98, čl. 230. ObZ/03).

suda zbog izostanka, Anali Pravnog fakulteta Sveučilišta u Beogradu, vol. 4, br. 3, 1956., str. 289, u pitanju su bili odnosi za čije je utvrđivanje zajednica bila zainteresirana više negoli kada je bilo riječ o drugim imovinskopравnim odnosima. U tim je sporovima načelo materijalne istine trebalo ostati neokrnjeno te je sud u takvim sporovima trebao moći utvrđivati činjenice i kada one među strankama nisu bile sporne, a priznanje tužbenog zahtjeva nije moglo dovesti do presude na temelju priznanja, a stranke nisu mogle zaključiti sudsku nagodbu o predmetu spora.

³⁶ Zakon o braku i porodičnim odnosima SR Hrvatske iz 1978. godine (Narodne novine SRH, br. 11/78, 27/78 – ispravak, 45/89, 51/89 – pročišćeni tekst, 59/90; dalje u tekstu: ZBPOH).

³⁷ Za razliku od ZBPOH-a, zakonodavstva ostalih socijalističkih republika i pokrajina nisu bila izrijekom isključila mogućnost disponiranja predmetom spora u postupcima o uzdržavanju djece.

³⁸ Obiteljski zakon Republike Hrvatske iz 1998. godine (Narodne novine RH, br. 162/98; dalje u tekstu: ObZ/98). Primjenjivao se od 1. srpnja 1999. godine.

³⁹ Obiteljski zakon Republike Hrvatske iz 2003. godine (Narodne novine RH, br. 116/03; dalje u tekstu: ObZ/03). Stupio je na snagu 22. srpnja 2003. godine.

⁴⁰ Zakon o izmjenama i dopunama Obiteljskog zakona Republike Hrvatske iz 2004. godine (Narodne novine RH, br. 17/04); Zakon o izmjeni Obiteljskog zakona Republike Hrvatske iz 2004. godine (Narodne novine RH, br. 136/04).

⁴¹ Izmjene i dopune iz 2004. godine nisu se odnosile na procesne odredbe sadržane u Osmom dijelu ObZ/03 o alimentacijskim postupcima.

3.3. Jesu li sporovi o uzdržavanju djece arbitrabilni?

ZIDObZ/07 uveo je, među ostalim, i mogućnost disponiranja predmetom spora u postupcima o uzdržavanju djece. Prema novom se uređenju u parnicama radi uzdržavanja protivnik maloljetnog djeteta ili djeteta nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti može odreći tužbenog zahtjeva, odnosno priznati tužbeni zahtjev (čl. 270.a, st. 2.; čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a) dok maloljetno dijete ili dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti i dalje ne može poduzeti te dispozicije (čl. 270.a, st. 1. ObZ-a, *arg. ex* čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a). Trebalo je, dakle, dosta vremena da se shvati kako se zabranom poduzimanja materijalnih dispozicija ne postiže puno.

Međutim, negativno stajalište zakonodavca prema mogućnosti disponiranja u sporovima o uzdržavanju djece, a time i konfuznost pojedinih odredba ObZ-a, zadržano je i dalje. Naime, s jedne strane, maloljetno dijete, odnosno dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti i dalje ne može priznati tužbeni zahtjev, odnosno odreći se tužbenog zahtjeva (čl. 270.a, st. 1. ObZ-a; *arg. a contrario ex* čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a), a, s druge strane, može sklopiti nagodbu pred centrom za socijalnu skrb te sudom koja je podvrgnuta općim kontrolnim ovlaštenjima centra za socijalnu skrb, odnosno suda (čl. 230.; čl. 270.a, st. 3.; čl. 305. ObZ-a).

Polazeći od filozofije novih rješenja ObZ-a, prema kojima stranke mogu disponirati (neposrednim) predmetom spora u postupcima o uzdržavanju djece uz nadzor suda, odnosno centra za socijalnu skrb, a time i disponibilnosti tih sporova, treba uzeti da je time otvorena i mogućnost roditelja djeteta da se sporazumiju o uzdržavanju djeteta u obliku javnobilježničkog akta, odnosno solemnizirane privatne isprave, a time i da brže pribave ovršnu ispravu o uzdržavanju djeteta.⁴²

⁴² Javnobilježnički akt je ovršna isprava ako je u njemu utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi i ako sadrži izjavu obveznika o tome da se na temelju tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospelosti obveze, neposredno provesti prisilna ovrha (klauzula *exequendi*) (čl. 54., st. 1. Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske iz 1993. godine (Narodne novine RH, br. 78/93, 29/94, 16/07, 75/09; dalje u tekstu: ZJB)). Isti učinak kao i javnobilježnički akt ima i privatna isprava koju je javni bilježnik potvrdio (solemnizirao). Ako privatna isprava ne sadrži izjavu obveznika o tome da se na temelju tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospelosti obveze, neposredno provesti prisilna ovrha (klauzula *exequendi*) ili je nejasna, takvu izjavu može unijeti i javni bilježnik na zahtjev obveznika u nastavku teksta privat-

(1) U kontekstu navedenog, polazeći od disponibilnosti prava kao pretpostavke arbitrabilnosti (čl. 3., st. 1. ZA-a), treba uzeti da su sporovi o uzdržavanju djece arbitrabilni (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* čl. 230.; čl. 270.a, st. 2. i 3.; čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a).

(2) S druge strane, moglo bi se i tvrditi da, polazeći od toga da su ti sporovi uređeni odredbama *iuris cogentis* i da je *ratio* novih rješenja ObZ-a u tome da je načelno dopušteno disponirati predmetom spora, ali samo uz rezervu kontrole od strane suda, posebno u odnosu na dobrobit djeteta, ti sporovi nisu arbitrabilni. Arbitraža kao privatna, alternativna metoda rješavanja sporova ne bi bila prikladan medij za postizanje tog pravno-političkog cilja.⁴³

(2.1.) U tom pogledu u recentnijoj literaturi javilo se stajalište kako su arbitri, jednako kao i suci, sposobni primijeniti pravila javnog poretka.⁴⁴ Zanimljivo je i stajalište Vrhovnog suda države New Jersey izneseno u slučaju *Faherty v. Faherty*⁴⁵ prema kojemu prilikom kontrole pravorijeka o uzdržavanje djeteta sud treba kontrolirati svaki pravorijek kojim je određeno smanjenje ili je odbijen zahtjev za povećanje uzdržavanja, a koji supstancijalno utječe na dobrobit djeteta (*the substantial best interest of the child*). Isto bi shvaćanje vrijedilo i u odnosu na pitanja skrbi o djetetu. U predmetu *Miller v. Miller*⁴⁶ Vrhovni sud države Pennsylvania je zauzeo stajalište da, iako je arbitraža prikladan medij, sudovi moraju moći kontrolirati pravorijeka o skrbi o djetetu u odnosu na dobrobit djeteta.

Dakle, prema citiranim judikatima te recentnijem stajalištu u komparativnoj doktrini kao i novijim zakonodavnim rješenjima (v. *supra ad* 2.2.) sporovi bi o

ne isprave ispod koje će obveznik staviti svoj potpis, a prije solemnizacije (čl. 54., st. 6. ZJB-a). U tim će slučajevima javni bilježnik, na zahtjev stranke, sam staviti na ispravu potvrdu o njenoj ovršnosti (čl. 54., st. 7. ZJB-a).

⁴³ Slučaj *Lieberman v. Lieberman* najbolji je primjer toga kako na rasprave o tome što je arbitrabilno i, povezano s tim, o javnom poretku mogu utjecati i kulturološke različitosti. U citiranom je slučaju Vrhovni sud države New York poništio pravorijek o skrbi o djetetu pozivom na nearbitrabilnost. Spor je bio povjeren rabinskoj arbitražnoj instituciji čiji su arbitri donijeli pravorijek. Poništaj pravorijeka je doveo do rasprava o temeljnim ljudskim pravima. O tome v. Babić, D., *Arbitrability and Law Applicable to Arbitrability* (LL.M. Thesis), Budimpešta, 1999., str. 20 - 21.

⁴⁴ V. Brekoulakis, *On Arbitrability, op. cit.* u bilj. 6, str. 29 - 30.

⁴⁵ *Faherty v. Faherty*, preuzeto iz De Witt Gregory, J.; Swisher, P. N.; Wolf, Sh. L., *Understanding Family Law*, Lexisnexis, 2005. (dalje u tekstu: De Witt Gregory, Swisher, Wolf, *Family Law*), str. 304 - 305.

⁴⁶ *Miller v. Miller*, preuzeto iz De Witt Gregory, Swisher, Wolf, *Family Law, op. cit.* u bilj. 45, str. 305.

uzdržavanju djece bili arbitrabilni. Pritom bi arbitri, neovisno o pravu koje su stanke ugovorile, morali moći voditi računa o dobrobiti djeteta primjenjujući prisilne propise *lex fori* dok bi sud svoju kontrolnu ulogu vršio prilikom pobijanja pravorijeka, odnosno sud države priznanja (i ovrhe) prilikom priznanja, odnosno proglašenja ovršnim pravorijeka.

3.4. Zaključne napomene

U kontekstu hrvatskog arbitražnog prava, ako bi se prihvatilo shvaćanje da bi sporovi o uzdržavanju djece bili arbitrabilni, potrebno je voditi računa o sljedećim okolnostima.

(1) Arbitraža je prvotno bila rezervirana za trgovačke sporove kao prikladan medij za rješavanje privatnopravnih sporova s jasno izraženim interesima na suprotnim stranama. Kod sporova o uzdržavanju djece, međutim, interes (dobrobit) djeteta treba imati primarnu važnost.⁴⁷ Iz tog su razloga u sporovima o uzdržavanju djece naglašene oficijelne i inkvizitorne ovlasti suda u odnosu na pokretanje tih postupaka te procesni materijal (čl. 300., st. 1.; čl. 301.; čl. 270.a, st. 4. ObZ-a) dok je disponibilnost (djelomično) dopuštena ovisno u kojoj se procesnoj ulozi nalazi dijete uz opća kontrolna ovlaštenja suda (čl. 270.a; čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a). Ako bi se prihvatilo stajalište da su arbitri jednako kao i suci sposobni voditi računa o dobrobiti djeteta, otvara se pitanje bi li oni uzimali u obzir samo prisilne propise *legis fori* ili/i takve propise mjesta priznanja i ovrhe. Trebalo bi uzeti da bi arbitri bili dužni uzeti u obzir samo prisilne propise *legis fori*. Pritom bi sud došao u priliku kontrolirati pravorijek

⁴⁷ Konvencija o pravima djeteta od 20. studenog 1989. (Narodne novine RH, Međunarodni ugovori, br. 12/93) postavila je poseban kriterij za postupanje s djetetom i donošenje odluka u vezi s njim. Riječ je o tzv. najboljem interesu djeteta (*the best interest of the child*). V. čl. 3. Konvencije o pravima djeteta. Odbor za prava djeteta nije do sada prigodom ocjene pojedinih izvješća država stranaka dao definiciju pojma najbolji interes djeteta ni predložio kriterije za opću procjenu ili za primjenu u pojedinim situacijama. Najbolji interes djeteta ima u Konvenciji o pravima djeteta značenje jednog od općih načela. O tome v. Hrabar, D., *Pravni odnosi roditelja i djece*, u: Alinčić, M. et al., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2006., str. 234 - 237. Dobrobit je djeteta sveobuhvatniji i primjereniji pravni izraz od interesa djeteta. Interes je djeteta, za razliku od dobrobiti djeteta, određen subjektivno. Dobrobit djeteta, optimalan status djeteta u odnosu na njega samoga i druge subjekte određen je objektivno.

samo povodom tužbe za poništaj pravorijeka, odnosno sud države priznanja i ovrhe (sa stajališta javnog poretka te države) u povodu takva zahtjeva.

(2) Zaštita dobrobiti djeteta u sporovima o uzdržavanju djece nije samo zadaća suda nego i centra za socijalnu skrb. Tu zadaću centar za socijalnu skrb, među ostalim, ostvaruje i svojim sudjelovanjem u postupku (čl. 274. - čl. 279. ObZ-a), bilo u svojstvu zakonskog zastupnika djeteta (čl. 234., st. 1. ObZ-a), bilo kao specifičan intervenijent (umješač *sui generis*) (čl. 274., st. 3. i 4.; čl. 275. ObZ-a). Centar za socijalnu skrb, intervenirajući u određenim postupcima, ne pridružuje se nijednoj od stranaka nego zadržava pravni položaj "trećega" sa samostalnim ovlastima (položaj blizak položaju centra kad intervenira u postupak kao stranka, čl. 274., st. 2. ObZ-a) (*arg. ex* čl. 276. i čl. 277. ObZ-a).⁴⁸ Smisao je sudjelovanja centra za socijalnu skrb u svojstvu umješača u postupku da posluži kao aktivni pomagač suda u posebnoj zaštiti djece te drugih osoba koje su pod posebnom obiteljskopравnom zaštitom. Svojim sudjelovanjem u postupku centar za socijalnu skrb treba olakšati sudu ostvarivanje njegovih oficijelnih i inkvizitornih ovlaštenja i dužnosti u prikupljanju procesne građe, o kojoj sud u pravilu nema neposrednih saznanja. Centar za socijalnu skrb u zaštiti djece u izvjesnom smislu vrši i kontrolu nad radom suda tako što mu se (dostavljanjem poziva za ročište, odluka suda i drugih pismena) omogućuje da prati tijek sudskog postupka, da se u njemu aktivno angažira kad smatra da je to potrebno i da izjavljuje pravne lijekove protiv sudskih odluka.⁴⁹ U tom kontekstu, uzimajući u obzir prisilnost odredaba o sudjelovanju centra za socijalnu skrb u sudskom postupku te okolnost da stranke sporazumno određuju pravila arbitražnog postupka (čl. 18., st. 1. ZA-a), odnosno da je u nedostatku takva sporazuma to ovlašten učiniti arbitražni sud (čl. 18., st. 2. ZA-a), postavlja se i pitanje takve suradnje centra za socijalnu skrb i arbitražnog suda čije je mjesto na području Republike Hrvatske, tj. bi li arbitražni sud takvu suradnju bio dužan i ovlašten uspostaviti pozivajući se na domaći javni poredak (dobrobit

⁴⁸ Usp. Dika, M., *Gradansko parnično pravo. Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku. IV. knjiga*, Zagreb, 2008., str. 296. O tome v. više Aras, S., *Centar za socijalnu skrb u ulozi stranke i umješača (intervenijenta) u statusnim i alimentacijskim postupcima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 2009., vol. 59, br. 2-3. (dalje u tekstu: Aras, *Centar za socijalnu skrb*), str. 515 - 516.

⁴⁹ Usp. Belajec, V., *Suradnja suda i organa starateljstva u posebnim građanskim sudskim postupcima o bračnim i porodičnim stvarima* (doktorska disertacija), Zagreb, 1985., str. 369 - 370. O tome v. više Aras, *Centar za socijalnu skrb, op. cit.* u bilj. 48, str. 513.

djeteta) neovisno, pa i protivno volji stranaka. Trebalo bi, čini se, na to pitanje odgovoriti pozitivno (*arg. ex* čl. 45. ZA-a).

(3) Nejavnost se arbitražnog postupka (čl. 23., st. 5. ZA-a) u odnosu na sudski postupak (čl. 4. ZPP-a) ističe kao njegova prednost, pogotovo u odnosu na obiteljskopravne postupke.⁵⁰ ObZ izrijekom isključuje javnost samo u statusnim sporovima (čl. 271., st. 1. ObZ-a). *Arg. a contrario* ex čl. 271., st. 1. ObZ-a javnost nije isključena u alimentacijskim sporovima općenito pa tako ni u sporovima o uzdržavanju djece.⁵¹ Iako je u određenim sporovima potrebno te poželjno da se javnost isključi zakonom (npr., statusni sporovi), odnosno odlukom suda, javnost je prikladan mehanizam kontrole rada donositelja odluke. To osobito, stoga, što je u tim sporovima, uzimajući u obzir njihovu "životnu važnost" za stranke, moguć veći utjecaj na arbitre.

(4) Troškovi bi arbitražnog postupka, uzimajući u obzir nagradu arbitrima, mogli značajno premašivati troškove do kojih bi došlo da je vođen sudski postupak (čl. 35., st. 1. ZA-a). To bi svakako mogao biti odlučujući faktor, ako se uzme da su sporovi o uzdržavanju djece arbitrabilni, na ugovaranje arbitraže u tim sporovima.

(5) Ne treba ispustiti iz vida ni da je pitanje arbitrabilnosti alimentacijskih sporova različito riješeno u zakonodavstvu pojedinih zemalja te se lako može dogoditi da bude odbijeno priznaje (i ovrha) stranog pravorijeka u državi priznanja (i ovrhe) pozivom na nearbitrabilnost spora prema *lex fori*.

4. ARBITRABILNOST OSTALIH OBITELJSKOPRAVNIH SPOROVA U HRVATSKOM PRAVU

Budući da se ograničenja disponibiliteta iz ObZ-a ne odnose na sporove o uzdržavanju punoljetnog djeteta (koje nije lišeno poslovne sposobnosti) (čl. 210. ObZ-a), roditelja (čl. 213. ObZ-a), maćehe ili očuha (čl. 215. ObZ-a), bračnog (čl. 217. ObZ-a) i izvanbračnog druga (čl. 222. ObZ-a), majke izvanbračnog djeteta (čl. 226. ObZ-a) i budući da su sporovi o uzdržavanju istospolnog partnera disponibilni prema Zakonu o istospolnim zajednicama⁵² (*arg. ex* čl. 4., čl.

⁵⁰ Usp. Swisher, P. N.; Miller, H. A.; Weston, W. I., *Family Law: Cases, Materials and Problems*, New York, 1993. (dalje u tekstu: Swisher, Miller, Weston, *Family Law*), str. 783 - 784; De Witt Gregory, Swisher, Wolf, *Family Law*, *op. cit.* u bilj. 46, str. 297 - 298.

⁵¹ O isključenju javnosti odlukom suda v. čl. 306. - 310. ZPP-a.

⁵² Zakon o istospolnim zajednicama Republike Hrvatske iz 2003. godine (Narodne novine RH, br. 116/03; dalje u tekstu: ZIZ).

6. ZIZ-a), treba uzeti da su ti sporovi arbitrabilni (*arg. ex* čl. 270.a; čl. 305.a, st. 2. i 3.; čl. 264. ObZ-a; čl. 10. ZIZ-a).

Arbitrabilni bi bili i sporovi o bračnoj stečevini i o podjeli zajedničke imovine, odnosno sporovi iz bračnog ugovora kojim se uređuju prava na postojećoj ili budućoj imovini i u vezi s njim (*arg. ex* čl. 250., čl. 255., čl. 264. ObZ-a).

U obiteljskim statusnim stvarima stranke se u postupku pred sudom ne mogu odreći svog zahtjeva, priznati zahtjev protivne stranke ni nagoditi se (čl. 270., st. 1. ObZ-a). Stoga bi arbitrabilnost bila isključena u obiteljskim statusnim sporovima – sporovima radi utvrđivanja (ne)postojanja braka, za razvod ili poništaj braka i maternitetskim, odnosno paternitetskim sporovima (*arg. ex* čl. 3., st. 1. ZA-a u vezi s čl. 270., st. 1. ObZ-a). To bi isto vrijedilo i za obiteljske statusne izvanparnične stvari poput postupka radi rješavanja pitanja s kojim će roditeljem dijete živjeti, o roditeljskoj skrbi i o mjerama za zaštitu prava i dobrobiti djeteta (*arg. ex* čl. 3., st. 1. ZA-a u vezi s čl. 270. ObZ-a).

5. ZAKLJUČAK

Čini se da je stajalište o nearbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova *per se* napušten, na što se nastojalo upozoriti u ovom radu. U domaćoj i stranoj literaturi, osobito američkoj, favorizira se rješavanje obiteljskopравnih sporova arbitražom.⁵³ Pritom stajališta u odnosu na pitanje arbitrabilnosti sporova o uzdržavanju djece nisu jedinstvena.

Pri razmatranju arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova treba razlikovati je li riječ o imovinskopравnim obiteljskim stvarima i, u okviru toga, o (ne)disponibilnim pravima ili o statusnim obiteljskim stvarima. Polazeći od dostupnosti prava kao pretpostavke arbitrabilnosti u hrvatskom arbitražnom pravu treba uzeti da bi sporovi o uzdržavanju djece bili arbitrabilni (*arg. a cohaerentia, a completudine ex* čl. 230., čl. 270.a, st. 2. i 3., čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a). Takvi bi bili i ostali alimentacijski sporovi kao i sporovi koji bi mogli proizići iz imovinskih odnosa bračnih i izvanbračnih drugova te istospolnih partnera (*arg.*

⁵³ “Divorce mediation and arbitration, based on no-fault divorce alternatives, therefore reflects a preference for private ordering over public name calling, for resolution over retribution.” Swisher, Miller, Weston, *Family Law, op. cit.* u bilj. 50, str. 783. V. i De Witt Gregory, Swisher, Wolf, *Family Law, op. cit.* u bilj. 46, str. 297 – 298, 305. Od domaće literature v. Triva, Uzelac, *op. cit.* u bilj. 12, str. 30 - 31; Maganić, *Arbitrability, op. cit.* u bilj. 18, str. 128 - 131.

ex čl. 250., čl. 255., čl. 270.a, čl. 305.a, st. 2. i 3., čl. 264. ObZ-a; čl. 10. ZIZ-a). Arbitrabilnost bi, međutim, bila isključena u pogledu svih statusnih obiteljskih stvari (*arg. ex* čl. 3., st. 1. ZA-a u vezi s čl. 270., st. 1. ObZ-a).

Trebalo bi pozdraviti iskorak zakonodavca u pravcu širenja zone disponibilitnosti sporova o uzdržavanju djece prema ZIDObZ/07. Također bi trebalo *de lege ferenda* razmisliti da se i uredno zastupanom djetetu dopusti disponiranje predmetom spora uz opća kontrolna ovlaštenja suda, odnosno centra za socijalnu skrb. Moglo bi se i tvrditi da su odredbe ObZ-a o zabrani djetetu da poduzima materijalne dispozicije u postupku u funkciji zaštite dobrobiti djeteta (čl. 267. ObZ-a). S druge strane, nova su rješenja ObZ-a o mogućnosti priznanja tužbenog zahtjeva i odricanja od njega u postupcima u sporovima o uzdržavanju djece upitna sa stajališta ustavnog postulata o jednakosti jer predviđaju različit tretman ovisno o tome u kojoj se procesnoj ulozi nalazi dijete (*arg. ex* čl. 270. a, st. 1. i 2.; čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a). Treba i napomenuti da su u pogledu dopuštenosti disponiranja u tim postupcima i same odredbe ObZ-a proturječne. Naime, s jedne strane, maloljetno dijete, odnosno dijete nad kojim roditelji ostvaruju roditeljsku skrb nakon punoljetnosti ne može priznati tužbeni zahtjev, odnosno odreći se tužbenog zahtjeva (čl. 270.a, st. 1. ObZ-a; *arg. a contrario ex* čl. 305.a, st. 2. i 3. ObZ-a), a, s druge strane, može sklopiti nagodbu pred centrom za socijalnu skrb te sudom koja je također podvrgnuta općim kontrolnim ovlaštenjima centra za socijalnu skrb, odnosno suda (čl. 230., čl. 270.a, st. 3., čl. 305. ObZ-a). Dobrobit bi se djeteta trebala štititi ovlastima i dužnostima suda, i u pogledu kontrole dopuštenosti disponiranja, i u pogledu urednosti zastupanja djeteta te centra za socijalnu skrb, a ne zabranom mogućnosti djetetu da disponira predmetom spora u alimentacijskim postupcima.

Iznesena shvaćanja i (alternativne) mogućnosti rješavanja obiteljskopравnih sporova, koje su prepoznate u radu, u domaćoj se praksi generalno, na žalost, ne koriste. Zbog prirode sporova o uzdržavanju djece koja, unatoč tomu što su imovinskopравna, imaju i obilježja statusnih sporova te prirode arbitraže, za njihovo bi rješavanje (kao i rješavanje pitanja skrbi o djetetu) bio prikladniji medij obiteljska medijacija ili pak neki prijelazni oblik između medijacije i arbitraže, na što se nastojalo upozoriti u ovom radu. Arbitraža bi svakako ostala rezervirana za sporove o (bračnoj) stečevini i o podjeli zajedničke imovine, odnosno sporove iz bračnog ugovora kojim se uređuju prava na postojećoj ili budućoj imovini ili u vezi s njim, osobito s obzirom na moguću veću vrijednost imovine (izvan)bračnih drugova. U određenoj mjeri ona bi bila i prikladan medij za rješavanje sporova o uzdržavanju punoljetnog djeteta (koje nije lišeno poslovne

spособnosti), roditelja, maćehe ili očuha, bračnog i izvanbračnog druga, majke izvanbračnog djeteta te istospolnog partnera.

Summary

Slađana Aras *

ARBITRABILITY OF FAMILY DISPUTES

The aim of this paper is to inquire whether family disputes (in particular, child maintenance disputes) are arbitrable under Croatian Law on Arbitration. The paper starts with an analysis of objective arbitrability under German, Austrian, Slovenian, Italian and French law, with a special emphasis on the arbitrability of family matters. It further discusses arbitrability of family disputes in Croatian law, taking into consideration the provisions of Law on Arbitration and the 2007 amendments to the Family Act. The author expresses the view that, in the context of arbitrability, disputes regarded property-related family matters should be distinguished from disputes regarding matters where family status is at stake. In property disputes, parties may freely dispose of their rights, which is a basic condition for arbitrability in Croatian law. Consequently, the author concludes that child maintenance disputes should be arbitrable. Other maintenance disputes would also be arbitrable, as well as disputes which arise from property relations of marital and extramarital partners and same-sex partners. However, all family status matters should be considered non-arbitrable.

The final part of the paper outlines certain problems connected to arbitration settlement of family disputes and proposals regarding new regulation of dispute resolution for such disputes in Croatian law. Due to the double nature of child maintenance disputes, which have characteristics of both property and family status matters, and considering the main features of arbitration, the author suggests that for their resolution family mediation or some transitional forms between mediation and arbitration would be more appropriate. Arbitration would certainly remain reserved for disputes about (marital) property and its division between spouses, e.g. the disputes arising out of nuptial agreements.

Keywords: arbitrability, objective arbitrability, family disputes, child maintenance disputes, family status matters.

* Slađana Aras, Ph. D., Senior Research Assistant, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

EFIKASNOST ARBITRAŽE I PRAVILA O SVEDOČENJU I VEŠTAČENJU: IMA LI MESTA RACIONALIZACIJI?

*Prof. dr. sc. Gašo Knežević**

Za 2 M

Naše je vreme obeleženo imperativom ubrzanja pravozaštitnih postupaka i smanjivanja njihove cene koštanja. Ista je pojava prisutna, manje ili više, kako u domenu "javne", tako i "privatne" pravde. Rad predstavlja pokušaj analize mera racionalizacije vremena i smanjivanja utrošaka novca sadržanih u novim arbitražnim pravilima ICC 2012. Ove mere uređuju (i) ročišta za izvođenje dokaza na kojima se, po pravilu, pojavljuju svedoci i veštaci kao dokazna sredstva za utvrđivanje činjenica slučaja, a ponekad i za utvrđivanje pravnih normi. Kao takvi oni su dragoceni i nezaobilazni činioци u procesu donošenja arbitražne odluke pa se postavlja pitanje isplativosti racionalizacije u ovome domenu. Pitanje je, dakle, mogu li se u dokaznom postupku, najzahtevnijem sa aspekta vremena i utroška novca, postići uštede uz zadržavanje zadovoljavajućeg kvaliteta odluka?

Ključne reči: efikasnost odlučivanja, svedok, veštak, individualizacija postupka, tehnike rukovođenja.

1. EFIKASNOST SISTEMA ZAŠTITE PRAVA KAO NOVI PROCESNI IMPERATIV

Efikasan je onaj pravozaštitni sistem (javni ili privatni servis zaštite ugroženih i/ili povređenih prava) koji u razumnom, a što kraćem roku, uz racionalnu potrošnju novčanih resursa pruža strankama pravnu zaštitu zadovoljavajućeg profesionalnog nivoa. Proizlazi da su dva lako merljiva kriterija efikasnosti -

* Dr. sc. Gašo Knežević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Bulevar kralja Aleksandra 67, Beograd (Srbija).

vreme i novac. Profesionalnost, kvalitet pravne zaštite je treća, pomalo iluzivna kategorija koju je teže kvantifikovati.

Od bolesti neefikasnosti pate ne samo javni pravozaštitni servisi (državni sudovi), što je danas notorno, već i privatni, što vremenom postaje sve lakše dokazivo.¹ Jer i arbitraže su već duže vremena suočene sa problemom efikasnosti te se i njeni korisnici osećaju frustriranim² iako i dalje ubeđeni u nezavisnost, nepristrasnost i neutralnost samog medija te u efikasnost procedure izvršavanja jednom donete odluke.

Pravni blogovi su ta mesta na kojima se frustracije izlivaju. Tekst koji se na blogu Kluwerarbitration pojavio 2010. g. svedoči o pomenutom nezadovoljstvu: CCIAG (*Corporate Counsel International Arbitration Group*) je u anketi sprovedenoj 2010. g. među pravnicima zaposlenim u kompanijama (*in house lawyers*) utvrdila postojanje stoprocentnog nezadovoljstva uslugama arbitraža, pri čemu je 56% anketiranih korisnika bilo veoma nezadovoljno prevashodno vremenskom dimenzijom postupaka, dok je još veći procenat nezadovoljnih cenom arbitražne usluge (69%).³ Istini za volju, treba imati na umu da je veći broj tih arbitraža bio investicionog, a manji trgovačkog karaktera.

Dodatni problem evaluacije jednog pravozaštitnog sistema može nastati kada se među nekim kategorijama korisnika pojavi disbalans između navedenih merljivih kriterija efikasnosti tako da jedan od njih postane nadmoćan, pa čak i isključiv. Tako je, na primer, uvrežena teza među onima koji se profesionalno bave rešavanjem trgovačkih sporova (dakle, raznim pravnim savetnicima, zastupnicima stranaka, sudijama, arbitrima, sudskom i arbitražnom administracijom) da je vreme za trgovce često vrednost veća od novca, pa čak i od prava i istine. Da to nije puka izmišljotina pravnika, koji bi njome da svedu svoj posao, govori činjenica da sličnu tezu zastupaju i oni o čijim se povređenim ili ugroženim pravima radi. Sami trgovci se neretko žale na dužinu trajanja pravozaštitnih postupaka, o čemu svedoči i pomenuto istraživanje CCIAG. Istina, drugo je

¹ Za neke od statističkih podataka i neke od uzroka neefikasnosti arbitraža v. kod: Rivkin, D. W., *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited*, *Arbitration International*, vol. 24, br. 3, 2008., str. 375 - 386.

² Kalicki, J. E., *Controlling Time and Costs in Arbitration: A Progress Report*, Part I, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/21/controlling-time-and-costs-in-arbitration-a-progress-report-part-1-of-2/> (3. 5. 2013.).

³ Reed, L., *More on Corporate Criticism of International Arbitration*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/07/16/more-on-corporate-criticism-of-international-arbitration/> (3. 5. 2013.).

pitanje u kojoj je meri ta teza, imanentna prevashodno tužiocima, odraz razumljive i opravdane potrebe za ubrzanjem postupka pravne zaštite, a u kojoj je meri čvrsto zasnovan stav jedne branše. Drugim rečima, dilema je u kojoj bi meri trgovci ostali pri tom stavu da se na pravnom horizontu zaista pojavi opasnost da efikasnost pravne zaštite ugrozi kvalitet odluka i pravo?

S tim u vezi već su pojedini stručni komentari otvorili osetljivo pitanje odnosa kvaliteta pravne zaštite i njene efikasnosti.⁴ Naime, pre naglašavanje efikasnosti i njeno uzdizanje do nivoa neprikosновенosti koji zaslužuje žrtvovanje nekih vrednosti *manjeg* značaja budi podozrenja i strahove čija se blaža varijanta okončava pitanjem: košta li suviše prevelika količina efikasnosti?⁵

U sferi javne pravde (sudovi i drugi adjudikativni državni organi), istorijski posmatrano, uočljivo je da načelo procesne ekonomije nije tvorevina kraja XX i početka XXI veka.⁶ Ali, intenzivitet i učestalost kritika te značaj koji im politička i pravna javnost u poslednje vreme pridaju utiče na savremene zakonodavce i reperkutuje se u tekstovima novih nacionalnih zakona o parničnim postupcima kroz pojavu (1) novih efikasnih metoda rešavanja trgovačkih sporova (medijacija, evaluacija itd.) i (2) novih instrumenata u okviru parničnog postupka čiji je osnovni cilj povećanje efikasnosti postupka, dakle instrumenata koji su usmereni na uštedu vremena i novca. Tako je, na primer, i u novom srpskom Zakonu o parničnom postupku kao pravo stranaka predviđeno pravo na suđenje u razumnom roku⁷ koje je praćeno obavezom suda da definiše tzv. "vremenski okvir" parnice (*time frame*) i sankcijom za njegovo nepoštovanje. Ide

⁴ Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 377.

⁵ Astrigarraga, J. I., *A Few Words on the Tension Between Efficiency and Justice*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/06/02/a-few-words-on-the-tension-between-efficiency-and-justice/> (3. 5. 2013.).

⁶ Načelo procesne ekonomije i ranije je bilo značajno sudsko načelo uporednopravnih sistema pa i pravnog sistema bivše Jugoslavije. V. tako komentar uz član 10. ZPP u: Poznić, B., *Komentar Zakona o parničnom postupku (1976, sa docnijim izmenama i dopunama)*, Beograd, 2009., str. 37 – 38. U arbitražnoj praksi ista briga za efikasnošću postupka ogleda se, na primer, u postojanju *Case Management Techniques* (Appendix IV, 2012 ICC Rules of Arbitration) kao i u postojanju posebne ICC edicije pod nazivom *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*.

⁷ V. Čl. 10. ZPP, Sl. glasnik RS, br. 72/2011. Drugi i treći stav tog člana glase: "Sud je dužan da postupak sprovede bez odugovlačenja, u skladu sa prethodno određenim vremenskim okvirom za preduzimanje parničnih radnji (dalje u tekstu: vremenski okvir) i sa što manje troškova. Nepostupanje sudije u vremenskom okviru je osnov za pokretanje disciplinskog postupka u skladu sa odredbama Zakona o sudijama."

i bez reči da su norme nacionalnih zakona koje regulišu parnicu, ali i druge postupke pravne zaštite, neposredno primenljive za sistem javne pravde, dakle samo pred sudovima i sličnim državnim organima.

S druge strane posmatrano, arbitražna zaštita, pa i njen procesni aspekt, kao trasa tzv. privatne pravde, projektovana je prema potrebama trgovaca te unapred kalkuliše sa značajem koje vreme ima u trgovačkim transakcijama. Zbog rečene kalkulacije te veće fleksibilnosti arbitražnog postupka koja je njen pratilac, dijapazon instrumenata koji pospešuju efikasnost arbitražnog odlučivanja je nešto veći. U njih možemo ubrojati višestranačku arbitražu; bifurkaciju postupaka; mogućnost donošenja delimičnih odluka o pojedinim spornim pitanjima koja vodi efikasnijem odlučivanju o sporu u celini; identifikaciju pitanja koja se mogu sporazumno ili putem veštaka rešiti te njihovo izdvajanje; identifikaciju i razmatranje pitanja za čije rešavanje bazu daje postojeća dokumentacija (isprave); striktno ograničenje tema i dužine podnesaka; raspored vremena predviđenog za obavljanje pojedinih procesnih radnji (*procedural timetable* koji se delimično poklapa sa “vremenskim okvirom”); organizovanje telefonskih i video sastanaka umesto *in person* sastanaka; podsticanje ili čak učešće arbitara u sklapanju poravnjanja između stranaka itd.⁸

Čini se da arbitražna javnost inklinira stavu da neefikasnost arbitražne zaštite više pada na dušu stranaka no arbitraže kao sistema odlučivanja i samih arbitara.⁹ Iako ni ovi poslednji nisu potpuno nevini (pre svega zbog prihvatanja novih angažmana uprkos svesti o sopstvenoj preopterećenosti¹⁰ i tome posledič-

⁸ V. Case Management Techniques u 2012 ICC Arbitration Rules, Apendix IV.

⁹ Anketa koju je sproveo istraživački tim Queen Mary School of International Arbitration 2010. godine potvrđuje ove navode. Naime, čak 31% ispitanika smatra da stranke najviše doprinose dužini postupka, 23% ispitanika smatra da je uzrok u arbitrima, a 21% uzroke nalazi u pravnim zastupnicima stranaka (*external counsels*). V. 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, str. 32, http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf. (3. 5. 2013.) U istom smislu, istraživanja su pokazala da stranke izborom *najprestižnijih* pravnih zastupnika (ujedno i najskupljih) i *najprestižnijih* arbitara (ujedno i najzauzetijih) značajno doprinose povećanju troškova postupka i produženju njegovog trajanja. V. Kalicki, *op. cit.* u fn. 2, Part 2, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/22/controlling-time-and-costs-in-arbitration-a-progress-report-part-2-of-2/> (3. 5. 2013.) i *CIARB Costs of International Arbitration Survey 2011*, <http://www.ciarb.org/conferences/costs/2011/09/28/CIARB%20costs%20of%20International%20Arbitration%20Survey%202011.pdf> (3. 5. 2013.).

¹⁰ To je osnovni razlog zbog koga je ICC uveo praksu davanja “izjave o dostupnosti” (*Declaration of Availability*) koja bi imala da upozori arbitre na njihovu obavezu da budu na

nog sve većeg kašnjenja u donošenju odluka) po mišljenju javnosti stranke su te koje se opredeljuju za tribunal umesto za, po prirodi stvari, efikasnijeg arbitra pojedinca, one su te koje se opredeljuju za svetski najprestižnije, ali i najopterećenije institucije i arbitre na glasu čije je vreme mesecima unapred isplanirano i zauzeto, one su te koje se opredeljuju za strategiju odugovlačenja i taktiku rasprave u kojoj i nebitne činjenice postaju krucijalne i one su te koje proceduralne mogućnosti, svoja procesna prava, koriste do nivoa "zloupotreba".

Međutim, čak i ako je tačna konstatacija da pravda, kao i kvalitetno vino, traži vreme (*good justice, like fine wine, takes time*)¹¹, to ne abolira pravnike, zarad njih samih i zarad njihove profesije, dužnosti da se uhvate u koštac sa problemom efikasnosti u isporučivanju pravde, u krajnjoj liniji efikasnosti u obavljanju svog sopstvenog posla.¹² Tako posmatrana gornja dilema transformiše se u generalnije pitanje koje bi sebi mogli postaviti poslanici svih provinijencija: mogu li ja efikasnije raditi, a da ne ugrozim kvalitet sopstvenog dela i njegovog proizvoda te time i svoju reputaciju?

U oblasti zaštite prava ovako postavljeno pitanje otvara potrebu za elaboracijom pojma "veština upravljanja sporom" (tzv. *case management skills*). Njemu se može pristupiti sa aspekta stranaka i sa aspekta pravozaštitnog organa.

Posmatran sa aspekta stranaka on obuhvata, pre svega, osnovno opredeljenje stranaka za odabir glavne trase zaštite, tj. puta za koji je najracionalnije opredeliti se: od upotrebe sile i samopomoći preko neposrednih pregovora ili traženja pomoći u pregovorima od strane medijatora pa do opcije za neki od adjudikativnih metoda zaštite među kojima su državni sudovi i arbitraže najčešće.¹³ Srećom po stranke, neke od izabranih trasa mogu se kumulirati, što inicijalno opredeljenje ne čini konačnim i nepromenljivim.

raspolaganju strankama u pogledu svoga vremena. V. za značaj dostupnost arbitara Bernardini, P., *The Role of the International Arbitrator*, Arbitration International, vol. 20, br. 2, 2004., str. 120; v i Dika, M.; Maganić, A., *Expedited Arbitration Proceedings – About Some Croatian Experiences*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 18, 2011., str. 13.

¹¹ Prema neobjavljenim podacima beogradske Institucionalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije dužina trajanja postupka, od momenta formiranja tribunala pa do momenta donošenja konačne odluke, nešto je manja od 6 meseci. Ova efikasnost, na prvi pogled frapantna, ima svoje racionalno objašnjenje koje vinu ipak ostavlja vremena da sazri.

¹² V. slično u: Dika, Maganić, *op. cit.* u fn. 10, str. 10.

¹³ V. više o upravljanju sukobima i sporovima u: Knežević, G.; Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009., str. 190 - 191 i 204 - 206.

S druge strane, za svaki od mogućih pravozaštitnih organa *case management skills* ima drugačiju sadržinu. Kada se govori o ovde interesantnim adjudikativnim arbitražnim organima, pojam obuhvata više tehnika koje su sve usmerene na uštedu vremena i smanjenje troškova postupka, uz implicitnu pretpostavku očuvanja osnovnog imperativa struke: adekvatnog izbora odgovarajuće pravne norme koja primenjena na dobro utvrđeno činjenično stanje vodi ka održivoj odluci.

U tom kontekstu može se problematizovati i potreba i mera učešća pojedinih lica u postupku. Kako je učešće stranaka i njihovih punomoćnika van svake debate, ostaje da se mogućnost racionalizacije pronade na nivou drugih učesnika arbitražnog postupka među kojima prvo padaju u oči svedoci i veštaci.

2. DOKAZNA SREDSTVA: SVEDOCI I VEŠTACI

Pojava “drugih” učesnika u postupku vezuje se za njegov dokazni deo. Dokazni postupak predstavlja put koji pravozaštitni organ mora preći da bi došao do zaključka o istinitosti neke činjenice.¹⁴ Taj put nije ekskluzivno rezervisan za sudove jer se njime i arbitraže moraju kretati. Izvan kruga stvarnih dokaznih sredstava (podrazumevaju se isprave i predmeti uviđaja), a među ličnim¹⁵ dokaznim sredstvima glavnu ulogu imaju dva personalna nosioca usmenog dokazivanja: svedoci i veštaci.¹⁶

Pod svedokom, ovde i dalje, podrazumeva se fizička osoba koja nije stranka u postupku, a koja se u njemu saslušaava radi pribavljanja obaveštenja o sadržini njenih opažanja o činjenicama koje se utvrđuju, do kojih nije došla kao stručna osoba po nalogu suda.¹⁷ Poznić tome dodaje da se iskaz svedoka odnosi na činjenice koje su se odigrale u prošlosti. Ovo lice pravna književnost naziva svedokom o činjenicama ili samo svedokom (*fact witness*, ponekad *general witness*, ili samo *witness*). Međutim, pored njega je u pravozaštitnom postupku primetna i pojava lica koji svojom stručnošću pomaže, olakšava adjudikativnom telu da donese odluku tako što povodom opaženih i analiziranih činjenica daje svoje

¹⁴ V. Poznić, B.; Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1999., str. 230.

¹⁵ V. terminološki tako Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 558.

¹⁶ Waincymer, V. J., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012., str. 886.

¹⁷ V. Dika, M., *Dokazivanje saslušanjem svjedoka u hrvatskom parničnom postupku*, Zborniku Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 503.

mišljenje, tj. iznosi vrednosni sud koji se bazira na pravilima nauke i struke. Takvo lice se naziva veštak (samo *expert* ili *expert-witness*).¹⁸ U *common-law* tradiciji veštaka imenuje stranka i on predstavlja samo specijalizovani pojavni oblik svedoka budući da svaka strana može da pozove *svog* veštaka koji se zatim svojim iskazima *bore* za poverenje porote i suda¹⁹, dok ga u *civil-law* sistemu uglavnom imenuje sud i on se razlikuje od običnog svedoka. Starija literatura identifikovala je i tzv. svedoka-stručnjaka koji se svojom stručnošću približavao veštaku iako je bio nezamenjiv.²⁰ Dika ga identifikuje pod nazivom “stručni svedok” (*sachverständige Zeuge*), kao osobu s posebnim stručnim znanjem zbog koga bi mogla radi utvrđivanja činjenica o kojima svedoči biti upotrijebljena i kao veštak koji je sam opažao relevantne činjenice, dakle iako mu to sud nije naložio.²¹

Za razliku od drugih polja delatnosti (građevinarstva, farmaceutike, medicine, ekonomije itd.) o pravnim pitanjima veštak se, bar u kontinentalnim pravnim sistemima, načelno ne izjašnjava, o čemu će biti reči kasnije. Ipak, već ovde napominjemo da se potreba za njim može pojaviti i u tom domenu ukoliko se pred sudom (arbitražom) pojavi spor nastao iz tzv. prekograničnih trgovačkih odnosa. Tada mu u dužnost može pasti da asistira u postupku saznanja stranog prava, njegovog dokazivanja i primene.²²

Tako posmatrana tema ovog izlaganja može se ubrojati među neuralgične tačke pravne struke. Naime, ako je isporuka pravde, tj. donošenje pravosnažne (konačne) odluke, ciljani rezultat svake procedure (i sudske i arbitražne) kojom se štite prava pojedinaca, onda postupak koji se sastoji iz dobrog utvrđenja činjeničnog stanja (*praemissa minor*) i adekvatnog izbora odgovarajuće pravne norme pod koju se te činjenice imaju sumpsumirati²³ (*praemissa maior*) postaje centralno, najosetljivije, ranjivo pitanje pravilnog odlučivanja koje je zaštićeno pravnim lekovima. Uloga

¹⁸ Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 621.

¹⁹ Chase, O., *American Exceptionalism and Comparative Procedure*, American Journal of Comparative Law, 2002., str. 300.

²⁰ V. za termin Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.* u fn. 14, str. 256; v. i Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 621. Danas se ovaj termin više ne koristi niti je zakonski pojam.

²¹ Dika, *op. cit.* u fn. 17, str. 506.

²² V. Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 646; Dika, M; Knežević, G.; Stojanović, S., *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991., str. 49 - 50; isto i Dika, *op. cit.* u fn. 17, str. 504. sa pozivanjem na čl. 13. hrvatskog ZRSZ.

²³ O sumpsumciji i sudskom silogizmu v., na primer, kod: Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.* u fn. 14, str. 44 - 45.

svedoka i veštaka (pa i pravnih eksperata) vidljiva je na oba pola procesa sumpsumcije: a) i na nivou prava i b) na nivou činjnicioog stanja.

Ad a) Na nivou prava u nas važi maksima *iura novit curia* ili *curia novit legem*.²⁴ Iz perspektive lokalnog (domaćeg) prava ovih prostora, njome se ne označava samo da sud (arbitraža) zna pravo ili da ga, kada je ono strano, *ex offio* ima saznati, što je njeno bukvalno značenje, već i da su sudeće sudije (arbitri) ti koji su na bazi svoje edukacije, znanja i iskustva odgovorni za izbor odgovarajuće pravne norme iz koje se izvlači sankcija koja okončava svaki konkretan spor.²⁵ Proizlazi, a već je i naznačeno, da na ovim prostorima pravne norme nisu predmet dokazivanja, sud ih je dužan poznavati, i to, kako norme lokalnog, tako i norme stranog prava koje sud takođe saznaje i primenjuje *ex offio*.²⁶ Ono što je danas zajednički imenitelj svih pravnih sistema je da sud nije ničim ograničen, pa ni od strane stranaka, u svome pravu/dužnosti sumpsumiranja činjenica pod ono pravo (normu) za koju nađe da je adekvatna.²⁷ Sud (arbitraža) je, jednostavno rečeno, gospodar prava.

Ako je, dakle, pitanje sprovodi li se dokazni postupak u sferi primene prava, odgovor je negativan, bar za većinu zemalja *civil-law* sistema, pa i za zemlje ovih prostora. Ipak i u njima se problem da relativizovati. Prvo, ma koliko bili ponnosi ili čak zaljubljeni u domaći obrazovni sistem i znanja domaćih pravnika, ipak dozvolimo, bar na akademskom nivou, mogućnost njihove nesavršenosti, objektivno ili subjektivno uzrokovane.²⁸ Ali, svaki potez koji bi zagovarao napuštanje maksime *iura novit curia* smatrao bi se *krvavom revolucijom* u posmatranim pravnim sistemima. Kako smo osetljivi na Darwinov stav o revoluciji

²⁴ O poreklu maksime v. Geeroms, S., *Foreign Law in Civil Litigation: a Comparative and Functional Analysis*, Oxford, 2004., str. 30; v. i Derlén, M., *Multilingual Interpretation of EU Law*, Kluwer Law International, 2009., str. 314.

²⁵ Slično za germanske (pa i druge kontinentalne) sisteme v. Obesshaimmer, P.; Dormej, T., *Germany, Switzerland and Austria*, u: Van Rhee, C. H., *European Traditions in Civil Procedure, Ius Commune Europaeum*, 2005., str. 303. U engleskom pravu je istorijski bilo nešto drugačije – procedura je stranačka, a uloga suda je samo da proglašipobednika. Danas se situacija unekoliko menja. V. Verkerk, R., *England and Wales*, u: Van Rhee, *op. cit.* u ovoj fn., str. 307 *sqq.*

²⁶ V. u tom smislu i Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.* u fn. 14, str. 235; v. isto u Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 584; v. i Dika, Knežević, Stojanović, *op. cit.* u fn. 22, str. 50.

²⁷ V. Obesshaimmer, Dormej, *op. cit.* u fn. 25, str. 303.

²⁸ V. Barbić, J., *Reforma hrvatskog prava prilagodboom europskom pravu i gospodarstvu*, Pravo u gospodarstvu, br. 4, 2005., str. 33 - 35; u istom smislu v. Knežević, Pavić, *op. cit.* u fn. 13, str. 202.

kao *noćnoj mori*, ovde se zadovoljavamo sa ukazivanjem na zakonom zasnovanu mogućnost upotreba veštaka na nivou dokazivanja prava: ukoliko je spor nastao iz koje od sve brojnijih međunarodnih poslovnih transakcija u kojima sudije (i arbitri) imaju primeniti neko od stranih prava sa kojim se tokom svog obrazovanja nisu upoznali niti su ga u praksi često sretali, oslonac na veštaka pravne provinijencije (*legal expert-witness*) je legitimno ponašanje. Isto važi i kada je u pitanju ne tako retka potreba za primenom trgovinskih običaja.²⁹

Ad b) Maksima koja je bliski rođak već pomenutoj *iura novit curia* glasi *da mihi factum, dabo tibi ius* (daj mi činjenice, daću ti pravo).³⁰ Njeno značenje je dvojako: ono obuhvata ne samo stav da je na sudu da odredi pravnu normu koja se ima primeniti (čime se pomenuto blisko srodstvo dokazuje) već i da je dužnost stranaka da snabdeju sud činjenicama. Tako, u okviru kontinentalnog pravnog sistema³¹, ova maksima balansira odnos suda i stranaka: ona distribuira pravna pitanja sudu, dok činjenična zadržava za stranke, uz postepeno jačanje uloge suda i na činjeničnoj strani uspostavljene ravnoteže. U pogledu utvrđivanja činjenica srpsko se pravo kreće u granicama povučenim rešenjima kontinentalnog pravnog sistema: sud razmatra i utvrđuje samo činjenice koje su stranke pred njega iznele. Van kruga ovih činjenica sud može izaći, tj. ovlašćen je da utvrdi i neke druge činjenice samo ako iz rezultata raspravljanja i dokazivanja proizlazi da stranke raspolažu zahtevima kojima ne mogu raspolagati.³² Kako za anglosaksonska prava uglavnom isto važi (stranke su odgovorne za prezentaciju činjenične građe)³³, balans postoji i u ovom pravnom sistemu. Ipak, u oba velika sistema primetno je da i sud ima svoje mesto, skromnu ulogu u postupku prikupljanja činjenične građe, što znači da stranke nisu apsolutni gospodari činjenične građe, ali da jesu predominantni.

Na nivou činjenica potreba za svedocima svih provinijencija je jasna sama po sebi. Dodatno, valja se podsetiti da se u osnovi svakog pravnog spora nalazi ljudski sukob, konflikt, tj. suprotstavljenost interesa pojedinaca koji se svi ne mogu u potpunosti zadovoljiti ili se ne mogu simultano ostvariti.³⁴ Takav

²⁹ V. Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 646.

³⁰ Derln, *op. cit.* u fn. 24, str. 314.

³¹ V. Obesshammer, Dormej, *op. cit.* u fn. 25, str. 296.

³² V. čl. 7. i čl. 3. srpskog ZPP, Sl. glasnik RS, br. 72/2011. V. i Poznić, Rakić-Vodinić, *op. cit.* u fn. 14, str. 234 - 238.

³³ V. Verkerk, *op. cit.* u fn. 25, str. 311.

³⁴ Buhning-Uhle, C.; Kirchoff, L.; Scherer, G., *Arbitration and Mediation in International Business*, 2. izd., The Hague, 2006., str. 132.

je sukob sam po sebi dovoljno moćan ne samo da izazove podozrenje prema navodima suprotne strane već i da deformiše sopstvena sećanja i dovede do interesne interpretacije činjenica koje su se u prošlosti odigrale. Zbog svega rečenog nije iznenađujuće da stranke u sporu često međusobno osporavaju i činjenične navode te da se utrkuju u predlaganju svedoka koji će dati svoj iskaz o opaženim činjenicama u nadi da će taj iskaz potkrepiti navode stranke koja svedoka predlaže. Pri tome se kao svedoci pozivaju ne samo lica u čijem su se prisustvu činjenice odigrale već i posredni svedoci, tj. lica koja o činjenicama imaju samo posredna saznanja (*testis de auditu*). Istovremeno, suprotne izjave stranaka o činjenicama često motivišu i sam sud (arbitražu) da pomoć potraži u izjavama svedoka.

3. PROBLEM RACIONALIZACIJE

Sa aspekta efikasnosti rešavanja trgovačkih sporova kao legitimno se pojavljuje pitanje principijelne opravdanosti (pre)čestog korišćenja svedoka i veštaka kao dokaznih sredstava u arbitražnom postupku, njihove vrste, broja i slično (nadalje sudski postupak ostaje van opsega izlaganja). Konkretnije, pitanje glasi u kojoj je meri pojava veštaka i svedoka kompatibilna sa novim pravnim imperativom - potrebom za efikasnošću sistema. Pitanje je opravdano jer pojava velikog broja veštaka i svedoka u jednom arbitražnom postupku povećava i vreme njegovog trajanja i njegovu cenu, što optrećuje budžet arbitraže, a pada na račun stranaka, te time prouzrokuje promene u vrednostima koje su relevantne za evaluaciju sistema. Pri tome treba imati u vidu da je dokazni postupak, u budžetskom pogledu, njegov najzahtevniji deo.

S druge strane, pri koncipiranju odgovora ne sme se prenebregnuti osetljivost pitanja: kako se pojava svedoka i veštaka na ovim prostorima javlja uvek na nivou utvrđivanja činjenica slučaja, a ponekad i na nivou odabira pravne norme i njene primene, jasno je da se pravilan zaključak tribunala, odluka u sporu, u velikoj meri oslanja na iskaze upravo ovih lica. Stoga se ona pre mogu smatrati glavnim akterima no statistima arbitražnog postupka. Konstatacija o njihovom velikom značaju odnosi se posebno na veštake: tako je, na primer, primećeno da je veliki broj presuda u čijem je postupku donošenja učestvovao veštak pisan više njegovim rukopisom no rukopisom sudećeg sudije (ovo bar kada je u pitanju srpski sudski pravozaštitni prostor u kome se često, u diskusijama pravnika, problem naglašava).

Najzad, treba se pridružiti preovladavajućem stavu³⁵ da je jednostavnije obezbediti efikasnost postupka pred institucionalnim nego pred *ad hoc* arbitražama. Zbog toga će dalja razmatranja za svoje polazište uzeti neki od postojećih velikih institucionalnih arbitražnih “sistema”. Poslednjih desetak godina nekoliko institucija se istaklo svojim angažmanom u pokušajima smanjivanja troškova i vremena trajanja arbitražnih postupaka. Pre svih su to bile ICC (*International Chamber of Commerce*)³⁶, ICDR (*International Centar for Dispute Resolution*)³⁷, kao ogranak AAA) i ICSID (*International Cenetr for Setllement of Investment Disputes*)³⁸. Kako je 2012. stupio na snagu novi ICC pravilnik (dalje u tekstu: ICC 2012 Rules³⁹), ova institucija privlači posebnu pažnju i opravdava fokus.

3.1. Mere racionalizacije u okviru ICC 2012 Rules

Ni arbitraže ICC sistema nisu bile pošteđene kritika usmerenih na preveliku cenu pravde i dužinu postupka potrebnog za njeno ostvarivanje.⁴⁰ Pri tome se, kao opšte mesto, ponavljala teza da nije realno očekivati da će same stranke u sporu uvek podržavati viši cilj – efikasan sistem zaštite, s obzirom na sopstvene interese koji ih ponekad okreću potrebi za kupovinom vremena bez obzira na njegovu cenu.⁴¹ Ovoj tezi se pridružujemo.

³⁵ V. Dika, Maganić, *op. cit.* u fn. 10, str. 11.

³⁶ U kasnu jesen 2007. donete su *Techniques for Controlling Time and Costs In Arbitration*, ICC Publication, str. 843, a 2012. stupio je na snagu novi ICC Rules 2012.

³⁷ 2008. donete su *Guidelines for Arbitrators Concerning Exchange of Information*, a 2009. izvršeno je amandiranje Rules. Broj dana potrebnih za okončanje spora pred ovom institucijom opao je značajno, sa 395 u 2006. na 304 u 2010.

³⁸ Niz efikasnih mera doveli su do smanjivanja prosečnog trajanja spora pred ovom institucijom u 2011. u odnosu na prethodnu godinu za čitavih 12 meseci. V. u: Kalicki, *op. cit.* u fn. 2.

³⁹ Dvogodišnji rad ICC Komisije za arbitražu (predsedavajući Peter M. Wolrich), nacionalnih komiteta, samog arbitražnog Suda i određenog broja izabranih arbitara i zastupnika stranaka okončao juna meseca 2011. u Mexico Cityju usvajanjem ICC 2012 Rules.

⁴⁰ Tako Calvo Goller, K., *The 2012 ICC Rules of Arbitration – An Accelerated Procedure and Substantial Changes*, *Journal of International Arbitration*, vol. 29, br. 3, 2012., str. 339.

⁴¹ Tako vidi s pozivanjem na retoričko pitanje Lorda Mustilla postavljeno u *Arbitration: History and Background*, *Journal of International Arbitration*, vol. 6, 1989., v. kod: Fredland, P., *The New ICC Rules: Continuing Evolution of Case Management Powers to Control Costs and Delays in International Arbitration*, <http://kluwerarbitrationblog.com/>

Svest o rečenom morala bi težište borbe za racionalizaciju sa stranaka preneti na drugog učesnika u postupku, arbitražnu instituciju i tribunal, kojima je borba za ekspeditivnost i delotvornost procedure mnogo imanentnija. U tom smislu treba čitati redakciju novog člana 22. ICC Rules koji se odnosi na rukovođenje postupkom (marginalni naslov: Conduct of the Arbitration): 1) tribunal i stranke su zajednički odgovorne za ekspeditivno vođenje postupka na troškovno racionalan način (iz stava 1. člana 22. ICC Rules), ali 2) tribunal sam, nakon što konsultuje stranke, donosi proceduralne naloge koje smatra odgovarajućim za racionalno vođenje postupka, a koji nisu suprotni volji stranaka (iz stava 2. člana 22.), dok su 3) stranke obavezne da se ponašaju u skladu sa ovim nalogima tribunala (iz stava 5. člana 22.).

Ovakvo čitanje rečene odredbe odražava pronađeni balans između a) efikasnosti odlučivanja (koji je, pored kvaliteta odluka, najviši cilj institucije⁴²) i b) potrebe da se odluke donete pod okriljem institucije maksimalno zaštite od stranačkog nezadovoljstva, zahteva za poništaj i protivljenja priznanju koji bi mogli uslediti ukoliko se procesna autonomija i procesna prava stranaka ne bi ispoštovala u optimalnoj meri. Otuda se, s jedne strane, stranke uvek konsultuju, ali su one, s druge strane, obavezne da se pridržavaju procesnih naloga tribunala.

U cilju donošenja akata kojima se rukovodi postupkom (iz člana 22.) obaveza je tribunala (a ne samo kako je to bilo ranije - mogućnost) da sazove sastanak sa strankama (tzv. *case management conference*)⁴³ na kome će se raspravljati pitanja efikasnog upravljanja sporom i pronaći mere koje će činiti sadržinu budućih proceduralnih naloga tribunala predviđenih članom 22. Rules. Konferencija može biti organizovana uz lično prisustvo stranaka i članova tribunala, ali i korišćenjem nekog od savremenih sredstava komunikacije (video ili audio). Izbor odgovarajućih mera racionalizacije postupka tribunal vrši sa ponuđenog *spiska* tehnika koji se nalazi u Dodatku IV ICC Rules.⁴⁴ Većina od njih već je

blog/2011/09/13/the-new-icc-rules-continuing-evolution-of-case-management-powers-to-control-costs-and-delays-in-international-arbitration/ (3. 5. 2013.).

⁴² Uz konstataciju o nepromenljivosti ciljeva arbitraža Rivkin navodi četiri osnovna cilja arbitražnih institucija: (1) fer i nepristrasan postupak (2) vođen od strane pametnih i iskusnih arbitara, (3) okončan blagovremenom i dobro obrazloženom odlukom (4) koja će se efikasno izvršiti. V. u: Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 376.

⁴³ Iz člana 24(1) ICC 2012 Rules.

⁴⁴ Appendix IV – Case Management Techniques.

pomenuta napred⁴⁵, a zarad kompletiranja ovde se navode drugi mogući nalozi tribunala: za produkciju i dostavljanje papirnih, dokumentarnih dokaza (isprava) na kojima zasnivaju svoj zahtev, ograničavanje naloga stranci za dostavljanje dokumentacije koja nije krucijalna, ograničavanje dokumentacije na bitnu, određivanje razumnog vremena za postupanje po nalogima tribunala, ograničavanje pismenog izjašnjavanja i usmenog izlaganja svedoka i veštaka na krucijalna pitanja i izbegavanje ponavljanja te organizovanje raznih sastanaka pre rasprave (tzv. *pre-hearing conferences*) koje sve imaju za cilj racionalizaciju, usmeravanje stranaka i olakšavanje rasprave u načelu.⁴⁶

Raniji član 18(4) ICC 1998 Rules (pod marginalnim nazivom Terms of Reference; Procedural Timetable) referisao je na “provizorni” ili “privremeni” raspored (*a provisional timetable*) koji je sačinjavao tribunal u saradnji sa strankama, a u cilju vremenskog ograničavanja postupka i definisanja njegove dinamike. Raspored se mogao naknadno, u svako doba, modifikovati, ali se smatralo da moralnom snagom obavezuje i stranke i tribunal.⁴⁷ Danas je, samo simbolično, a ne iz suštinskih razloga, ovaj termin zamenjen (u novom članu 24. ICC 2012 Rules) terminom “proceduralni raspored” (*a procedural timetable*), ali je njegoa suština ostala nepromenjena. Kao i “vremenski okvir” koji se danas upotrebljava u sudskim postupcima ili kao raniji “provizorni raspored” on definiše i svojim vremenskim granicama pospešuje dinamiku spora. Nažalost ni u novoj redakciji on nije nepromenljiva kategorija, opet se može iz opravdanih razloga izmeniti, što jasno proizlazi iz stava 3. istog člana. Ovo znači da će i novi *procedural timetable* naslediti dečje bolesti svoga prethodnika. Uzrok ovih “bolesti” je u nepostojanju definisanih razloga koji opravdavaju njegovu modifikaciju, zbog čega su tribunali često, usvajajući zahteve jedne stranke za produženje rokova dostave podnesaka ili zahteve za odlaganje datuma ročišta, prouzrokovali nezadovoljstvo suprotne stranke i tenzije na relaciji stranke - tribunal - sekretarijat suda. Posledično, tenzije su vodile češćem podnošenju zahteva za izuzeće. Ide i bez reči da ove pravne radnje (zahtevi za izuzeće) dodatno *jedu* vreme i troše novac stranaka.

⁴⁵ V. u 1. poglavlju ovog izlaganja.

⁴⁶ V. za iste mere kod Calvo Goller, *op. cit.* u fn. 40, str. 329.

⁴⁷ V. *ibid.*, str. 328.

3.2. Dokazni postupak prema ICC 2012 Rules

Osnovni član ICC 2012 Rules koji reguliše dokazni postupak, pa i pitanje ličnih i stvarnih dokaznih sredstava, sada je član 25.⁴⁸, dok je u ranijim Rules isto pitanje bilo regulisano članom 20. Sa sadržinskog aspekta ovi članovi su identični, s tim što je odredba ranije postojećeg stava 7. člana 20. ICC 1998 Rules, koja se odnosila na načelo poverljivosti i zaštitu poslovnih tajni, prebačena u član 22. novih ICC 2012 Rules, a ne u član 25.

U starijoj pravnoj književnosti smatralo se da retorika člana 20. ICC 1998 Rules više odgovara istražnom načelu kontinentalnih pravnih sistema nego raspravnom⁴⁹, stranačkom načelu anglosaksonskih prava.⁵⁰ Nema razloga da se i na novi član 25. ne gleda istim očima iako pojedine faze toga postupka (saslušanje svedoka, na primer) imaju jake primese anglosaksonskog sistema. Najkraće, njegova sadržina je kako sledi. Član 25.⁵¹ ovlašćuje tribunal da vremenski efikasno utvrdi činjenice svim raspoloživim dokaznim sredstvima (stav 1.), koja podrazumevaju tužbu (eventualnu protivtužbu) i odgovor na nju (njih), dokumentarne dokaze (isprave) na kojima se oni zasnivaju kao i sve druge pismene podneske stranaka i njihovo usmeno saslušanje (stav 2.) i pismene izjave i usmena svedočenja svedoka i eksperata imenovanih od strane stranaka (stav 3.) ili veštaka imenovanih od strane tribunala (stav 4.). S druge strane, isti taj tribunal je ovlašćen da odluku donese i samo na bazi tužbe (protivtužbe) i dokumentarnih dokaza (isprava) pod uslovom da stranke ne zahtevaju raspravu.⁵² Kako ovaj član u stavu 5. pominje i dodatne dokaze, proizlazi da tribunalu stoje na raspolaganju sva zamisliva dokazna sredstva u širokom opsegu.

Uprkos postojanja, sadržine i intencije stava 6. člana 25. ICC 2012 Rules veoma retko će se stranke odreći ročišta za izvođenje dokaza (*evidentiary hearing*), a što bi one bar načelno mogle. Dakle ovim ročištem *raspolazu* stranke pa, na osnovu njihovog zahteva, ono postaje nezaobilazno čak i ako arbitri smatraju suprotno.

Sa aspekta nama zanimljivih ličnih dokaznih sredstava (svedoka i veštaka) iz teksta novih ICC Rules proizlazi da ih mogu imenovati stranke, ali i tribunal

⁴⁸ V. član 25. ICC 2012 Rules – Establishing the Facts of the Case.

⁴⁹ V. Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.* u fn. 14, str. 134 - 136.

⁵⁰ V. Bernardini, P., *op. cit.* u fn. 10, str. 117.

⁵¹ V. član 25., stavovi 1., 2., 3., 4. ICC 2012 Rules.

⁵² V. član 25., stav 6. ICC 2012 Rules.

kada se radi o ekspertima te da oni svoje iskaze mogu davati pismeno u vidu izjava, usmeno u dokaznom postupku ili na oba pomenuta načina kumulativno, što će najčešće i biti slučaj. Njihovo ispitivanje je moguće i u unakrsnom vidu, i to kako od strane stranke koja ih je predložila (*direct examination*), tako od strane suprotne stranke (*cross examination*) te tribunala. Često se u praksi dozvoljava i drugi krug ispitivanja svedoka i veštaka (*redirect* i *recross examination*). U Pravilima nema nikakvih ograničenja u pogledu broja ovih lica.

3.3. Tehnike rukovođenja svedocima i veštacima

U arbitražnoj književnosti je već duže vremena prisutan termin “tehnike rukovođenja svedocima” (*witness management techniques*)⁵³ koji se odnosi na obe vrste svedoka iako je primereniji veštacima. Ovim terminom se označavaju tehnike koje tribunalu stoje na raspolaganju kako bi maksimalno racionalizovao način iznošenja svedočanstava kroz svođenje broja svedoka na razumnu meru, fokusiranje svedoka na ključne stvari, identifikaciju i razdvajanje onih pitanja koja su među njima nesporna od onih koja su sporna itsl. Neke od tih tehnika sadržane su u ICC aktima, druge u drugim tekstovima kakav je, na primer, tzv. IBA Rules of Evidence.⁵⁴

Jedna od tih tehnika naziva se “sastanak eksperata” (*Meetings of Experts*)⁵⁵ i ona podrazumeva skup veštaka koji se održava nakon sastavljanja, podnošenja tribunalu te razmene pismenih izveštaja koji sadrže nalaze veštaka. Na njemu eksperti imenovani od strane stranaka ili tribunal pronalaze način da se pre rasprave usaglase o pojedinim pitanjima koja su bila predmet veštačenja te time omogućuje da se na usmenoj raspravi diskutuju samo ona pitanja o kojima saglasnost nije postignuta, čime se postiže ušteda vremena i novca.

Sličnu ulogu ima i tehnika usaglašavanja razvijena u Engleskoj koja nosi isti naziv, a koja se sprovodi na posebnim sastancima eksperata, ali bez prisustva stranaka i njihovih zastupnika, što predstavlja ključnu karakteristiku *engleskog* sastanka eksperata. Zadatak eksperata je da na tim sastancima za potrebe tri-

⁵³ V. Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 383.

⁵⁴ V. u: *Taking of Evidence in International Arbitration*, adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010, International Bar Association.

⁵⁵ Tako t. 70 *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

bunala sastave izjavu o tačkama u kojima su postigli saglasnost kao i o onima u kojima nisu. Odsustvo stranaka, s jedne strane, te međusobno poznavanje, reputacija i uvažavanje eksperata, sa druge strane, najčešće vode iznenađujućem uspehu: smanjivanju broja spornih pitanja, što konsekventno znači i skidanje nespornih pitanja sa liste onih o kojima će se na usmenoj raspravi govoriti.

Najzad “razgovor sa svedocima” (*witness conferencing*⁵⁶) okuplja sve svedoke i eksperte povezane istim problemom. U toku njihovog simultanog ispitivanja te njihovog međusobnog sučeljavanja i razgovora članovi tribunala se bolje upoznaju i shvataju tačke i razloge nesaglasnosti svedoka i veštaka, s jedne strane, uz istovremeno fokusiranje svedoka na pokušaj postizanja međusobne saglasnosti, s druge strane.

3.4. Otvorena pitanja vezana za učešće veštaka i svedoka u dokaznom postupku

Iako neobavezna faza postupka⁵⁷, ali vremenski i novčano najzahtevnija, ročište za izvođenje dokaza neće se pred arbitražama organizovati samo izuzetno, kako je napred to već rečeno. Ovo ročište je korisno uvek kada su sporna neka činjenična pitanja o kojima je potrebno izjašnjavanje veštaka ili svedoka o činjenicama. S druge strane, može se i bez njega ukoliko su sporna samo pravna pitanja ili je spor nastao u povodu tumačenja ugovora koje ne zahteva svedočenje. Poslednje rečeno, naravno, ne isključuje mogućnost pojave pravnog eksperta kao veštaka za neko pravno pitanje, posebno ako stranke svoj zahtev baziraju na nekom stranom pravu pa predlažu da njihovu pravnu konstrukciju potkrepi stručno lice koje nema nikave veze sa slučajem ili traže da takvo lice svedoči o sadržini merodavnog stranog prava koje se dokazuje ili sadržini trgovinskih običaja.⁵⁸

⁵⁶ Ovaj vid sastanaka primereniji je ekspertima no svedocima o činjenicama i studije pokazuju da eksperti, kada se nađu oči u oči, lakše usklađuju stavove, daju umerenije izjave i ispravljaju netačna mesta u svojim ekspertizama. V. White & Case, *The 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, Queen Mary, University of London, dostupno na <http://arbitrationpractices.whitecase.com> (2. 5. 2013.), str. 28.

⁵⁷ Iz člana 25., stav 6. ICC 2012 Rules.

⁵⁸ V. Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 646; v. i Dika, Knežević, Stojanović, *op. cit.* u fn. 22, str. 49 - 50; isto i Dika, *op. cit.* u fn. 17, str. 504. sa pozivanjem na čl. 13. hrvatskog ZRSZ.

S obzirom na vremensku i novčanu zahtevnost ročišta za izvođenje dokaza, a u skladu sa načelom racionalizacije, idealno bi bilo minimalizovati njihov broj⁵⁹, dužinu trajanja kao i broj na njima prisutnih lica te dobro izabrati lokaciju koja će, uz najmanju cenu koštanja, garantovati dobre tehničke uslove rada.

S aspekta lokacije, pravilo je da se ročišta održavaju u sedištu arbitraže mada ne postoji pravna obaveza da bude tako. To je, dakle, stvar dogovora svih aktera. Nažalost, sedište arbitraža pa i onih u okviru ICC sistema se, na bazi sporazuma stranaka, najčešće vezuje za neki od poznatih arbitražnih centara (Pariz, Ženeva, Ciri, Beč, London), novčano zahtevnih u svakom pogledu. S druge strane, opredeljenje za neko od takvih centara brani se komunikacijskim prednostima (dostupnost), organizaciono-tehničkim uslovima i podrškom koja se na drugim mestima teško dobija ili je slabijeg kvaliteta. Osim rečenog treba imati na umu da su i sedišta velikih advokatskih kuća pa i domovi najvećeg broja arbitara skoncentrisani upravo u tim gradovima, što donekle snižava troškove postupka (put i smeštaj ovih lica), a što je dodatna olakšavajuća okolnost.

Kao dalja potencijalna opasnost za efikasnost arbitriranja, ovoga sa aspekta vremena i posledično novca, sve češće pominje model, tehnika organizovanja procedure saslušanja svedoka i veštaka. Ukoliko ta tehnika tendira anglosaksonskom rešenju (postupak orijentisan prema strankama, što znači da je on u rukama stranaka, odnosno njihovih zastupnika koji njime upravljaju te sprovode i unakrsno ispitivanje svedoka i veštaka⁶⁰, dok tribunal samo zadržava pravo da na kraju postavlja pitanja), ona je, po definiciji, vremenski pa i ekonomski manje racionalna, ali je stranke preferiraju jer omogućava iscrpnije ispitivanje svedoka i bolju kontrolu postupka od strane stranaka. Isto važi za "razgovore sa svedocima" koji u organizacionom smislu takođe mogu biti u nadležnosti zastupnika stranaka.

Kontinentalni postupak je orijentisan prema tribunalu koji njime rukovodi i poziva stranke da postavljaju pitanja, ali bez mogućnosti vršenja tzv. *direct* i *cross examination*, tj. unakrsnog ispitivanja svedoka druge stranke. On je za tribunal

⁵⁹ Iskustvo autora ovih redova je da ICC tribunalni poštuju zahtev za racionalizaciju procedure te da se broj ročišta za izvođenje dokaza svodi na jedno koje traje po nekoliko dana. Samo u jednom slučaju iz našega iskustva organizovana su četiri *evidentiary hearings* što je bilo pravdano složenosti slučaja. Stranke su najčešće te koje vrše pritisak i zahtevaju dodatna ročišta.

⁶⁰ Tzv. *Direct Examination and Cross Examination*. Samo u 13% slučajeva pred arbitražama svedoke ispituju članovi tribunala, a u 87% slučajeva primarno ih ispituju zastupnici stranaka. V. *op. cit.* u fn. 56, str. 25.

zahtevniji jer traži ozbiljniju pripremu članova tribunala, ali je i vremenski i novčano *jeftiniji*. Strankama je manje prihvatljiv zbog gubitka kontrole nad sprovođenjem procedure i manje detaljnog ispitivanja. *Mutatis mutandis* to važi i za “razgovore sa svedocima”.

Ukoliko je vremenska i novčana ušteda u postupku ideal kome se teži, a jeste, tada je ozbiljna priprema ročišta za izvođenje dokaza njegov *condicio sine qua non*. Ona bi imala obuhvatiti iznalaženje odgovora na neka pitanja do kojih bi, zbog specifičnosti arbitražnog postupka, tribunal morao doći kroz dogovor sa strankama. U nastavku navodimo neka od njih, prvo povodom svedoka o činjenicama. Na bazično pitanje da li je u konkretnom sporu pojava svedoka uopšte potrebna odgovor se ima potražiti u prirodi spora. Ukoliko su sporna dominantno pravna pitanja svedoci neće biti neophodni. Ukoliko je van sumnje da je njihovo prisustvo neophodno, pitanje je u kom broju. Smanjivanje ovoga broja zahteva od stranaka i tribunala identifikaciju ključnih činjeničnih pitanja za koja je svedočenje neophodno ili, s druge strane posmatrano, identifikaciju onih pitanja koja nisu činjenično kontroverzna.⁶¹ Dalje se može pitati da li je za svako od spornih pitanja dovoljan jedan ili po jedan svedok svake stranke ili je svakoj stranci potrebno dati mogućnost imenovanja čak više svedoka. Sledi odluka koja se tiče forme svedočenja: prethode li pismene izjave svedoka njihovom usmenom iskazu datom na ročištu ili je dovoljno samo ovo drugo.⁶² Ukoliko se po prethodnoj tački optira i za pismene izjave svedoka, pitanje je koliko “krugova” ovih izjava treba dopustiti, tj. da li su moguće dopunske izjave u kojima bi se svedoci naknadno izjašnjavali na izjave svedoka druge strane.⁶³ Najзад, pitanje je da li zadovoljava video iskaz svedoka ili video konferencija te koliko su takve tehnike kompatibilne sa *direct* i *cross examination*.⁶⁴

S druge strane, dileme imanentne pojavi eksperta-svedoka (veštaka) su sledeće: važi li polazna pretpostavka o njegovoj nepotrebnosti dok se suprotno ne

⁶¹ V. tačku 63. u Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁶² Samo u 13% slučajeva pred arbitražama stranke se zadovoljavaju usmenim svedočenjem svedoka na ročištu, a u 87% slučajeva kombinuje se pismeni iskaz svedoka sa usmenim svedočenjem. V. *op. cit.* u fn. 56, str. 24.

⁶³ V. tačku 64. u Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁶⁴ Zastupnici tužene strane u velikoj većini (90%) podržavaju unakrsno ispitivanje svedoka u arbitražnom postupku smatrajući ga povoljnom formom provere autentičnosti iskaza. V. *op. cit.* u fn. 56, str. 26.

dokaže?⁶⁵ Ukoliko je potreba za njim dokazano nesporna, pitanje je ko ga/ih imenuje (stranke, stranke i tribunal, samo tribunal⁶⁶) i u kom broju (samo izuzetno trebalo bi dozvoliti pojavu više eksperata za jednu oblast ekspertize).⁶⁷ Sledi složeni problem preciznog određivanja mandata ovoga veštaka (njegovog *Terms of Reference*), obima njegovog iskaza, vremena podnošenja (ukoliko je više ekspertiza - podnose li se one simultano ili sukcesivno) te utvrđivanja prava veštaka da se izjasni na kasnije podneto mišljenje svoga kolege.⁶⁸ Dalje bi se moralo razrešiti pitanje eventualnog sazivanja "sastanka eksperata" (na kome bi oni mogli unapred identifikovati pitanja o kojima među njima nema spora te se adresovati samo u pogledu preostalih spornih⁶⁹) kao i pitanje formata tog sastanka (da li bi na njemu bile prisutne i stranke, tj. njihovi zastupnici). Najzad, bar načelno tribunal bi se mogao dogovoriti sa strankama da jedan ekspert imenovan sa njegove strane ili imenovan od strane stranaka zajednički supstituiše sve druge eksperte imenovane od strane stranaka.

Rečeno predstavlja samo jedan broj pitanja sa kojima se suočava tribunal prilikom organizacije ročišta za prikupljanje dokaza, a o kojima bi imao diskutovati sa strankama i iznaći odgovore. Pažljiviji inventar otkrio bi i druga. To, s jedne strane, dokazuje tezu o složenosti posla organizovanja rasprave pred arbitražom i, sa druge strane, donekle opravdava visoku cenu i dužinu trajanja pravozaštitnog postupka. Misija rešenja sadržanih u ICC 2012 Rules, kao što znamo, trebalo bi da bude racionalizacija utrošaka novaca i smanjenje dužine trajanja postupka. Pitanje je da li je ova misija moguća.

4. PRO ET CONTRA

Pisac ovih redova pretpostavlja da će prva i dominantna impresija čitalaca biti vezana za pojavu velikog broja konferencija, sastanaka, oficijelnih informacija,

⁶⁵ V. tačku 65. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Report from the ICC Commission on Arbitration*.

⁶⁶ U 90% slučajeva veštake imenuju stranke, a samo u 10% slučajeva oni su imenovani od strane tribunala. V. u *op. cit.* u fn. 56, str. 29.

⁶⁷ V. tačku 68. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Report from the ICC Commission on Arbitration*.

⁶⁸ V. tačku 69. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Report from the ICC Commission on Arbitration*.

⁶⁹ V. tačku 70. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Report from the ICC Commission on Arbitration*.

tehnika, rasporeda i sličnih kategorija koje izvire iz redova koji prethode, a vezuju se za pripremu i sprovođenje dokaznog postupka.⁷⁰ Zasuti njima optimisti bi mogli zaključiti sledeće: ceo set pomenutih tehnika (koje, po mišljenju stratega ICC i kreatora njenih akata, treba da dovedu do racionalizacije utroška vremena i novca) kao i sve brojnije konferencije, sastanci i rasporedi koje tribunal može (ili mora) sazivati ili sačiniti (radi konsultacija sa strankama u postupku pripreme i rukovođenja raspravom) zapravo nisu ništa drugo do dokaz ozbiljnosti uverenja ljudi iz (i oko) ICC o značaju dobre pripreme za efikasniji tok dokaznog postupka. To je istovremeno i pokazatelj postepenog okretanja same institucije pripremnim radnjama kao preduslovu kvalitetne zaštite. Njima ICC samo potvrđuje staro pravilo prisutno i u drugim profesijama i dokazuje sličnost koja postoji između postupka *proizvodnje pravde* i drugih *proizvodnih postupaka* u kojima su pripreme radnje takođe ključne za kvalitet finalnog proizvoda. I dalje će, možda, tvrditi da je prirodno očekivati da će se tribunal, u dogovoru sa strankama, opredeliti za one od tehnika ponuđenih u Dodatku IV ICC 2012 Rules koje odgovaraju zahtevima konkretnog slučaja. Time se vrši individualizacija svakog pojedinog spora, što je dodatni kvalitet odlučivanja.

Dobro obavешteni optimisti mogu primetiti da je istu ideju individualizacije spora ekonomskim rečnikom već ranije obrazložio Rivkin: vreme je, po njemu, da se sa iskustvenog budžetiranja (u kome je prošlogodišnji budžet osnov za naredni koji se potom gradi prostom revizijom) pređe na budžetiranje zasnovano na nuli (*zero-based budgeting*) u kome je osnov budžeta, njegovo polazište - nula - koja se potom nadograđuje planiranim troškovima neophodnim u godini koja sledi. To ne predstavlja okretanje leđa iskustvu, ali jeste razlaz sa rutinom.⁷¹ Kako je rutina najkraći put ka bezličnosti, onda se okretanje od nje logično okončava individualizacijom: svaki konkretan spor dobija svoje ime i prezime, a sva dokazna sredstva i postupak utvrđivanja činjenica oblikuje se prema njemu. Ovo, krojačkim rečnikom, *uzimanje mere* za posledicu bi imalo promenu vokabulara delatnika: izreka majstora "Tri sam puta skraćivao i opet je kratko." izašla bi iz upotrebe. Ponovo dobitak na kvalitetu.

Najzad oni mogu uočiti da pravilan odabir gornjih tehnika iziskuje prethodno upoznavanje tribunala sa slučajem i njegovim specifičnostima čime se, even-

⁷⁰ Tako *Case Management Conference, Case Management Techniques, Pre-Hearing Conference, Terms of Reference, Procedural Timetable, Provisional Timetable, Meetings of Experts, Witness Conferencing, Time Frame, Witness Management Techniques*.

⁷¹ Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 377.

tualno, dodatno radno opterećuje samo tribunal koji mora dobro proučiti slučaj već u njegovoj pripremnoj fazi, dok stranke ionako već znaju činjenice svoga slučaja. Sve se to, proizlazi, čini u interesu stranaka, što može samo doprineti reputaciji ICC sistema arbitriranja trgovačkih sporova.

Nažalost, ima i pesimista. Oni mogu primetiti da je teško zamislivo da povećanje broja administrativnih i pripremnih radnji, koje uglavnom pogađaju tribunal, može voditi ka uštedi novca i vremena. To povećanje, eventualno, može uticati na kvalitet pravne usluge, ali kvalitetu nije masovno ni prigovarano dok efikasnosti i ceni jeste.

Kao dokaz tome, oni bi mogli ukazati na sve češću praksu u ICC arbitražama, praksu imenovanja administrativnog sekretara koji pomaže strankama i tribunalu u organizaciono-tehničkim i nekim pravnim pitanjima.⁷² Iako bi, bar što se *cene pravde* tiče, kontraargument optimista mogao biti da sve naknade administrativnom sekretaru padaju na teret budžeta tribunala, što znači da se isplaćuju iz mase sredstava namenjenih arbitrima te tako ne utiču na povećavaje ukupne cene arbitraže, ostaje pitanje formiranja budžeta tribunala. Dodatno uključivanje administrativnog sekretara kao njegovog direktnog korisnika će 1) ili uticati na smanjenje naknada arbitrima i predsedniku tribunala ili 2) će se budžet ubuduće formirati prema većem broju korisnika, što ne može voditi novčanoj racionalizaciji. Dalje bi oni mogli primetiti da, bez obzira na cenu koštanja pravde, vreme njenog ostvarivanja biva ugroženo povećanjem administrativno-organizacionih radnji tribunala. Konsekventno proizlazi dilema: šta je skuplje – vreme ili novac.

Najzad i oni bi, po uzoru na optimiste, zbog zahteva za individualizacijom spora legitimno mogli posegnuti za *krojačkom* paralelom: procedura izrade konfekcijskog odela obuhvata manje radnji nego izrada istog kod krojača. Ako ništa drugo, krojač u pripremi svog odela, zarad njegove individualizacije, mora uzeti meru klijentu i organizovati mu probu. Time pesimisti postepeno klize ka pitanju: u kojoj ja to radnji mogu kupiti naručeno, ručno izrađeno odelo koje je jeftinije od konfekcijskog?

⁷² Funkcije administrativnog sekretara su: otpremanje dokumenata i komunikacija u ime arbitražnog tribunala; organizovanje i održavanje datoteka tribunala i svrstavanje dokumentacije; organizovanje rasprava i sastanaka; prisustvo raspravama, sastancima i donošenju odluka; vođenje zabeleški, zapisnika ili vođenje računa o vremenu; sprovođenje pravnih ili sličnih istraživanja; recenziranje i provera navoda, datuma i referenci u proceduralnim naredbama i odlukama kao i ispravljanje tipografskih, gramatičkih ili računskih grešaka.

5. ZAKLJUČNI RAČUN

Lično smo ekvidistantni od pola, optimističnog i pesimističnog, a veoma bliski oboma te time nesporno nepristrasni. Kada bi neko od nas zahtevao da u engleskom maniru proglašenja pobjednika okončamo spor između ovih ekstrema po pitanju efikasnosti rešenja sadržanih u ICC 2012 Rules, a pošto znamo da *odluka* koja se od nas zahteva neće nikada i nigde proizvoditi ni kondemnatorno ni deklaratorno dejstvo, verovatno bi naše svođenje argumenata *pro et contra* dovelo do sledećeg.

Veća individualizacija sporova, kao posledica uvođenja novih ICC 2012 Rules, koja se ostvaruje (i) kroz povećanje broja pripremljenih radnji tribunala aktivira zdravu logiku koja me okreće pesimističkom stavu.⁷³ Ovo, naravno, ne znači da smo protivnik temeljne pripreme i individualističkog pristupa svakom slučaju. Dapače. Ali to znači da sumnjamo da oni mogu dovesti do sniženja cene usluga, a još manje do uštede vremena.

Što se cene usluge tiče, opšte je mesto da se ona formira u interakciji ponude i tražnje. Statistički podaci ICC govore o stabilnosti, pa čak i o trendu povećanja tražnje, tj. o povećanom broju zahteva za arbitražama koji se pojavljuju pred ovim telom. Ako su imputi formiranja cene koštanja isti (a za potrebe ovog izlaganja optimistički uzmimo da se ni inflacija u sferi ICC pravne zaštite ne pojavljuje), ali se, zbog promena u tehnologiji odlučivanja, broj radnji potrebnih za donošenje svake pojedine odluke povećava, uz stabilnu tražnju uspeh redaktora ICC pravila bio bi ukoliko se zadrži postojeći nivo cena. Sve drugo je iracionalno i nama neprirodno. Zamislivo je, s druge strane, da se cena neke robe tokom vremena snižava kao posledica ili a) njenog izlaska iz trenda ili b) tehnološke prevaziđenosti ili c) isticanja roka upotrebe. Na ICC arbitražne odluke, nažalost, ni jedan od ova tri uzoka pada cene nije primenljiv.

Što se utroška vremena tiče, prednost koju arbitraže imaju u odnosu na državne sudove već je tolika da dovodi u pitanje samu regularnost njihovog *takmičenja*. Naime, ono što *prodaje* ICC proizvode su činjenice a) da su odluke ove institucije jednostepene, dakle konačne čim su donete, što im na startu daje prednost u odnosu na višestepenu sudsku zaštitu, b) da same odluke sopstvenim kvalitetom i reputacijom, kao njegovom posledicom, obeshrabruju upotrebu onih malobrojnih pravnih sredstava kojima se aktivira njihova eksterna kontrola (tužbe za poništaj, eventualno protivljenje priznanju), c) da se ista ta

⁷³ Ima i *optimističkih* zaključaka. Tako Calvo Goller smatra da je novim ICC setom pravila utrt put ekspeditivijoj arbitraži (i) zbog ekstenzivnosti informacija koje se podnose u inicijalnoj fazi postupka. V. u Calvo Goller, *op. cit.* u fn. 40, str. 323.

kontrola, i kada je aktivirana, ograničava uglavnom na proceduralne aspekte odluka, ne zadirući u kvalitet pravnih kvalifikacija i sumsumpcija, što skraćuje vreme potrebno za njeno sprovođenje i d) da im postojanje Njujorške konvencije garantuje efikasni izvršni postupak.

Ovim nećemo reći da su pokušaji redukcije cene i povećavanja ekspeditivnosti arbitraža licemerni, ali ćemo dobronamerno ponovo ukazati na neuralgične tačke pravnog odlučivanja: na pravilno utvrđenje činjeničnog stanja i korektnu kvalifikaciju. Ukoliko navedeno nije sporno, onda je poslednje mesto na kome uštede treba tražiti - ročište za utvrđivanje činjenica. Ono, zajedno sa kvalitetom i nepristrasnošću arbitara na kojima je da sumpsumiraju, garantuje kvalitet odluka i doprinosi daljoj izgradnji reputacije ustanove za koju se odluke vezuju. Kako je izbor arbitara, po pravilu, na strankama, onda je na arbitražama (pa i ICC sistemu) da učine sve kako bi se činjenice dobro utvrdile, pa i uprkos ceni i trajanju dokaznog postupka. Nećemo ništa veliko reći ako ustvrdimo da ništa ne košta više od loše odluke.

Summary

Gašo Knežević*

EFFICIENCY OF ARBITRATION PROCEEDINGS VERSUS RULES ON WITNESSES AND EXPERTS IS THERE ANY SPACE FOR RATIONALIZATION?

The necessity of increasing the speed of judicial and para-judicial proceedings and reducing their costs appears as a major concern of all arbitral institutions and represents a priority issue in their agendas. The same is true in the realm of „public“ justice and the means for protection of rights before State courts.

Given that ICC arbitration is one of the biggest and the most renowned arbitral institutions in the world, and that it is committed to rendering its proceedings more efficient and less costly, in this paper the author tried to analyze its measures aimed at improving time management and reducing costs of the proceedings introduced in the new 2012 ICC Arbitration Rules. These measures include, inter alia, evidentiary hearings at which both

* Gašo Knežević, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Beograd, Bulevar kralja Aleksandra 67, Belgrade (Serbia).

witnesses and experts appear and help establishing the facts of the case and sometimes even the content of the applicable law. Due to their role, witnesses and experts are indispensable actors in the process of making the arbitral decision, so it is necessary to explore the options for rendering their participation more efficient.

Firstly, it is legitimate to assume that a speedier evidence-gathering procedure might have repercussions on the quality of the arbitral awards (good justice, like wine, takes time). In that respect, some commentaries have already opened a sensitive issue of the relationship between the quality and efficiency of legal protection. The author seeks to establish whether the evidentiary procedure, as the most time- and money-consuming stage of the proceedings, may be subject to rationalization while keeping the satisfying level of quality of the awards.

Secondly, the new 2012 ICC Arbitration Rules clearly seek to promote the individualization of disputes by, among other methods, increasing the amount and the scope of preparatory activities of the tribunal (various Case Management Conferences, Case Management Techniques, Pre-Hearing Conferences). This leads to a conclusion that the creators of the ICC 2012 Rules consider that a more thorough preparation of the proceedings and their individualization in the preparatory stage, before evidentiary hearings, will result in hearings that are more efficient. Therefore, a question arises: is the desired result achievable?

Despite being an avid supporter of the individualization of disputes, the author provides a skeptical answer to this question. As far as the costs of arbitration services are concerned: if the inputs of pricing are the same and if the demand remains stable, but the number of operations that need to be performed in order to reach a decision increases due to the changes in the technology of decision-making process, there is no place for reduction of costs.

As far as the time-aspect is concerned: the advantage that arbitration has over ordinary courts is already so big that it puts the fairness of their „competition“ into question. Namely, what „sells“ ICC dispute resolution products is the fact that the awards of this institution are not subject to a second-degree review by any institution and that the New York Convention guarantees their efficient enforcement.

If these observations are correct, then the evidentiary hearing appears not to be the appropriate aspect of the proceedings where possible reduction of costs may be sought. Along with the quality and the impartiality of arbitrators, this guarantees the quality of the awards and contributes to further promotion of the reputation of the institution in the name of which the awards are rendered. As it is usually upon the parties to choose the arbitrators, the arbitral institutions (including the ICC system) should do all they can to allow that all facts are properly established, whatever the costs and the duration of the evidentiary hearing may be.

Keywords: efficiency of decision-making process, witness, experts, individualization of the proceedings, case management techniques.

NOVE ČINJENICE I DOKAZI U POSTUPKU SUDSKE KONTROLE ARBITRAŽNE ODLUKE

*Prof. dr. sc. Vladimir Pavić**

U građanskoj parnici efikasnost sudovanja postiže se, između ostalog, i zabranom iznošenja novih činjenica i dokaza, osim pod izuzetnim, zakonom propisanim uslovima. Arbitražni postupak posvećen je efikasnosti barem koliko i sudski, no u arbitražnim zakonima i konvencijama gotovo se nikada ne nalaze odredbe kojima se uređuje pitanje novota u postupcima kontrole sudskih odluka (poništaj i priznanje van zemlje porekla). Rad pokušava da sagleda moguće načine koncipiranja delovanja ograničenja beneficium novorum u takvim postupcima. Zamisliva su različita rešenja, počev od analogne primene pravila koja važe u domaćem postupku po redovnim ili vanrednim pravnim lekovima pa sve do različitih alternativnih, sui generis rešenja.

Cljučne reči: arbitražna, novote, beneficium novorum, poništaj, priznanje.

1. UVOD

Arbitražni postupak promovise se i ističe kao efikasna i delotvorna alternativa sudovanju. Arbitražna svoju efikasnost bazira, između ostalog, i na lakšem dostavljanju akata tuženima u inostranstvu i fleksibilnosti organizacije samog postupka te doslednoj primeni principa *venire contra factum proprium*. Međutim, glavni faktor efikasnosti je to što je arbitražna po pravilu jednostepena jer stranke retko izričito ugovaraju dvostepenu arbitražu ili biraju institucionalna pravila koja predviđaju dvostепенost kao i to da je protiv konačne arbitražne odluke u većini sistema dopušteno samo jedno pravno sredstvo – poništaj.

* Dr. sc. Vladimir Pavić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Bulevar kralja Aleksandra 67, Beograd (Srbija).

Imajući sve ovo u vidu, moglo bi se konstatovati da su obziri efikasnosti u arbitražnom postupku jače izraženi nego u sudskom. Naklonjenost efikasnosti posledica je i udovoljavanja potrebama i željama arbitražnih korisnika. U istraživanjima sprovedenim među nekim od najvećih i najčešćih mušterija međunarodne trgovinske arbitraže brzina kojom se dolazi do arbitražne odluke navedena je kao važniji faktor od arbitražnih troškova.¹ Klijenti su, dakle, nestrpljivi i spremni da plate i više za bržu uslugu.

Arbitražne institucije, glavne pozornice pružanja arbitražnih usluga, izlaze u susret ovim željama na različite načine: unutrašnjom supervizijom, praćenjem toka predmeta i instruktivnim rokovima. Međutim, donošenje arbitražne odluke često je samo jedan deo pravnog okršaja između stranaka. U nekim je pravnim sistemima efikasnost arbitražnog odlučivanja dodatno naglašena centralizacijom i maksimalnom ekspeditivnošću postupka poništaja – poput arbitražnog postupka, i postupak poništaja je organizovan kao jednostepeni.² U drugim je sistemima efikasnost manje dosledno sprovedena te je na odluku prvostepenog suda o poništaju moguće uložiti žalbu, a kasnije i vanredni pravni lek.³ Potonje rešenje naročito je upitno imajući u vidu da je poništaj arbitražne odluke po svojoj prirodi pretežno vanredno pravno sredstvo⁴ koje se traži nakon što je već donesena konačna odluka, u svojoj snazi izjednačena sa pravosnažnom odlukom državnog suda.

Podsticaji efikasnosti se ovim ne iscrpljuju: razlozi za poništaj u nacionalnim zakonima usko su postavljeni i dodatno se usko i tumače. Jednak je slučaj i sa smetnjama priznanju arbitražne odluke van jurisdikcije u kojoj je doneta – tu liberalni režim Njujorške konvencije⁵ osigurava da će kontrola biti, uglavnom, ograničena na procesne aspekte odluke. Osim ovoga, u literaturi i sudskim odlukama često se ističe i da se razlog za poništaj ili nepriznavanje arbitražne odluke u pogledu okolnosti za koje je stranka znala u vreme arbitraže može zahtevati samo ako je stranka nedostatak već isticala tokom arbitražnog po-

¹ White & Case, *The 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, Queen Mary, University of London, dostupno na <http://arbitration-practices.whitecase.com> (2. 5. 2013.).

² Ovakvo rešenje je jedan od glavnih aduta privlačnosti Švajcarske kao zemlje sedišta arbitraže.

³ Tako je, npr., u Srbiji, Hrvatskoj, Austriji i mnogim drugim zemljama.

⁴ Triva, S.; Uzelac, A., *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007., str. 286; Knežević, G., *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1999., str. 140.

⁵ 1958 Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – The New York Convention, dalje u tekstu: Njujorška konvencija.

stupka. Pored toga, ograničenost kontrole arbitražnog postupka znači i da se arbitražna odluka po pravilu ne preispituje u meritumu i da se sud poništava ili priznanja oslanja na ono činjenično stanje koje je utvrdio arbitražni sud.

Ovaj rad će pokušati da utvrdi neke od granica principa efikasnosti u postupcima sudske kontrole arbitražnih odluka, tj. da odredi u kojoj meri i pod kojim okolnostima bi se moglo dozvoliti da stranka pred sudom poništava ili priznanja može isticati novote (nove činjenice i dokaze), pa čak i one za koje je znala pre donošenja odluke, ali ih nije isticala. Dodatno, rad će pokušati da odgovori na pitanje ima li mesta analognoj primeni ograničenja *beneficium novorum* i pred arbitražom, naročito ako se u vidu ima naglašeno opredeljenje za efikasnost i ekspeditivnost arbitražnog odlučivanja. Stoga će se najpre ukratko razmotriti dejstva tog instituta u parničnom postupku. Osim toga, razmotriće se logika i domašaj pravila pod kojima se u arbitražnom kontekstu gubi pravo na prigovor i time sprečava zloupotreba procenih ovlašćenja. Iako je to pitanje različito od pitanja mogućnosti iznošenja novih činjenica, ekskurs može biti relevantan obzirom da je reč o institutu koji, kao i ograničenje *beneficium novorum*, služi unapređenju efikasnosti postupka. Konačno, pokušaće se oceniti u kojoj meri principi ugrađeni u osnove tih instituta deluju i u postupcima sudske kontrole arbitražnih odluka te da li ograničenje (nekvalifikovanih) novota treba da bude analogno onome u sudskom postupku po redovnim i/ili pravnim sredstvima ili pak priroda kontrole arbitražnih odluka zahteva osobeno rešenje.

2. *BENEFICIUM NOVORUM* U PARNIČNOM POSTUPKU

Parnični postupak takođe teži efikasnosti pa se od stranke očekuje da već u prvostepenom postupku iznese sve činjenice i dokaze na kojima temelji svoj zahtev. Stoga određena zakonska rešenja pribegavaju ograničenju mogućnosti stranaka da iznose nove činjenice i dokaze (*beneficium novorum*) u drugostepenom postupku ili postupku po vanrednim pravnim sredstvima.⁶

Tretman činjenica na koje se stranka nije pozivala u prvostepenom postupku zavisi od toga u kojoj su meri one objektivno i subjektivno nove. Činjenice koje

⁶ O začecima zabrane *beneficium novorum* kao temelja ne samo efikasnog već i pravičnog postupka u staroj Atini videti Thür, G., *The Principle of Fairness in Athenian Civil Procedure. Thoughts on the Enchinos and Enklema*, DIKE Rivista di storia del diritto greco ed ellenistico, vol. 11, 2008., str. 51 - 83.

su nastale nakon zaključenja glavne rasprave (*nova producta*) neće se uzimati u obzir (*Neuerungsverbot*) jer se potpunost utvrđenog činjeničnog stanja ceni prema tome činjeničnom stanju u momentu njegovog utvrđenja.⁷ Ovaj je stav i uporednopravno nesporan.

Preostaju stoga činjenice koje su postojale pre zaključenja glavne rasprave (*nova reperta*), a koje u njoj nisu isticane. Zakonodavci često ograničavaju mogućnost stranke da se poziva na takve činjenice uslovom da je ona to propustila da učini bez svoje krivice, pri čemu se teret dokazivanja takvog neznanja (ili nemogućnosti da se na činjenice blagovremeno pozove) nalazi na stranci koja se na novootkrivene činjenice poziva. Drugim rečima, *beneficium novorum* odnosi se samo na subjektni *novum*.⁸

Uporednopravna rešenja variraju. U nekim pravima ograničenje isticanja novota, barem u žalbenom postupku ima još jače dejstvo. Austrijsko pravo predviđa vrlo strogu primenu principa zabrane *beneficium novorum* te važi nemogućnost isticanja novih činjenica u postupku po redovnom pravnom leku.⁹ Izuzetak postoji jedino u slučaju da nove činjenice ukazuju na povrede parničnog postupka¹⁰, a sudska praksa ove zakonske norme dodatno stogo i rigidno tumači. Pored toga u drugostepenom postupku sud može samo drugačije primeniti materijalno pravo na već utvrđeno činjenično stanje.¹¹ Austrijsko rešenje uticalo je i na nemačko koje incijalno nije zabranjivalo novote.¹² U nemačkom pravu sada

⁷ Triva, S.; Belajec, V.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 557; Poznić, B., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009., str. 888.

⁸ Član 372(1) srpskog Zakona o parničnom postupku (Službeni glasnik RS, br. 72/2011), dalje u tekstu: srpski ZPP; videti i Poznić, B.; Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010., str. 399.

⁹ Ova zabrana vuče svoje poreklo još iz *Allgemeine Gerichtsordnung* iz 1781., § 257.

¹⁰ Slično proizlazi i iz člana 352. hrvatskog Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11), dalje u tekstu: hrvatski ZPP.

¹¹ Buchegger, W.; Deixler Hübner, A.; Holzhammer, R., *Praktisches Zivilprozessrecht I*, Beč, 1997., str. 441. Za istorijut uvodenja zabrane videti Fasching, H. W., *Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins*, u: Hofmeister, H. (ur.), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926). Leben und Wirken*, Beč, 1988., str. 101 - 102; videti i Jelinek, W., *Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen*, u: Habscheid, W. J. (ur.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld, 1991.

¹² Stürner, R., *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen - von Deutschland aus gesehen*, u: Habscheid (ur.), *op. cit.* u fn. 11, str. 21.

važi ograničena zabrana isticanja novih “sredstava odbrane i sredstava napada” (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*) u drugostepenom postupku. Izuzeci od ovog pravila su predviđeni § 531., stav 2. ZPO ukoliko je reč o onim sredstvima koja, između ostalog, nisu mogla ni da budu istaknuta u prvostepenom postupku, a da to nije bilo do stranaka (*ohne das dies auf eine Nachlässigkeit der Parteien beruht*).¹³ U Francuskoj pak član 563. NCPC strankama izričito dopušta da u žalbenom postupku iznose nove činjenice i dokaze.¹⁴

Tamo gde postoji zabrana isticanja činjeničnih novota slična zabrana važi i u pogledu novih dokaza – oni se mogu podneti samo u pogledu činjenica koje su postojale pre zaključenja glavne rasprave. Stranka koja novi dokaz podnosi je, međutim, dužna da dokaže ili učini verovatnim da bez svoje krivice nije mogla da dokaz podnese blagovremeno.

Srpsko rešenje ograničenja *beneficium novorum* u postupku po redovnim pravnim lekovima deluje tako da se stranka ne može pozivati na činjenice koje su joj bile poznate u vreme zaključenja rasprave i dokaze koji su joj bili na raspolaganju, a koje sopstvenom krivicom ili kalkulacijom nije želela da iznese.¹⁵ Sve i da je takva činjenica mogla da odlučujuće utiče na ishod spora, stranka se na nju ne bi mogla pozivati. Slično je i sa novim dokazima. Od ovoga bi se moglo odstupiti samo ako stranka nije isticala činjenicu koja joj je bila poznata, a činjenica je bila takva da je sud po službenoj dužnosti i sam trebao da je uzme u razmatranje. Ovo je naročito bitno u svetlu tretmana nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja kao tzv. relativno bitne povrede parničnog postupka gde je na sudu obaveza da pretrese i raspravi sve bitne i odlučujuće činjenice i pitanja.¹⁶

Međutim, valja imati u vidu i da se ovakvo ograničenje *beneficium novorum* mora posmatrati i u kontekstu postojanja tzv. apsolutno bitnih povreda parničnog postupka, tj. onih na koje sud pazi po službenoj dužnosti u žalbenom postupku.¹⁷ Takva je, npr., povreda načela oficijelnosti kada sud zasnuje svoju odluku na nedozvoljenim raspolaganjima stranaka, tj. raspolaganjima koja su

¹³ Gummer, P.; Heßler, H. J., u: Zöller, R., *Zivilprozessordnung*, 25. izd., 2005., str. 1295.

¹⁴ „*Pour justifier en appel les prétentions qu’elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves.*”

¹⁵ Član 372. srpskog ZPP u vezi sa članom 375.

¹⁶ Poznić, Vodinelić, *op. cit.* u fn. 8, str. 398. Član 352(1) hrvatskog ZPP ne predviđa zabranu iznošenja novih činjenica ako se one odnose na bitne povrede postupka zbog kojih se može izjaviti žalba.

¹⁷ Član 386(3) srpskog ZPP, ekvivalent članu 354(4) hrvatskog ZPP.

u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima.¹⁸ Iako zabrana *beneficium novorum* sprečava stranku da u žalbi iznosi nove dokaze i činjenice, njena tvrdnja da je, na primer, ugovor o posredovanju o kome je odlučeno u prvom stepenu zapravo ugovor o davanju mita i popratni dokazi bi pred sud izneli problem o kome se vodi računa *ex offi*. U takvom bi kontekstu zabrana *beneficium novorum* došla u sukob sa odredbom kojom se ne štiti prevashodno pojedinačni interes (ekspeditivnosti konkretnog postupka) već potencijalno i opšti društveni interes (naročito izražen kroz prinudne propise i odredbe javnog poretka). Bez obzira što bi tako kasno iznošenje činjenice predstavljalo izvesnu zloupotrebu procesnih ovlašćenja, intenzitet zaštite javnog interesa može nadvladati takvo ograničenje.

Odbojnost prema uvođenju novih činjenica izražena je i kod vanrednih pravnih lekova, mada je u sistemima u kojima postoje veoma jake prepreke iznošenju novota u žalbi takav stav ublažen u pogledu vanrednih lekova.¹⁹ Bez takvog *sigurnosnog ventila* činjenično stanje potpuno bi bilo praktično okamenjeno na ono što je utvrđeno tokom prvostepene rasprave. S druge strane, srpsko pravo predviđa da su predmet revizije samo pravna pitanja, dok se *nova reperta* vezuju za mogućnost ponavljanja postupka. I to je, međutim, uglavnom ograničeno na subjektivni *novum*, tj. činjenice koje su postojale pre zaključenja glavne rasprave pred prvostepenim sudom, a za koje je stranka naknadno saznala.²⁰ Međutim, i ovde se naizgled čvrsta brana novim činjenicama može zaobići kvalifikacijom (kod revizije); nadalje se revizija može izjaviti i zbog apsolutno bitnih povreda parničnog postupka, što opet otvara mogućnost da se zabrana iznošenja novih činjenica zaobiđe isticanjem osnova za poništaj o kome sud vodi računa po službenoj dužnosti.

3. GUBITAK PRAVA NA PRIGOVOR U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

U kontekstu arbitražnog postupka jedan od instrumenata unapređenja efikasnosti su i odredbe kojima se stvara *ex lege* pretpostavka da stranka svojim

¹⁸ Član 374(2), t. 5 srpskog ZPP u vezi sa članom 3(3).

¹⁹ Tako je u hrvatskom pravu novota mogući razlog ponavljanja postupka, videti član 421. hrvatskog ZPP, slično i § 530(1), (7) austrijskog ZPO.

²⁰ Član 426(10) srpskog ZPP. Dodatno se ponavljanje postupka može tražiti i zbog kvalifikovanih novota, tj. kada je sudskom presudom utvrđeno krivično delo koje je učinjeno u postupku, a koje je uticalo na donošenje odluke (falsifikat isprave, lažni iskaz itd.).

nečinjenjem gubi pravo da se poziva na procesne nedostatke i propuste.²¹ U Model zakonu Ujedinjenih nacija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (MZ)²² pitanje je uređeno članom 4. Iako se ova odredba ne dotiče pitanja *beneficium novorum* u postupku sudske kontrole arbitražne odluke, domašaj i logika odredbe može biti od pomoći u razmatranju na koju bi se vrstu novote stranka iz arbitražnog postupka mogla pozivati pred sudom.

Član 4. MZ predviđa da se ima smatrati da se stranka koja zna da u arbitražnom postupku nije poštovano neko procesno pravilo ili uslov koji proizlazi iz arbitražnog sporazuma, pa ipak nastavi da učestvuje u postupku bez isticanja prigovora što pre ili u odgovarajućem roku, odrekla prava da se poziva na takvu manjkavost. Srpski i hrvatski zakon to pak formulišu ne kao odricanje od prava već kao gubitak prava na prigovor (prekluziju).²³ Ova distinkcija nije nužno beznačajna. *Odricanje od prava* bi se moglo protumačiti i kao radnja koja ne vodi automatski gašenju prava na prigovor već mogućnosti da protivna strana prigovor spreči isticanjem da je prethodno došlo do odricanja. S druge strane, formulacija o *gubitku prava* nedvosmisleno sugerije *ex lege* gubitak prava da se u nastavku postupka istakne prigovor.²⁴

Domašaj ovog gubitka nije univerzalan i trpi nekoliko mogućih ograničenja. Delovanje mehanizma gubitka prava na prigovor potencijalno je ograničeno na jurisdikciju u kojoj je do propusta došlo onda kada to sugerije formulacija teritorijalnog dejstva pojedinih zakona u kome je princip odricanja (*waiver*) formulisan. U slučaju kada zakon sam ograničava svoje dejstvo na domaće arbitraže²⁵, pitanje je da li *gubitak prava na prigovor* ima ista dejstva van jurisdikcije u kojoj je do gubitka došlo kao i *odricanje od prava na prigovor*. Ukoliko sud zemlje priznanja odluke ne bi smatrao sebe vezanim gubitkom ili odricanjem od prava do koga je došlo u drugoj jurisdikciji, sličan efekat ipak bi se mogao postići pri-

²¹ *Ex lege* efekat postoji kada je ova odredba sadržana u zakonu, ali ona može biti sadržana i u arbitražnim pravilima.

²² 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006, Dokument Ujedinjenih Nacija A/40/17, aneks I i A/61/17, aneks I; videti takođe UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, Beč, 2012., str. 18 – 19.

²³ Član 5. hrvatskog Zakona o arbitraži (Narodne novine, 88/01), dalje tekstu: hrvatski ZA; član 43. srpskog Zakona o arbitraži (Službeni glasnik RS, br. 46/2006), dalje u tekstu: srpski ZA.

²⁴ Triva, Uzelac, *op. cit.* u fn. 4, str. 52.

²⁵ Na primer, član 2. srpskog ZA.

menom opšteg principa *venire contra factum proprium*, što je u primeni Njujorške konvencije česta pojava.²⁶ Osim toga, pojedine prepreke vođenju arbitraže (npr., arbitrabilnost i javni poredak) variraju od jurisdikcije do jurisdikcije te ih ponekad ima smisla isticati tek naknadno, u postupku priznanja van zemlje u kojoj je postupak vođen.²⁷

Osim gore navedenih ograničenja koja, čini se, logički proističu iz prirode instituta, dodatna ograničenja ugrađena su u samu formulaciju člana 4. MZ. Naime, stranka gubi pravo na prigovor samo u pogledu nepoštovanja neke od odredaba MZ od koje stranke i inače sporazumno mogu odstupiti. Kada je reč o odredbama koje ne spadaju u domen dispozicije stranaka, gubitka prava na prigovor nema. Takve bi prinudne odredbe bile, na primer, one kojima se uređuje forma i punovažnost arbitražnog sporazuma, o ravnopravnosti stranaka, obaveštavanju o ročištima i o sastojcima i pismenoj formi odluke.²⁸

Gubitak prava na prigovor je od ključnog značaja u obezbeđenju fer i efikasnog postupka. Osim gore navedenih ograničavajućih faktora delovanja tog mehanizma, ono što treba uzeti u obzir pri oceni da li je došlo do gubitka prava na prigovor jeste ne samo interes fer i efikasnog postupka i eventualno imperativnog karaktera norme do čijeg je kršenja došlo već i situacija do koje bi u konačnom ishodu doveo stav da je u konkretnom slučaju zaista i došlo do gubitka prava na prigovor.²⁹ Kao i ograničenje iznošenja novota, tako i gubitak prava na prigovor unapređuje efikasnost postupka samo u meri u kojoj dejstvo takvog gubitka nije u koliziji sa javnim, društvenim interesom.

Na primer, ako stranka u toku postupka sazna da je protivna strana podmitila arbitra, pa tu primedbu ne iznese odmah u vidu zahtevanja izuzeća (u skladu sa članom 12. MZ), mogao bi se braniti stav da ona time ne gubi pravo da tu činjenicu iznese pred sud poništaja. Pravo da se zahteva izuzeće arbitra

²⁶ Schramm, D.; Geisinger, E.; Pinsolle, P., *Article II*, u: Kronke, H.; Nacimientto, P. *et al.*, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010., str. 86 - 87; Nacimientto, P., *Article V(1)(a)* u: Kronke *et al.*, *op. cit.* u ovoj fn., str. 212 - 213; videti presudu OLG Stuttgart od 14. oktobra 2003. godine, dostupna na: www.dis-arb.de (3. 5. 2013.).

²⁷ Grierson, J., *Court Review Of Awards On Public Policy Grounds: A Recent Decision Of The English Commercial Court Throws Light On The Position Under The English Arbitration Act 1996*, Mealey's International Arbitration Report, vol. 24, br. 1, 2009., str. 5.

²⁸ Triva, Uzelać, *op. cit.* u fn. 4, str. 52.

²⁹ Varady, T., *Waiver in arbitral proceedings and limitations on waiver*, Annals FLB – Belgrade Law Review, vol. LVII, br. 3, 2009., str. 22.

postoji kako bi se prevashodno zaštitili interesi pojedinačne stranke, a tek u širem kontekstu i radi unapređenja integriteta arbitražnog sudovanja koje uživa podršku države. Iako stranka u principu može da propuštanjem roka izgubi pravo da traži izuzeće arbitra, u ovako drastičnim slučajevima (primanje mita) gubitak prava na prigovor ne bi bio opravdan ishodom obzirom da bi poništaj takodonesene odluke (s pozivom na javni poredak) bio u funkciji zaštite ne samo pojedinačnog interesa stranke protiv koje je donesena već – što je mnogo važnije – i jasnog javnog interesa da eventualno *kupljena* odluka ne bude izjednačena sa pravosnažnom odlukom državnih sudova.³⁰

4. TRETMAN NOVOTA U POSTUPKU SUDSKE KONTROLE

Sudska kontrola arbitražne odluke odvija se na dva plana: prvi je kroz mogućnost poništaja arbitražne odluke u zemlji porekla. Ovo vanredno pravno sredstvo kasatornog je karaktera, no često dostupno kroz višestepeni postupak. Druga brana odluci je postupak egzekviture van države u kojoj je doneta kada se kontroliše njen ulazak u sistem zemlje priznanja.

Sudovi arbitražne odluke preispituju iz dve grupe razloga: deo njih ceni se samo ako ih istakne stranka i uglavnom se tiču (ne)postojanja osnovnih preduslova za vođenje arbitraže i fer postupak u granicama onoga o čemu su se stranke u sporazumu saglasile. Osim toga, sud po službenoj dužnosti vodi računa o arbitrabilnosti zahteva o kojima je rešeno kao i o eventualnoj povredi javnog poretka. Ovi kriterijumi su u dobroj meri ujednačeni na globalnom nivou i zahvaljujući skoro univerzalnoj prihvaćenosti Njujorške konvencije i širokom krugu zemalja koje svoje zakonodavstvo baziraju na MZ.³¹

Među osnovnim postulatima ovakve sudske kontrole su uzdržavanje od preispitivanja kontrole arbitražne odluke u meritumu i uslovljavanje mogućnosti ulaganje prigovora time da je stranka na isti ukazala već tokom postupka. Od stranaka u arbitražnom postupku očekuje se aktivno sudelovanje, blagovremeno iznošenje svih dokaza koji im idu u prilog i blagovremeno ukazivanje na postu-

³⁰ Za suprotan stav, s pozivom na doslednu primenu doktrine *estoppel* vidi *AAOT Foreign Economic Association (VO) Technologystroyexport v. International Development and Trade Services, Inc.*, 139 F.3d 980, str. 981 - 982, 1998.; *Yearbook Commercial Arbitration*, XXIVa, 1999., str. 813.

³¹ Član V. Njujorške konvencije, članovi 34. i 36. MZ.

panja za koja smatraju da im uskraćuju zakonom garantovani procesni tretman. Ne samo da se propuštanje takvog ukazivanja smatra odricanjem (gubitkom) od prava na prigovor već MZ i eksplicitno ovlašćuje tribunal da odluku donese na osnovu one građe koju mu stranke podnesu u utvrđenim rokovima.³² Materijalna istina jeste bitna, no radi nje se ne žrtvuje po svaku cenu efikasnost postupka. Mada tribunal može i *sua sponte* inicirati dostavljanje dokazne građe, on na to zakonima i pravilnicima obično nije obavezan.³³

Ovakvo rešenje je moguće shvatiti čak i kao implikaciju da u postupku sudske kontrole uopšte ne bi trebalo da bude mesta iznošenju novih činjenica i dokaza. Korisnici arbitražnog načina rešavanja sporova izuzetno vrednuju njegovu efikasnost. Osim toga, poništaj je svojevrsno vanredno pravno sredstvo. Kako je u parničnom postupku po redovnim i vanrednim pravnim lekovima mogućnost iznošenja novih činjenica i dokaza često značajno ograničena, i to (u pogledu činjenica) po pravilu na subjektivni *novum*, može se argumentovati da bi sudsko preispitivanje arbitražne odluke trebalo da barem jednako usko (ili još i uže) postavi granice mogućnosti da se koriste *nova reperta*.

Iznošenje činjenica koje nisu iznesene pred tribunal nije sporno u delu u kome se traži sankcionisanje tzv. procesnog frausa (*procedural fraud*), kada se poništaj traži s osloncem na to da je odluka ishodovana kakvom prevarnom radnjom stranke, svedoka ili veštaka koja je tek naknadno postala očigledna.³⁴ S druge strane, kontrola po pravilu ne predviđa preispitivanje arbitražne odluke u meritumu i osnovi poništaja, odnosno odbijanja priznanja po pravilu se malo ili nimalo bave činjeničnom podlogom na kojoj je veće odlučivalo. Preispitivanje merituma je ipak moguće na uskom polju kontrole (ne)postojanja povrede javnog poretka. Stoga se pitanje relevantnog isticanja novota u postupku sudske kontrole ponekad javlja u njenom najosetljivijem segmentu, onom u kome sud nastupa kao zaštitnik usko definisanih, ali vitalnih interesa foruma. Jedan od tipičnih scenarija u kojima se novote mogu javiti u postupku sudske kontrole su situacije u kojima se tuženi, saučesnik u protivzakonitom poduhvatu, pred arbitražom branio ne želeći da uprlja svoj ugled, nadajući se da će tribunal presuditi u njegovu korist i na osnovu "friziranog" činjeničnog stanja.

³² Član 24. hrvatskog ZA, član 25. MZ.

³³ Diskusiju o ovome videti u Landolt, P., *Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence*, Arbitration International, vol. 28, br. 2, 2012., str. 173.

³⁴ Na primer, Sec. 68(2)(g) *English Arbitration Act*; član 58(1), t. 5. srpskog ZA.

4.1. Koncept dosledne zabrane iznošenja novih činjenica na primeru slučaja *Westacre*

Jedan od mogućih pristupa u tretmanu novih činjenica u postupku sudske kontrole bila bi potpuna zabrana njihovog iznošenja. Kao ilustracija ovog pristupa može poslužiti *Westacre* saga koja je svoj početak imala pred arbitražnim tribunalom u Švajcarskoj da bi se kasnije nastavila pred švajcarskim, engleskim i singapurskim sudovima. Predmet spora bio je ugovor o posredovanju, gde se *Westacre*, panamska kompanija, obavezala da pomogne kompaniji *Jugoimport* u ugovaranju isporuke vojne opreme Kuvajtu. *Jugoimport* je dobio posao, ali je kasnije odbio da isplati *Westacre*u ugovorenu proviziju. Arbitraža po pravilima ICC održana je u Švajcarskoj³⁵ i pred njom je *Jugoimport* odmah kao svoju odbranu istakao da se posrednik zapravo bavio podmićivanjem i da, stoga, tužbeni zahtev treba odbiti. Sebe, međutim, *Jugoimport* nije implicirao kao saučesnika u protivzakonitim radnjama. Tribunal je navode razmotrio i odbio konstatujući da tuženi nije uspeo da dokaže korupciju na koju se pozivao te dosudio proviziju *Westacre*u. U postupku poništaja pred švajcarskim sudom i u postupku priznanja odluke u Velikoj Britaniji *Jugoimport* je pokušao da prezentira nove činjenice i nove dokaze koji su se odnosili na (stvarnu ili navodnu) prirodu kompanije *Westacre*, identitet njenih vlasnika, metode kojima su se služili kao i umešanost samog *Jugoimporta* u taj koruptivni lanac. Drugim rečima, suočen sa pravnim porazom, tuženi je rešio da po prvi put odigra *va banc*.

Nove činjenice i dokazi nisu ostavili utisak ni na sud poništaja ni na sud priznanja – i jedan i drugi su odbili da uopšte razmatraju naknadno podnete dokaze i činjenične tvrdnje. Pred švajcarskim sudom *Jugoimport* se zadovoljio novim činjeničnim tvrdnjama (bez podnošenja novih dokaza).³⁶ Zamoljeni od suda da prokomentarišu nove činjenice, arbitri su konstatovali da *Jugoimport* takve činjenice nije iznosio u arbitražnom postupku niti je na taj način organizovao svoju odbranu te da je iznosio i činjenice koje bi se mogle okarakterisati kao direktno kontradiktorne.

Ako bi novoiznete činjenice bile tačne, ugovor bi (po inače merodavnom švajcarskom pravu) bio ništav. Sud je umesto toga stao na stanovište da neće dirati u činjenično stanje onakvo kakvim ga je utvrdio tribunal i da su obziri

³⁵ *Westacre v. Jugoimport*, ICC slučaj br. 7047, Bulletin de l' Association suisse de l' arbitrage, 1995., str. 321.

³⁶ Prikaz slučaja u Yearbook Commercial Arbitration, XXI, 1996., str. 172.

efikasnosti postupka jači od sumnji koje nove činjenice bude. Pitanje da li su za Jugoimport te činjenice bile i zaista subjektivni *novum* suštinski se nije postavljalalo i u ishodu stav švajcarskog Vrhovnog suda predstavlja snažno ograničenje *beneficium novorum* u postupku sudske kontrole arbitražne odluke. Švajcarski deo *Westacre* slučaja, dakle, sugerise da se nove činjenice gotovo nikada ne mogu iznositi u postupku poništaja.

U engleskom je pak delu sage Jugoimport nove činjenice potkrepio i novim dokazima. I u tom slučaju vrlo je brzo postalo jasno da bi istinitost novih tvrdnji tuženog značila i odbijanje priznanja odluke – sa time su se saglasili čak i zastupnici tuženog.³⁷ Prvostepeni sud je stao na stanovište da je konačnost arbitražnih odluka značajnija od javnog interesa u borbi protiv korupcije.³⁸ Međutim, prvostepeni sud je dozvolio načelnu mogućnost da se prezentuju nove činjenice i dokazi te uslove za podnošenje novih dokaza upodobio uslovima koji se traže kada se preispituje odluka engleskog suda: sveži dokazi moraju biti dovoljno ozbiljni, toliko da postoji verovatnoća da bi uticali na odluku arbitra, uz dodatni uslov da stranci dokaz nije bio dostupan niti je mogao biti pribavljen razumnim naporima u vreme vođenja arbitražnog postupka.³⁹ Iako su korupcija i mito protivni javnom poretku, javni poredak je *najjače moguće opredeljen* da ne preispituje činjenično stanje koje je utvrdilo arbitražno veće.⁴⁰ Sud je ovo okarakterisao kao “lep balans” između principa konačnosti i pravde. “Lep balans” je za posledicu imao priznanje arbitražne odluke.

Slično se ponovilo i u žalbenom postupku, gde je većina članova veća stala na stanovište prvostepenog suda. Rezultat ovog pristupa je sledeći: stranka koja pred tribunalom ne iznosi punu istinu i pretrpi poraz snosi posledice svog ponašanja bez obzira što je rezultirajuća odluka s velikom verovatnoćom protivna javnom poretku, i to tzv. međunarodnom javnom poretku foruma (*ordre public international*). Ovakav je stav u jurisprudenciji naišao na ozbiljne kritike.⁴¹

³⁷ Tako u drugostepenom postupku *Westacre Investments Inc v Jugoimport-SDRP Holding Company Ltd*. [1999], Arbitration, Practice & Procedure Law Reports, br. 5, 2012., § 17.

³⁸ Uz pomalo neobičnu konstataciju da je korupcija ipak malo manje društveno zlo od, npr., trgovine drogom.

³⁹ *Westacre Investments Inc. v Jugoimport-SDPR Holding Co. Ltd* [1998] 3, Weekly Law Reports, 770, str. 808.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Hwang, M.; Lim, K., *Corruption in Arbitration - Law and Reality*, str. 73 *sqq.*, dostupno na: http://www.arbitration-icca.org/media/0/13261720320840/corruption_in_arbitration_paper_draft_248.pdf. (3. 5. 2013.).

Na nivou principa, engleski sudovi su u slučaju *Westacre* kao početni element analize uzeli analogiju u zabrani novota pred sudom i arbitražom, a zatim to dodatno ograničili imperativom uzdržanosti u pogledu preispitivanja odluke. Takav bi pristup u nekoj drugoj jurisdikciji već na nivou analogne primene koncepta *beneficium novorum* pred domaćim sudovima rezultirao još rigidnijim stavom. Zakonodavni pandan ovom pristupu je austrijski – po analogiji sa nemogućnošću iznošenja novota po redovnim pravnim lekovima, austrijsko pravo ih isključuje i u postupku poništaja.⁴²

4.2. Mogući standard dozvoljenosti novota u postupku poništaja i priznanja arbitražne odluke

Iz odluka engleskih sudova u slučaju *Westacre* nije sasvim izvesno o kakvim dokazima i činjenicama tačno govore kada koriste izraze “*fresh evidence*” (novi dokazi) mada se može pretpostaviti da je reč o *nova reperta* i subjektivnom *novumu*. Neuspeh Jugoimporta se, stoga, može pripisati ne samo nelagodi sudova da preispituju činjenično stanje koje je arbitražno veće utvrdilo i rezervisanosti prema upotrebi instituta javnog poretka već i utisku sudija da je Jugoimport pribegao prezentaciji dokaza i činjenica koje za njega nisu bile subjektivni *novum*. U ishodu je tako percipiran pokušaj zloupotrebe procesnih ovlašćenja sankcionisan. Problem je, međutim, što je konačni ishod potencijalna afirmacija korupcije.

Analogna primena standarda domaćeg sudskog postupka svakako postupajući sud ne izmešta van terena koji poznaje. Međutim, upitno je da li je u postupku kontrole arbitražne odluke opravdana analogna primena tretmana novota koja u procesnim pravilima države postupajućeg suda postoji u slučaju žalbe protiv prvostepene odluke.⁴³ U sistemima koji protiv arbitražne odluke dopuštaju ne samo poništaj već i reviziju (kao dodatno, vanredno pravno sred-

⁴² Tako, na primer, austrijsko pravo dozvoljava poništaj arbitražne odluke iz nekih, ali ne i svih razloga iz kojih bi se mogla izjaviti revizija protiv sudske odluke, a jedan od razloga koji nije dostupan su upravo novote, videti član 611(2), t. 6 u vezi sa članom 530(1), t. 7 austrijskog ZPO. Međutim, imajući u vidu to da je poništaj po svojoj prirodi prevashodno vanredni lek, moglo se od austrijskog zakonodavca očekivati i drugačije rešenje.

⁴³ Osim što standardi arbitrabilnosti i javnog poretka variraju od jurisdikcije do jurisdikcije, analognom promenom domaćeg koncepta tretmana novota u postupak priznanja bi se uveo još jedan nacionalno obojeni element.

stvo), kriterijumi pod kojima su dopuštene novote nisu automatski preslikavani iz kriterijuma koji postoje u postupku po žalbi.⁴⁴ Osim toga, u nekim sistemima zabrana iznošenja novota jača je u postupku po redovnim nego po vanrednim pravnim lekovima (a poništaj arbitražne odluke pre bi se mogao okarakterisati kao vanredno sredstvo).

U nekim aspektima, moglo bi se argumentovati da tretman novota pred sudom koji kontroliše arbitražu treba pooštriti u odnosu na standard koji postoji u zemlji postupanja prema sudskim odlukama. Arbitražna odluka izjednačava se sa pravosnažnom sudskom te je, nezavisno od opredeljenja nacionalnog zakonodavca u pogledu funkcije žalbenog suda, funkcija suda poništaja pretežno kontrolna. Kontrolnoj funkciji primerenija bi bila čvrsta zabrana iznošenja novih činjenica i dokaza. Međutim, ovakvo pooštavanje za posledicu bi (naročito kada se analogija pravi u sistemima koji striktno ograničavaju novote u žalbenom, kontrolnom postupku) imalo da se činjenično stanje, onako kako ga je utvrdilo arbitražno veće, praktično okamenjuje. U odsustvu dodatnih vanrednih pravnih lekova (kojima se obično kompenzuje ograničenost preispitivanja organa koji ima kontrolnu funkciju), to bi značilo i potencijalno okamenjivanje velikih nepravdi. Čak i sistemi u kojima je snažno izražen kontrolni karakter žalbenog suda dopuštaju barem donekle mogućnost iznošenja subjektivnih novota u okviru vanrednih pravnih lekova. Apsolutna zabrana iznošenja novota bi, stoga, značila i dodatnu redukciju i inače veoma ograničene mogućnosti suda da arbitražnu odluku preispituje kroz filter javnog poretka.

Jedna od alternativa bi bila da se javni poredak i javni interes tretiraju kao odlučujući faktor oko koga bi se identifikovao *sui generis* standard dozvoljenosti *beneficium novorum* u postupku kontrole arbitražnih odluka. Već je bilo reči o tome da je jedan od mehanizama kontrole stranačke discipline, efikasnosti arbitražnog postupka i sprečavanja zloupotrebe procesnih ovlašćenja gubitak prava da se poziva na propust na koji se nije ukazalo u što kraćem, odnosno predviđenom roku (*waiver*). Ovaj mehanizam ustanovljen je gotovo isključivo u cilju zaštite privatnih interesa učesnika u postupku. Ako bi efekat takvog mehanizma, tj. gubitak prigovora, bio u koliziji sa opštim, javnim interesom (izraženim kroz imperativne norme i norme javnog poretka), on prestaje da

⁴⁴ Voser, N.; George, A., *Revision of Arbitral Awards*, Post-Awards Issues, ASA Special Series, br. 38, 2011., str. 56 - 62; Geisinger, E.; Frossard, V., *Chapter 8 – Challenge and Revision of the Award*, u: Kaufmann-Kohler, G.; Stucki, B. (ur.), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, 2004., str. 155 - 159.

deluje. Slično bi se moglo primeniti i na novote. Njihova je zabrana, odnosno ograničenje u funkciji zaštite prevashodno privatnih interesa tako što se sprečava procesna šikana i nesavesno postupanje i sprečava praktično nagrađivanje stranke za njen sopstveni propust. Međutim, u vidu valja imati i da sudovi naspram arbitraža imaju i funkciju čuvara domaćeg javnog poretka. Arbitražna odluka izjednačena je sa pravosnažnom sudskom kao deo pogodbe koji takođe uključuje i mogućnost, makar ograničene, sudske kontrole, uključujući i kontrolu o meritumu. U delu u kome se štiti javni poredak takva kontrola štiti i javni interes. Kada je taj interes dovoljno jasno izražen kroz zakonodavne instrumente i dovoljnog je inteziteta, novote bi se mogle dopustiti⁴⁵ čak i nezavisno od toga da li je reč o subjektivnom *novumu*. Istovremeno, identifikacija javnog poretka i javnog interesa kao odlučujućeg faktora značila bi da se sve ostale situacije, tj. one u kojima objekat zaštite nije javni poredak treba podvrgnuti snažnoj, ako ne i apsolutnoj zabrani *beneficium novorum*, a u skladu sa gore razmatranim kontrolnim karakterom poništaja kao pravnog sredstva i interesima pojačane efikasnosti arbitražnog rešavanja sporova.

Ovakvom bi se rešenju moglo zameriti to da u segmentu u kome bi novote bile dozvoljene - čak i kada su praktično skrivane od arbitraže – odlučivanje o određenom spornom odnosu se izmešta iz ruku arbitražnog veća i poverava sudu, čime se na neki način nagrađuje strana koja je dokaze i činjenice prećutkivala. Međutim, izuzimajući činjenicu da bi dozvola iznošenja novote predstavljala neku vrstu nagrade za procesnu sabotazu, ono što je bitno je da ta dozvola vodi rešenju - poništaju odluke čiji bi ostanak na snazi u svetlu novoiznesenih činjenica i dokaza bio suprotan osnovama javnog poretka foruma.⁴⁶ U suprotnom, odbijanje da se čuju nove činjenice i dokazi stvorilo bi situaciju u kojoj se o pitanjima koja se tiču javnog poretka foruma nije raspravljalo ni pred arbitražnim tribunalom (jer činjenice i dokazi koji bi to uzrokovali nisu izneseni pred tribunal) ni pred sudom poništaja (zbog delovanja zabrane iznošenja novota). Ovo je naročito neopravdano u slučajevima kada argument javnog poretka i

⁴⁵ *ILA Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, dostupno na: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>, Recommendation 3(c) 52, (3. 5. 2013.); bez upuštanja u to da li bi tako nešto bilo dozvoljeno i u slučaju da *novum* nije subjektivan. Slično i Waller LJ u svom izdvojenom mišljenju u *Westacre Investments Inc v Jugoinport-SDRP Holding Company Ltd.* [1999], *Arbitration, Practice & Procedure Law Reports*, br. 5, 2012.

⁴⁶ Suprotno Grierson, J., *op. cit.* u fn. 27, str. 6, gde preporučuje da se novota koju je stranka držala u *rukavu* ne dozvoli ako je to činila u lošoj veri (*bad faith*).

činjenice vezane za njega ima smisla iznositi, npr., samo u postupku priznanja zbog osobenosti koncepta javnog poretka u zemlji priznanja.⁴⁷

Treće moguće rešenje dozvoljenosti novota bi se moglo ekstrapolirati iz uslova pod kojima određeni pravni sistemi dozvoljavaju reviziju kao dodatno pravno sredstvo protiv konačnih arbitražnih odluka. S obzirom da je revizija u odnosu na poništaj još *vanrednije* i izuzetnije pravno sredstvo, standardi koji se za nju zahtevaju mogli bi se shvatiti kao maksimum ograničenja koji bi bio primeren u postupku poništaja. Razlozi za reviziju uglavnom su grupisani na dva pola: prve su kvalifikovane novote, tj. od strane suda utvrđene procesne zloupotrebe (falsifikat, lažno svedočenje itsl.), a drugi, novote koje stranka nije mogla da otkrije blagovremeno, a koje bi odlučujuće uticale na tribunal.⁴⁸ Ako se po strani ostave kvalifikovane novote, opet mora biti reč o subjektivnom *novumu* te se korišćenje novotama dozvoljava samo savesnoj stranci.

Četvrti potencijalni pristup moguće je identifikovati u osobenom rešenju člana 36(5) hrvatskog ZA koji strankama daje mogućnost da izričito predvide mogućnost poništaja arbitražne odluke s pozivom na subjektivne novote. U odsustvu ovakvog ugovaranja, imalo bi se uzeti da su se stranke odrekle mogućnosti da se pozivaju na novote u postupku poništaja.⁴⁹ Teško je očekivati da će se ovim ovlašćenjem stranke uopšte, a kamoli često, koristiti.⁵⁰ Jedina vrsta novota koja u tom slučaju preostaje kao mogući razlog poništaja bile bi tzv. kvalifikovane novote (od strane suda utvrđeno krivično delo).

5. ZAKLJUČAK

Arbitražno odlučivanje je obojeno snažnom željom korisnika da bude što efikasnije. Stoga je i opredeljenje zakonodavaca na globalnom nivou da sudovi što manje preispituju meritum arbitražne odluke. Dodatni podsticaj efikasnosti predstavlja mehanizam prekludiranja nesavesnih stranaka od čuvanja procesne

⁴⁷ Na primer, mada ogromna većina zemalja inkriminiše podmićivanje javnih službenika, u tek nekolicini postoje zabrane tzv. *facilitation payments* ili blanketne zabrane posredničkih ugovora.

⁴⁸ Tako, na primer, član 1068. holandskog CCP; član 831. u vezi sa članom 395. italijanskog CCP; član 123. švajcarskog LTF. Iako približno isti, uslovi za ulaganje revizije u ova tri sistema nisu identični. Videti bliže Voser, George, *op. cit.* u fn. 44, str. 43.

⁴⁹ Triva, Uzelac, *op. cit.* u fn. 4, str. 307.

⁵⁰ *Ibid.*

“municije” za eventualni kasniji poništaj odluke ili uspešno suprotstavljanje njenom priznanju.

Obziri efikasnosti, međutim, imaju svoje granice. Zakonodavac ih katkad propisuje eksplicitno time što, na primer, prekluziju vezuje samo za povrede propisa koji nisu imperativnog karaktera ili se mogu implicirati iz karaktera i svrhe kojoj takva prekluzija služi. Slično tome, ograničenje iznošenja novota, koja važi u mnogim procesnim sistemima u postupku odlučivanja po redovnim i vanrednim pravnim lekovima protiv sudskih odluka, sigurno ima svoju ulogu i u postupku preispitivanja arbitražne odluke. Nešto je teže odlučiti se za odgovarajući tretman novota u postupku poništaja ili priznanja. Neka od mogućih identifikovanih rešenja (analogija sa domaćim žalbenim sudskim postupkom ili postupkom po vanrednim pravnim lekovima, analogija sa razlozima za reviziju arbitražne odluke u određenim sistemima i snažnije, kazuističko vezivanje dozvoljenosti za pitanje zaštite javnog interesa) imaju svoje prednosti, ali i mane. Utisak je, međutim, da insistiranje na doslednom sankcionisanju procesnih zloupotreba stranke, čak i po cenu žrtvovanja javnog interesa, može dovesti do problematičnih ishoda. Poverljivost arbitraže privlači ponekad i specifičnu klijentelu, katkad nevoljnu da pred tribunal iznese dobar ili barem neophodan deo istine. Tribunali pak obično strankama prepuštaju dokazne inicijative i pasivniji su nego što bi to bio slučaj sa sudovima nekih zemalja.⁵¹ Rezultat takvog arbitražnog postupka može biti odluka čiji bi opstanak u okviru nacionalnog pravosuđa određene zemlje bio suštinski u koliziji sa fundamentalnim principima javnog poretka. Ako bi se državno pravosuđe sa njom prvi put suočilo uz imperativ ozbiljnog ograničenja novota, ponekad ne bi imalo načina da na takvu odluku reaguje. U takvim ekstremnim slučajevima se možda može razmišljati čak i o napuštanju uobičajenih parametara *beneficium novorum*, odnosno zahteva postojanja subjektivnog *novuma*.

⁵¹ Landolt, P., *op. cit.* u fn. 33, str. 220.

Vladimir Pavić*

NEW FACTS AND EVIDENCE IN THE PROCESS OF JUDICIAL CONTROL OF ARBITRAL DECISIONS

Litigation strives toward efficiency by introducing inter alia restrictions on introducing new facts and evidence once the judgment has been rendered. Such new facts and evidence are impermissible, save in the presence of exceptional circumstances expressly provided in law. Arbitration proceedings are geared toward efficiency at least as much as litigation. However, legislation governing arbitration and international conventions seldom – if ever – contain rules on admissibility of new facts and evidence in the setting aside and recognition proceedings. This paper attempts to flesh out possible approaches to constraining of beneficium novorum in those proceedings. There is a number of conceivable solutions, such as analogous application of the rules applicable in the context of domestic legal remedies in civil proceedings (both ‘ordinary’ and ‘extraordinary’ remedies), alternative (sui generis) solutions, etc.

Keywords: arbitration, new facts, new evidence, beneficium novorum, annulment, recognition, enforcement.

* Vladimir Pavić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Beograd, Bulevar kralja Aleksandra 67, Belgrade (Serbia).

PREGOVARANJE KAO METODA ALTERNATIVNOG RJEŠAVANJA SPOROVA

*Prof. dr. sc. Biljana Đuričin**

“Negotiation is a basic means of getting what you want from others. It is back-and-forth communication designed to reach an agreement when you and other side have some interests that are shared and others that are opposed.”

(Fisher i Ury)

Ne postoji savršen postupak za rješavanje građanskih sporova, ali postoje različiti načini njihova rješavanja i postizanja pozitivnih ishoda. Pregovaranje je popularna i iznimno efikasna metoda alternativnog rješavanja sporova. Pregovaranje postoji otkad postoje i ljudi. Za većinu je komunikacija uobičajen i prihvatljiv način mirnog rješavanja sporova koji parničenje čini suvišnim. U ovom su radu analizirani pregovaranje uopće, načela pregovaranja, priprema za pregovarački postupak, način rješavanja sporova s najboljim mogućim ishodom za obje strane i uloga odvjetnika u pregovaranju.

Ključne riječi: alternativno rješavanje sporova, pregovaranje, BATNA, pregovaračke strane, sporazum, nagodba.

I. Do sporova dolazi posvuda, na poslu, kod kuće, u kazalištu, na ulici ili u trgovini. Riječ spor obično asocira na prekinute obiteljske ili poslovne odnose uz koje se vežu ljutnja, frustracija i stres. Primjerice, tinejdžerka se svađa sa svojim roditeljima oko izbora svog momka, dva se poduzeća spore oko isporuke robe koja je uništena u požaru ili vozač taksija tuži vozača kamiona za naknadu štete koju je pretrpio u prometnoj nezgodi. Međutim, možda neslaganja mogu polučiti

* Dr. sc. Biljana Đuričin, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Podgorici, Ulica 13. jula 2, Podgorica (Crna Gora). Rad je preveden s engleskog jezika.

i pozitivne rezultate. Obično se osjećamo dobro nakon što se nakon razgovora pomirimo sa svojim partnerom, prijateljem, bračnim drugom ili profesorom. Spor može svima pomoći naučiti nešto novo za buduće odnose. Ne postoji savršen postupak za rješavanje svih sporova, ali postoje različiti načini rješavanja sukoba i sporova te postizanja pozitivnih ishoda. Pregovaranje je popularna i iznimno efikasna metoda alternativnog rješavanja sporova. Pregovaranje postoji otkad postoje i ljudi. Za većinu je komunikacija uobičajen i prihvatljiv način mirnog rješavanja sporova koji parničenje čini suvišnim.

Pregovaranje je metoda alternativnog rješavanja sporova. Valja spomenuti da je pregovaranje dio i drugih metoda mirnog rješavanja sporova, npr., mirenja.¹ Kako izgleda pravno pregovaranje?² Pretpostavimo, na primjer, da su Ana i Ivan bivši bračni drugovi. Nakon što su se razveli, odlučili su se dogovoriti o školovanju svog sina Pavla. Nakon inicijalnog dogovora razmotrili su sva moguća rješenja i odabrali najbolje za svog sina. Uspješno i učinkovito pregovaranje može pomoći objema stranama u izbjegavanju dugotrajnih i skupih parnica. Pregovaranje ima mnoge prednosti u odnosu na parnicu. Neke od njih navedene su dalje u tekstu.

Prvo, njihovo je trajanje važna prednost. Pregovaranje može biti okončano u jednom danu, čak u nekoliko sati, a parnica može potrajati i nekoliko godina. Drugo, važni su i troškovi postupka. Brzim se pregovaranjem mogu postići znatne uštede. Stranke mogu uštedjeti parnične troškove uključujući troškove vještačenja, svjedočenja, odvjetničkog zastupanja i sl. Treće, stranke mogu nadzirati svoj spor jer mogu određivati tko će, kada i kako odlučiti. Četvrto, stranke nakon pregovora ostaju u dobrim osobnim i poslovnim odnosima i suradnji, što u parnici zbog pobjede jedne i gubitka druge strane nije moguće. U pregovorima, naime, nema ni pobjednika ni gubitnika. Peto, parnični postupak ne uvažava želje, interese, potrebe i osjećaje dok stranke pregovora teže zaštititi svojih interesa i prilagodbi interesima drugih. Šesto, pregovaranje je u odnosu na parnicu prilagodljivije i neformalnije.

II. Pravno pregovaranje uključuje odnos između suprotstavljenih strana i njihovih odvjetnika, ali i odnos između svakog odvjetnika i njegova klijenta.

¹ Fisher, R.; Ury, W. L.; Patton, B. M., *Getting To Yes: Negotiation Agreement Without Giving In*, Harvard, 1991., str. 18; Goldberg, S. B.; Sander, F. E. A.; Rogers, N. H.; Cole, S. R., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Others Processes*, New York, 1999., str. 338.

² Prema *Black's Law Dictionary* pregovarati znači komunicirati s drugom stranom da bi se postigao sporazum ili postići sporazum raspravom ili uzajamnim ustupcima.

Tri su razlike između pravnog pregovaranja i drugih pregovora koji postoje u svakodnevnom životu. Prvo, klijent u pregovorima sam donosi odluke kao što su ponuda i prihvata ponude. Drugo, odvjetnik je posrednik između interesa svoga klijenta s jedne strane te interesa protivne strane i njezina odvjetnika s druge strane. Treće, klijent utječe na tijek pregovora. To znači da savjetovanje klijenata sa svojim odvjetnicima može uključivati i pripremu pristajanja na ustupke te trajati godinu ili više.

Četiri su osnovna načela pregovaranja: odvajanje osoba od problema; naglasak na interesima, a ne na poziciji; pronalaženje različitih mogućnosti prije konačne odluke i ustrajanje da rezultati budu utemeljeni na objektivnim kriterijima.³ Međuljudski odnosi između pregovarača mogu prožeti raspravu o sporu o kojem se pregovara. Različitost pogleda, osjećaji i nesuglasice mogu u prvi plan staviti osobne probleme, što može obje strane udaljiti od pregovora. Svaka strana ima interese, želje i potrebe u sporu. Da bi se postigao dogovor, potrebno se u ponudi i prihvaćanju ili odbijanju protuponude usredotočiti na te interese i potrebe. Vrlo je važno iznaći što brojnija moguća rješenja prije konačne odluke o tome što treba učiniti. Brojne su mogućnosti širenja pregovaračkog procesa kako bi se preko zajedničkih i oprečnih interesa našla rješenja korisna objema stranama. Bolje je izbjeći sukob interesa utemeljenih na željama pregovarajući korištenjem objektivnih kriterija. Ti se kriteriji moraju razlikovati od želja obje strane i uključivati poštene standarde i postupke.

Na početku valja odlučiti hoće li se uopće pregovarati. Treba istaknuti kako pregovori imaju smisla kao korak u rješavanju sporova samo kada obje strane imaju koristi od sporazuma. Tek ako svaka strana ima nešto čime može zadovoljiti interese protivne strane, obje strane imaju priliku pronaći kompromisno rješenje u pregovorima. Na primjer, zamislimo da Marija mora platiti Eriku 30.000 kn za bojenje kuće. Marija ima novac za plaćanje, ali se ne slaže s iznosom koji mora platiti. U tom slučaju pregovaranje ima smisla. Obje strane imaju zajednički interes za postizanje dogovora. Neposredno prije odluke treba li pregovarati ili ne treba provesti analizu potencijalnih koristi i troškova u konkretnoj situaciji. Moguće je, isto tako, da u nekim situacijama pregovori nisu mogući kao, na primjer, u obiteljskim sporovima koji uključuju obiteljsko nasilje.

³ V. više Patton, B. M. u: Fisher, R., *op. cit.* u bilj. 2 i Thompson, L., *The Mind and Heart of the Negotiator*, New Jersey, 2003.

Prije početka pregovaranja potrebno je odrediti vlastitu pravnu poziciju i preostale mogućnosti ako pregovaranje ne bude uspješno. Preostaje i mogućnost obraćanja sudu. Prije nego li se tko odluči za pregovaranje, bilo bi dobro da se savjetuje s neovisnim savjetnikom, primjerice odvjetnikom, koji će ga upoznati s pregovaranjem i drugim mogućim načinima mirnog rješavanja sporova. Ako tada odluči pregovarati, neovisni savjetnik može mu pomoći u pripremi i vođenju pregovora.

III. Nakon odluke hoće li uopće do pregovora doći potrebna je dobra priprema za pregovore.⁴ Da bi priprema bila dobra, svaka strana mora odrediti svoje interese i odgovoriti na dva pitanja: što želi postići pregovaranjem i zašto želi pregovore. Mora odrediti najbolje alternativno rješenje za sporazum (BATNA, engl. *Best Alternative to a Negotiated Agreement*)⁵ i svoj realno ostvariv cilj. Međutim, važno je i analizirati protivnu stranu odgovarajući na sljedeća pitanja. O čemu ona vodi računa? Koji su njezini interesi i potrebe, što je njezino najbolje alternativno rješenje za sporazum (BATNA)? Što sam joj spreman ili spremna ustupiti, a kojim ću se prijedlozima usprotiviti?

Vrlo je važno odrediti i gdje će se pregovori odvijati. Najbolje bi bilo odabrati ugodno neutralno mjesto kao što su kafić, konferencijska dvorana u knjižnici, restoran itd. Ako u gradu postoji centar za mirenje, moguće je unajmiti sobu u centru za pregovaranje, ali je važno da se u odabir mjesta pregovora uključi i druga strana.

IV. I samoprocjena je vrlo važna u pripremi za pregovaranje. Kao dio te procjene potrebno je razmotriti sva pitanja koja bi mogla utjecati na vlastitu pregovaračku poziciju. Svaka strana mora razumjeti svoje interese i želje koje želi ostvariti pregovaranjem i, još važnije, razumjeti zašto želi upravo to. U tom dijelu pregovoračkog procesa svaka strana određuje i alternativu ako pregovori ne budu uspješni. Kao što je gore spomenuto, prvi korak u pripremi pregovaranja je naglašavanje onoga što se sporazumom želi postići. Rezultat koji se želi postići određuje poziciju i gledište pojedine strane za vrijeme pregovora. Na primjer, pozicija u pregovorima za posao određena je željom dobivanja posla. Nakon što se odrede ciljevi pregovora važno je upitati se zašto su određeni upravo ti ciljevi. Interes pojedine strane očituje se u njenu osobnom angažmanu radi

⁴ Pirie, *The Principal Stages of Negotiation*, London, 1989., str. 199.

⁵ Williams, G. R., *Legal Negotiation and Settlement*, 1983., str. 45.

postizanja pozitivnoga ishoda, motivaciji za pregovaranje, potrebama, željama, interesima i ciljevima. Na primjer, želi li žena višu plaću jer se upravo udala, njezin je interes u pregovorima da osigura dobru financijsku poziciju u budućnosti jer njezin bračni drug nije zaposlen. Isti je slučaj ako tko želi pregovarati o bračnoj stečevini jer želi ostati u dobrim odnosima s bračnim drugom od kojega se razvodi. Ako svaka strana ima najbolje alternativno rješenje za sporazum (BATNA), veća je vjerojatnost da će do sporazuma nakon pregovaranja i doći. Isto je i ako se kasnije utvrdi da protivna strana nema dobrog alternativnog rješenja. Stoga treba biti vrlo realističan u određivanju i argumentiranju svoga alternativnog rješenja za sporazum (BATNA).

Objasnimo to na primjeru. Emilija je bila trgovkinja u robnoj kući. Poslodavac ju je otpustio nakon što je doznao da boluje od multiple skleroze, stoga je Emilija namjeravala tužiti ga za diskriminaciju na temelju zdravstvenog stanja. Od suda je namjeravala zahtijevati da joj dosudi naknadu štete u iznosu od dva milijuna kuna. Nakon toga su Emilija i njezin odvjetnik raspravili njezinu situaciju s odvjetnikom njezina poslodavca te joj je poslodavac za naknadu štete ponudio 350.000 kuna i trajnu naknadu izračunatu na temelju visine njezine plaće u vrijeme kad je otpuštena. Međutim, Emilija je ipak bila sklonija tužiti pred sudom jer je vjerovala da može uspjeti u sporu, stoga je svoje alternativno rješenje (BATNA) odredila u visini od milijun kuna. Ipak se savjetovala sa svojim odvjetnikom koji joj je objasnio kako njezino alternativno rješenje nije realistično. Naime, malo je vjerojatno da može uspjeti u sporu jer je pretežito stajalište suda da trgovci ne mogu biti osobe s tjelesnim oštećenjem, a, osim toga, Emilija tužbom pred sudom riskira gubitak trajne naknade koju joj nudi poslodavac. Na odvjetnikov savjet Emilija se odlučila nagoditi sa svojim poslodavcem oko visine naknade.

Valja naglasiti kako alternativno rješenje (BATNA) nije nepromjenjivo. Ono se može mijenjati za vrijeme trajanja pregovaračkog postupka. Dakako da to može i druga strana. Zamislimo, na primjer, da Ivan želi prodati kuću za koju je dobio samo Marijinu ponudu. Ivanova pregovaračka pozicija nije dobra, osobito ako Marija zna da je njezina ponuda jedina. Međutim, ako Ivan dobije ponudu i od Pavla i od Marije, njegova je pregovaračka pozicija znatno bolja jer svaku od tih ponuda može koristiti da bi za sebe postigao bolje uvjete kupoprodaje.

Sljedeći korak u pregovaranju je određivanje cilja pregovora tako da obje strane budu zadovoljne postignutim pregovorima. Radi određivanja ciljeva može se provesti i istraživanje. Namjerava li tko, na primjer, kupiti stan, može se raspitati o cijenama u agenciji za promet nekretninama ili odgovarajuće po-

datke pronaći na internetskim stranicama. Svakako valja izbjegavati situacije u kojima uopće ne bi bilo cilja ili bi on bio ili prenizak ili previsok.

Nakon što su određeni cilj i alternativno rješenje (BATNA), može se odrediti i koja je najniža prihvatljiva ponude protivne strane. Uzmimo da je Ivana koja prodaje svoj klavir dobila za nj ponudu preko interneta u iznosu od 28.000 kuna. Kad je kasnije o cijeni pregovarala sa svojom prijateljicom Marijom, bila je spremna prihvatiti i iznos od 25.000 kuna jer u tom slučaju ne bi morala platiti dodatne troškove internetske prodaje. U pregovorima s Marijom Ivana mora uzeti u obzir i da bi joj Marija odmah platila puni iznos i da ne bi trebala platiti troškove dostave, stoga je spremna prihvatiti i iznos od 23.000 kuna, ali svaki iznos manji od toga bio bi za nju neprihvatljiv. Prag prihvatljivosti ponude katkad je ovisan i o emocionalnim momentima o kojima valja voditi računa. Razvodi li se, na primjer, supruga od svog muža jer je njegova tajnica trudna s njegovim djetetom, njezino je alternativno rješenje (BATNA) tužba pred sudom, a cilj joj je dobiti polovicu bračne stečevine. Međutim, možda ne želi spor iznijeti pred sudom kako se ne bi doznalo da njezin muž ima dijete s drugom ženom. Zbog toga je spremna prepustiti mu desetinu bračne stečevine i pristati na četrdeset posto bračne stečevine da bi izbjegla sudsku tužbu. Dakle, njezin je prag prihvatljivosti ponude četrdeset posto bračne stečevine. Važno je istaknuti razliku između cilja i praga prihvatljivosti ponude. Cilj je ishod kojemu se pojedina strana može nadati, a prag prihvatljivosti je najgori mogući sporazum na koji tko može pristati ako želi da pregovori uspiju.

Sljedeći važan korak u pregovaranju je procjena protivne strane. Procjena uključuje identifikaciju protivne strane, definiranje njezinih interesa i njena alternativnog rješenja (BATNA). U sporu je važno jesu li na protivnoj strani jedna ili više osoba. Moguće je da neki prijatelj, susjed, rođak ili tko treći može utjecati na rješenje spora. Možda bi bilo dobro da upravo ta osoba i rukovodi pregovorima. Započinjanje pregovora s pogrešnom osobom može prouzrokovati nepotrebnu stresnu situaciju. Valja barem pokušati odrediti i interese protivne strane. Želi li, na primjer, Ljiljana psa da bi je štitio od provalnika, a njezin susjed smatra da će taj pas uništavati njegov vrt, Ljiljana mora odlučiti kako zadovoljiti interese objiju strana. Možda je prihvatljivo za oboje da se izgradi ograda. Međutim, Ljiljana će zahtijevati da susjed plati polovicu troškova postavljanja ograde. Svakako bi trebalo pokušati utvrditi i što je BATNA protivne strane da bi se utvrdilo kakva je njezina pregovaračka pozicija. Katkad se događa da protivna strana sama ne pokazuje na što je spremna pristati. Tada u određivanju njezina alternativnog rješenja mogu pripomoći dodatna istraživanja preko interneta, knjižnica i prijatelja.

U pregovorima je važno iznaći rješenja koja su od koristi objema stranama. Naime, obje strane moraju osjetiti da mogu bolje proći ako pregovaraju i razgovaraju nego da se parniče. Stoga je pregovaranje dobra metoda rješavanja problema bez pobjednika i gubitnika. Uzmimo primjer iz svakodnevnog života. Želi li suprug kupiti novi automobil, a njegova supruga smatra da je on prestar da bi ga vozio iako i sama uočava da bi automobilom lakše išla u trgovinu, kazalište i sl., automobil bi bio od koristi za obje strane. Nakon pregovora par je ipak odlučio kupiti automobil i zaposliti vozača.

Na početku pregovora treba voditi računa o prvoj ponudi, stoga je važno pitanje tko će prvi iznijeti svoju ponudu. Što je bolje, sam poduzeti prvi korak ili pričekati ponudu protivne strane? Iznošenje ponude naziva se *usidranjem* (engl. *anchoring*).⁶ Obično su ljudi skloniji čekanju da druga strana nešto ponudi jer se boje da njihova prva ponuda ne bude preniska. Međutim, nakon kvalitetne samoprocjene, određenja alternativnog rješenja (BATNA) i ciljeva ne treba se bojati. Valja znati da nije prihvatljivo započeti pregovore s previsokom ili preniskom ponudom da protivna strana ne bi bila uvrijeđena ili povrijeđena. *Sidro* treba biti razumno postavljeno ako se očekuje nagodba. Nakon vlastite ponude najbolje je sačekati odgovor protivne strane. Na primjer, ako jedna strana odbije ponudu u kojoj se nudi 1.000 kuna kao naknada za najam automobila i ne ponudi svoju cijenu, očito je da ne želi postići sporazum. Pregovaranje je složen proces u kojem strane trebaju razgovarati i uzajamno popuštati ne zaboravljajući svoj cilj.

Uravnoteženje je važno u pregovorima. Smatra li jedna strana da nije u ravnopravnom položaju i da je druga strana u boljoj poziciji, treba odrediti razloge takva odnosa snaga, možda je ta strana u boljoj financijskoj situaciji, ima svog odvjetnika, uključila je više osoba u pregovore i sl. Katkad je moguće da se koja od strana ne osjeća ugodno na mjestu na kojem se pregovara. Važno je odmah na početku pripreme pregovora ukloniti uzroke moguće neravnoteže u odnosu snaga.⁷

V. Što učiniti ako druga strana ne želi surađivati? Kako bi se spriječilo da spor ne bude previše osobno obilježen, važno se pridržavati nekih pravila. Treba

⁶ *Sidro* je ono što usmjerava pažnju i očekivanja pregovarača te pomaže razrješavanju neizvjesnosti, primjerice prva ponuda. V. Abramowitz, A. J., *Architect's Essential of Negotiation*, 2002., str. 225.

⁷ Coser, L. A., *The Functions of Social Conflict*, London, 1968., str. 134.

pokušati ne obraćati pažnju na ponašanje protivne strane i pregovore usmjeriti na interese. Katkad je dobrodošlo predlaganje kraćeg predaha i uključivanje medijatora. Nije isključeno ni odustajanje od pregovora.

Ako je ponašanje druge strane problematično, poželjno je ne ga uzimati u obzir. To može potaknuti drugu stranu na prikladnije ponašanje. Na primjer, dobra je reakcija na takvo ponašanje druge strane odgovor da njezine riječi vjerojatno nisu ono što ona stvarno misli i želi reći. Budući da obje strane u pregovorima žele pronaći zajedničko rješenje, treba pregovore usmjeravati na vlastite interese kao i na interese druge strane. Ne budu li pregovori uspješni, moguće je obratiti se sudu. Katkad nije dobro ustrajati na pregovorima do kraja. Pregovaračima u pregovorima povišenih tenzija i opterećenima ljutnjom potreban je predah. On će omogućiti da se nastavak pregovora usmjeri na predmet spora. Medijator također može pripomoći s teškim pregovaračem čak i kad se pronalaženje zajedničkog rješenja čini nemogućim. Naime, pregovori su dio medijacije i vrlo važan dio vještine medijatora. Ako pak je s drugom stranom nemoguće pregovarati, bolje je odustati od pregovora. Ipak je prije konačne odluke dobro razmisliti o vlastitom alternativnom rješenju (BATNA) i svim posljedicama odustajanja od pregovora.

VI. Čak i kad se pronađe za obje strane zadovoljavajuće rješenje, posao još nije gotov. Sljedeći je korak provedba postignutog sporazuma. Uobičajeno je da strane angažiraju odvjetnika radi formaliziranja sporazuma u pisanom obliku.⁸ To omogućava objema stranama tužbu na ispunjenje i ovrhu toga sporazuma ako druga strana ne postupi u skladu sa sporazumom. Još jednom ćemo naglasiti važnost odvjetnika u pregovaračkom procesu. Kolaborativno je pravo nova grana prava koja se bavi načinom kako odvjetnici mogu pomoći klijentima da međusobnom suradnjom razriješe sporove bez sudske intervencije.⁹ Klijent, dakle, angažira odvjetnika da bi mu on pomogao postići sporazum s protivnom stranom. Sve dok se ne razriješi spor klijent ne može angažirati istog odvjetnika za sudsko razrješenje spora. Naime, klijent i njezin odvjetnik potpisuju ugovor koji se obično naziva ugovorom o suradnji u kojem se obje strane obvezuju postupati pošteno i savjesno.

Da zaključimo, pregovaranje je popularna i poznata metoda alternativnog rješavanja sporova. Ključ uspjeha u postizanju sporazuma je priprema pregovora.

⁸ V. više Thompson, *op. cit.* u bilj. 3.

⁹ Kolaborativno se pravo koristi u obiteljskom, trgovačkom, radnom, stvarnom, medicinskom pravu itd.

Bitno je razumjeti interese, pozicije, ciljeve i alternativno rješenje (BATNA) objiju strana da bi uslijedili uspješni pregovori. Treba biti osobito oprezan u pronalaženju i određivanju cilja uzimajući u obzir i alternativno rješenje (BATNA) druge strane. Svi ti koraci bit će korisni za postizanje sporazuma.

Summary

Biljana Đuričin*

NEGOTIATION AS AN ALTERNATIVE METHOD OF DISPUTE SETTLEMENT

There is no perfect method for resolving civil and other legal disputes. However, there are different ways that may put an end to conflict situations and achieve positive results for everyone involved in the conflict. Among them, negotiations are the most popular and very effective option for dealing with all kinds of disputes. Negotiations are as old as human kind. For most people, communication is the primary and most normal way to resolve their conflicts in a peaceful manner. It is preferable to court litigation, both in terms of loss of time and in terms of waste of efforts and resources. In particular, a successful settlement of conflicts reached by negotiation avoids situations in which one party is a winner and the other a loser. In this paper, the author analyses the main features of negotiations, the differences between negotiation and litigation, the principles of negotiation, the preparations for the negotiation process, the use of BATNA ("best alternative to a negotiated agreement") as a point of leverage in negotiation, and the role of lawyers in the negotiation process.

Keywords: alternative dispute resolution, litigation, negotiations, parties in the negotiation process, BATNA, WATNA, settlement.

* Biljana Đuričin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Montenegro, 13. jula 2, Podgorica (Montenegro).

JAVNO BILJEŽNIŠTVO

JAVNOBILJEŽNIČKO OSIGURANJE TRAZBINA NA TEMELJU SPORAZUMA STRANAKA NA NEKRETNINI KAO PREDMETU OSIGURANJA

Jožica Matko Ruždjak, dipl. iur. *

Nakon stupanja na snagu Zakona o javnom bilježništvu i početka rada javnobilježničke službe, a osobito donošenjem prvoga novog Ovršnog zakona 1996. godine, javnobilježničko osiguranje tražbina steklo je punu afirmaciju. Tijekom godina zbog stajališta prakse i izmjena zakona došlo je do određenih promjena u shvaćanju i primjeni tih instituta. U ovom radu razmatraju se javnobilježnička osiguranja tražbina u slučaju kada je predmet osiguranja nekretnina. Prvo je to javnobilježničko založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka, hipoteka. Fiducijarno osiguranje tražbina je također tijekom vremena različitim intervencijama u ovršne zakone pretrpjelo bitne promjene. Prikaz se temelji na važećim odredbama Ovršnog zakona koji je stupio na snagu 15. listopada 2012.

Ključne riječi: osiguranje tražbina sporazumom stranaka, javnobilježničko osiguranje tražbina, sporazum o Aidicijarnom osiguranju, ovrha.

I. JAVNOBILJEŽNIČKO ZALOŽNOPRAVNO OSIGURANJE TRAŽBINA NA TEMELJU SPORAZUMA STRANAKA

1. Zakonske osnove

Ovršni zakon (dalje u tekstu: OZ)¹ osiguranje zasnivanjem založnog prava na temelju sporazuma stranaka regulira u Glavi dvadeset devet, prije svega, kao sudsko osiguranje (čl. 299. - 306. OZ-a), a tek nastavno čl. 307. i 308.

* Jožica Matko Ruždjak, dipl. iur., javni bilježnik iz Zagreba.

¹ Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12.

OZ-a propisuju posebne odredbe koje se odnose na javnobilježničko osiguranje zasnivanjem založnog prava. Regulirajući sudsko osiguranje novčane tražbine zasnivanjem založnog prava na temelju sporazuma stranaka OZ je u čl. 300. taksativno nabrojio radnje kojima je moguće zasnovati založno pravo, a u ostalim je odredbama propisao postupak osiguranja pred sudom.

Propisujući javnobilježničko osiguranje novčane tražbine zasnivanjem založnog prava na temelju sporazuma stranaka u čl. 307., st. 1. OZ upućuje na naprijed citirane odredbe, ali ne navodi kao radnju javnobilježničkog osiguranja tražbina onu navedenu u t. 1. čl. 300. OZ-a, uknjižbu založnog prava na nekretnini protivnika osiguranja. Iz takve odredbe OZ-a slijedi zaključak da javnobilježničko osiguranje zasnivanjem založnog prava na nekretnini nije regulirano odredbama OZ-a nego drugim propisima koji se razmatraju u nastavku ovog teksta. Raniji ovršni zakoni (Narodne novine, br. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 154/04, 88/05, 121/05 i 67/08; dalje u tekstu: OZ/96 i Narodne novine, br. 139/10, 125/11, 150/11, 12/12 i 70/12; dalje u tekstu: OZ/10) gotovo su jednako regulirali javnobilježničko založnopravno osiguranje.

Kada je riječ o nekretninama koje nisu upisane u zemljišne knjige, javnobilježničko se osiguranje provodi sukladno odredbama OZ-a. Dakle, sukladno t. 2. čl. 300. OZ-a osiguranje se provodi polaganjem sporazuma stranaka kod zemljišnoknjižnog suda. Kada OZ opisuje kao predmet osiguranja nekretnine koje nisu upisane u zemljišne knjige, treba istaknuti da pod time podrazumijeva zapravo nekretnine na područjima gdje ne postoje zemljišne knjige. Dakle, nije riječ o nekretninama gdje je čestica zemljišta upisna u zemljišne knjige, ali je stanje upisa takvo da nisu točni podaci u listu A o izgrađenosti i sl. i/ili podaci u listu B o vlasništvu te nekretnine. Stoga se već nakon stupanja na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09; dalje u tekstu: ZV) to osiguranje gotovo prestalo provoditi u javnobilježničkoj praksi. Što se u smislu zemljišnoknjižnog prava smatra neupisanom nekretninom, propisao je čl. 136. Zemljišnoknjižnog poslovnika (Narodne novine, br. 81/97, 109/02, 123/02, 153/02, 14/05 i 16/10). Tako je st. 3. navedenog članka definirao da se ne smatra da zemljište koje ima određen katastarski broj (katastarska čestica) nije upisano u zemljišne knjige samo zbog toga što u zemljišnoj knjizi osnovanoj za katastarsku općinu u kojoj zemljište leži u posjedovnici zemljišnoknjižnog uloška u kojem je upisano zemljište tog katastarskog broja nije provedena promjena njegova oblika, površine ili izgrađenosti.

2. Založna prava kao instrumenti javnobilježničkog osiguranja prema odredbama Ovršnog zakona

Neovisno o kojem predmetu osiguranja nabrojanom u čl. 300., t. 2. - 12. OZ-a je riječ, predlagatelj osiguranja i protivnik osiguranja (u materijalno-pravnom smislu to su vjerovnik i dužnik) sklapaju o tome sporazum. Javnobilježnički sporazum mora sadržavati odgovarati sadržaju zapisnika kada se takvo osiguranje radi pred sudom (čl. 301. OZ-a). Javnobilježnički sporazum mora biti sklopljen u obliku javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave. Forma sporazuma i radnje koje javni bilježnik poduzima propisani su odredbama Zakona o javnom bilježništvu (Narodne novine, br. 78/93, 29/94 i 16/97; dalje u tekstu: ZJB).²

3. Ugovor o hipoteci kao javnobilježničko osiguranje

Zakonske osnove. ZJB kao temeljni zakon javnobilježničke službe u čl. 54. propisuje da se na temelju javnobilježničkog akta koji sadrži obvezu da se osnuje, prenese, ograniči ili ukine koje zemljišnoknjižno pravo može neposredno provesti upis u zemljišne knjige ako je obvezanik izričito pristao na to u samom aktu. Istim je zakonom propisano da se na temelju javnobilježničkog akta na temelju kojega je u zemljišnim knjigama upisana hipoteka na određenoj nekretnini može neposredno tražiti ovrha na toj nekretnini radi naplate osigurane tražbine nakon njezine dospelosti ako je dužnik na to u tom aktu izričito pristao. To je razlog zbog kojega je javnobilježničko osiguranje uknjižbom hipoteke izostalo u čl. 307. OZ-a. Osim odredbama propisanim ZJB-om, takav javnobilježnički akt ili solemnizirana privatna isprava moraju udovoljiti i zahtjevima ZV-a koji je detaljno razradio pravnu materiju založnog prava, hipoteke i dobrovoljnog založnog prava.

Zakonom o zemljišnim knjigama (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08 i 126/10; dalje u tekstu: ZZK) propisan je upis hipoteke kao stvarnog prava na nekretnini. Postupak upisa hipoteke kod zemljišnoknjižnog suda ovisi o tome je li isprava na temelju koje se traži upis hipoteke privatna isprava ili isprava koja ima snagu javne isprave. Zato nije ispravno (iako ne utječe na valjanost pravnog posla) ugovore o založnom

² Čl. 53. - 71. ZJB-a.

pravu, hipoteci, kada o tome ugovorne strane sklapaju ugovor u formi javno-bilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave, nazivati sporazumima o zasnivanju založnog prava i pozivati se na odredbe OZ-a jer kod tog osiguranja javni bilježnici ne postupaju na temelju odredaba OZ-a.

Ugovor o hipoteci. ZV je definirao založno pravo kao ograničeno stvarno pravo na određenoj stvari (zalogu) koje ovlašćuje svog nositelja (založnog vjerovnika) da određenu tražbinu, ne bude li mu o dospelosti ispunjena, namiri iz vrijednosti te stvari, ma čija ona bila, a njezin svagdašnji vlasnik (založni dužnik) dužan je to trpjeti (čl. 297., st. 1. ZV-a). Založno pravo na nekretninama moguće je osnovati jedino kao hipoteku (čl. 304., st. 2. ZV-a).

Dobrovoljno založno pravo osniva se na temelju pravnog posla osobe čiji je zalog, tj. stvar ili pravo (čl. 305., st.1. ZV-a). Dok u toj odredbi ZV govori o pravnom poslu osobe čiji je zalog, u odredbi čl. 307., kada definira založni ugovor, definira ga kao dvostranoobvezni pravni posao. Tom je odredbom, naime, ugovor o hipoteci određen kao ugovor kojim se dužnik ili tko treći (zalagodavac) obvezuju da će radi osnivanja založnog prava koje će osiguravati određenu vjerovnikovu tražbinu dopustiti vjerovniku da svoje založno pravo upiše u zemljišnu knjigu kao teret određene stvari. Ujedno se obvezuje druga strana da će, čim tražbina prestane, učiniti sve što je potrebno da bi se izbrisalo založno pravo iz zemljišne knjige. Da bi ugovor o hipoteci bio valjan, mora biti u pisanom obliku.

Postavlja se pitanje utječe li izostanak izjave druge strane da će “čim tražbina prestane, učiniti što je potrebno da bi se izbrisalo založno pravo iz javne knjige” na valjanost osnivanja dobrovoljnog založnog prava. Trebalo bi uzeti da izostanak tog uglavka ne bi utjecao na valjanost ugovora o hipoteci jer je pravna osnova za upis hipoteke upravo založna izjava vlasnika nekretnine i njegova suglasnost (*clausula intabulandi*) da se hipoteka upiše u zemljišnoj knjizi. Jasno je da je vjerovnik pristajući na hipoteku, dakle osiguranje, pristao da nakon podmirjenja tražbine izda ispravu o brisanju hipoteke. Ako vjerovnik to, međutim, bez opravdanih razloga odbije učiniti, založni dužnik brisanje hipoteke može ishoditi samo u parnici neovisno postoji li u ugovoru vjerovnikovo obećanje da će učiniti što je potrebno da bi se izbrisalo založno pravo iz javne knjige ili je taj uglavak iz ugovora izostao.

U praksi dobrovoljno založno pravo slijedi nakon ili istovremeno s drugim ugovorom o nekom pravnom poslu.³ Praksa i dalje poznaje osnivanje založnog

³ Akcesornost je bitna karakteristika hipotekarnog osiguranja.

prava na temelju pravnog posla osobe koja je vlasnik nekretnine, tzv. založne izjave. Tumačeći odredbu čl. 305. ZV-a i dalje bi bilo moguće osnivanje založnog prava na temelju takvih izjava. Na to upućuje i određivanje pojma založnog prava kao prava vjerovnika. U pravnoj se literaturi založno pravo definira kao stvarno pravo na tuđoj stvari kojim založni vjerovnik dobiva ovlaštenje namiriti se iz vrijednosti založene stvari ako dužnik o dospijeću ne ispuni preuzetu obvezu.⁴ Dobrovoljna hipoteka definira se kao pravni posao kojemu je cilj osnivanje založnog prava. U pravilu taj će pravni posao biti ugovor o hipoteci, ali to može biti i drugi pravni posao upravljen istom cilju – odredba o zapisu i sl. Što vrijedi za dobrovoljnu ugovornu hipoteku, vrijedi na odgovarajući način i za svaku drugu dobrovoljnu hipoteku, pa makar ta i ne bila ugovorna.⁵

Založnim se pravom osigurava namirenje određene novčane tražbine ili namirenje druge tražbine kojoj je vrijednost izražena u novcu. Mogu se osigurati postojeća i buduća tražbina. Tražbina je određena kad su određeni vjerovnik i dužnik, pravni temelj i visina ili barem najviši iznos do kojega se osigurava zalogom. Osim postojeće tražbine može se osigurati i tražbina koja bi nastala nakon nekog vremena ili nakon ispunjenja nekog uvjeta. U postupku javnobilježničkog osiguranja ugovorne strane mogu detaljno ugovoriti pretpostavke kada se ima smatrati da je protekao ugovoreni rok, odnosno nastupio traženi uvjet za namirenje iz vrijednosti zaloga. Nedopušteni su uglavci pravnog posla o zalogu suprotni naravi zaloga i naravi tražbine koja se osigurava zalogom. Tako su nišetne odredbe da će zalog prijeći u vjerovnikovo vlasništvo ako tražbina ne bude na vrijeme namirena, kojom se vjerovniku zabranjuje prodaja zaloga, uglavak da dužnik ne može zalog nikad iskupiti ili da ne može dopustiti zasnivanje založnog prava na istom zalogu.

Sadržaj ugovora o hipoteci, odnosno založne izjave reguliran je u čl. 54. ZJB-a kojim je propisan sadržaj javnobilježničkog akta da bi na temelju njega zemljišnoknjižni sud proveo uknjižbu hipoteke. Sukladno čl. 54. ZJB-a javnobilježnički akt mora imati klauzulu *intabulandi*, dakle pristanak dužnika da se na nekretnini u njegovu vlasništvu upiše hipoteka. Istom odredbom propisano je da javnobilježničkim aktom stranke mogu ugovoriti klauzulu *exequendi*, tj. pristanak dužnika da se na temelju akta nakon dospjelosti tražbine provede

⁴ Vedriš, M., *Osnove imovinskog prava*, 1977., str. 168.

⁵ Gavella, N., *Založno pravo na nekretnini*, u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvano pravo*, 1998., str. 812 - 813.

postupak neposredne prisilne ovrhe na nekretnini radi namirenja vjerovnika. Sve što je rečeno za sadržaj javnobilježničkog akta kao isprave za upis hipoteke i ovršne isprave, vrijedi i za solemniziranu, potvrđenu ispravu prema odredbi čl. 59. ZJB-a.

4. Upis hipoteke u zemljišne knjige

Općenito. Za uknjižbu stvarnih prava u zemljišne knjige potrebno je ispuniti određene pretpostavke propisane ZZK-om. O tome je li temelj upisa privatna ili javna isprava ovisi i pretpostavke koje ZZK traži za upis.

Uknjižba hipoteke na temelju privatnih isprava. Uknjižba stvarnih prava, tako i hipoteke kao stvarnog prava, može se dopustiti na temelju privatne isprave na kojoj je ovjeren potpis one osobe čije se pravo opterećuje hipotekom (čl. 52., st. 1. i 3. ZZK-a). Osim toga, privatna isprava na temelju koje se traži uknjižba hipoteke mora sadržavati točnu oznaku zemljišta ili prava glede kojeg se uknjižba traži i klauzulu *intabulandi* (čl. 54. ZZK-a). Kada je privatnu ispravu potpisao punomoćnik (čl. 53. ZZK-a) za dopuštenje uknjižbe potrebno je da punomoćnik doprinese punomoć s ovjerenim potpisom opunomoćitelja. Punomoć može biti posebna, izdana za određeni posao, opća ili punomoć za određenu vrstu poslova (generična). Opća i generična punomoć ne smiju u času podnošenja prijedloga za upis biti starije od jedne godine.

Uknjižba hipoteke na temelju javnobilježničkog akta ili solemnizirane isprave. Javnobilježnički akt, odnosno solemnizirana isprava javnobilježničke su isprave koje imaju snagu javnih isprava ako su prigodom njihova sastavljanja i izdavanja ispunjene bitne formalnosti propisane ZJB-om. U slučajevima predviđenim ZJB-om javnobilježnički akt, odnosno solemnizirana isprava može biti i ovršna isprava (čl. 54., st. 2. i 3. ZJB-a).

Zemljišnoknjižni sud u provedbi hipoteke na temelju javnobilježničke isprave dopušta upis hipoteke na temelju javne isprave. Čl. 55. ZZK-a izričito je propisao u st. 1. da su javne isprave na temelju kojih se može dopustiti uknjižba "isprave koje su o pravnim poslovima sastavili za to nadležno tijelo ili javni bilježnik u granicama svoje ovlasti i u propisanom obliku, ako sadrže sve što se zahtijeva za uknjižbu na temelju privatnih isprava". Javni bilježnik odgovoran je i za sadržaj i za oblik javne isprave koju je sastavio i na temelju koje zemljišnoknjižni sud odlučuje o upisu hipoteke.

5. Namirenje predlagatelja osiguranja nakon dospjelogosti osigurane tražbine

Određivanje i provedbu ovrhe kada je u pitanju sudsko založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka regulirano je odredbama čl. 305. OZ-a. Navedeni članak propisuje da će sud, nakon što utvrdi da je sudski sporazum o osiguranju postao ovršan, rješenjem o ovrsci odrediti i provesti ovrhu na predmetu osiguranja prema odredbama OZ-a o ovrsci na pojedinom predmetu osiguranja, tako i na nekretninama. Zabilježba ovrhe na nekretnini ima pravni učinak od dana uknjižbe založnog prava na nekretnini u postupku osiguranja.

U postupku ovrhe radnje kojima je založno pravo stečeno neće se ponavljati nego će imati pravni učinak od stjecanja založnog prava u postupku osiguranja. U ovršnom postupku na temelju sporazuma o osiguranju ne primjenjuju se odredbe OZ-a o zaštiti ovršenika, o izuzeću od ovrhe i ograničenju ovrhe na određenim predmetima ovrhe.

Kad je riječ o javnobilježničkom založnopravnom osiguranju na temelju sporazuma stranaka, čl. 308., st. 1. OZ-a propisuje da se na javnobilježničko osiguranje na odgovarajući način primjenjuju odredbe čl. 300. - 306. OZ-a, osim odredbe čl. 305., st. 1. OZ-a o rješenju o osiguranju.⁶ To znači da se namirenje na temelju javnobilježničkog sporazuma o osiguranju zasnivanjem založnog prava provodi samo u sudskom ovršnom postupku.⁷

II. JAVNOBILJEŽNIČKO OSIGURANJE TRAZBINA PRIJENOSOM VLASNIŠTVA STVARI

1. Uvod

Jedna od najvećih novosti OZ/96 bilo je uvođenje instituta osiguranja na temelju sporazuma stranaka prijenosom vlasništva stvari i prijenosom prava, odnosno fiducijarnog prijenosa radi osiguranja. Za razliku od založnog prava bila je riječ o institutu koji je bio potpuna novina u našem pravnom sustavu do tada. U osnovi riječ je o dobrovoljnom osiguranju novčane ili nenovčane tražbine kojim dužnik bezuvjetno prenosi na vjerovnika vlasništvo stvari,

⁶ To rješenje može donijeti samo sud.

⁷ Isto je bilo i prema OZ/96 i OZ/10.

odnosno pravo radi osiguranja tražbine. Nakon dospjelosti tražbine vjerovnik se može namiriti u postupku izvansudskog namirenja tako da proda stvar ili pravo, odnosno da na njima stekne punopravno vlasništvo, čime se smatra da je tražbina u cijelosti namirena. Isto tako, vjerovnik ima pravo da po dospjelosti tražbine traži predaju stvari u posjed. Tijekom važenja OZ/96 taj je institut zakonskim izmjenama i mijenjan i unapređivan. Najveći *udarac* pretrpio je izmjenama Ovršnog zakona iz 2003. godine (Narodne novine, br. 173/03, 194/03) kada je retroaktivnom primjenom spriječeno da vjerovnik u postupku namirenja stekne punopravno vlasništvo. U vrijeme važenja tog zakona institut je izgubio svoju snagu kao snažan instrument osiguranja. Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona koji je stupio na snagu 28. srpnja 2005. (Narodne novine, br. 88/05) vratio je raniji koncept fiducijarnog osiguranja koji je gotovo u cijelosti zadržao i OZ.

Nakon stupanja na snagu ZV-a 1. siječnja 1997. u stručnoj pravničkoj javnosti povedena je rasprava jesu li stupanjem na snagu toga zakona prema načelu *lex posterior derogat legi priori* prestale vrijediti odredbe o fiducijarnom prijenosu vlasništva, odnosno prava tada važećeg Ovršnog zakona. Može se reći da u pravnoj teoriji još uvijek ima o tome spora. Sudska praksa je, čini se, *presudila* u korist odredaba o fiducijarnom osiguranju tražbina onako kako je propisano odredbama OZ-a te se, stoga, u ovom radu obrađuje institut fiducijarnog osiguranja tražbina prema OZ-u.

I taj institut osiguranja OZ prije svega uređuje kao sudsko osiguranje u glavi tridesetoj, čl. 309. - 326. OZ-a, a čl. 327. OZ-a propisuje odgovarajuću primjenu odredaba o sudskom osiguranju na javnobilježničko osiguranje tražbine prijenosom vlasništva na stvari, prijenosom prava, odnosno prijenosom dionice, udjela ili poslovnog udjela u trgovačkom društvu. Ovaj rad razmatra osiguranje prijenosom vlasništva na nekretnini koje je u javnobilježničkoj praksi i najčešće.

2. Sporazum o osiguranju

Oblik sporazuma. Sporazum o osiguranju tražbine prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava stranke mogu sklopiti pred sudom u obliku sudskog zapisnika ili kod javnog bilježnika u obliku javnobilježničkog akta, odnosno solemnizirane privatne isprave. Specifičnost je tog instituta osiguranja da se, neovisno o tome je li sporazum sklopljen pred sudom ili kod javnog bilježnika, nakon dospjelosti tražbine postupak namirenja vjerovnika provodi uvijek kao

izvansudsko namirenje i uz sudjelovanje javnog bilježnika u pojedinim fazama namirenja.

Propisani oblik sporazuma uvjet je za njegovu valjanost i samo tada sporazum ima pravne učinke sudske nagodbe i ovršne isprave. Svaka izmjena i dopuna sporazuma također mora biti u propisanom obliku da bi imala iste pravne učinke kao i sporazum, osim kada je OZ izričito drugo propisao (npr., prema čl. 315., st. 2. OZ-a dovoljna je i ovjera potpisa).

Sadržaj sporazuma. Sporazum o osiguranju tražbine prijenosom vlasništva stvari i prijenosom prava, neovisno o obliku u kojem je sklopljen, mora imati i odgovarajući sadržaj. Osim obvezatnih uglavaka koje mora imati, sporazum može sadržavati i druge uglavke kojima se utvrđuje volja stranaka kod sklapanja sporazuma pri čemu OZ omogućuje veliku slobodu ugovaranja.

Bitni elementi sporazuma o fiducijarnom osiguranju tražbine

Ugovorne strane. Ugovorne strane su u pravilu vjerovnik, predlagatelj osiguranja i dužnik, protivnik osiguranja. OZ predviđa da sporazumu može pristupiti i treća osoba, protivnik osiguranja, koja radi osiguranja tražbine koju vjerovnik ima prema dužniku prenosi vlasništvo svoje nekretnine na vjerovnika. Kod sklapanja sporazuma mora se kod svih potpisnika sporazuma nesporno utvrditi identitet, a zastupnici pravnih osoba moraju predložiti nesumnjive dokaze o ovlasti za zastupanje pravne osobe.

Predmet osiguranja. Predmet osiguranja su nekretnine na kojima se može prema zakonu zasnovati osiguranje. Vlasnici stvari su dužnik ili treća osoba koja za obvezu dužnika prenosi svoju nekretninu vjerovniku. Predmet osiguranja mora u sporazumu biti tako opisan da se uvijek na nesumnjiv način može utvrditi njegova istovjetnost.

Kada je predmet osiguranja nekretnina koja je upisana u zemljišne knjige, sporazum mora sadržavati klauzulu *intabulandi*, izjavu dužnika, odnosno treće osobe vlasnika nekretnine o tome da je suglasan da se neposredno na temelju sporazuma u zemljišnim knjigama obavi ugovoreni prijenos. Na temelju takva sporazuma vjerovnik je ovlašten zatražiti prijenos vlasništva na nekretnini s imena dužnika, odnosno treće osobe na svoje ime uz zabilježbu da je prijenos obavljen radi osiguranja tražbine. Vlasništvo radi osiguranja se nakon ispunjenja naprijed opisanih pretpostavaka stječe upisom u zemljišne knjige.

Kada je predmet osiguranja nekretnina koja nije upisana u zemljišne knjige, vlasništvo radi osiguranja stječe se polaganjem sporazuma u sud. Iako odredbom čl. 313., st. 1. OZ-a nije izričito propisano, trebalo bi tumačiti da je riječ o zemljišnoknjižnom sudu. To se odnosi samo na nekretnine koje se prema odredbama ZV-a o načelu jedinstva nekretnine i odredbi ZZK-a smatraju neupisanim. Nasuprot tomu, nekretnine koje su upisane u zemljišne knjige, ali su zemljišnoknjižni upisi glede njih nesređeni ne bi i dalje mogle biti predmetom tog osiguranja pa tako ni upisa u zemljišne knjige i evidencije bilo koje vrste.

Osigurana tražbina. Bitan sastojak sporazuma su podaci o tražbini koja treba biti određena ili određiva. Osigurati se može i buduća tražbina. Sporazum mora sadržavati odredbe o tome kada će osigurana tražbina dospjeti, odnosno kako će se njezino dospijće odrediti. Smatrat će se da su visina tražbine i vrijeme dospelosti određivi ako je u sporazumu naznačen okvirni iznos buduće tražbine koja se osigurava s obzirom na određeni pravni odnos ili više pravnih odnosa stranaka te ako su sporazumom vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine do visine okvirnog iznosa i vrijeme dospelosti (čl. 311. OZ-a). Utvrđivanje visine i dospelosti tražbine stranke mogu sporazumom urediti sukladno čl. 311., st. 3. OZ-a, ali i na drugi način. Taj drugi način potrebno je u sporazumu detaljno i precizno urediti te tako otkloniti rizik kasnijeg različitog tumačenja istih odredaba.

Osigurana tražbina može biti novčana i nenovčana. Kada se sporazumom ugovara osiguranje nenovčane tražbine, u sporazumu mora biti određena novčana protuvrijednost osigurane tražbine. Nakon dospelosti vjerovnik može na temelju sporazuma i odredaba OZ-a o fiducijarnom osiguranju tražiti ostvarenje svojeg prava na namirenje u obliku novčane protuvrijednosti nenovčane tražbine. Osim tog prava, vjerovnik ima pravo ostvarivati nenovčanu tražbinu u sudskom ovršnom postupku.

Ostali uglavci sporazuma

Osim bitnih sastojaka koje sporazum o osiguranju mora imati, OZ je strankama dao slobodu ugovaranja tako da mogu detaljno urediti svoje odnose, i one u trenutku sklapanja sporazuma i one koji mogu nastati nakon dospelosti tražbine i u postupku namirenja vjerovnika. Neke od tih odredaba mogu biti i drukčije nego to OZ propisuje za fiducijarno osiguranje.

Ovrha radi predaje u posjed. Sporazumom se dužnik, odnosno treća osoba može suglasiti da vjerovnik na temelju tog sporazuma može nakon dospelosti tražbine tražiti sudsku⁸ ovrhu radi ispražnjenja i predaje nekretnine u posjed ili predaju pokretnine u posjed. Vjerovnik je ovlašten tražiti predaju u posjed samo radi prodaje tih stvari. Predaju u posjed stranke mogu ugovoriti, sporazumom ili naknadno, pri čemu je za pravnu snagu takve naknadne isprave dovoljno da je na njoj ovjerovljen potpis dužnika, odnosno treće osobe vlasnika nekretnine (čl. 310., st. 2 i 318. OZ-a).

Zabrana daljnjeg opterećenja. Kada je predmet osiguranja nekretnina, prema odredbi čl. 319. OZ-a dužnik je ovlašten bez suglasnosti vjerovnika nekretninu na kojoj je vlasništvo radi osiguranja preneseno opteretiti hipotekom u korist nekog drugog vjerovnika ako ugovorne strane kod sklapanja sporazuma ne ugovore zabranu daljnjeg opterećenja iste nekretnine.

O zabrani daljnjeg opterećenja stranke se mogu suglasiti i naknadnim sporazumom sastavljenim na jedan od načina predviđenih za sklapanje sporazuma (sudski zapisnik, javnobilježnički akt ili solemnizirana privatna isprava). Dakle, OZ nije izričito propisao pravo stranaka da ugovore zabranu daljnjeg opterećenja nego je to učinio neizravno u odredbama o hipoteci. Da bi takva zabrana imala učinak prema trećima, ona mora biti upisana u zemljišnu knjigu. Čini se da OZ ne sadrži dovoljno odredaba o tome da bi se ta zabrana mogla upisati u zemljišne knjige. Tako bi se moglo zaključiti čitanjem čl. 319., st. 1. OZ-a. Prema odredbi čl. 34., st. 2. ZV-a vlasnik nekretnine može pravnim poslom odrediti zabranu otuđenja ili opterećenja svoje stvari u korist bračnog druga, djeteta, roditelja, posvojenika ili posvojitelja. Dakle, riječ je o uskom krugu osoba u koje u najvećem broju slučajeva ne pripadaju ugovorne strane sporazuma o fiducijarnom osiguranju tražbine. Praksa zemljišnoknjižnih sudova, međutim, različita je te postoje odluke kojima su pojedini zemljišnoknjižni sudovi dopuštali upis zabrane otuđenja i opterećenja u korist šireg kruga osoba nego je to propisano ZV-om i prije nego je to propisano odredbama OZ-a. I u osiguranjima koja su nastala primjenom OZ/96 sudska je praksa, kada bi stranke takvu zabranu ugovorile, dopuštala upis takve zabilježbe u zemljišne knjige. Očekuje se da će zemljišnoknjižni sudovi s takvom praksom nastaviti i dalje.

Način korištenja. Ako sporazumom nije ništa predviđeno, dužnik, odnosno treća osoba ovlašteni su i dalje koristiti nekretninu čije je vlasništvo preneseno. Sporazumom stranke mogu ugovoriti da vjerovnik koristi nekretninu vlasništvo

⁸ U tom slučaju OZ zadržava nadležnost suda kad je riječ o ovrsi na temelju sporazuma o osiguranju.

koje je na njega preneseno radi osiguranja. U tom slučaju u sporazumu ne bi bilo dovoljno samo konstatirati to pravo vjerovnika nego ga je potrebno precizno definirati sa svim eventualnim ograničenjima koja su stranke ugovorile. Pravo vjerovnika na korištenje nekretnine stranke mogu ugovoriti i naknadnim sporazumom u obliku javne isprave ili privatne isprave na kojoj je potpis stranaka javno ovjeren.

Vrijednost predmeta osiguranja. Sporazumom bi stranke mogle utvrditi vrijednost nekretnine kao predmeta osiguranja koja bi bila mjerodavna za utvrđivanje vrijednosti po kojoj bi se ona prodavala na javnoj dražbi nakon dospjelosti tražbine. Moglo bi se ugovoriti i kako će se utvrditi vrijednost nekretnine.

Nedopušteni uglavci

Prema odredbi čl. 21., st. 2. OZ-a na materijalnopravne pretpostavke i posljedice provedbe ovršnog postupka i postupka osiguranja na odgovarajući se način primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju stvarna prava, odnosno obvezni odnosi. Kada je riječ o fiducijarnom osiguranju, vrijede odredbe ZV-a pod uvjetom da OZ izričito ne uređuje određeni odnos, stoga je nužno voditi računa da, uz veliku slobodu ugovaranja, postoje i nedopušteni uglavci. Riječ je u biti o istim uglavcima koji nisu dopušteni ni kod hipotekarnog osiguranja.

Naknadni sporazum

Budući da sporazum o fiducijarnom prijenosu vlasništva predstavlja bezuvjetan prijenos vlasništva s dužnika, odnosno treće osobe (fiducijanta) na vjerovnika (fiducijara), prema odredbama ranijih zakonskih rješenja nije bilo moguće da jednom preneseni predmet osiguranja posluži i za osiguranje drugih tražbina istog vjerovnika prema istom dužniku. U praksi je to značilo da dužnik više nije mogao koristiti već preneseni predmet osiguranja za osiguranje i drugih tražbina, neovisno o odnosu vrijednosti predmeta osiguranja i visine osigurane tražbine.

Taj je problem riješen novelom Ovršnog zakona iz 2005. godine.⁹ Čl. 314. OZ-a izričito dopušta da preneseno vlasništvo na stvari posluži kao osiguranje i

⁹ Članak 247.d OZ/96 (Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Narodne novine, br. 88/05).

za neku drugu tražbinu između istih stranaka. U slučaju da je riječ o nekretnini upisanoj u zemljišne knjige, na temelju naknadnog sporazuma u zemljišnim knjigama zabilježiti će se da je vlasništvo na nekretnini preneseno i radi osiguranja neke druge tražbine.

Prednosni red osiguranja takve tražbine računat će se prema vremenu za koje se prema pravilima zemljišnoknjižnog prava uzima da je mjerodavno za upis naknadne zabilježbe. Kako OZ drugih izričitih odredaba o upisu u zemljišne knjige nema, za određivanje prednosnog reda vrijede odredbe ZZK (čl. 45. *sqq.*) koje reguliraju prvenstveni red upisa u zemljišnu knjigu. Naknadni sporazum stranke sklapaju na neki od načina predviđenih za sklapanje osnovnog sporazuma.

3. Prava i obveze ugovornih strana sporazuma o osiguranju

Pravo vjerovnika na namirenje

Prvo, vjerovnik ima pravo namiriti svoju tražbinu nakon njezine dospelosti. On to prema odredbama OZ-a može ostvariti prodajom nekretnine, a namiriti se može i tako da postane punopravni vlasnik nekretnine.

Pravo vjerovnika da proda nekretninu. Prodaja nekretnine je postupak kojim vjerovnik namiruje svoju tražbinu koju ima prema dužniku, a koju je osigurao prijenosom vlasništva nekretnine. Sukladno odredbi čl. 316. OZ-a vjerovnik je ovlašten otuđiti na njega prenesenu nekretninu nakon dospelosti svoje tražbine. On to može i prije dospelosti tražbine. I otuđenje nekretnine prije dospelosti tražbine je pravno valjano, ali vjerovnik odgovara dužniku, odnosno trećoj osobi koja je raspolagala svojim pravom u korist dužnika za štetu ako mu je takvim otuđenjem prouzročio štetu. Okolnost da su otuđenje stvari ili prava na koje vjerovnik nije bio ovlašten pravno valjani ne isključuje i kaznenu odgovornost osoba koje su sudjelovale u takvu otuđenju. U svakom slučaju, vjerovnik može unovčiti predmet osiguranja, nekretninu, samo preko javnog bilježnika. Određivanjem unovčenja predmeta osiguranja samo preko javnog bilježnika željelo se, koliko je to moguće, onemogućiti zloupotrebu prava iz tog članka na štetu dužnika (fiducijanta). Odredbom čl. 316., st. 5. OZ-a predviđena je i mogućnost kaznene odgovornosti svih osoba, dakle i javnog bilježnika, koji su sudjelovali u takvoj prodaji.

Sam način prodaje predmeta osiguranja, i u postupku namirenja tražbine nakon njezine dospelosti i u slučaju prodaje stvari ili prava prije dospelosti

osigurane tražbine, a ponovno u cilju zaštite prava dužnika (fiducijanta), uređen je odredbom čl. 317. OZ-a. Na prodaju nekretnine glede načina njezine provedbe, a osobito prodajne cijene na odgovarajući se način primjenjuju pravila o prodaji, odnosno unovčenju nekretnine osiguranja kao predmeta ovrhe u ovršnom postupku.

Prodaja nekretnine obavlja se usmenom javnom dražbom. Javni bilježnik dužan je utvrditi i oglasiti uvjete prodaje. Na prvoj dražbi nekretnina se ne može prodati ispod dvije trećine utvrđene vrijednosti. Na drugoj dražbi nekretnina se ne može prodati ispod jedne polovine utvrđene vrijednosti (čl. 102. OZ-a). Utvrđivanje vrijednosti nekretnine propisano je čl. 92. OZ-a.¹⁰ OZ sada propisuje ovlaštenje suda da zaključkom, nakon ročišta na kojemu je strankama omogućeno da sporazumno odrede njezinu vrijednost, utvrdi vrijednost nekretnine. Stranke mogu o tome priložiti odgovarajuće dokaze, a sud može i od porezne uprave zatražiti podatke o stanju na tržištu nekretnina. U postupku prodaje nekretnine na dražbi koju je oglasio javni bilježnik bila bi mjerodavna vrijednost nekretnine koju su stranke utvrdile sporazumom. Ako sporazum ne sadrži takvu odredbu, smatramo da bi javni bilježnik morao postupati po naprijed opisanim odredbama čl. 92. OZ-a.

Postavlja se pitanje kako će u postupku prodaje prema čl. 317. OZ-a javni bilježnik, osobito glede načina provedbe prodaje i prodajne cijene, na odgovarajući način primjenjivati pravila o prodaji, odnosno unovčenju predmeta osiguranja kao predmeta ovrhe u ovršnom postupku. Prema mišljenju autora, javni bilježnik bi u postupku prodaje nekretnine, ako sam sporazum o osiguranju ne sadrži takvu odredbu, svakako trebao omogućiti strankama da sporazumno odrede vrijednost nekretnine. To bi se moglo utvrditi na zapisnik pred javnim bilježnikom ili bi stranke mogle dostaviti pisani sporazum o vrijednosti. Ako sporazuma nema, javni bilježnik će pozvati vjerovnika, predlagatelja osiguranja da predujmi iznos potrebnih troškova i pozvati ovlaštenog sudskog vještaka da odredi vrijednost nekretnine. Pritom bi trebalo svakako upozoriti stranke da izostanak sporazuma o utvrđivanju vrijednosti nekretnine uvećava ukupne javnobilježničke i druge troškove koje treba naknaditi tijekom prodaje.

Kada se predmet osiguranja prodaje putem javne dražbe, javni bilježnik dužan je o tome obavijestiti dužnika na adresu iz sporazuma. Prodaja će se obaviti neovisno o tome je li ta obavijest dostavljena dužniku. Nakon provedene dražbe i pologa kupovnine javni će bilježnik sklopiti u obliku javnobilježničkog

¹⁰ Izmijenjene odredbe u odnosu na raniji čl. 87. OZ/96.

akta u ime predlagatelja osiguranja s kupcem ugovor o prodaji. Dakle, prema izričitoj zakonskoj odredbi o prodaji nekretnine ugovor mora biti sklopljen u obliku javnobilježničkog akta (čl. 317., st. 3. OZ-a). Ugovor mora sadržavati ovlaštenje kupca da prigodom upisa svojeg prava vlasništva u zemljišnim knjigama ishodi i brisanje zabilježbe da je nekretnina bila prenesena radi osiguranja i zabilježbe o naknadnom sporazumu.

Kod polaganja kupovnine OZ nije ništa posebno propisao pa smatramo da bi trebalo postupati tako da kupac kupovninu nakon dražbe u određenom roku uplati na račun javnog bilježnika za druge osobe. O samom postupku namirenja OZ nije u slučaju fiducijarnog osiguranja propisao drugo nego je uputio na odgovarajuću primjenu odredaba OZ-a o prodaji, odnosno unovčenju predmeta ovrhe u ovršnom postupku.

Pravo vjerovnika na stjecanje punopravnog vlasništva. Čl. 322. OZ-a regulira postupak kada vjerovnik nakon dospelosti tražbine ne pokrene postupak prodaje na temelju odredaba čl. 316. i 317. OZ-a nego pokrene postupak kojim poziva dužnika da sam proda nekretninu vlasništvo koje je preneseno radi osiguranja i potom namiri dospjelu tražbinu. Ovisno o ponašanju dužnika u postupku i eventualnoj realizaciji prodaje vjerovnik u tom postupku može steći i punopravno vlasništvo te nekretnine. Vjerovnik je ovlašten zatražiti od dužnika, nakon dospelosti osigurane tražbine, i to preko javnog bilježnika, da ga u roku od 30 dana preko istog javnog bilježnika obavijesti zahtijeva li da se prenesena nekretnina unovči preko javnog bilježnika uz upozorenje o pravnim posljedicama neočitovanja. Postupajući po tom zahtjevu, u obavijesti koju povodom zahtjeva dostavlja javnom bilježniku, dužnik mora odrediti najnižu cijenu po kojoj se nekretnina može prodati, imenovati javnog bilježnika koji će tu prodaju obaviti i priložiti izjavu imenovanog javnog bilježnika da je voljan obaviti prodaju te da će od iznosa dobivenog prodajom prethodno namiriti tražbinu s kamatama i troškovima te porez na promet. Najniža cijena koju dužnik može odrediti ne smije biti niža od osigurane tražbine uvećane za kamate i troškove vjerovnika koji će predvidivo dospjeti do isteka roka u kojem javni bilježnik mora prodati nekretninu. Kada primi gornju obavijest dužnika, vjerovnik je dužan u roku od 15 dana ovlastiti po dužniku imenovanog javnog bilježnika da proda nekretninu uz uvjete koje je odredio dužnik i predujmiti troškove prodaje koje je odredio javni bilježnik. To ovlaštenje po svojoj je pravnoj prirodi punomoć vjerovnika javnom bilježniku za poduzimanje pravnih poslova i radnja u postupku prodaje. Prije nego vjerovnik to učini, neće početi teći rok od tri mjeseca u kojem javni bilježnik prodaje predmet osiguranja.

Odredbe čl. 322. OZ-a ne sadrže izričit nalog kako će javni bilježnik prodavati nekretninu, stoga javni bilježnik nekretninu ne bi morao nužno prodavati tako kako je propisano u čl. 317. OZ-a nego bi to mogao prodavati na neki drugi zakonom dopušten način, npr., prikupljanjem ponuda preko ovlaštenih osoba za promet određenih predmeta osiguranja i sl. Kako se ta prodaja obavlja prema zahtjevu i uvjetima koje je odredio dužnik, smatramo da je on kao aktivni sudionik u prodaji dovoljno zaštićen ako se prodaja nekretnine obavlja i na drugi način, a ne javnom dražbom prema pravilima sudskog ovršnog postupka. Ako javni bilježnik ne uspije prodati nekretninu u roku od 3 mjeseca, smatrat će se da se dužnik odrekao prava tražiti prodaju, a o neuspjehu prodaje javni je bilježnik dužan obavijestiti vjerovnika i izdati mu o tome potvrdu u roku od 8 dana.

Kada prodaja ne uspije, odnosno ako ju po naprijed opisanim odredbama dužnik nije ni zatražio, smatrat će se da je vjerovnik postao punopravni vlasnik nekretnine, i to za cijenu koja odgovara iznosu osigurane tražbine s kamatama i troškovima te porezima. Time se osigurana tražbina smatra u cijelosti namirenom. Poreze i druga propisana davanja kod takva stjecanja vlasništva plaća vjerovnik sukladno poreznim propisima. I o tome da je stekao punopravno vlasništvo vjerovnik će zatražiti potvrdu od javnog bilježnika. Potvrdu da je stekao punopravno vlasništvo jer dužnik nije u roku zatražio da se nekretnina proda dužan mu je izdati javni bilježnik koji je uputio zahtjev dužniku da ga obavijesti traži li prodaju. Potvrdu da je punopravno vlasništvo vjerovnik stekao jer javni bilježnik nije u roku od tri mjeseca uspio prodati nekretninu dužan mu je izdati javni bilježnik koji je pokušavao prodati nekretninu.

Čl. 322., st. 10. OZ-a propisano je da vjerovnik može odustati od postupka pokrenutog na temelju odredaba istog članka sve dok javni bilježnik ne proda predmet osiguranja, ali je u tom slučaju dužan naknaditi sve troškove koje su povodom tog postupka imali dužnik, javni bilježnik i druge osobe. OZ nema izričitog propisa o tome ima li vjerovnik u slučaju odustanka od postupka prema čl. 322. OZ-a pravo pokrenuti postupak prodaje predmeta putem javnog bilježnika na način opisan u čl. 316. i 317. OZ-a. Prema nekim tumačenjima, kada je pokrenuo postupak namirenja prema čl. 322. OZ-a, vjerovnik je iscrpio pravo izbora načina namirenja i ne bi mogao odustati od tog postupka da bi započeo prodaju radi namirenja. Prema mišljenju autora ovog rada takvo je tumačenje u suprotnosti sa samom svrhom osiguranja, a to je namirenje vjerovnika ako mu tražbina ne bude na vrijeme namirena pa bi, stoga, trebalo omogućiti vjerovniku da, kada odustane od tog postupka, može prodavati predmet osiguranja radi namirenja dospjele tražbine onako kako propisuju odredbe čl. 316. i 317. OZ-a.

U tom slučaju svakako ostaje obveza vjerovnika da dužniku namiri troškove.¹¹ Na temelju potvrde o punopravnom stjecanju vlasništva nekretnine vjerovnik je ovlašten tražiti ovrhu radi predaje nekretnine u posjed. Također je ovlašten tražiti brisanje hipoteke ako je ona upisana u skladu s odredbom čl. 319. OZ-a. Dakle, isprava za upis punopravnog vlasništva, odnosno brisanje hipoteke je potvrda javnog bilježnika koju vjerovnik mora priložiti svom zahtjevu kao javna isprava.

Druga prava i obveze ugovornih stranaka

Pravo na korištenje stvari ili vršenje prava. Čl. 315. OZ-a prepušteno je vjerovniku i dužniku da sporazumom urede način korištenja nekretnine na koju je preneseno vlasništvo radi osiguranja. Ako takvim sporazumom nije drukčije određeno, dužnik je ovlašten i dalje koristiti tu nekretninu.

Pravo dužnika da optereti nekretninu hipotekom. Dužnik, odnosno treća osoba (fiducijant) ovlašteni su i bez pristanka predlagatelja osiguranja prenesenu nekretninu opteretiti hipotekom u korist nekog drugog vjerovnika ako u zemljišnoj knjizi nije zabilježena zabrana opterećenja na temelju sporazuma o fiducijarnom osiguranju koji su sklopile stranke. Hipoteka se upisuje u zemljišne knjige na temelju odgovarajuće isprave sukladno odredbama zemljišnoknjižnog prava ako bi se kao takva mogla upisati da do prijenosa vlasništva nije došlo (čl. 319., st. 2. OZ-a). Ta je odredba u suprotnosti s načelom zemljišnoknjižnog prava prema kojem su upisi u zemljišnu knjigu dopušteni samo protiv osobe koja je u času podnošenja prijedloga upisana kao vlasnik zemljišta ili nositelj prava glede kojega se upis zahtijeva (čl. 40. ZZK-a). U praksi zemljišnoknjižni sudovi provode upis takve hipoteke postupajući prema odredbi čl. 319. OZ-a. I nakon zasnivanja te hipoteke fiducijarni vjerovnik i dalje ima pravo raspolagati nekretninom kao da hipoteka nije upisana.

U slučaju izvansudske prodaje nekretnine javni bilježnik koji provodi prodaju dužan je o tome obavijestiti novog hipotekarnog vjerovnika i dužnika, ali će se prodaja obaviti neovisno je li im ta obavijest dostavljena. Iz iznosa dobivenog prodajom najprije se namiruje tražbina vjerovnika fiducijara, a zatim tražbina hipotekom osiguranog vjerovnika. Preostali se iznos predaje dužniku (fiducijantu). Iako odredbama OZ-a to nije izriječno propisano, i vjerovnik bi mogao nekretninu na kojoj je vlasništvo na njega preneseno radi osiguranja opteretiti

¹¹ Te troškove vjerovnik ne bi smio zaračunati kasnije u postupku prodaje.

hipotekom u korist nekog svog vjerovnika bez suglasnosti dužnika, odnosno treće osobe jer se u slučaju fiducijarnog osiguranja radi o bezuvjetnom prijenosu vlasništva. Takva mogućnost proizlazi i iz odredaba OZ-a prema kojima je i prodaja nekretnine prije dospelosti pravno valjan posao.

Pravo dužnika da zahtijeva prodaju predmeta osiguranja. Dužniku prema izričitoj odredbi čl. 325. OZ-a pripada i pravo da sam zahtijeva prodaju nekretnine koja je predmet osiguranja.¹² Prodaju nekretnine dužnik može tražiti nakon dospelosti tražbine sve dok tražbina nije u cijelosti namirena. Unovčenje se provodi uz odgovarajuću primjenu pravila o unovčenju koja su propisana za slučaj kada unovčenje traži vjerovnik (čl. 316. i 317. OZ-a). Troškove prodaje u tom slučaju predujmljuje dužnik.

Pravo vjerovnika na preuzimanje posjeda stvari. Pod uvjetom da sporazum o osiguranju tražbine fiducijarnim prijenosom stvari sadrži takav uglavak, predlagatelj osiguranja ovlašten je zatražiti ovrhu radi ispražnjenja i predaje nekretnine u posjed, ali samo radi njihove prodaje (čl. 318. OZ-a). Prema toj odredbi preuzimanje posjeda vjerovnik može tražiti samo radi prodaje nekretnine. Za pokretanje ovršnog postupka za preuzimanje posjeda nekretnine dovoljno je da je osigurana tražbina dospjela, a vjerovnik pritom ne bi morao dokazivati da je pokrenuo i postupak za prodaju. Ovršna isprava na temelju koje bi vjerovnik u sudskom ovršnom postupku mogao tražiti ovrhu radi preuzimanja posjeda nekretnine je sporazum stranaka u propisanom obliku i odgovarajućeg sadržaja s potvrdom o dospelosti osigurane tražbine.¹³ Pitanje je hoće li ovršni sud, rješavajući u ovršnom postupku, tražiti da vjerovnik na nesumnjiv način dokaže da će stvar prodavati, odnosno da je pokrenuo prodaju. Zahtjev za ovrhu radi predaje u posjed vjerovnik može tražiti i na temelju čl. 322., st. 11. OZ-a nakon što postane punopravni vlasnik nekretnine, ali tada je javna isprava na temelju koje će to tražiti potvrda javnog bilježnika iz čl. 322., st. 8. OZ-a.

4. Povrat vlasništva

Nakon što dužnik u roku ispuni svoju obvezu ili ako osigurana tražbina prestane na neki drugi način, vjerovnik je dužan bez odgode vratiti dužniku,

¹² Do izmjena OZ-a iz 2005. dužnik nije imao tu mogućnost.

¹³ Prijedlog za tu ovrhu vjerovnik kao ovršitelj podnosi mjesno i stvarno nadležnom (općinskom) sudu.

odnosno trećem vlasništvo nekretnine koje je stekao radi osiguranja. U slučaju djelomičnog ispunjenja obveze vjerovnik nije dužan vraćati razmjerni dio vlasništva. Vjerovnik vlasništvo vraća odgovarajućim ispravama na temelju kojih dužnik može ponovno steći preneseno vlasništvo nekretnine. Ako vjerovnik ne ispuni obvezu vraćanja vlasništva nekretnine, dužnik ima prema njemu obveznopravni zahtjev za izvršenjem radnja potrebnih da bi dužnik ponovno stekao vlasništvo te nekretnine.

OZ ne propisuje posebno oblik i sadržaj isprave o vraćanju vlasništva nekretnine. Takva isprava sukladno propisima obveznog prava mora biti u pisanoj formi, može biti privatna ili javna. Da bi zemljišnoknjižni sud proveo brisanje, moraju biti ispunjeni svi posebni uvjeti propisani ZZK-om i Zemljišnoknjižnim poslovníkom.

5. Porezi i druga javna davanja

Na prijenos vlasništva nekretnine radi osiguranja ne plaćaju se porezi na promet, porez na dodanu vrijednost i drugi porezi te javna davanja koji se inače plaćaju prigodom prijenosa vlasništva drugim pravnim poslovima. Ti se porezi ne plaćaju ni u slučaju vraćanja vlasništva nakon što je tražbina namirena. Porezi i davanja plaćaju se u slučaju kada vjerovnik postane punopravni vlasnik nekretnine i tada je obveznik plaćanja poreza vjerovnik. Kada se nekretnina proda u postupku namirenja, porezni obveznik je kupac nekretnine. Porezne obveze, njihove vrste, način obračuna i potrebne isprave radi obračuna poreza propisane su poreznim propisima.

6. Ovrha ili stečaj nad vjerovnikom

Osigurana tražbina ulazi u imovinu vjerovnika i nad njom se može provoditi ovrha ili može biti predmet unovčenja u stečaju, ali se pritom na stjecatelja prenosi onoliko prava koliko je imao sam vjerovnik. U slučaju ovrhe ili stečaja protiv vjerovnika predmet ovrhe ili prodaje u stečaju je pravo koje je vjerovnik stekao na predmetu osiguranja, dakle prijenos vlasništva radi osiguranja. U slučaju prodaje predmeta osiguranja kupac stječe pravni položaj predlagatelja osiguranja i može se naplatiti prema odredbama koje vrijede za predlagatelja osiguranja (izlučno pravo, čl. 321. OZ-a). Izlučno pravo dužnika sastoji se u

pravu na obveznopravni zahtjev da nakon ispunjenja obveze od kupca traži vraćanje prava vlasništva nekretnine.

7. Stečaj dužnika

Posebne odredbe o pravima vjerovnika na namirenje nakon što je nad dužnikom pokrenut stečajni postupak sadržane su u Stečajnom zakonu (Narodne novine, br. 44/96, 161/98, 29/99, 129/00, 123/03, 197/03, 187/04, 82/06, 117/08, 116/10, dalje u tekstu: SZ). Na temelju odredbe čl. 73. SZ-a nedospjele tražbine dospijevaju otvaranjem stečajnog postupka. Fiducijarni vjerovnik nakon otvaranja stečaja ima u postupku status razlučnog vjerovnika. Tako izričito propisuje čl. 81.a SZ-a prema kojem vjerovnik čija prava proizlaze iz sudskog ili javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva stvari ili prijenosom prava ima u stečaju pravni položaj razlučnog vjerovnika. Ostaje otvorenim pitanje kako će fiducijarni vjerovnik pokretati ovrhu radi namirenja svoje tražbine. Čini se da je i sudska praksa stečajnih sudova u tom pogledu različita. Prema nekim stajalištima fiducijarni vjerovnici su vjerovnici *sui generis* na prava kojih stečajni postupak ne bi trebao imati utjecaja.¹⁴ Fiducijarni vjerovnik nakon otvaranja stečaja nad dužnikom, prema stajalištu autora, ne bi smio steći punopravno vlasništvo na predmetu osiguranja jer bi to bilo u suprotnosti s čl. 164. SZ-a i u suprotnosti s njegovim u SZ-u definiranim položajem razlučnog vjerovnika.¹⁵

III. TREBA LI *DE LEGE FERENDA* MIJENJATI OVRŠNI ZAKON?

1. Založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka

Sudsko ili/i javnobilježničko osiguranje. Postupak osiguranja tražbina još uvijek je u nadležnosti sudova i javnih bilježnika (čl. 1. OZ-a). Predlagatelj zakona i zakonodavac nisu posebno obrazložili zadržavanje dosadašnjih rješenja kada je riječ o institutima sporazumnog osiguranja. Čini se da nema nekih posebnih razloga za takvo rješenje. Ako se želi što više rasteretiti sudove od provedbe

¹⁴ Orlić-Zaninović, S.; Mikinac, S., *Stečajni zakon*, II. izd., Zagreb, 2007., str. 40.

¹⁵ Stajalište je autora da se tijekom godina svakom izmjenom SZ-a otežava odvojeno namirenje razlučnih vjerovnika, a tako i fiducijarnih vjerovnika.

prisilnih ovrha, onda se postavlja opravdano pitanje je li u postupku osiguranja na temelju sporazuma stranaka nužna sudska nadležnost. Ona je i do sada propisana kao izborna uz javnobilježničku nadležnost za ta osiguranja. U praksi sudova do sada je bio neznatan broj predmeta u kojima su stranke radi sklapanja sporazuma o osiguranju zasnivanjem založnog prava tražile od suda da povodom njihova zahtjeva zakaže ročište i onda takav sporazum sklopile pred sudom u obliku sudskog zapisnika s učincima sudske nagodbe.

Od donošenja OZ/96 javni bilježnici su gotovo u cijelosti preuzeli poslove sklapanja sporazuma o osiguranju zasnivanjem založnog prava.¹⁶ Mišljenje je autora da je sazrelo vrijeme da se praksa unese i u zakonsko rješenje te da se sklapanje sporazuma o osiguranju novčane tražbine zasnivanjem založnog prava u OZ-u povjeri u isključivu nadležnost javnih bilježnika. To bi iziskivalo izmjenu odredaba sadržanih u Glavi dvadeset devetoj, čl. 299. do 308. OZ-a.¹⁷

Ovršno tijelo. Određivanje i provedbu ovrhe nakon dospelosti tražbine osigurane založnim pravom (neovisno o tome je li riječ o sudskom ili javnobilježničkom osiguranju) OZ i dalje ostavlja u isključivoj nadležnosti suda (čl. 305. u vezi s čl. 303. OZ-a). Autoru se nameće pitanje je li došlo vrijeme da se počne razmišljati da to osiguranje kao i namirenje vjerovnika koji ima javnobilježničku ispravu prijeđe u cijelosti u nadležnost javnih bilježnika. Javni bi bilježnici namirenje provodili primjenjujući odredbe OZ-a o namirenju u sudskom ovršnom postupku. Ovdje je riječ o osiguranju na temelju sporazuma stranaka gdje je već kod potpisa takva sporazuma dužnik pristao da će se nakon dospelosti tražbine vjerovnik namiriti prodajom predmeta osiguranja. Time bi se dodatno rasteretili sudovi.

2. Osiguranje prijenosom vlasništva stvari, odnosno prijenosom prava na temelju sporazuma stranaka

Sudsko i/ili javnobilježničko osiguranje. Postupak osiguranja tražbina ostao je i dalje u nadležnosti sudova i javnih bilježnika (čl. 1. OZ-a). Predlagatelj zakona i zakonodavac nisu posebno obrazložili zadržavanje dosadašnjih rješenja kada je riječ o institutima sporazumnog osiguranja.

¹⁶ Gotovo je uvijek riječ o solemnizaciji privatnih isprava.

¹⁷ Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka.

Od donošenja OZ/96 javni bilježnici su gotovo u cijelosti preuzeli poslove sklapanja sporazuma o osiguranju prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava.¹⁸ Mišljenje je autora da je kao i kod sporazumnih založnopравnih osiguranja sazrelo vrijeme da se pravna praksa unese u zakonsko rješenje te da se sklapanje sporazuma o osiguranju prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava u OZ-u povjeri u isključivu nadležnost javnih bilježnika. To bi značilo potrebu izmjene odredaba sadržanih u Glavi tridesetoj, čl. 309. do 327. OZ-a.¹⁹

Namirenje, ovršna tijela. Za razliku od određivanja i provedbe ovrhe radi namirenja vjerovnika u slučaju dospelosti tražbine osigurane založnim pravom²⁰, postupak namirenja dospjele tražbine osigurane prijenosom vlasništva, odnosno prava od donošenja OZ/96 u isključivoj je nadležnosti javnih bilježnika neovisno o tome jesu li sporazum o takvu osiguranju stranke sklopile pred sudom ili pred javnim bilježnikom. I OZ je u potpunosti zadržao isti pristup. Tijekom vremena taj se institut osiguranja promjenama zakona razrađivao i dograđivao tako da sada u praktičnoj primjeni ima znatno manje problema nego na početku primjene toga instituta prema OZ/96. Javni bilježnik u postupku namirenja vjerovnika čija je tražbina osigurana fiducijarnim prijenosom vlasništva nekretnine postupka primjenjujući na odgovarajući način odredbe OZ-a o prisilnom namirenju. Riječ je o postupku izvansudske ovrhe u kojem javni bilježnik postupa na temelju izričite zakonske ovlasti. Samim sporazumom o osiguranju ugovorne stranke pristaju na takvu nadležnost javnog bilježnika i javni bilježnik koji postupa u tim predmetima ne prestaje biti nepristrani povjerenik stranaka.²¹

3. Uređenje fiducijarnog osiguranja

Založnopравno osiguranje na temelju sporazuma stranaka uvedeno je u pravni sustav područja koje danas čini teritorij Republike Hrvatske Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku od 16. svibnja 1990.²²

¹⁸ Točnije je da taj institut osiguranja nikada (od 1996.) nije ni zaživio u sudskoj praksi.

¹⁹ Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava.

²⁰ Nadležan je sud prema čl. 305. OZ-a.

²¹ Tim više, prema mišljenju autora, nema zapreka da, kad je u pitanju založnopравno osiguranje, zakonodavac u budućnosti propiše nadležnost javnog bilježnika u postupku namirenja.

²² Sl. list SFRJ, br. 20/90.

Tada je to osiguranje regulirano isključivo kao sudski postupak u kojem su stranke na temelju sporazuma pred sudom mogle osigurati tražbine, a kao predmet osiguranja mogle su koristiti nekretnine i pokretnine. Kada je riječ o pokretninama, prvi put je omogućeno da one budu predmetom osiguranja bez predaje u posjed vjerovniku (bez tzv. ručnog zaloga). Tijekom devedesetih godina prošlog stoljeća u Republici Hrvatskoj u gospodarstvu je nastala potreba redigiranja instituta dobrovoljnog osiguranja i omogućavanja zasnivanja založnog prava na što većem broju različitih premeta osiguranja (osim nekretnina, pokretnina i različitih prava).²³

Donošenjem OZ/96 to je i učinjeno, ali je uveden i jedan do tada potpuno nepoznat institut osiguranja, institut fiducijarnog osiguranja.²⁴ Osnovni razlog zbog kojih je to učinjeno bilo su uvođenje mogućnosti osiguranja na pokretninama i pravima kao predmetima osiguranja tako da oni ostaju u posjedu i gospodarskoj eksploataciji dužnika. U tom trenutku, naime, postojeći propisi nisu predviđali dovoljno oblika sporazumnog osiguranja tražbina i njihovo efikasno namirenje nakon dospelosti. Drugi razlog uvođenja novog instituta bilo je ubrzanje postupaka namirenja vjerovnika jer su javni bilježnici jamčili efikasniji postupak u odnosu na sudove koji su tada bili opterećeni velikim brojem i ovršnih predmeta.²⁵ Tijekom godina stanje u hrvatskom pravosuđu se promijenilo, doneseni su i novi propisi, a danas je i gospodarsko okruženje u kojem sudovi i javni bilježnici djeluju bitno drukčije.

Stupanjem na snagu Zakona o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima (dalje u tekstu: ZU)²⁶ omogućen je upis sporazumnih osiguranja osnivanjem založnog prava na pokretninama i pravima te fiducijarnog osiguranja na tim predmetima osiguranja. Upis ima konstitutivan učinak za nastala osiguranja. Navedeni predmeti osiguranja i dalje ostaju u posjedu i gospodarskom korištenju dužnika. Time su otklonjeni prigovori nedovoljne publikacije tih osiguranja kao i nedovoljna zaštita vjerovnika koji ima takvo osiguranje u odnosu na treće osobe. Sada u Republici Hrvatskoj postoje propisani sustavi registracije, upisa založnih prava i fiducijarnog stjecanja vlasništva na nekretninama, pokretninama i pravima,

²³ I Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (Narodne novine, br. 53/91) i ZV (čl. 308.) ostali su, kad je riječ o pokretninama, na konceptu ručnog zaloga.

²⁴ Institut je uveden u skladu s njemačkom doktrinom i praksom koja taj institut ipak prije svega koristi kada je predmet osiguranja pokretnina.

²⁵ Danas (2012.) to više nije tako.

²⁶ Narodne novine, br. 121/05 od 17. 10. 2005.

stoga se čini da sada imamo dva paralelna sustava osiguranja na istim predmetima osiguranja koji se u realizaciji vrlo malo razlikuju.

I dalje stoji da javni bilježnici još uvijek u postupku namirenja postupaju brže nego sudovi (dostavljanje obavijesti, raspisivanje javne dražbe i sl.). Međutim, ako se promatra krajnji učinak tih postupaka koji bi trebao biti prodaja predmeta osiguranja i namirenje vjerovnika, teško je zaključiti da su i u tom dijelu postupka javni bilježnici efikasniji. U trenutačnom gospodarskom okruženju u kojem i sud i javni bilježnik nastoje prodati predmet osiguranja može se reći da su i jedni i drugi jednako neuspješni, ali ne svojom krivnjom. Osim toga, institut fiducijarnog osiguranja tražbina je visoko sofisticiran i njegova primjena iziskuje izvrsno educirane pravnike (i javne bilježnike) koji se njime bave. Sudska praksa taj institut osiguranja vrlo teško prihvaća i ne pokazuje potrebnu razinu razumijevanja toga instituta kada se u sudskom postupku utvrđuje valjanost sporazuma o fiducijarnom osiguranju. I same ugovorne strane vrlo se teško, unatoč objašnjenjima, suočavaju s činjenicom da mogu ostati bez vlasništva predmeta osiguranja (osobito kada je u pitanju nekretnina) neovisno o omjeru vrijednosti predmeta osiguranja i ukupnog duga (glavnica, kamate, troškovi).

Za razliku od založnog prava koje uvijek ima element akcesornosti, za fiducijarno osiguranje pravna teorija i pravna praksa o tome nemaju jedinstveno shvaćanje. U javnobilježničkoj praksi, međutim, svi sporazumi radi osiguranja prijenosom vlasništva ili prava vezani su uz osiguranje određene tražbine, dakle s karakteristikom akcesornosti kao i kod založnog prava. Fiducijarno vlasništvo je institut koji u sebi nosi određene proturječnosti. Unutarnja proturječnost tog instituta uvjetovana je njegovom fiducijarnom prirodom. Vjerovnik dobiva više nego je potrebno za njegovo osiguranje ili, kako se u švicarskom pravu slikovito kaže, fiducijar može više nego što smije. Vjerovnik (fiducijar) je formalnopravni vlasnik, ali je istovremeno dužnik (fiducijant) ostao ekonomski vlasnik. Ta situacija suprostavljenosti interesa fiducijara i fiducijanta doista stvara određenu napetost i uvjetuje određena *nesistematska* rješenja. U određenim se situacijama to sredstvo osiguranja tretira kao puno vlasništvo (ovršni postupak), a u određenim se situacijama daje prednost ekonomskoj biti instituta pa se tretira kao sredstvo osiguranja (stečajni postupak, namirenje).²⁷

Čini se da bi u budućnosti zakonodavac mogao razmisliti treba li fiducijarni prijenos kao institut dobrovoljnog osiguranja tražbina uopće zadržati u OZ-u,

²⁷ Povelakić, M., *Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003., str. 239.

odnosno treba li zadržati i institut fiducijarnog osiguranja prijenosom vlasništva na nekretninama.

4. Razvoj dobrovoljnih osiguranja

Nesumnjivo je da instituti dobrovoljnog osiguranja unapređuju gospodarske aktivnosti, pravnim i fizičkim osobama omogućavaju lakše pribavljanje sredstava za ostvarenje svojih ciljeva i, u konačnici, ukupan društveni napredak u svakoj zemlji pa tako i u Republici Hrvatskoj. Možda bi doprinos u razvoju instrumenata osiguranja bilo uvođenje instituta zemljišnog duga (njem. *Grundschuld*) za zasnivanje kojeg nije potrebno postojanje određene tražbine kao kod hipoteke. Bitan sadržaj instituta zemljišnog duga je namirenje određenog novčanog iznosa iz vrijednosti opterećene nekretnine. To je ujedno i osnovna gospodarska svrha zemljišnog duga za razliku od hipoteke kojoj je osnovna i jedina svrha osiguranje određene tražbine.²⁸ To je osiguranje koje ne uključuje akcesornost za svoju valjanost te bi u tom smislu, prije svega, pravna teorija mogla razmotriti treba li unijeti taj institut u hrvatski pravni sustav. To bi trebala biti temeljito promišljena odluka i stoga jer taj institut u našem pravnom sustavu nema tradiciju i gotovo je u potpunosti nepoznat.²⁹ Protiv tog je osiguranja (kao neakcesornog, apstraktnog) i trenutačna gospodarska kriza u svijetu. Mnogi upravo u pomanjkanju akcesornosti kod ugovorenih osiguranja vide i neke od razloga nastanka krize.

IV. ZAKLJUČNO

Prije početka pisanja ovog rada autor je dao sebi u zadatak ispunjenje dvaju ciljeva. Prvi je bio razraditi instrumente dobrovoljnog osiguranja na nekretnini kao predmetu osiguranja prema novom OZ-u koji je na snazi od 15. listopada 2012. i uputiti na neke promjene u odnosu na dosadašnji zakon te neke nedosljednosti zbog kojih bi moglo doći do problema u primjeni odredaba o dobrovoljnom založnopravnom i fiducijarnom osiguranju u javnobilježničkoj praksi.

²⁸ Josipović, T., *U potrazi za eurohipotekom*, u: Liber amicorum Nikola Gavella, Zagreb, 2007., str. 252.

²⁹ I fiducijarno osiguranje je institut koji je do 1996. bio potpuno nepoznat u RH.

Tijekom primjene uočeno je da ta osiguranja, neovisno što ih svi dosadašnji zakoni, pa i važeći, propisuju kao sudska, u praksi egzistiraju gotovo isključivo kao javnobilježnička. Ne bi li trebalo učiniti korak dalje pa propisati da je riječ o javnobilježničkim osiguranjima na temelju sporazuma stranaka koja bi u svakom pogledu bila u nadležnosti javnih bilježnika? Moguće je, naravno, propisati određenu kontrolu suda, ali bi se time, prema mišljenju autora, učinio još jedan korak u smjeru rasterećenja sudova. Autor to mišljenje temelji na tome što u tim slučajevima stranke mogu sporazumom unaprijed dogovoriti svoje odnose i postupanja te time u najvećoj mogućoj mjeri izbjeći sporove. Kako javni bilježnici u Republici Hrvatskoj imaju već dugogodišnje iskustvo i u postupcima osiguranja i postupcima namirenja osiguranih tražbina, autor smatra da bi zakonodavac u bližoj budućnosti trebao to razmotriti i iskoristiti respektabilne mogućnosti javnobilježničke službe koje ona već sada ima u području dobrovoljnog osiguranja.

Drugi zadatak autora bilo je iznošenje vlastitoga mišljenja³⁰ o pojedinim institutima osiguranja, i postojećima, i onima koji bi to možda mogli postati. Veliko će biti zadovoljstvo autora ako čitatelji procijene da je barem u jednom bio uspješan.

Summary

Jožica Matko Ruždjak*

SECURING CLAIMS BY MORTGAGE AND FIDUCIARY TRANSFER OF OWNERSHIP IN PROCEEDINGS BEFORE A NOTARY PUBLIC

The means of securing transaction by notarial deeds became prominent after enactment of the 1993 Notary Public Act, and subsequent enactment of the 1996 Enforcement Act. Over years, the concept and application of these means underwent a number of changes in case law and legislation. This paper focuses on the real estates as the subject of the security, discussing the provisions of the Enforcement Act effective as from 15 October 2012 and their evolution since 1996.

³⁰ Riječ je o osobnom stajalištu autora u odnosu na pojedine institute koji ne proizlazi iz stajališta ni smjernica nijednog tijela Hrvatske javnobilježničke komore.

* Jožica Matko Ruždjak, Notary Public, Zagreb.

The first form of notarized security interest in property by mutual consent is the mortgage. Mandatory content of mortgage agreement for securing interest in property is presented, together with some facultative provisions left at contracting parties' discretion and some stipulations that are prohibited by law. The enforcement proceedings regarding matured claims fall into exclusive jurisdiction of competent municipal courts.

Second form of notarized security in real estates is the fiduciary transfer of ownership. This, previously unknown method of securing claims underwent numerous changes in laws and regulations on secured transactions. The paper examines provisions regulating mandatory and non-mandatory content of the security agreement, with particular emphasis on the parties' option to regulate, at conclusion of the security agreement, their mutual obligations in case that secured claim is not settled at maturity. The rights of contracting parties under security agreements are outlined, focusing on the possibility of continued economic usage of the secured property.

Two types of satisfaction (debt recovery) are examined. The first one is notarial auction sale of the real estate, governed by analogous application of the provisions on judicial execution of the Enforcement Act. Specific nature of this voluntary security is that, under certain conditions, with the participation of the notary public, the creditor may gain a full ownership over the secured real estate.

Special attention is paid to the status of fiduciary creditors and fiduciary debtors once the bankruptcy procedure has started, with particular regard to relevant provisions of the Bankruptcy Act and problems faced in notarial practice. They are primarily due to frequent changes in law, and to the fact that current Bankruptcy Act under-regulates the procedure and powers of bankruptcy bodies in case when the creditor's claim is secured by fiduciary transfer of ownership.

At the end, the paper considers possible changes in regulation of voluntary security of claims. As in practice such forms of security almost always occur before notaries public, despite the fact that "court security" continued to exist in law, the author wonders whether further steps should be made in order to give to notaries public monopoly in this field. In author's view, this would be one more step in taking excessive burden off the courts, although a certain degree of judicial control might be maintained. It would also help parties to avoid litigation to the greatest possible extent.

Since Croatian public notaries already have quite a few years of experience in secured transactions, in the future the lawmakers should take seriously their capacities and give them more competences in the area of voluntary means of securing claims.

Keywords: securing claims by mutual consent, security registered by a notary public, mortgage, security by a fiduciary transfer of ownership, debt recovery.

DRŽAVLJANSTVO KAO PRETPOSTAVKA IMENOVANJA JAVNIH BILJEŽNIKA

*Prof. dr. sc. Nina Tepeš**

Odredba čl. 13., st. 1., t. 1. Zakona o javnom bilježništvu predviđa da za javnog bilježnika može biti imenovana samo ona osoba koja je državljanin Republike Hrvatske. Sud Europske unije u tom je smislu nedavno odlučivao upravo o pitanju jesu li države članice (Belgija, Francuska, Luksemburg, Austrija, Njemačka i Grčka) koje u svojim nacionalnim zakonodavstvima imaju usporedive propise koji se odnose na državljanstvo javnih bilježnika prekršile pravila o slobodi poslovnog nastana. U svjetlu odluke koja se temelji na tezi da javnobilježnička djelatnost nije povezana s izvršavanjem javnih ovlasti te da se, stoga, na nju primjenjuju pravila o slobodi poslovnog nastana i hrvatski će zakonodavac u najskorije vrijeme morati prilagoditi odredbe Zakona o javnom bilježništvu.

Ključne riječi: javni bilježnici, sloboda poslovnog nastana, državljanstvo, javne ovlasti.

1. UVOD

Pretpostavke za imenovanje javnih bilježnika propisane su Zakonom o javnom bilježništvu (dalje u tekstu: ZJB).¹ Odredba čl. 13. ZJB-a sadrži listu od ukupno devet pretpostavaka koje moraju biti kumulativno ispunjene da bi određena osoba mogla biti imenovana za javnog bilježnika. Između ostalih², odredba čl. 13., st. 1., t. 1. ZJB-a predviđa da za javnog bilježnika može biti imenovana samo ona osoba koja je državljanin Republike Hrvatske. Predmet

* Dr. sc. Nina Tepeš, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Narodne novine, br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09.

² Vidi čl. 13., st. 1., t. 2. do t. 9. ZJB-a.

razmatranja u ovome radu je spomenuta odredba, a analiza je u prvom redu usmjerena na recentnu praksu Suda Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU-a) u kojoj je upravo postojanje pretpostavke državljanstva javnih bilježnika u pravima pojedinih država članica ocijenjeno kao protivno slobodi poslovnog nastana. Kako je nesporno da će spomenuta presuda izravno utjecati na pravo država članica u domeni propisa koji se odnose na javno bilježništvo, presuda je vrlo važna i u svjetlu skorašnjeg ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju. U radu se javnobilježnička djelatnost najprije ispituje sa stajališta jedne od temeljnih europskih sloboda, one poslovnog nastana, a analiza je potom usmjerena na konkretno propitivanje razine njene povezanosti s izvršavanjem javnih ovlasti.

Rad je pisan kao izraz zahvalnosti prof. dr. sc. Mihajlu Diki, jednom od začetnika hrvatskog javnobilježničkog prava, što je svojim dosadašnjim radom postavio temelje na kojima počiva i ovaj skroman doprinos izučavanju predmetne materije. Zahvala, međutim, ne smije ostati samo i isključivo u okvirima neupitnog doprinosa prof. dr. sc. Dike hrvatskoj pravnoj teoriji koji uvelike prelazi granice javnobilježničkog prava. Kao pripadnik tzv. "srednjeg" naraštaja zaposlenika Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu profesoru ovime zahvaljujem na podršci pruženoj u vrijeme samih početaka moje znanstvene i nastavne karijere. Njegovi savjeti i poticaj nisu bili samo inspirativni nego su istodobno visoko podigli profesionalnu ljestvicu i obvezali na skromno i predano obavljanje i znanstvenog i nastavnog rada.

2. JAVNO BILJEŽNIŠTVO I SLOBODA POSLOVNOG NASTAVA

Odredbom čl. 49., st. 1. (bivšeg čl. 43.) Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU)³ predviđena je načelna zabrana ograničavanja slobode poslovnog nastana državljana jedne države članice na državnom području druge države članice. U odnosu na javnobilježničku djelatnost vrlo je važan drugi stavak citirane odredbe kojim je propisano da se odredbe o slobodi poslovnog nastana primjenjuju i na samozaposlene osobe koje svoju djelatnost žele obavljati u drugoj državi članici.⁴ Sloboda poslovnog nastana u tom smi-

³ Službeni list Europske unije, 30. 3. 2010., C 83.

⁴ Odredbom čl. 49., st. 2. UFEU-a propisano je da sloboda poslovnog nastana uključuje pravo pokretanja i obavljanja djelatnosti kao samozaposlene osobe te pravo osnivanja

slu pretpostavlja da državljani jedne države članice ne smiju na temelju svog državljanstva biti diskriminirani u drugoj državi članici. Upravo navedeno bilo je predmet nedavnog odlučivanja Suda EU-a u postupcima koje je Europska komisija pokrenula protiv šest država članica (Belgije, Francuske, Luksemburga, Austrije, Njemačke i Grčke) čiji su propisi o javnom bilježništvu predviđali da javni bilježnik može biti samo ona osoba koja je ujedno i državljani države u kojoj obavlja svoju javnobilježničku djelatnost.⁵ Međutim, prije osvrta na sam sadržaj presude prema kojoj je državljanstvo kao pretpostavka za primanje u javnobilježničku službu suprotna slobodi poslovnog nastana čini se korisnim prethodno obrazložiti razloge zbog kojih se javnobilježnička djelatnost u europskom pravu smatra djelatnošću na koju se izravno primjenjuju odredbe o slobodi poslovnog nastana. U tom smislu valja upozoriti da iz prakse Suda EU-a proizlazi da se sloboda poslovnog nastana primjenjuje i na tzv. slobodne profesije (eng. *liberal profession*, njem. *die freien Berufe*).⁶ Iako se navedeno nesumnjivo odnosi i na javno bilježništvo, opravdano je ispitati u kojoj se mjeri može smatrati da javnobilježnička djelatnost istovremeno ispunjava (u praksi Suda EU-a također apostrofirani) uvjet prema kojemu sloboda poslovnog nastana pretpostavlja obavljanje tzv. gospodarske djelatnosti (eng. *economic activity*, njem. *die wirtschaftliche Tätigkeit*).⁷

i upravljanja poduzećima, osobito trgovačkim društvima u smislu drugog stavka čl. 54. sukladno uvjetima koje pravo zemlje u kojoj se taj poslovni nastan ostvaruje utvrđuje za svoje državljane, a podložno odredbama poglavlja koje se odnosi na kapital.

- ⁵ Predmet C-47/08 od 24. 5. 2011. *Europska komisija protiv Kraljevine Belgije* [neobjavljeno]; predmet C-50/08 od 24. 5. 2011. *Europska komisija protiv Francuske Republike* [neobjavljeno]; predmet C-51/08 od 24. 5. 2011. *Europska komisija protiv Velikog Vojvodstva Luksemburg* [neobjavljeno]; predmet C-53/08 od 24. 5. 2011. *Europska komisija protiv Republike Austrije* [neobjavljeno]; predmet C-54/08 od 24. 5. 2011. *Europska komisija protiv Savezne Republike Njemačke* [neobjavljeno]; predmet C-61/08 od 24. 5. 2011. *Europska komisija protiv Grčke* [neobjavljeno]. U nastavku teksta referencije se odnose na presudu u predmetu C-54/08 od 24. 5. 2011. *Europska komisija protiv Savezne Republike Njemačke* [neobjavljeno], (dalje u tekstu: predmet C-54/08), ponajviše stoga što su relevantne odredbe njemačkog prava u bitnome usporedive s hrvatskim materijalnopравnim rješenjima.
- ⁶ Predmet C-107/83 od 12. 7. 1984. *Ordre des avocats au barreau de Paris v. Klopp* [1984.], ECR I-2971, § 19.
- ⁷ Predmet C-36/74 od 12. 12. 1974. *Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and Others* [1974.], ECR 1405, § 4; predmet C-13/76 od 14. 7. 1976. *Gaetano Donà v. Mario Mantero* [1976.], ECR 1333, § 12; predmet C-196/87 od 5. 10. 1988. *Steymann v. Staatssecretaris van Justitie* [1988.], ECR 6159, § 9 i 14; predmet C-221/89 od 25. 7.

Pojam gospodarske djelatnosti u odnosu na koju europsko pravo propisuje slobodu poslovnog nastana u prvom redu valja promatrati iz perspektive tržišne utakmice, odnosno imajući na umu da subjekti na koje se ona odnosi sudjeluju na tržištu koje *a priori* nije ograničeno na područje samo jedne države članice nego se prostire na cjelokupnom prostoru Europske unije. Naime, široko postavljene granice slobode poslovnog nastana predmnijevaju slobodu osobe koja je državljanin jedne države članice da kontinuirano sudjeluje u ekonomskom okruženju druge države članice te da u tom smislu ostvaruje ekonomske koristi pod jednakim uvjetima kao i državljani te druge države članice.⁸ Na tragu toga stajališta nezavisni odvjetnik Cruz Villalón u svom je Mišljenju (dalje u tekstu: Mišljenje) zaključio da javni bilježnici u pravima država članica zauzimaju poseban, hibridan položaj između javnih dužnosnika i neovisnih profesionalaca i da kao takvi obavljaju gospodarsku djelatnost *sui generis*.⁹ Iako Sud EU-a tu formulaciju (na žalost) nije ponovio, iz presude ipak proizlazi da su javni bilježnici shvaćeni kao sudionici europskog tržišta. Naime, imajući na umu da su javnobilježničke tarife u pravilu zakonski propisane kao fiksne, u najmanju bi se ruku moglo posumnjati u ispravnost stajališta da javni bilježnici djeluju u uvjetima tržišne utakmice, međusobno se natječući za klijente. U tom je smislu Sud EU-a zauzeo stajalište da svatko ima pravo slobodno birati javnog bilježnika i da unatoč unaprijed određenim tarifama kvaliteta javnobilježničke usluge

1991. *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* [1991.], ECR I-3905, § 21 i 22; predmet C-363/89 od 5. 2. 1991. *Roux v. Belgian State* [1991.], ECR I-273, § 9; predmet C-55/94 od 30. 11. 1995. *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995.], ECR I-4165, § 25; predmet C-415/93 od 15. 12. 1995. *Union royale belge des sociétés de football association and Others ASBL v. Bosman and Others* [1995.], ECR I-4921, § 73; predmet C-203/98 od 8. 7. 1999. *Commission v. Belgium* [1999.], ECR 4899, § 12.

⁸ Predmet C-2/74 od 21. 6. 1974. *Reyners protiv Belgije* [1974.], ECR 631, § 21; predmet C-270/83 od 28. 1. 1986. *Komisija protiv Francuske* [1986.], ECR 273, § 13; predmet C-161/07 od 22. 12. 2008. *Komisija protiv Austrije* [2008.], ECR I-10671, § 24, 27 i 28.

⁹ Vidi Mišljenje nezavisnog odvjetnika Cruza Villalóna od 14. 9. 2010. godine u predmetima C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 (*supra* bilj. 5), § 56. U Mišljenju pojam "gospodarska djelatnost *sui generis*" spominje se samo jednom, a dalje se u tekstu svugdje spominje samo pojam "gospodarska djelatnost". Činilo se, stoga, opravdanim zaključiti da je nezavisni odvjetnik spomenutu terminologiju koristio kako bi u prvom redu naglasio da je ona rezultat provedene komparativne analize, a ne zato što je smatrao da je riječ o nekoj posebnoj vrsti djelatnosti koja bi se kao posebna kategorizirala u pravima svih država članica koje su bile obuhvaćene analizom.

ultimativno ovisi o profesionalnim sposobnostima svakog javnog bilježnika po-naosob.¹⁰ Stoga se javni bilježnici unutar zakonski propisanih granica područja na kojemu djeluju natječu za klijente pozivom na kvalitetu svojih usluga, a ne na temelju konkretnih cijena koje za te usluge naplaćuju.¹¹ Drugim riječima, prilikom određenja javnobilježničke djelatnosti kao gospodarske Sud EU-a zauzeo je stajalište da je upravo kvaliteta pružene javnobilježničke usluge presudan faktor te da je onda opravdano zaključiti da se javnobilježnička djelatnost na tržištu nudi u uvjetima međusobne kompetitivnosti javnih bilježnika. Ako je tomu tako, onda se neizbježno nameće i zaključak o primjeni odredaba o slobodi poslovnog nastana i na javnobilježničku djelatnost pri čemu njeno obavljanje ne smije biti isključivo rezervirano za državljane pojedine države članice.

Spomenuta klasifikacija javnobilježničke djelatnosti kao gospodarske djelatnosti osobito je zanimljiva kada ju se promatra iz perspektive hrvatskog prava koje se opredijelilo za tzv. sustav slobodnog latinskog notarijata.¹² Navedeno proizlazi već iz same odredbe čl. 1. ZJB-a gdje je propisano da je javno bilježništvo javna služba. U tom smislu valja upozoriti i na odluku hrvatskog Ustavnog suda od 14. ožujka 2001. godine¹³, a u vezi s prijedlogom za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o javnobilježničkim pristojbama.¹⁴ Naime, ocjenjujući prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom neosnovanim Ustavni sud je pobliže odredio značenje odredbe čl. 1. ZJB-a navodeći da karakterizacija javnog bilježništva kao javne službe zapravo znači da javnobilježničku djelatnost "čine poslovi koji se, u pravilu, obavljaju u javnom, općedruštvenom interesu".¹⁵ Zbog toga je "funkcioniranje javnobilježničke službe kao javne službe i uređeno posebnim pravnim propisom, na temelju kojeg javni bilježnici, kao nositelji te službe, imaju svojstvo osoba javnog povjerenja, koji javnobilježničku službu moraju obavljati u

¹⁰ Predmet C-54/08, § 110.

¹¹ *Ibid.* Sud EU-a u tom se dijelu pozvao na § 18. Mišljenja koje se u tom dijelu odnosi na konkretnu analizu odredaba belgijskog prava.

¹² Za razliku od sustava u kojemu javni bilježnici svoju službu obavljaju kao državni službenici. Vidi Dika, M., *Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj (I.)*, Pravo i porezi, vol. 10, br. 12, 2001., str. 3.

¹³ U-I/1262/2000.

¹⁴ Narodne novine, br. 72/94, 74/95, 87/96. Naknadne izmjene i dopune: Narodne novine, br. 112/12.

¹⁵ U-I/1262/2000, t. 7.

skladu s Ustavom i zakonima”.¹⁶ Drugim riječima, riječ *javno* (u sintagmi javna služba) predstavlja obilježje da je riječ o djelatnostima kojima se načelno zadovoljavaju potrebe koje su od *općeg* interesa. U mjeri u kojoj se pojmovi *javno* i *opće* mogu (a ovdje i moraju) koristiti kao sinonimi čini se logičnim zaključiti da je riječ o djelatnostima čije servisiranje služi građanima, s primarnim ciljem obavljanja poslova koji su u domeni njihovih interesa i potreba. U tom smislu valja upozoriti na okolnost da se usporedive karakteristike u hrvatskom pravu tradicionalno vežu i uz određivanje pojedinih djelatnosti kao tzv. negospodarskih djelatnosti u smislu njihova (u pravilu kolokvijalnog, ali i tradicionalno shvaćenog) određenja kao djelatnosti koje su od posebnog državnog, odnosno šireg društvenog interesa.¹⁷ Opravdano je, stoga, upitati smatra li se u hrvatskom pravu javnobilježnička djelatnost ujedno i gospodarskom djelatnošću unatoč tome što se obavlja kao javna služba.

U odnosu na određivanje pojma gospodarske djelatnosti polazište analize svakako je odredba čl. 1., st. 1. Zakona o trgovačkim društvima¹⁸ (dalje u tekstu: ZTD) u kojoj je upravo pozivom na obavljanje gospodarske djelatnosti definiran i središnji pojam trgovačkog prava – pojam trgovca. Njome je, naime, propisano da je trgovac, ako samim ZTD-om nije drugačije određeno, pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu. Valja, međutim, istaknuti da odredba čl. 1., st. 1. ZTD-a zapravo ne sadrži kriterije na temelju kojih bi se pojam gospodarske djelatnosti mogao dodatno odrediti. Naime, ako je trgovac osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu, onda iz definicije proizlazi da kriteriji samostalnosti i trajnosti obavljanja gospodarske djelatnosti radi ostvarivanja dobiti ne služe određivanju djelatnosti kao gospodarske nego da se njima tek određuje način na koji osoba, da bi se smatrala trgovcem, određenu gospodarsku djelatnost mora obavljati.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Tradicionalna podjela djelatnosti na gospodarske i negospodarske djelatnosti svoje korijene vuče iz doba bivše Jugoslavije kada su Zakonom o jedinstvenoj klasifikaciji djelatnosti (Službeni list SFRJ, br. 6/76) privredne (gospodarske) i izvanprivredne (društvene) djelatnosti bile grupirane u zasebna područja, grane, skupine i podskupine. Više o tome vidi Parać, Z., *Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti*, Pravo u gospodarstvu, vol. 40, br. 6, 2001., str. 97.

¹⁸ Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, 125/11.

Drugim riječima, čini se kao da je zakonodavac želio naglasiti da se trgovcima neće smatrati sve one pravne ili fizičke osobe koje, doduše, obavljaju gospodarsku djelatnost, ali ju ne obavljaju samostalno, trajno i radi ostvarivanja dobiti.¹⁹ Ipak, valjalo bi se prikloniti u pravnoj teoriji već istaknutom stajalištu da je pojam gospodarska djelatnost pravni standard koji treba tumačiti pozivom na način, intenzitet i cilj njena obavljanja, a neovisno o sadržaju konkretne djelatnosti.²⁰ Ako je trgovac pravna ili fizička osoba koja obavlja gospodarsku djelatnost, onda su pretpostavke da bi se određena djelatnost mogla smatrati gospodarskom samostalnost pravnog subjekta, trajnost obavljanja djelatnosti i namjera subjekta koji djelatnost obavlja da njome ostvari dobit proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu. Na tragu navedenoga čl. 39., st. 1. Općeg poreznog zakona²¹ propisuje da je poduzetnik u smislu primjene toga Zakona svaka fizička ili pravna osoba, udružene osobe ili imovinska masa bez pravne osobnosti koja gospodarsku djelatnost obavlja samostalno, trajno i radi ostvarivanja prihoda, dohotka, dobiti ili drugih gospodarski procjenjivih koristi. Odredbom čl. 39., st. 2. dalje je propisano da se u tom smislu gospodarskom djelatnošću smatra razmjena dobara i usluga na tržištu radi ostvarivanja prihoda, dohotka, dobiti ili drugih gospodarski procjenjivih koristi. Pitanje na koje, dakle, valja odgovoriti je sudjeluju li javni bilježnici na tržištu radi ostvarivanja gospodarskih koristi. Čini se da je Upravni sud Republike Hrvatske navedeno u nekoliko navrata potvrdio prilikom odlučivanja podliježu li javni bilježnici obvezi plaćanja spomeničke rente. Očekivano, javni su bilježnici osporavali obvezu plaćanja rente pozivom na tvrdnju da ne obavljaju gospodarsku djelatnost jer da se ne može smatrati da aktivno sudjeluju u tržišnoj utakmici s obzirom na okolnost da sami ne mogu autonomno određivati svoju tarifu.²² Pritom su lokalne jedinice koje

¹⁹ Vidi i Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 17, str. 107.

²⁰ Drugim riječima, kriteriji samostalnosti, trajnosti i obavljanja djelatnosti radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu služe upravo određivanju konkretne djelatnosti kao gospodarske. Više o tome vidi Petrović, S., *Pravni oblici pravnih osoba za obavljanje djelatnosti*, u: Liber amicorum Jakša Barbić, Zbornik radova povodom 70. rođendana akademika Jakše Barbića, Zagreb, 2006., str. 79 *sqq.* Vidi i Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 17, na str. 107.

²¹ Narodne novine, br. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12.

²² Vidi čl. 114., st. 1. Zakona o zaštiti i očuvanju spomeničke rente (Narodne novine, br. 69/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11, 25/12) kojim je propisano da su fizičke i pravne osobe koje su obveznici poreza na dohodak ili poreza na dobit, a koje obavljaju gospodarsku djelatnost u nepokretnom kulturnom dobru ili na području kulturnopovijesne cjeline obveznici spomeničke rente.

su odredile krug obveznika plaćanja spomeničke rente iznosile protuargument da javnobilježničku djelatnost treba smatrati gospodarskom djelatnošću jer se njome, iako na ograničenom javnobilježničkom tržištu, stječe dobit. Upravni je sud u tom smislu ocijenio da je gospodarska djelatnost vrsta proizvodnje, aktivnosti i usluga koju obavlja neki gospodarski subjekt, a koje su radi brojnosti razvrstane po skupinama u Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti.²³ Upravni sud je zaključio da je sukladno Pravilniku razvrstavanja poslovnih subjekata²⁴ kojim je javnobilježnička djelatnost svrstana u odjeljak 74. (ostale poslovne djelatnosti) u konkretnom slučaju riječ o djelatnosti pružanja javnobilježničkih usluga građanima, iz čega proizlazi da su javni bilježnici obveznici plaćanja spomeničke rente.²⁵ Iako se Upravni sud odlučio za formalistički pristup, i to pozivom na Nacionalnu klasifikaciju djelatnosti koja se ne smije koristiti kao osnova za određivanje prava i obveza pravnih i fizičkih osoba²⁶, čini se da se iz njegova stajališta neizravno ipak može zaključivati i o sadržajnom određenju pojma gospodarska djelatnost. Naime, navodeći da je riječ o djelatnosti pružanja javnobilježničkih usluga građanima Upravni je sud samu javnobilježničku djelatnost stavio u relaciju s njenim primateljima, što u širem smislu otvara i mogućnost zaključka da javni bilježnici djeluju na tržištu na kojemu (iako u okvirima ograničene kompetitivnosti) pružaju svoje usluge.²⁷

Okolnost da javni bilježnici također mogu obavljati gospodarsku djelatnost do određene mjere indirektno proizlazi i iz odredbe čl. 1., st. 2. ZTD-a kojom je propisano da se osobe koje se bave slobodnim zanimanjima uređenim posebnim propisima smatraju trgovcima (u smislu primjene ZTD-a) samo ako je to u tim propisima određeno. Naime, da je zakonodavac bio siguran da osobe koje se bave slobodnim zanimanjima (konkretno, javni bilježnici) ne mogu istovremeno obavljati i gospodarsku djelatnost, onda im odredbom čl. 1., st. 2. ZTD-a ne bi izričito odricao svojstvo trgovca i ne bi propisao da će svojstvo trgovaca imati

²³ Narodne novine, br. 13/03.

²⁴ Narodne novine, br. 52/03.

²⁵ Vidi Us-10201/2004-4 od 4. 6. 2008. godine; Us-1061/2005-4 od 10. 10. 2008. godine; Us-11512/2006-4 od 10. 9. 2009. godine.

²⁶ Vidi čl. 1., st. 2. Zakona o Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti, Narodne novine, br. 98/94.

²⁷ U tom smislu svakako valja upozoriti da trenutno važeća Odluka o Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti 2007. (Narodne novine, 58/07, 72/07) izrijeком ne spominje javnobilježničku djelatnost kao ni Pravilnik o razvrstavanju poslovnih subjekata prema Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti 2007. (Narodne novine, br. 80/07, 45/09, 16/12).

one osobe koje se bave slobodnim zanimanjima za koje je to izričito predviđeno posebnim propisima. Naime, ako je samo obavljanje gospodarske djelatnosti središnja karakteristika pojma trgovca, onda osobe koje se bave slobodnim zanimanjima, pod pretpostavkom da ne obavljaju gospodarsku djelatnost, nikada ne bi ni mogle imati svojstvo trgovca.²⁸ U isto vrijeme, okolnost što ZJB kao poseban propis nije predvidio da se javni bilježnici smatraju trgovcima, doduše, znači da neće imati ta svojstva, ali ne i da ne obavljaju gospodarsku djelatnost. Drugim riječima, ni određenje javnog bilježništva kao slobodnog zanimanja formalnopravno zapravo nije zapreka kvalifikaciji te djelatnosti kao gospodarske.

Uzimajući sve navedeno u obzir valjalo bi zaključiti da i samo određivanje javnobilježničke službe kao javne službe automatski ne isključuje i mogućnost njene karakterizacije kao gospodarske djelatnosti. Kao što je već navedeno, temeljno obilježje gospodarske djelatnosti u širem je smislu upravo stjecanje gospodarske koristi.²⁹ Drugim riječima, samu gospodarsku djelatnost valja promatrati kroz prizmu poduzetništva (a ne određenja pojma trgovca kako je to sada u okviru ZTD-a), odnosno pozivom na okolnost da se subjekti koji konkretnu gospodarsku djelatnost obavljaju sudjelovanjem na određenom tržištu međusobno natječu u skladu s načelima slobodnog poduzetništva. Unatoč okolnosti što je u hrvatskom pravu, čini se, i dalje prisutna sadržajno određena, tradicionalna i prije svega povijesno uvjetovana podjela na djelatnosti koje su gospodarskog karaktera i one koje to nisu, karakterizacija javnog bilježništva kao javne službe sama po sebi *a priori* ne isključuje mogućnost obavljanja gospodarske djelatnosti. Stavi li se pak u središte analize javni bilježnik kao subjekt čije djelovanje na tržištu ipak ima određene karakteristike poduzetništva (u smislu u kojem u odnosima s drugim javnim bilježnicima postoji određena međusobna razina natjecanja, a s ciljem postizanja ekonomski određiva uspjeha),

²⁸ Vidi i Tot, I., *Zatezne kamate između osoba slobodnih zanimanja*, Pravo u gospodarstvu, vol. 51, br. 3, 2012., str. 851, 852.

²⁹ Vidi i Parać, Z., *Trgovački ugovor, potrošači, lucrum cessans (i još ponešto)*, Pravo u gospodarstvu, vol. 47, br. 3, 2008., str. 532, gdje autor zagovara prihvaćanje tumačenja prema kojemu uvjet ostvarivanja dobiti iz čl. 1., st. 1. ZTD-a valja tumačiti tako da se dovede u sklad s potrebama prakse i stvarnim odnosima na tržištu. U tom se smislu sugerira da se pojam dobiti ne bi trebalo shvaćati u isključivo bilančno-pravnom ili pak računovodstvenom smislu, odnosno kao ocjenu uspješnosti poslovanja koja se u konkretnom slučaju utvrđuje računom dobiti i gubitka nego kao namjeru postizanja bilo kojeg ekonomskog uspjeha.

onda ni stajalište nezavisnog odvjetnika Villalóna da javni bilježnici obavljaju gospodarsku djelatnost sa stajališta hrvatskog prava, u najmanju ruku, ne bi trebalo *a priori* odbaciti.

Iako je promišljanje o poduzetničkom djelovanju načelno jednostavnije kada je riječ o drugim slobodnim zanimanjima (npr., o stomatolozima ili arhitektima), čini se da je tako jer se njihovo djelovanje načelno ne povezuje s izvršavanjem ovlasti koje su u domeni djelovanja državnog aparata. Iako ni oni nisu trgovci, malo tko će posumnjati u to da na tržištu djeluju sukladno načelima poduzetništva te da svoju djelatnost obavljaju s ciljem stjecanja gospodarski procjenjive koristi. Iako opredjeljenje hrvatskog prava koje težište stavlja na pojam trgovca (kao osobe koja obavlja gospodarsku djelatnost), a ne poduzetnika (čije je temeljno obilježje sudjelovanje u tržišnoj utakmici) može dovesti do krajnje upitnih rezultata³⁰, “problem” javnobilježničke djelatnosti gotovo instiktivno je vezan uz njeno poimanje kao svojevrzne produžene ruke države. Podredno, stoga, valja ispitati je li javnobilježnička djelatnost (zato što se obavlja kao javna služba) povezana s izvršavanjem javnih ovlasti koji se poimaju kao prerogativi državne vlasti i u kojoj mjeri eventualno postojanje elemenata koji izviru iz domene državnog djelovanja utječe na zaključak da ju *a priori* valja isključiti iz okvira tržišnog, odnosno poduzetničkog djelovanja. Navedenim pitanjima posvećen je i veći dio presude Suda EU-a. Naime, državljanstvo javnih bilježnika ne može predstavljati kršenje slobode poslovnog nastana ako se javnobilježnička djelatnost odvija u uvjetima na koje se zbog povezanosti s izvršavanjem javnih ovlasti ne primjenjuju pravila zajedničkog europskog tržišta.

3. JAVNO BILJEŽNIŠTVO KAO DJELATNOST POVEZANA S IZVRŠAVANJEM JAVNIH OVLASTI

Kao što je u tekstu već spomenuto, sloboda poslovnog nastana propisana je odredbom čl. 49. (bivšeg čl. 43.) UFEU-a. Njena iznimka sadržana u odredbi čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a bila je u posebnoj fokusu razmatranja Suda

³⁰ Vidi Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 29, str. 527 *sqq.*, gdje autor navodi primjere pravne nesigurnosti koja proizlazi iz trovrnog uređenja ugovornih odnosa u hrvatskom pravu. U smislu slobodnih zanimanja i činjenice da njeni nositelji nisu trgovci autor izražava bojazan da su sudionici u tržišnom natjecanju diskriminirani (odnosno privilegirani) u odnosu na druge sudionike, a ovisno o tome smatraju li se u konkretnom slučaju adresatima norma trgovačkog prava.

EU-a. Njome je, naime, propisano da se odredbe Ugovora o slobodi poslovnog nastana ne primjenjuju u određenoj državi članici na djelatnosti koje su u toj državi članici, makar i povremeno, povezane s izvršavanjem javnih ovlasti.³¹ U tom je smislu valjalo utvrditi jesu li javnobilježničke djelatnosti na izravan i poseban način povezane s izvršavanjem javnih ovlasti, a u kojem se slučaju na njih ne primjenjuje zabrana ograničenja slobode poslovnog nastana iz čl. 49. (bivšeg čl. 43.) UFEU-a. Tako je Sud EU-a naveo da prilikom odlučivanja o karakteru iznimke iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a u obzir treba uzeti da njome nisu obuhvaćene djelatnosti koje se po svojoj prirodi smatraju pomoćnim ili pripremnim djelatnostima u smislu izvršavanja javnih ovlasti i djelatnosti na temelju kojih (iako su trajno povezane s djelovanjem upravnih ili sudskih tijela) ne postoji diskrecijsko pravo odlučivanja, odnosno karakter prisile.³² U tom je smislu Sud EU-a pozivom na svoju raniju praksu naglasio da se iznimka iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a odnosi samo na djelatnosti koje su same po sebi izravno i izričito povezane s izvršavanjem javnih ovlasti.³³

Nezavisni odvjetnik Cruz Villalón u svom se Mišljenju jako potrudio odrediti pojam javne ovlasti. U tom je smislu kao temeljnu karakteristiku javnih ovlasti istaknuo ulogu države, odnosno državnih organa koji elementima prisile unilateralno ostvaruju volju države s ciljem ostvarenja javnog interesa. Ipak, usvajanje toga kriterija (iako, primjerice, kod djelatnosti policije, vojske ili sudstva, može jasno uputiti je li riječ o javnim ovlastima ili ne) ne daje dovoljno jasan odgovor u odnosu na djelatnosti kod kojih je, doduše, prisutan element prisile, ali za koje se istovremeno jednoznačno ne može reći da se obavljaju isključivo u privatnom interesu. Pozivom na ulogu moderne europske demokratske države nezavisni odvjetnik zaključuje da je ključan kriterij za određenje može li se djelatnost smatrati emanacijom javne ovlasti upravo priroda njene povezanosti s pravnim sustavom određene države. Ona djelatnost čije izvršavanje čini sastavni dio određenog pravnog sustava je djelatnost na temelju koje se izvršavaju javne ovlasti (a u kojem smislu sudska djelatnost predstavlja ultimativni odraz vršenja javnih ovlasti).³⁴

³¹ Pristupajući analizi može li se javnobilježnička djelatnost u konkretnom slučaju smatrati djelatnošću koja je povezana s izvršavanjem javnih ovlasti, Sud EU-a jasno je dao do znanja kako odredba čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a predstavlja iznimku od temeljne slobode poslovnog nastana. Vidi predmet C-54/08, § 85. Usp. *infra* bilj. 35.

³² Vidi predmet C-54/08, § 87.

³³ *Ibid.*, § 86.

³⁴ Vidi Mišljenje, *op. cit.* u bilj. 9, § 92. – 106.

Nezavisni odvjetnik u analizi je pošao od triju teza:

(1) Odnos čl. 49. (bivšeg čl. 43.) i čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a nije puke tehničke prirode u smislu odnosa pravila i iznimke nego navedene odredbe valja promatrati kao jedinstvenu cjelinu; tako se odredbom čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) negativno određuje polje primjene slobode poslovnog nastana iz čl. 49. (bivšeg čl. 43.), odnosno države članice pravila o slobodi poslovnog nastana moraju poštovati u odnosu na one djelatnosti koje nisu, makar i povremeno, povezane s izvršavanjem javnih ovlasti.³⁵

(2) Odredbu čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) valja promatrati kao svojevrsan povijesni atavizam kojim je dopušteno da se od primjene slobode poslovnog nastana isključe gospodarske djelatnosti koje su povezane s izvršavanjem javnih ovlasti; ipak, to ne znači da države članice mogu širiti domenu javnih ovlasti i unilateralno određivati da njihovo izvršavanje ima karakteristike gospodarskih djelatnosti.³⁶

(3) Pod pretpostavkom da se utvrdi da je javnobilježnička djelatnost povezana s izvršavanjem javne ovlasti potrebno je primijeniti test proporcionalnosti s ciljem utvrđenja može li se konkretna mjera koju je poduzela država članica (a kojom se krše pravila o slobodi poslovnog nastana) opravdati razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja sukladno odredbi čl. 52., st. 1. (bivšeg čl. 46.) UFEU-a.³⁷

Polazeći od tako postavljenih okvira nezavisni je odvjetnik najprije ispitao je li javnobilježnička djelatnost obuhvaćena negativnim poljem primjene slobode poslovnog nastana³⁸, osobito u dijelu u kojemu ona obuhvaća funkciju službenog ovjeravanja privatnih isprava. U tom je smislu naglašeno da eventualnu povezanost s izvršenjem javnih ovlasti treba propitati u odnosu na dvije temeljne karakteristike javnobilježničke isprave – njenu dokaznu snagu i ovršnost. Nezavisni je odvjetnik pritom istaknuo da se iznimka predviđena čl. 51., st. 1. (bivšim čl. 45.) UFEU-a može primijeniti na cijelu profesiju, ali pod pretpostavkom da je riječ o djelatnostima koje su povezane s izvršavanjem javnih ovlasti i koje su neodvojive od cjelokupne profesionalne djelatnosti kao takve. Zaključujući da su djelatnosti vezane uz funkciju službene ovjere upravo one djelatnosti koje su neraskidivo vezane uz javnobilježničku djelatnost otvorio je i mogućnost da se njegovi zaključci kasnije primijene i na cjelokupnu profesiju

³⁵ *Ibid*, § 76. - 79.

³⁶ *Ibid*, § 80. - 82.

³⁷ *Ibid*, § 83. - 86.

³⁸ Vidi *supra* bilj. 35.

javnog bilježništva.³⁹ Konačno, primjenjujući vlastitu definiciju javnih ovlasti⁴⁰ nezavisni je odvjetnik zaključio da funkcija javnobilježničkog ovjeravanja i, s time povezano, izdavanja javnobilježničkih isprava ima temeljne karakteristike izvršavanja javnih ovlasti, i to u mjeri u kojoj te isprave (pod zakonom određenim pretpostavkama) imaju snagu javnih isprava. Bez tog obilježja stranačka volja ostala bi u domeni isključivo privatne sfere subjekata.⁴¹

Međutim, nezavisni odvjetnik u drugom je koraku ispitao može li se konkretna mjera država članica (pretpostavka državljanstva javnih bilježnika) opravdati primjenom testa proporcionalnosti.⁴² U tom je smislu naglasio da je diskriminacija na temelju državljanstva evidentan oblik protekcijonizma koji sam po sebi predstavlja negaciju ideje europske tržišne integracije. Pritom je osobita težina te vrste povrede predviđena i samom odredbom čl. 18. (bivšeg čl. 12.) UFEU-a gdje je izričito propisana svaka zabrana diskriminacije na temelju državljanstva. Određujući upravo tu odredbu kao sveobuhvatnu (i po naravi nikako supsidijarnu) nezavisni je odvjetnik zaključio da iz puke okolnosti što je javnobilježnička djelatnost povezana s izvršavanjem javnih ovlasti automatski ne proizlazi i zaključak da se u tom slučaju ne primjenjuje zabrana diskriminacije na temelju državljanstva. Primjenjujući načelo proporcionalnosti nezavisni je odvjetnik posebno ispitao argument država članica prema kojemu se veza između javnih bilježnika i države očituje u institutu javnobilježničke prisege, što povratno navodno opravdava tezu prema kojoj javni bilježnici moraju ujedno i biti državljani države kojoj prisežu svoju lojalnost. Uz gotovo pjesnički osvrt na važnost statusa građanina Europske unije nezavisni odvjetnik takvo je promišljanje odbacio navodeći kako se lojalnost javnih bilježnika ne može shvatiti kao karakteristika koja se očituje u odnosu na samo jednu državu članicu nego da se ona istovremeno proteže i na lojalnost svim ostalim državama članicama, što u širem smislu pretpostavlja i lojalnost cjelokupnoj Europskoj uniji. Dakle, mjera kojom se pristup u javnobilježničku službu čini ovisnim o pretpostavci državljanstva nije proporcionalna, ne može se opravdati ciljevima koji su se predmnijevano htjeli postići njenim uvođenjem u nacionalna zakonodavstva država članica te ju, stoga, valja smatrati primjerom zabranjene diskriminacije.⁴³

³⁹ Vidi Mišljenje, *op. cit.* u bilj. 9, § 107. - 111.

⁴⁰ Vidi *supra* bilj. 34.

⁴¹ Vidi Mišljenje, *op. cit.* u bilj. 9, § 115. - 121.

⁴² Vidi *supra* bilj. 37.

⁴³ Vidi Mišljenje, *op. cit.* u bilj. 9, § 124. - 145.

Iako je Sud EU-a sadržajno došao do istog zaključka kao i nezavisni odvjetnik, njegovu je analizu većim dijelom zanemario opredijelivši se za selektivno propitivanje je li sastavljanje javnobilježničkih isprava povezana s izvršavanjem javnih ovlasti. U tom je smislu Sud EU-a naglasio da, iako javnobilježničke isprave uz ispunjenje zakonom određenih pretpostavaka, imaju snagu javne i ovršne isprave, ta javnobilježnička funkcija nije (u smislu čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a) u dovoljnoj mjeri povezana s izvršavanjem javnih ovlasti jer djelovanju javnog bilježnika predleži postojanje pravnog posla koji je posve u domeni stranačke autonomije.⁴⁴ Pritom okolnost da je za valjanost određenih pravnih poslova potrebno da budu sklopljeni u obliku javnobilježničke isprave Sud EU-a također ne kvalificira kao dostatan dokaz povezanosti javnobilježničke djelatnosti s izvršavanjem javnih ovlasti⁴⁵ kao ni okolnost da javni bilježnik prethodno mora utvrditi ispunjenje konkretnih zakonskih pretpostavaka.⁴⁶ Štoviše, iako je Sud EU-a utvrdio da je cilj zakonom propisanog postupanja javnih bilježnika, doduše, ostvarenje javnih interesa (u smislu valjanosti pravnih poslova i pravne sigurnosti), naglasio je da ta okolnost ne opravdava potrebu da tu djelatnost obavljaju isključivo državljani određene države članice. Drugim riječima, djelovanje u cilju ostvarenja javnog interesa samo po sebi nije dovoljno za karakterizaciju javnobilježničke djelatnosti kao djelatnosti koja je izravno povezana s izvršavanjem javnih ovlasti.⁴⁷ U tom smislu ni sama dokazna snaga javnobilježničke isprave (koja proizlazi iz posebnih zakonskih propisa o dokazima i njihovu izvođenju) nije presudno važna za određenje javnobilježničke djelatnosti kao djelatnosti povezane s izvršavanjem javnih ovlasti jer se javnobilježničkom ispravom samo potvrđuje sadržaj određenog pravnog posla, odnosno odgovarajuće izjave stranaka.⁴⁸ U odnosu pak na njenu ovršnu snagu Sud EU-a konstatirao je da ona ne proizlazi iz ovlasti javnog bilježnika koje su povezane s izvršavanjem javnih ovlasti jer javnobilježnička isprava ne može steći svojstvo ovršnosti bez prethodnog pristanka dužnika.⁴⁹ Uzimajući sve navedeno u obzir Sud EU-a zaključuje da se na javnobilježničke djelatnosti ne može primijeniti iznimka iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a te da države

⁴⁴ Vidi predmet C-54/08, § 90. - 93.

⁴⁵ *Ibid.*, § 93. Sud EU-a svoju tezu ovdje nije i dodatno elaborirao nego je samo naveo kako je riječ o uobičajenoj (normalnoj) zakonskoj pretpostavci.

⁴⁶ *Ibid.*, § 94.

⁴⁷ *Ibid.*, § 97. i 98.

⁴⁸ *Ibid.*, § 101. - 103.

⁴⁹ *Ibid.*, § 104. i 105.

članice koje predviđaju državljanstvo kao pretpostavku primanja u javnobilježničku službu time krše pravila o slobodi poslovnog nastana.

Iako je Sud EU-a tek usputno upozorio na okolnost da je pretpostavka državljanstva napuštena u pravima pojedinih država članica (konkretno, u španjolskom, talijanskom i portugalskom pravu⁵⁰), teško se oteti dojmu da je upravo takvo stanje prepoznato kao svojevrsna polazišna točka na temelju koje je Sud EU-a (mada ne izričito) dao do znanja da karakteristike sustava tzv. latinskog notarijata nemaju posebnosti koje bi već same po sebi opravdale načelnu primjenu iznimke iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45., st. 1.) UFEU-a. Kako se i hrvatsko pravo ugleda na sustav latinskog notarijata, opravdano je ispitati je li odredbama ZJB-a javnim bilježnicima povjereno izvršavanje javnih ovlasti. Pritom valja naglasiti da definicija pojma javnih ovlasti u hrvatskom pravu sadržajno korespondira navedenoj definiciji u europskom pravu. Tako se u hrvatskoj pravnoj teoriji navodi da javne ovlasti predstavljaju poseban oblik javne vlasti koju obavljaju nedržavni subjekti čije je temeljno obilježje da subjekti kojima je povjereno njihovo izvršavanje prilikom obavljanja poslova nastupaju s autoritetom države.⁵¹ Iako država, u pravilu, izvršavanje javnih ovlasti na određene subjekte prenosi na temelju zakona⁵², u teoriji je istaknuto da to ne mora uvijek biti tako. Tako se navodi da je, primjerice, vođenje upravnog postupka javna ovlast pa da bi analognim tumačenjem valjalo zaključiti i da je ona određenom subjektu prenesena uvijek kada je propisano da se protiv njegovih akata može voditi upravni spor.⁵³ Iako bi se pozivom na to tumačenje moglo zaključiti da je Hrvatska javnobilježnička komora tijelo na koje su prenesene javne ovlasti jer je odredbom čl. 137. ZJB-a propisano da je protiv odluka njenih organa kojima se odlučuje o pravima i dužnostima javnih bilježnika moguće voditi upravni spor, isti zaključak ne bi se mogao primijeniti i na javnobilježničku djelatnost. Drugim riječima, iako je odredbom čl. 1. ZJB-a javno bilježništvo izričito svrstano u tzv. javne službe, to samo po sebi automatski ne znači i da su na javne bilježnike prenesene javne ovlasti, osobito ne pozivom na njihovo ranije određenje u smislu prava i dužnosti autoritativna nastupanja u ime države, a neovisno o volji subjekata u odnosu na koje se u konkretnom slučaju djeluje.

⁵⁰ *Ibid.*, § 39.

⁵¹ Vidi Ivanda, S., *Ustrojstvo i djelovanje javnog sektora. Opći dio*, Osijek, 2009., str. 128.

⁵² Vidi, primjerice, čl. 10. Zakona o ustanovama (Narodne novine, br. 76/93, 29/97, 47/99, 35/08) i čl. 2., st. 2. Zakona o sustavu državne uprave (Narodne novine, br. 150/11).

⁵³ Vidi Ivanda, S., *op. cit.* u bilj. 51, str. 130.

U tom je smislu u teoriji izraženo stajalište da se javni karakter javnobilježničke službe ne smije izjednačavati sa sudačkom funkcijom ili funkcijom koju inače obavljaju državna tijela jer javni bilježnici nisu ovlašteni poduzimati prisilne mjere.⁵⁴ Valja se, stoga, prikloniti tezi da upravo zbog odsutnosti prisilnog karaktera javnobilježničku djelatnost u hrvatskom pravu valja smatrati djelatnošću koja, s jedne strane, ima obilježja javnih djelatnosti, ali koja se u isto vrijeme obavlja na zamolbu (inicijativu) stranaka.⁵⁵

Opisana stajališta Suda EU-a načelno su primjenjiva i u odnosu na rješenja hrvatskog ZJB-a. Javnobilježničke isprave⁵⁶ i njihovi otpravci imaju snagu javnih isprava (koja se očituje u presumpciji njihove istinitosti i autentičnosti⁵⁷), a u slučajevima predviđenima ZJB-om javnobilježnički akt može biti ovršna isprava.⁵⁸ Javnobilježnički akt u tom smislu također sadrži konstataciju izjava volje stranaka i načelno samo potvrđuje sadržaj pravnog posla ili odgovarajuće volje stranaka.⁵⁹ I u našem pravu predviđeno je da je javnobilježnički akt potreban za pravnu valjanost određenih pravnih poslova⁶⁰ kao i poseban postupak pri sastavljanju javnobilježničkog akta.⁶¹ Uz dokaznu snagu javnobilježničke isprave ne veže se neoboriva presumpcija o istinitosti njena sadržaja jer ona ne sadrži pravnu dispoziciju javnog bilježnika nego samo konstataciju izjave volje stranaka.⁶² Argumenti Suda EU-a načelno su prihvatljivi i u odnosu na ovršnost javnobilježničkog akta. ZJB-om je propisano da je javnobilježnički akt ovršna isprava ako je u njemu utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke

⁵⁴ Vidi Dika, M., *op. cit.* u bilj. 12, str. 4.

⁵⁵ *Ibid.*, str. 5, autor zaključuje da sastavljajući javnobilježnički akt javni bilježnik, s jedne strane, posredno primjenjujući pravo kao nepristrani povjerenik stranaka uređuje odnose među njima (tzv. normativno-redakcijski aspekt javnobilježničke funkcije) posvjedočujući pritom, s druge strane, na pravno autoritativan način sam čin sklapanja i istinitost sadržaja tog akta (tzv. certifikacijski aspekt javnobilježničke funkcije).

⁵⁶ Javnobilježničke isprave su isprave o pravnim poslovima i izjavama koje su sastavili javni bilježnici (javnobilježnički akti), zapisnici o pravnim radnjama koje su obavili ili kojima su bili nazočni javni bilježnici (javnobilježnički zapisnici) i potvrde o činjenicama koje su posvjedočili javni bilježnici (javnobilježnička potvrda). Vidi čl. 3., st. 1. ZJB-a.

⁵⁷ Vidi čl. 3., st. 2. ZJB-a.

⁵⁸ Vidi čl. 3., st. 3. ZJB-a.

⁵⁹ Dika, M., *Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj (II.)*, Pravo i porezi, vol. 11, br. 1, 2002., str. 4.

⁶⁰ Vidi čl. 53. ZJB-a.

⁶¹ Vidi čl. 57. i čl. 58. ZJB-a.

⁶² Dika, *op. cit.* u bilj. 59, str. 4.

moгу nagoditi i ako sadrži izjavu obvezanika o tome da se na temelju tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospelosti obveze, neposredno provesti prisilna ovrha.⁶³

Kako je analiza Suda EU-a primarno bila usmjerena na određene javnobilježničke djelatnosti (osobito onu koja se odnosi na sastavljane javnobilježničkih isprava), postavlja se pitanje bi li se presudi mogla uputiti načelna kritika što njome nije ispitano postoje li neki drugi aspekti javnobilježničke djelatnosti koji bi mogli biti povezani s izvršavanjem javnih ovlasti. U tom smislu valja naglasiti da je Sud EU-a u prvom redu odgovarao na argumente koje su u korist primjene iznimke iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a iznijele tužene države članice. Međutim, valja podsjetiti da ranija praksa Suda EU-a pojam djelatnosti iz iznimke propisane odredbom čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 43.) UFEU-a ne definira nužno kao mogući sinonim cjelokupne profesije.⁶⁴ Drugim riječima, čak i kada bi se određena djelatnost javnih bilježnika mogla smatrati povezana s izvršavanjem javnih ovlasti, to samo po sebi nužno ne bi dovodilo i do zaključka da se javnobilježnička djelatnost u cjelini smatra povezanom s izvršavanjem javnih ovlasti.⁶⁵ Valjalo bi, stoga, zaključiti da je Sud EU-a implicitno zaključio da ne postoji ni jedna druga javnobilježnička djelatnost koja bi se po svojoj važnosti mogla smatrati toliko ključnom da bi se njeno eventualno povezivanje s izvršavanjem javnih ovlasti moglo istovremeno protegnuti i na cjelokupnu javnobilježničku djelatnost. Ipak, svjesni manjkavosti stajališta koje počiva na implicitnom zaključivanju koje svoje uporište nema u izričitoj sudskoj konstataciji možda je najbolje tek izraziti žaljenje što Sud EU-a takvo stajalište nije izričito i naveo. U odnosu pak na paralele s rješenjima ZJB-a ekstenzivna analiza svih djelatnosti koje obavljaju javni bilježnici uvelike bi prelazila granice ovoga rada. Međutim, kako se stajališta Suda EU-a u odnosu na djelatnost sastavljanja javnobilježničkih isprava (koja jest jedna od ključnih ako već ne i najvažnija javnobilježnička djelatnost) mogu primijeniti i na odredbe hrvatskog prava, detaljnija analiza nije ni bila potrebna.

Konačno, potrebno je ukratko se osvrnuti i na dio presude Suda EU-a koji bi se u budućnosti mogao pokazati kao svojevrsno ublažavanje njenih učinaka, a koji je Sud EU-a gotovo usputno spomenuo kao jedan od argumenata u korist proglašenja pretpostavke državljanstva kao protivne slobodi poslovnog

⁶³ Vidi čl. 54., st. 1. ZJB-a.

⁶⁴ Vidi Mišljenje, *op. cit.* u bilj. 9, § 88. Usp. *supra* bilj. 39.

⁶⁵ *Ibid.*, § 111.

nastana. Naime, kao što je u gornjem tekstu već spomenuto, Sud EU-a ne osporava činjenicu da javni bilježnici određene djelatnosti obavljaju s ciljem čije je ostvarenje samo po sebi u javnom interesu, osobito u dijelu kada javni bilježnik potvrđuju istinitost i zakonitost poduzetih pravnih poslova. Sud EU-a u tom smislu razlikuje javnobilježničke djelatnosti koje se obavljaju s ciljem koji svoje opravdanje ima u javnom interesu i djelatnosti za koje se sukladno čl. 51., st. 1. (bivšem čl. 45.) UFEU-a može smatrati da je izravno povezana s izvršavanjem javnih ovlasti.⁶⁶ Međutim, istovremeno sa spomenutim zaključkom Sud EU-a navodi da okolnost što se javnobilježnička služba obavlja imajući na umu ciljeve od javnog interesa predstavlja i razlog koji *može* opravdati ograničenje slobode poslovnog nastana, a što bi proizlazilo iz posebnosti koje karakteriziraju javnobilježničku djelatnost. U tom smislu Sud EU-a kao predmnijevano dopuštena ograničenja izrijekom nabraja ograničenja koja se odnose na postupak imenovanja javnih bilježnika (osim pretpostavke državljanstva), broj javnih bilježnika i teritorijalno ograničenje njihova djelovanja, pravila o javnobilježničkoj naknadi, neovisnost javnih bilježnika, pravila kojima se javnim bilježnicima zabranjuje obavljanje druge službe i pravila kojima se propisuju razlozi prestanka javnobilježničke službe⁶⁷ očekivano konstatirajući da ona moraju biti nužna za postizanje ciljeva koji su u javnom interesu.

Drugim riječima, čini se da je presudom na određeni način dano zeleno svjetlo nacionalnim zakonodavcima da predvide (odnosno u svojim zakonodavstvima ostave u neizmijenjenu obliku) niz pretpostavaka kojima se javno bilježništvo uređuje kao djelatnost koja se obavlja u širem smislu javnog interesa. Iako je nesporno da je presuda Suda EU-a ograničena isključivo na utvrđenje je li pretpostavka državljanstva suprotna slobodi poslovnog nastana, gore spomenuti dio kao da sugerira da će se (ostale) pretpostavke vezane i uz imenovanje i uz samo obavljanje javnobilježničke djelatnosti pretpostavljeno smatrati iznimkama koje nisu u suprotnosti sa slobodom poslovnog nastana, i to upravo zato što je riječ o djelatnosti koja je od javnog interesa. Suprotstavljanje sintagma *ciljevi od javnog interesa*, s jedne, i djelatnosti koja načelno (ni)je povezana s *izvršenjem javnih ovlasti*, s druge strane, svakako ostavlja dovoljno prostora da se svako od izrijekom spomenutih ograničenja posebno ispituje u nekim budućim presudama Suda EU-a. Iako je vjerojatno bilo entuzijastično očekivati da Sud EU-a analiziranim presudama u potpunosti riješi sve (ili bar većinu) potencijalnih

⁶⁶ Vidi predmet C-54/08, § 96. i 97.

⁶⁷ *Ibid.*, § 98.

problema koje se vežu uz obavljanje javnobilježničke djelatnosti u Europskoj uniji, presuda kojom se jedan od uvjeta za imenovanje izričito zabranjuje jer se njime krši sloboda poslovnog nastana dok se ostali tek paušalno ocjenjuju kao primjeri mogućih izuzeća svakako ne doprinosi pravnoj sigurnosti i nimalo ne olakšava zadatak zakonodavcima država članica.

Možda ne bi ovdje trebalo isključiti mogućnost da takvo stajalište Suda EU-a valja promatrati u svjetlu okolnosti što njegov zadatak nije bio ograničen samo na odlučivanje o tome krši li pretpostavka državljanstva javnih bilježnika odredbe o slobodi poslovnog nastana nego da je Komisija od Suda zatražila i da utvrdi kako su sve tužene države članice (osim Francuske) propustile u odnosu na javnobilježničku djelatnost pravovremeno implementirati Direktivu 2005/36/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. 9. 2005. godine o priznavanju stručnih kvalifikacija (dalje u tekstu: Direktiva 2005/36/EZ).⁶⁸ Ne ulazeći u detalje same Direktive 2005/36/EZ, na moguće dalekosežne posljedice njene primjene na djelatnost javnog bilježništva dovoljno upućuje već i sama činjenica da se njome utvrđuju pravila na temelju kojih države članice koje pristup uređenim profesijama i obavljanje tih profesija na svome teritoriju uvjetuju posjedovanjem određenih stručnih kvalifikacija priznaju stručne kvalifikacije stečene u drugim državama članicama, a koje nositelju omogućuju pristup istoj profesiji, odnosno obavljanje iste profesije kao u matičnoj državi članici.⁶⁹ Nadalje, polje primjene Direktive 2005/36/EZ propisano je odredbom čl. 2. tako da se primjenjuje na sve državljane država članica koji žele obavljati uređenu profesiju u državi članici različitoj od one u kojoj su stekli svoje stručne kvalifikacije, u svojstvu zaposlene ili samostalno zaposlene osobe uključujući i slobodne profesije.⁷⁰ Pristupajući pitanju implementacije Direktive 2005/36/EZ Sud EU-a polazi od njene zakonodavne povijesti, točnije od instrumenta koji joj je prethodio, tj. Direktive Vijeća 89/48/EEZ od 21. 12. 1988. o općem sustavu za priznavanje visokoškolskih diploma dodijeljenih po završetku stručnog obrazovanja i izobrazbe u trajanju od najmanje tri godine (dalje u tekstu: Direktiva 89/48/EEZ).⁷¹ Naime, iako se spomenute direktive u bitnom sadržajno podudaraju⁷², njihova usporedba ipak

⁶⁸ Službeni list Europske unije, 2005., L 255, str. 22.

⁶⁹ Vidi čl. 1. Direktive 2005/36/EZ.

⁷⁰ Vidi čl. 2. Direktive 2005/36/EZ.

⁷¹ Službeni list Europske unije, 1989., L 19, str. 16.

⁷² Vidi t. 14. preambule Direktive 2005/36/EZ kojom je predviđeno da njenim donošenjem ostaje nepromijenjen mehanizam priznavanja uspostavljen ranijim instrumentima pa tako i Direktivom 89/48/EEZ.

upućuje na razliku koja zaslužuje posebnu pozornost. Dok je t. 12. preambule Direktive 89/48/EEZ predviđala da se sustav za priznavanje visokoškolskih diploma primjenjuje ne dovodeći u pitanje primjenu iznimke iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a, t. 41. preambule Direktive 2005/36/EZ predviđala je istu iznimku u odnosu na slobodu poslovnog nastana, ali uz izričito navođenje da se to osobito odnosi na javne bilježnike. Drugim riječima, postavilo se pitanje treba li spomenutu referenciju iz Direktive 2005/36/EZ tumačiti tako da se predmetna Direktiva primjenjuje i na javnobilježničku djelatnost.

Iako je Sud EU-a u odnosu na Direktivu 89/48/EEZ t. 12. preambule protumačio tako da se njome iz polja primjene željelo isključiti one djelatnosti koje su pokrivena čl. 51., st. 1. (bivšim čl. 45.) UFEU-a (u smislu djelatnosti koje su povezane s izvršavanjem javnih ovlasti), u odnosu na t. 41. preambule Direktive 2005/36/EZ (i izričito spominjanje javnih bilježnika) zauzeo je stajalište kako se navedeno ne može protumačiti kao stajalište europskog zakonodavca da se iznimka iz odredbe čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a primjenjuje na javnobilježničku djelatnost. Svoje je stajalište Sud EU-a potkrijepio činjenicom da je Europski parlament svojevremeno predložio da u tekst Direktive 2005/36/EZ uđe i izričita odredba u smislu njene neprimjene na javnobilježničku djelatnost. Međutim, okolnost što spomenuti prijedlog nije našao mjesto u konačnom tekstu Direktive 2005/36/EZ, prema stajalištu Suda EU-a, ne znači da se ona primjenjuje na djelatnost javnih bilježnika. Sasvim suprotno, odustajanje od prijedloga Europskog parlamenta navodno se dogodilo zato što je iznimka od primjene odredaba o slobodi poslovnog nastana u odnosu na djelatnosti koje su povezane s izvršavanjem javnih ovlasti bila u dovoljnoj mjeri obuhvaćena odredbom čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a.⁷³ Iako je Sud EU-a u tom smislu naveo da zakonodavna povijest ukazuje na postojanje određene razine pravne nesigurnosti, ipak je zaključio da se iz navedenoga ne može zaključiti kako su države članice imale obvezu implementirati odredbe Direktive 2005/36/EZ i u odnosu na javnobilježničku djelatnost.

Iako Sud EU to nije izričito naglasio, čini se da bi odluka o primjeni Direktive 2005/36/EZ na javnobilježničku djelatnost trebala izravno ovisiti o tome je li javnobilježnička djelatnost (kao profesija) obuhvaćena iznimkom od slobode poslovnog nastana iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a. Naime, ako je javnobilježnička djelatnost uistinu povezana s izvršavanjem javnih ovlasti, onda se na nju ne primjenjuju odredbe Direktive 2005/36/EZ. U tom se smislu,

⁷³ Vidi predmet C-54/08, § 140., 141.

čini se, Sudu EU-a ne bi mogla uputiti načelna kritika što u odnosu na izričito spominjanje javnih bilježnika u preambuli Direktive 2005/36/EZ nije automatski zaključio i da je javnobilježnička djelatnost povezana s izvršavanjem javnih ovlasti. Ipak, propuštanje Suda EU-a da konačno odluči o tome je li javnobilježnička djelatnost obuhvaćena iznimkom od slobode poslovnog nastana iz odredbe čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a i definitivno utvrdi je li riječ o djelatnosti koja (ni)je povezana s izvršavanjem javnih ovlasti, svakako nije najsretnije rješenje. Nezavisni je odvjetnik ovu zamku izbjegao mnogo elegantnije, ali zato što je prethodno utvrdio da je javnobilježnička djelatnost povezana s izvršavanjem javnih ovlasti iako to s obzirom na test proporcionalnosti ne opravdava uvođenje diskriminacije na temelju državljanstva. Drugim riječima, kako je Komisija svoje tvrdnje temeljila na tezi da javnobilježnička djelatnost nije djelatnost koja je povezana s izvršavanjem javnih ovlasti i da su države članice prekršile odredbe o slobodi poslovnog nastana uvođenjem pretpostavke državljanstva javnih bilježnika, nezavisni je odvjetnik zaključio da navedeno ne predstavlja pravnu osnovu na temelju koje bi se moglo zaključivati o obvezi država članica da svoje zakonodavstvo pravovremeno usklade s Direktivom 2005/36/EZ. Iako je racionalizacija nezavisnog odvjetnika na prvi pogled u skladu s provedenom analizom, to ne umanjuje zaključak kako je i u njegovu slučaju riječ o svojevrsnom odbijanju da se o ovome važnom pitanju zauzme konačno stajalište kao ni zaključak da su time odškrinuta vrata Komisiji da pozivom na neke druge argumente u budućem postupku propituje primjenu Direktive 2005/36/EZ na javnobilježničku djelatnost.⁷⁴

4. ZAKLJUČAK

Iz analizirane presude Suda EU-a sasvim nedvojbeno proizlazi da će hrvatski zakonodavac u najskorije vrijeme morati pristupiti izmjenama ZJB-a, i to u dijelu koji predviđa da javni bilježnici moraju ujedno biti i hrvatski državljani. U odnosu na druge pretpostavke koje se vežu uz postupak imenovanja javnih bilježnika⁷⁵ kao i na pravila kojima se u širem smislu uređuje njihovo djelovanje (primjerice, pravila koja se odnose na broj javnih bilježnika, teritorijalno ograničenje njihova djelovanja, naknade, razloge prestanka obavljanja službe i sl.) čini se da ne postoji obveza država članica (pa tako ni Republike Hrvatske) da svoje zakonodavstvo prilagode zbog eventualne povrede slobode poslovnog nastana.

⁷⁴ Vidi Mišljenje, *op. cit.* u bilj. 9, § 150.

⁷⁵ Vidi *supra* bilj. 2.

Na pitanje je li analizirano stajalište Suda EU-a zadovoljavajuće nije moguće jednostrano odgovoriti. Argumenti izneseni u prilog tezi kako pretpostavka državljanstva javnih bilježnika nije prihvatljiva u sferi funkcioniranja zajedničkog europskog tržišta nedvojbeno upućuju na potrebu korigiranja nacionalnih zakonodavstava. Međutim, u isto bi vrijeme bilo pogrešno zaključiti da je Sud EU-a u potpunosti (ili bar većim dijelom) riješio dileme koje se već neko vrijeme vežu uz kvalifikaciju javnobilježničke djelatnosti u europskom pravu. Iako je bio vezan zahtjevom Komisije koja se ograničila na ispitivanje učinaka pretpostavke državljanstva na kršenje odredaba o slobodi poslovnog nastana, teško je ne posumnjati kako je Sud EU-a zapravo spretno iskoristio ograničenje svoga mandata ne bi li izbjegao odgovoriti na mnogo teža pitanja, osobito ona koja se odnose na primjenu sekundarnog europskog prava na javne bilježnike i javnobilježničku djelatnost. Nesumnjivo je da provođenjem šire analize Sud EU-a ne bi ni iznenadio ni šokirao europsku javnost. Uostalom, njegova dosadašnja sudska praksa vrlo je često duboko zadirala u temeljna pitanja europskog (a onda posredno i prava država članica), i to u mjeri u kojoj su ekstenzivna i aktivistička stajališta Suda EU-a danas gotovo postala pravilo. Valja se oduprijeti porivu za spekulacijom razloga takva postupanja Suda EU-a. Konačno, već se iz razlika koje postoje na razini Mišljenja nezavisnog odvjetnika i same presude može steći poprilično jasan dojam o tome da Sud EU-a nije rekao svoju konačnu riječ o javnom bilježništvu u Europskoj uniji. Isti zaključak proizlazi i sagleda li se problem na političkoj razini. Na to je, uostalom, upozorio i sam Sud EU-a, i to u dijelu u kojemu se u presudi osvrnuo na rezolucije koje je u razdoblju od 1994. do 2006. godine donio Europski parlament, a iz kojih proizlazi zalaganje te institucije za stajalište prema kojemu je iznimkom od prava na poslovni nastan iz čl. 51., st. 1. (bivšeg čl. 45.) UFEU-a obuhvaćena i javnobilježnička djelatnost.⁷⁶ Iako je Europski parlament istovremeno zauzeo i stajalište prema kojemu bi države članice trebale izmijeniti svoja prava u dijelu u kojemu je državljanstvo javnih bilježnika predviđeno kao pretpostavka za primanje u javnobilježničku službu, Sud EU-a je poslao nesumnjivo snažnu poruku navodeći kako ga spomenute rezolucije pravno ne obvezuju.⁷⁷

Međutim, neovisno o mogućim otvorenim pitanjima u ovom je trenutku sasvim jasna zadaća koja stoji pred hrvatskim zakonodavcem pa se u tom svjetlu u najskorijoj budućnosti mogu očekivati izmjene postojećeg ZJB-a. Kao

⁷⁶ Vidi predmet C-54/08, § 57. i 113.

⁷⁷ *Ibid.*

i uvijek, bilo bi dobro savjesno pristupiti budućim zakonodavnim zahvatima te iskoristiti priliku za cjelokupno poboljšanje predmetnoga zakona koji datira iz davne 1993. godine, a posljednji je put u manjoj mjeri mijenjan 2009. godine. Tijekom godina sigurno je skupljeno dovoljno iskustava koja otvaraju mogućnost sveobuhvatnog i učinkovitog zahvata u hrvatsku javnobilježničku djelatnost.

Summary

Nina Tepeš *

REQUIREMENT OF CITIZENSHIP FOR BECOMING A NOTARY PUBLIC

Croatian Law on Public Notary prescribes, among other requirements, that public notaries must have Croatian nationality. In its recent judgments, European Court of Justice declared that the Kingdom of Belgium, the French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Republic of Austria, the Federal Republic of Germany and the Hellenic Republic have failed to fulfill their obligations under Article 43 EC and the first paragraph of Article 45 EC by limiting access to the profession of notary exclusively to nationals of their own country ('the nationality clause'). At the same time, it found that member states neither failed to transpose for public notary profession Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications, nor failed to fulfill their obligations in that regard under Articles 43 EC and 45 EC. As these judgments undoubtedly affect substantive law requirements of Member States, they are also of great importance for the Croatian legislator. In the paper, activity of public notaries is first examined in light of the freedom of establishment, inasmuch as it sets out that restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State are prohibited. As the provisions regarding freedom of establishment do not apply to activities which in that State are connected (even occasionally) with the exercise of official authority, paper in the second part examines to what extent an activity of public notary can be qualified as an activity connected with the exercise of official authority.

Keywords: public notary, freedom of establishment, nationality, official authority.

* Nina Tepeš, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

(NE)SPOJIVOST JAVNOBILJEŽNIČKOG I ODVJETNIČKOG ZVANJA U HRVATSKIM ZEMLJAMA

*Doc. dr. sc. Mirela Krešić**

*“...od odvjetnika se ište, da bude oštar i pun temperamenta,
da se identificira s interesima zastupane stranke,
od bilježnika usuprot izčekuje stranka ozbiljno, mirno, promišljeno,
nepristrano razsudjivanje predmeta ...”*
(Iz obrazloženja Osnove zakona o kr. javnim bilježnicima
i njihovom poslovanju, 1904.)

U radu se razmatra zakonski okvir uređenja institucije javnog bilježništva u hrvatskim zemljama u razdoblju od početka 19. stoljeća i uvođenja modernog javnog bilježništva do ukidanja te institucije tijekom i neposredno nakon završetka Drugoga svjetskog rata. Pri tome je posebna pažnja posvećena načelu nespojivosti javnobilježničkog i odvjetničkog zvanja i nastojanjima oko njegova oživotvorenja na hrvatsko-slavonskom području.

Ključne riječi: javni bilježnik, odvjetnik, nespojivost (inkompatibilitet) zvanja, Istra, Dalmacija, Hrvatska i Slavonija, Međimurje, Baranja.

1. UVODNE NAPOMENE

U reformama pravnog sustava Republike Hrvatske 1990-ih godina usvojen je Zakon o javnom bilježništvu (1993.) kojim je javno bilježništvo ustrojeno kao posebna javna služba.¹ Riječ je o obnovi rada institucije s višestoljetnom

* Dr. sc. Mirela Krešić, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine, br. 78/93, 29/94, 16/07, 75/09.

tradicijom čije je postojanje i djelovanje bilo prekinuto 1941. odlukom vlasti Nezavisne Države Hrvatske (NDH), odnosno odlukom o ukidanju javnog bilježništva na cjelokupnom jugoslavenskom području koju je 1944. donijelo Predsjedništvo AVNOJ-a. Za razliku od današnjeg jedinstvenog razvoja hrvatskoga javnog bilježništva, do 1941., odnosno 1944. postojale su znatne razlike koje su bile posljedica različite državne pripadnosti hrvatskih zemalja i, slijedom toga, različitog pravnog uređenja institucije javnih bilježnika na području Istre, Dalmacije, Hrvatske i Slavonije te Međimurja i Baranje.

Ponovnim uvođenjem te institucije prihvaćen je tzv. čisti latinski tip javnog bilježništva koji podrazumijeva odvojenost poslova javnog bilježništva od poslova odvjetništva. Tako u zakonu izričito stoji kako javni bilježnik ne smije istodobno biti i odvjetnik (čl. 39., st. 1. Zakona o javnom bilježništvu). Smisao razlikovanja tih dvaju zvanja leži u činjenici da je javni bilježnik kao samostalan i neovisan nositelj javnobilježničke službe koju obavlja kao osoba od javnoga povjerenja nepristran povjerenik stranaka. Istodobno je odvjetnik, također kao dio neovisne i samostalne službe, prije svega, zastupnik stranke o čijoj pravnoj zaštiti mora voditi računa prilikom pružanja pravne pomoći. Unatoč prihvaćenu načelu nespojivosti zvanja javni bilježnik može biti zastupnik stranke u točno određenim slučajevima pri čemu ima prava i dužnosti odvjetnika. Osim toga, ima i pravnih sustava u kojima su odvjetnici istodobno i javni bilježnici s pravom obavljanja poslova iz nadležnosti obiju profesija kao što je *Anwaltsnotariat*, sustav karakterističan za neke njemačke pokrajine.² Mogućnost istodobnog obavljanja odvjetničkog i javnobilježničkog zvanja unatoč prihvaćanju latinskog tipa javnog bilježništva postojala je u nekim hrvatskim zemljama u razdoblju prije ukidanja javnobilježničke službe 1940-ih godina. Premda zamišljena kao privremena iznimka od pravila ta je spojenost zvanja ostala trajno obilježje djelovanja javnih bilježnika na području Hrvatske i Slavonije.

2. JAVNO BILJEŽNIŠTVO U ISTRI I DALMACIJI

Na obalnom području današnje Hrvatske institucije javne vjere imaju iznimno dugu tradiciju obilježenu djelovanjem pristava, vjerodostojnih mjesta i javnih

² Dika, M., *Javnobilježnička služba u nekim zapadnoeuropskim državama*, u: Crnić, I.; Dika, M. (ur.), *Zakon o javnom bilježništvu*, Zagreb, 1994., str. 50 - 51.

bilježnika.³ Prvi pristavi spominju se još u listinama hrvatskih narodnih vladara, ali njihova je uloga s vremenom slabjela, a potom i nestala. Od 12. stoljeća, zbog pojačane urbanizacije, pismenosti i razvoja robno-novčanog gospodarstva, na važnosti dobivaju javni bilježnici, tj. notari. U početku su to bili isključivo svećenici, ali s laicizacijom službe porastao je broj svjetovnjaka koji su za obavljanje javnobilježničke djelatnosti morali imati poseban privilegij javne vlasti, rimsko-njemačkog cara ili pape pa su se u skladu s dobivenim privilegijem razlikovali *imperiali auctoritate notarius* i *apostolicae sedis auctoritate notarius*. Odlukom Senata Mletačke Republike (1612.) javne bilježnike su mogla imenovati tijela vlasti Republike u njezino ime pa su to na istarskim i dalmatinskim prostorima pod mletačkom vlašću činili knezovi pojedinih gradova (*Venetae auctoritate notarius*). Uz pristava i notara kao *loca credibilia*, tj. vjerodostojna mjesta djelovali su kaptoli. Status vjerodostojnog mjesta i pravo obavljanja javne djelatnosti imali su samo neki dalmatinski kaptoli dok istarski (i kvarnerski) nisu imali takve ovlasti. Djelatnost dalmatinskih vjerodostojnih mjesta zamrla je tijekom 15. i 16. stoljeća vjerojatno zbog učinkovitosti i razgranatosti gradskih notarijata, dolaska mletačke vlasti koja kaptolima ukida javni karakter *loci credibilis* kao i zbog činjenice da su se neki od tih kaptola nalazili na području koje su osvojile Osmanlije nakon čega se njihova cjelokupna djelatnost ugasila.⁴

2.1. Uređenje javnoga bilježništva u Istri i Dalmaciji prije 1871.

Nakon što je Napoleon u svibnju 1797. ukinuo Mletačku Republiku, u podjeli teritorija s Habsburškom Monarhijom prepustio je Monarhiji mletačku Istru i Dalmaciju (s Bokom kotorskom), što je potvrđeno mirom u Kampoformiju

³ Kostrenčić, M., *Fides publica (javna vera) u pravnoj istoriji Srba i Hrvata do kraja XV veka*, Beograd, 1930., str. 1 - 4.

⁴ Stipišić, J., *Razvoj splitske notarske kancelarije*, Zbornik Historijskog instituta Jugoslavenske akademije, 1, 1954., str. 111 - 123 (a); Stipišić, J., *Pomoćne povijesne znanosti u teoriji i praksi*, Zagreb, 1991., str. 161 - 163 (b); Pedani Fabris, M. P., "Veneta auctoritate notarius" - *Storia del notariato veneziano (1514 - 1797)*, Milano, 1996.; Šufflay, M., *Dalmatinsko-hrvatska srednjovjekovna listina: povijest hrvatskog notarijata od XI. do XV. stoljeća*, Zagreb, 2000.; Grbavac, B., *Notari kao posrednici između Italije i Dalmacije - studije, službe, seobe između dvije obale Jadrana*, Acta Histriae, vol. 16, br. 4, 2008., str. 503 - 526; Gulin, A., *Hrvatski srednjovjekovni kaptoli - loca credibilia Dalmacije, Hrvatskog primorja, Kvarnerskih otoka i Istre*, Zagreb, 2008.

iste godine. No, već je Požunskim mirom (1805.) kratkotrajna austrijska uprava tim hrvatskim zemljama bila zamijenjena francuskom. Tako su mletačka Istra i Dalmacija s Bokom kotorskom ušle u sastav francuske Kraljevine Italije, premda s ponešto različito uređenom upravom. Na čelu Istre nalazio se prefekt sa sjedištem u Kopru⁵ dok je Dalmacijom upravljao generalni providur sa sjedištem u Zadru.⁶ Nakon još jednog austrijsko-francuskog rata mirom u Schönbrunn (1809.) Monarhija je Francuskoj prepustila habsburšku Istru, zatim Goricu, Gradišku, Kranjsku i zapadnu Korušku te hrvatske krajeve južno od Save od kojih su potom ustrojene Ilirske provincije (*Les provinces illyriennes*).⁷ Premda su postojale od 1809., organizacijski su uređene tek Organskim dekretom 1811. (*Le décret organique du 15 avril 1811*) te su bile podijeljene na sedam pokrajina: Korušku, Kranjsku, Istru, Dalmaciju, Dubrovnik, Građansku Hrvatsku te Vojnu Hrvatsku sa sjedištem u Ljubljani, a na čelu se nalazio generalni upravitelj.⁸

Francuzi će iz hrvatskih krajeva otići već 1813., a njihova uprava, dijelom i zbog kratka trajanja, u načelu nije ostavila značajnijega traga. Često se ističe kako su francuske reforme, premda modernizacijskog karaktera, zapravo bile protivne prevladavajućem tradicionalizmu, još uvijek duboko ukorijenjenu feudalizmu i nespremnosti hrvatskoga društva za nove ideje.⁹ Slijedom toga se, a u kontekstu slabe prihvaćenosti francuskoga zakonodavstva i nezadržavanju francuskih propisa dolaskom austrijske vlasti, izdvaja uređenje institucije javnog bilježništva. U svim novoosvojenim područjima francuska je uprava nastojala proširiti francuski pravni poredak pa tako i Zakon o notarijatu (*Loi contenant organisation du notariat / Loi 25 ventôse an XI*)¹⁰ iz 1803. kao “najsavršeniji spo-

⁵ Milotić, I., *Pravni sustav u Istri u vrijeme francuske uprave (1806. - 1813.)*, L'Istria e le Province Illiriche nell'età Napoleonica, Pirano, 2010., str. 140 - 143.

⁶ Maštrović, V., *Razvoj sudstva u Dalmaciji u XIX. stoljeću*, Zagreb, 1959., str. 45 - 47.

⁷ Za sadržaj odredaba mirovnog ugovora o ustupanju spomenutih teritorija vidi *Napoléon i Kraljevina Ilirija ili Naredba o ustrojenju Ilirije. Décret sur l'organisation de l'Illyrie*, Historički spomen, Zagreb, 1850., str. 7.

⁸ Za tekst Organskog dekreta, tj. Naredbe o ustrojenju Ilirije vidi *op. cit.* u bilj. 7, str. 9 - 22; više o Ilirskim provincijama vidi Vošnjak, B., *Ustava in uprava Ilirskih dežel (1809 - 1813)*, Ljubljana, 1910.

⁹ O reformama u francuskom pravu vidi Čepulo, D., *Modernizacija prava u europskoj jezgri (Engleska, Francuska i Njemačka) i zemlje periferije 1780. - 1880.*, Vladavina prava, vol. 5, br. 3-4, Zagreb, 2001., str. 20 - 26.

¹⁰ Tekst Zakona o notarijatu s kasnijim izmjenama i dopunama vidi <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070994&dateTexte=20110616> (29. rujna 2012.).

menik francuskoga zakonodavstva”.¹¹ Tim je zakonom ustrojen nov model europskoga bilježništva kao spoj modernog i tradicionalnog, odnosno model koji je prilagođen organizaciji modernog društva uz očuvanje tradicionalnog obilježja bilježništva kao slobodne profesije s javnim ovlastima.¹² Javni bilježnik je tako postao državni službenik i osoba od javnog povjerenja koji svoju službu obavlja prema zakonu čiji čl. 7. propisuje nespojivost funkcija javnog bilježnika i odvjetnika (*“Les fonctions de notaires sont incompatibles avec ...avoués ...”*).¹³

Prema uzoru na francuski zakon sastavljen je Pravilnik o bilježništvu (*Regolamento sul Notariato*, 1806.) za Kraljevinu Italiju koji se primjenjivao na području Istre.¹⁴ Na temelju tih dvaju propisa sastavljen je Pravilnik o bilježništvu (*Regolamento sul Notariato*, 1807.) za Dalmaciju koji se počeo primjenjivati 1. svibnja 1808.¹⁵ Ti su bilježnički pravilnici, u skladu s francuskim uzorom, propisivali nespojivost funkcije javnog bilježništva i odvjetnika (*“L’ufficio ...di avvocato ...é incompatibile coll’esercizio del notariato.”*) te su ostali važeći i tijekom uključenja Istre i Dalmacije u Ilirske provincije. No, dok je tradicija bilježništva u tim krajevima bila dugotrajna i bogata, za dijelove Građanske Hrvatske proširenje važenja francuskog zakonodavstva s uvođenjem javnog bilježništva predstavljalo je novost.¹⁶ Bilježništvo je prema francuskom zakonu (čl. 30.) bilo ustrojeno u onim kantonima na čijem su području djelovali pomirbeni sudovi (*justice de paix*). Pri tome se javnobilježnički položaj smatrao najvažnijim i najunosnijim položajem pri pomirbenim sudovima.¹⁷ U nekim kantonima Građanske Hrva-

¹¹ Pappafave, V., *Bilježnički obraznik sa izjašnjenjima povjestnim, bibliografskim i pravničkim*, Zadar, 1896., str. xxx.

¹² Dika, M., *Osvrt na povijesni razvoj europskog latinskoga javnog bilježništva*, op. cit. u bilj. 2, str. 38.

¹³ Više vidi Malavet, P. A., *Counsel for the situation: The Latin Notary, A Historical and Comparative Model*, Hastings International and Comparative Law Review, vol. 19, br. 3, 1996., str. 422 - 423; Neschwara, Ch., *Geschichte des österreichischen Notariats. Band I – vom Spätmittelalter bis zum Erlass der Notariatsordnung 1850.*, Wien, 1996., str. 532 - 536.

¹⁴ Primjerak Pravilnika o bilježništvu nalazi se u Državnom arhivu grada Pazina pod signaturom HR-DAPA-799/95 u fondu HR-DAPA-797, Zbirka plakata i drugih tiskovina.

¹⁵ Bezmalinović, B., *Notarijat u Dandolovoj Dalmaciji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, vol. XXVII, br. 2, 1990., str. 77 - 98.

¹⁶ Prema §§ 249. - 250. Naredbe o ustrojenju Ilirije sve francuske zakone je trebalo proslijediti u Ilirske provincije te ih prevesti na jezike koji su u upotrebi u Provincijama s početkom primjene od 1. siječnja 1812. godine. Op. cit. u bilj. 7, str. 21; usporedi i Vošnjak, op. cit. u bilj. 8, str. 179 - 180.

¹⁷ Neschwara, op. cit. u bilj. 13, str. 537.

tske, npr., u kantonu Jaska, zasigurno su ustrojeni javni bilježnici, premda su, kako proizlazi iz njihovih spisa koji se čuvaju u Hrvatskom državnom arhivu, djelovali samo od 1812. do 1813., kada prestaje francuska vlast u hrvatskim krajevima.¹⁸

Odlaskom Francuza hrvatske zemlje našle su se okupljene pod habsburškom vlašću premda upravno razjedinjene. Dalmacija, ukinuta Dubrovačka Republika te Boka kotorska dijelovi su jedinstvene pokrajine Dalmacije, na području Istre ustrojeno je Istarsko okružje, a kontinentalni krajevi bivših Ilirskih provincija vraćeni su Hrvatskoj i Slavoniji. Prvih nekoliko godina nove-stare austrijske vlasti u Istri i Dalmaciji proteklo je u uklanjanju francuskih tragova, osobito u sređivanju upravne i sudske vlasti. Pri tome je austrijska vlast naišla na solidno uređenu javnobilježničku službu koja je, međutim, u Monarhiji zadnjih desetljeća prilično zamrla.

U Austriji je institucija javnog bilježništva bila uređena Notarskim redom (*Die Reichsnotariatsordnung*) cara Maksimilijana I. iz 1512.¹⁹ Stupanjem na snagu Zakona o građanskom postupku (*Die Allgemeine Gerichtsordnung*) iz 1781. jedini javnobilježnički akti bili su protesti mjenica (§ 112.), a u preostalim poslovima sudjelovanje javnih bilježnika postalo je suvišno. Ipak, i tim je Notarskim redom bilo zabranjeno javnim bilježnicima istodobno obavljanje odvjetničke funkcije.²⁰ Austrijsko bilježništvo oživjet će tek sredinom 19. stoljeća premda je do određenih promjena došlo i ranije, osobito u onim austrijskim područjima koja su vraćena u teritorijalan okvir Monarhije nakon pada Napoleona.²¹ Tako su austrijske vlasti za područje Dalmacije donijele propise kojima je određeno kako se svi bilježnički spisi sastavljeni u skladu s naprijed spomenutim postupovnim zakonom imaju smatrati javnom ispravom.²² Ujedno su austrijske vlasti za Dalmaciju 1827. usvojile novi Privremeni pravilnik za bilježnike (*Regolamento provvisorio per i notai della Dalmazia*).²³ Prema Pravilniku je bilo propisano kako je funkcija javnog bilježnika nespojiva s položajem odvjetnika (§ 8., “*L’ufficio*

¹⁸ Vidi, npr., Hrvatski državni arhiv (dalje u bilješkama: HDA), signatura 945, fond Bilježnici kantona Jaska.

¹⁹ Više vidi Neschwara, *op. cit.* u bilj. 13, str. 258 - 264.

²⁰ *Spomenica udruženja javnih bilježnika Kraljevine Jugoslavije*, Split, 1935., str. 14.

²¹ Neschwara, *op. cit.* u bilj. 13, str. 543 - 570.

²² Pappafave, *op. cit.* u bilj. 14, str. xlvi; usporedi Neschwara, *op. cit.* u bilj. 13, str. 547, 554.

²³ Tekst Privremenog pravilnika za bilježnike vidi u: *Raccolta delle leggi ed ordinanze dell’anno 1827 per la Dalmazia*, Zara, 1829., str. 143 - 158.

...di avvocato è incompatibile coll' esercizio del notariato.”). Privremenost važenja tog Pravilnika produljena je sve do 1871. kada je na područje Dalmacije bio uveden novi, austrijski Bilježnički red.

Znatno prije nego u Dalmaciju prvi moderni austrijski bilježnički propis uveden je u Istru. Kao posljedica promjena koje su nastupile u Monarhiji 1848. u odnosu države prema pojedincima, odnosno zbog prestanka uplitanja države u privatnopravne odnose pojedinaca te povećanjem gospodarskog i pravnog prometa donesen je 1850. Bilježnički red (*Die Notariatsordnung*) čiju je svrhu uvođenja ministar pravosuđa Schmerling objasnio kao nužnost “da se dobije državna ustanova koja će građanima pružiti mogućnost, da u pravnim poslovima dobiju javnu ispravu putem osoba, koje su od države postavljene i ovjerovljene.”²⁴ Ovaj je Bilježnički red u Istri zamijenjen Bilježničkim redom iz 1855., a potom i Bilježničkim redom iz 1871. važećim na cjelokupnom području austrijskog dijela Monarhije, uključujući i Dalmaciju.

Nespojivost javnog bilježništva s odvjetništvom u austrijsko zakonodavstvo preuzeta je iz francuskoga prava, ali se nije mogla u potpunosti realizirati onako kako je to bilo učinjeno u Francuskoj gdje, s obzirom na zakonsku regulativu, nije bila moguća konkurencija bilježničke, odvjetničke i sudačke funkcije.²⁵ Prema § 11. Bilježničkog reda iz 1850. s položajem javnog bilježnika u pravilu je bila nespojiva funkcija odvjetnika, ali se u mjestima u kojima nije bilo sjedište zemaljskog suda moglo uz ovlaštenje za obavljanje bilježništva dodijeliti i pravo obavljanja odvjetništva. Zbog toga je § 6. Patenta kojim je uveden Bilježnički red bilo propisano kako se tim osobama zabranjuje zastupanje stranaka u parnici povodom nekog bilježničkog akta koji su oni sastavili. Također je istaknuto kako će se te osobe morati odlučiti hoće li obavljati javnobilježničku ili odvjetničku službu kada bude bilo moguće razdvojiti te funkcije.²⁶

Bilježnički red iz 1855. u § 9. također ostavlja mogućnost sjedinjenja javnobilježničke i odvjetničke funkcije u mjestima u kojima nije bilo sjedište zemaljskog suda. Prema dostupnim informacijama za grad Rovinj bila su predviđena dva, a

²⁴ Stanoš, I., *Nešto iz povijesti javnog bilježništva*, Mjesečnik, br. 1, 1926., str. 29.

²⁵ Šantek, M., *O nespojivosti zvanja odvjetnika sa zvanjem javnog bilježnika de lege lata*, *Odvjetnik*, vol. VI, br. 8, 1932., str. 4.

²⁶ Cesarski patent od 29. Rujna 1850. valjan za Austriju više i niže Ennsa, Salcburg, Štajersku, Korušku, Kranjsku, Goricu, Gradišku i Istriju, grad Tërst i njegov okoliš, Tirol, Voralberg, Česku, Moravsku, gornju i donju Šlezku, kojim se oglašuje bilježnički red za ove krunovine, Sveobći dèržavo-zakonski i vladin list za Carevinu Austrijsku, komad CXXVIII, br. 366, 1850., str. 1627 - 1667.

za područje nadležnosti rovinjskog zemaljskog suda jedanaest javnobilježničkih mjesta.²⁷ Nije nam poznato je li među tih jedanaest javnih bilježnika bilo i onih koji su ujedno djelovali kao odvjetnici.

Novi, treći austrijski bilježnički propis bio je usvojen 1871. te je tada njegova primjena bila proširena na cjelokupno područje austrijskog dijela Monarhije, uključujući Istru i Dalmaciju.

2.2. Uređenje javnoga bilježništva u Istri i Dalmaciji nakon 1871.

Rasprave o preuređenju Monarhije nakon ukidanja apsolutizma (1861.) konačne su sklapanjem Austro-ugarske nagodbe i donošenjem prosinačkih zakona (1867.) kojima su postavljeni temelji za preobrazbu uprave i sudstva u austrijskom dijelu Monarhije uključujući Istru i Dalmaciju. To će se uređenje zadržati do raspada države 1918. Dio reformskih zahvata u Monarhiji predstavljalo je donošenje novoga Bilježničkog reda čijim je stupanjem na snagu u Istri prestao važiti Bilježnički red iz 1855., a u Dalmaciji Privremeni bilježnički red.²⁸

U pogledu načela nespojivosti zvanja javnog bilježnika i odvjetnika tek je ovim propisom to načelo bilo prihvaćeno bez iznimaka (§ 7., “Odvjetništvo ...nemože se sjediniti sa uredom bilježničkim.”). Ipak, uvodnim je zakonom bilo propisano kako bilježnici koji su do tada obavljali i odvjetničku funkciju “vani po pokrajini (t.j. izvan gradovah)” mogu to činiti i nadalje dokle god ostaju na području svog uredovanja, odnosno ako su bili upisani u odvjetnički imenik (§ IV.).

2.2.1. Talijanska vlast u Istri i Dalmaciji i uređenje javnoga bilježništva

Okončanje Prvoga svjetskog rata donijelo je Istri i Dalmaciji velike promjene. Još u travnju 1915. bio je potpisan Londonski sporazum između Antante i Kraljevine Italije kojim je Italija pristala povući neutralnost proglašenu

²⁷ Chiari, J., *Die österreichische Notariats-Ordnung vom 21. Mai 1855 und die kaiserliche Verordnung*, Wien, 1856., str. 28., 31.

²⁸ Zakon od 25. Sèrpnja 1871., kojim se uvodi nov zakon o bilježničtvu, Dèržavno-zakonski list za kraljevine i zemlje zastupane u vieću cesarevinskom, komad XXXII, br. 75, 1871., str. 161 - 204.

početkom rata i prijeći na stranu saveznika uz teritorijalnu kompenzaciju u koju su bila uključena i austrougarska područja istočne obale Jadrana.²⁹ Na temelju primirja Antante i Austro-Ugarske iz studenog 1918. talijanska vojska zauzela je velik dio hrvatskog obalnog područja čime je Italiji osiguran povoljniji položaj u predstojećim mirovnim pregovorima.³⁰ Kako na Mirovnoj konferenciji u Parizu (1919.) nije bio postignut sporazum o razgraničenju, novi su pregovori održani u Rapallu u kojemu je u studenom 1920. konačno potpisan Ugovor o razgraničenju između Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca (SHS) i Kraljevine Italije. Na temelju toga ugovora Italiji su pripali Trst, Gradiška, Idrija i Slovensko primorje, Istra (osim Kastva i Krka) te otoci Cres i Lošinj s obližnjim manjim otočićima, a u Dalmaciji Zadar s užom okolicom te otoci Lastovo i Palagruža s manjim otocima i kamenim grebenima. Bila je osnovana i Riječka Država koja će na temelju Rimskog pakta (1924.) ipak biti prepuštena Italiji.³¹

Ovom području je Rimskim ugovorima koje je sklopila NDH u svibnju 1941. pridruženo još hrvatskih krajeva te je uslijedilo znatno povećanje teritorija pod talijanskom vlašću. Vlasti NDH su nakon kapitulacije Italije (1943.) jednostrano poništile Rimske ugovore i donijele odluku o proširenju hrvatske uprave nad krajevima koji su bili pod talijanskom okupacijom. Istodobno je Njemačka ustrojila područje operacijske zone Jadransko primorje u koje su ušli, uz dijelove talijanskog i slovenskog teritorija, i područje Istre, Rijeke s Kvarnerom (osim otoka Raba), Zadar i Lastovo. Preostala bivša talijanska područja na hrvatskoj obali Jadrana Njemačka je prepustila Nezavisnoj Državi Hrvatskoj te je takvo stanje uglavnom zadržano do okončanja rata.³²

Promjena državnopravnog poretka 1918. – 1920. – 1924. odrazila se na upravni i sudski ustroj te zakonodavstvo anektiranog istarskog i dalmatinskog područja pri čemu je institucija javnog bilježništva zadržala austrijsku legislativu sve do 1929. Talijanska vlada je na temelju Zakona od 31. svibnja 1928. br. 1235.³³ bila obvezna osigurati preduvjete za uvođenje talijanskih bilježničkih

²⁹ Marjanović, M., *Londonski ugovor iz 1915.*, Zagreb, 1960.

³⁰ Krizman, B., *Vanjska politika jugoslavenske države 1918 - 1941*, Zagreb, 1975.; Diklić, M., *Zadar i Rapallski ugovor (uz 90. obljetnicu)*, Radovi Zavoda za povijesne znanosti HAZU u Zadru, vol. 53, 2011., str. 223 - 242.

³¹ Krizman, *op. cit.* u bilj. 30, str. 147 - 149.

³² Degan, V. Đ., *Pravni aspekti i političke posljedice Rimskih ugovora od 18. svibnja 1941.*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, vol. 45, br. 2, 2008., str. 265 - 278.

³³ Legge 31. Maggio 1928, n. 1235, Autorizzazione al governo del Re di provvedere alla revisione ed al coordinamento delle disposizioni relative al notariato ed agli archivi no-

zakona u tzv. novopriopjena područja te koordinirati način njihove provedbe. Ti su zakoni potom stupili na snagu na temelju Dekreta od 6. svibnja 1929. br. 972.³⁴ Osnovu talijanskih bilježničkih propisa činio je Zakon o ustroju bilježništva i bilježničkih arhiva (1913.)³⁵ čiji je § 2. propisao nespojivost položaja javnog bilježnika s položajem odvjetnika (*“L’ufficio di notare è incompatibile ...con la professione di avvocato ...”*).

Na područjima stečenim 1941. talijanske su vlasti zadržale postojeće zakonodavstvo dok se, u skladu s kraljevskim dekretom iz prosinca 1941., na njih ne proširi važenje temeljnih talijanskih zakona.³⁶ Kako je to proširenje dobilo potvrdu tek u travnju 1943., neposredno prije kapitulacije, pitanje je u kojoj je mjeri zaista zaživjelo talijansko zakonodavstvo.³⁷ Dio tih temeljnih zakona nisu činili javnobilježnički propisi pa je pretpostavka da je tijekom talijanske vlasti na snazi i dalje bilo prije važeće javnobilježničko uređenje uz izmjene koje su bile posljedica državnopravnih promjena. Prema dostupnim podacima iz grada Splita javni bilježnici su od svibnja do srpnja 1941. djelovali prema ovlaštenju Vrhovnog zapovjedništva talijanskih oružanih snaga, a potom u ime kralja Vittorija Emanuela.³⁸ Javnobilježničkih spisa ima i iz kratkotrajnog razdoblja u kojemu je Split bio u sastavu Nezavisne Države Hrvatske³⁹ unatoč tome što su vlasti NDH ukinule javno bilježništvo još u svibnju 1941. Vjerojatno upravo zbog kratkotrajnosti vlasti, ali i poteškoća pri njezinoj organizaciji javni su bilježnici i nadalje djelovali u dalmatinskim krajevima premda u ratnim i iznimno teškim okolnostima sa smanjenim intenzitetom sve do 1944. kada je institucija javnih

tarili ad alla estensione delle norme medesime alle nuove provincie, Gazzetta ufficiale n. 141 del 18. giugno 1928.

³⁴ Regio decreto 6. Maggio 1929, n. 972, Attuazione, nei territori annessi al Regno, della legge 16. Febbraio 1913, n. 89 riguardante l’ordinamento del notariato e degli archivi notarili, Raccolta ufficiale delle Leggi e decreti del Regno d’Italia, 1929., str. 4446.

³⁵ Legge 16. Febbraio 1913, n. 89 sull’ordinamento del notariato e degli archivi notarili, http://www.edizioneuropee.it/data/html/33/zn59_12_001.html (1. listopada 2012.)

³⁶ Regio decreto 26 dicembre 1941-XX, n. 1583, Estensione delle leggi fondamentali del Regno ai territori annessi coi Regi decreti, legge 3 maggio 1941-XIX, n. 291, e 18 maggio 1941-XIX, n. 452, Gazzetta ufficiale del Regno d’Italia, N 030 del 6 Febbraio 1942, str. 515 - 516.

³⁷ Vidi <http://www.ratnakronikasplita.com/kronika/1941> (3. listopada 2012.).

³⁸ Jelaska Marjan, Z., *U službi države, na službu građanima: javni bilježnici u gradu Splitu 1918. - 1944.*, Acta Histriae, vol. 16, br. 4, 2008., str. 605.

³⁹ *Ibid.*, str. 606.

bilježnika ukinuta odlukom Predsjedništva AVNOJ-a.⁴⁰ Javno bilježništvo je krajem ratnih godina zamrlo i na području Istre, a odluka o ukidanju javnog bilježništva bila je provedena tek nakon što je Ugovorom o miru (1947.) uređena granica s Italijom te Istra priključena Hrvatskoj.⁴¹

3. JAVNO BILJEŽNIŠTVO U HRVATSKOJ I SLAVONIJI, MEĐIMURJU I BARANJI

Kontinentalni dio današnje Hrvatske imao je u odnosu na obalno područje ponešto drugačiji razvoj institucija javne vjere. Iako su djelovali pristavi i javni bilježnici, bilježničku djelatnost najvećim su dijelom vršili kaptoli, i to prema uzoru na ugarske kaptole koji su još od 12. stoljeća obavljali određene službe za kralja, odnosno državu te su isprave koje su oni izdavali i providali kaptolskim pečatima uživale javnu vjeru. Takvu je praksu ozakonio ugarsko-hrvatski kralj Andrija II. 1231. nakon čega su kaptoli sjeverne i središnje Hrvatske postali institucijama javne vjere s ovlaštenjem da sastavljaju, pišu, prepisuju i izdaju sve vrste javnih i privatnopravnih isprava sa svojim pečatom. Kaptoli su tu funkciju obavljali do uvođenja austrijskog Bilježničkog reda 1858. i početka djelovanja moderno uređene javnobilježničke službe na hrvatsko-slavonskom području kao i na području Međimurja i Baranje.⁴²

3.1. Uređenje javnog bilježništva na hrvatsko-slavonskom području 1859. - 1930.

Moderno uređena institucija javnog bilježništva na nekim područjima Hrvatske i Slavonije postojala je u vrijeme Ilirskih provincija. Međutim, kra-

⁴⁰ Odluka o ukidanju javnih bilježnika i javno-bilježničkih komora od 17. studenog 1944., Službeni list Demokratske Federativne Jugoslavije, knjiga I, br. 11, 1945.

⁴¹ Ugovor o miru s Italijom, Međunarodni ugovori Federativne Narodne Republike Jugoslavije, sv. 4, 1947.; vidi Ukaz o proširenju važnosti Ustava, zakona i drugih propisa FNRJ na područje pripojeno teritoriju FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom; Ukaz o proširenju važnosti Ustava, zakona i drugih propisa Narodne Republike Hrvatske na područje Istre, gradova Rijeke i Zadra te otoka Lastova, Narodne novine, br. 88, 1947.

⁴² Stipišić (b), *op. cit.* u bilj. 4, str. 163; Gulin, A., *Hrvatski srednjovjekovni kaptoli – loca credibilia sjeverne i središnje Hrvatske*, Zagreb, 2001.

tkotrajnost djelovanja tih bilježnika daje nam pravo tvrditi kako je moderno uređeno javno bilježništvo na hrvatsko-slavonsko područje ipak uvedeno tek patentom iz 1858.⁴³ kojim je prošireno važenje austrijskog Bilježničkog reda iz 1855. i koji je stupio na snagu 1. studenog 1859.⁴⁴ Taj je propis 1886. proširen i na područje Vojne krajine.⁴⁵ Bilježnički red je bio jedan od propisa uvedenih tijekom apsolutizma kada su modernizirane pravne institucije Monarhije, tako i u Hrvatskoj i Slavoniji. Prije uvođenja Bilježničkog reda na snagu su stupili i drugi zakoni koji su podrazumijevali postojanje javnobilježničke infrastrukture kao što je, npr., tzv. Izvanparbeni postupnik.⁴⁶ Premda neustavan način uvođenja tih propisa nije bio dobro prihvaćen, ukidanjem apsolutizma oni su i nadalje ostali na snazi. Tako je Banska konferencija (1861.) donijela naputak u kojem je, među ostalim, stajalo kako do daljnjeg na snazi ostaju do tada važeći zakoni (§ 54.).⁴⁷ Stajalište Konferencije o zadržavanju zakona uvedenih putem patenata dok ne budu izričito ukinuti ili preinačeni potvrdio je svojim odlukama i Hrvatski sabor.⁴⁸

Pokušaj donošenja hrvatskoga zakona o bilježništvu nije bio uspješan. Prema dostupnim podacima bila su sastavljena dva prijedloga bilježničkoga zakona: Osnova zakona o kr. javnim bilježnicima i njihovom poslovanju s obrazloženjem

⁴³ Cesarski patenat od 7. veljače 1858. kojim se bilježnički red od 21. svibnja 1855. uvodi u Galiciji, velikoj vojvodini Krakovskoj i u Bukovini, zatim u Ugarskoj, Hrvatskoj, Slavoniji, Erdeljskoj i srpskoj Vojvodini s Banatom tamiškim, Zemaljsko-vladni list za kraljevine Hèrvatsku i Slavoniju (dalje u bilješkama: ZVL), 1858., I. razdiel, komad V, br. 27.

⁴⁴ Naredba ministarstva pravosudja od 25. lipnja 1859., kojom se obznanjuje dan, kojega će u Hèrvatskoj i Slavoniji u kriepost stupiti zakon o bilježničtvu, ZVL, 1859., razdiel I., komad XIV, br. 90.

⁴⁵ Zakon od 13. prosinca 1886. kojim se valjanost previšnjeg patenta od 7. veljače 1858. kojim je uveden bilježnički red od 21. svibnja 1855. proteže na cijelo područje kraljevinah Hrvatske i Slavonije, Sbornik zakonah i naredabah valjanah za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju (dalje u bilješkama: SZN), komad XVII, br. 58., 1886.

⁴⁶ Zakon o sudbenom postupku u pravnim poslovima neparbenim iliti izvan parnica, Hrvatski zakoni, III, 1900., str. 1 - 160.

⁴⁷ Naputak za privremeno uređenje županija, slobodnih kotareva, slobodnih kraljevskih gradova, povlaštenih trgovišta i seoskih općina u kraljevinah Hrvatskoj, Slavoniji i Dalmaciji, SZN, svezak I., komad X, 1863., str. 277 - 287.

⁴⁸ Vidi članak I. Pravosudne ustanove građanskog i kaznenog prava, Saborski spisi sabora kralj. Dalm., Hrv. i Slav. od godine 1861., svezak IV, str. 1.

i Osnova zakona o javnom bilježništvu.⁴⁹ Premda je nejasno u kojoj su se mjeri ti prijedlozi razmatrali u vrijeme njihova sastavljanja, potreba i želja za novim uređenjem hrvatsko-slavonskog javnog bilježništva svakako je postojala. Tako se u nemalom broju slučajeva neosnivanje novih javnobilježničkih mjesta opravdavalo skorim uvođenjem novog zakona.⁵⁰ Iduća poznata nam inicijativa u pogledu novoga zakonskog uređenja uslijedila je tek 1914. od strane zagrebačkoga Sudbenog stola koji je djelovao kao javnobilježnička komora.⁵¹ Ne znamo jesu li slične inicijative provodili i ostali hrvatsko-slavonski sudbeni stolovi. Ako i jesu, može se ipak pretpostaviti kako nije bilo nikakvih daljnjih postupanja izvan toga uskog kruga javnih bilježnika, dijelom i zbog početka rata jer je Bilježnički red ostao na snazi do 1930. i donošenja jugoslavenskog zakona.

Bilježničkim redom iz 1855. načelo nespojivosti javnobilježničke i odvjetničke službe bilo je propisano za područje u kojem se nalazilo sjedište zemaljskih sudova pojedinih krunovina (§ 9.). To se za područje Banskog stola kao zemaljskog suda Hrvatske i Slavonije odnosilo samo na Zagreb dok su na ostalom hrvatsko-slavonskom području javni bilježnici istodobno mogli biti i odvjetnici. Stoga se odvjetnik imenovan javnim bilježnikom u Zagrebu morao na temelju uvodnog patenta iz 1858. u roku od tri mjeseca odreći odvjetničke službe (§ V.). Spojenost javnog bilježništva i odvjetništva smatrala se bolnom točkom uređenja institucije javnih bilježnika te je svako razmišljanje o preuređenju bilježništva uključivalo i uvođenje načela nespojivosti. U obama prijedlozima hrvatskog zakona o javnim bilježnicima bilo je sadržano načelo nespojivosti (§ 4.). Osim toga, nerijetko se nesklonost sudbenih stolova osnivanju novih javnobilježničkih mjesta opravdavala upravo time da bi imenovana osoba istodobno djelovala i kao javni bilježnik i kao odvjetnik.⁵²

Do prvoga ozbiljnijeg nastojanja proširenja načela nespojivosti na cijelo hrvatsko-slavonsko područje došlo je tek za Kraljevine SHS usvajanjem Zakona o

⁴⁹ Jedini trag postojanja otisnutih prijedloga o uređenju javnog bilježništva našli smo u Biblioteci Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu pod signaturama VIII-487 (Osnova zakona o kr. javnim bilježnicima i njihovom poslovanju sa obrazloženjem) i VIII-488 (Osnova Zakona o javnom bilježništvu).

⁵⁰ HDA, Zemaljska vlada, Odjel za pravosuđe (dalje u bilješkama: ZVOP), sign. 81., kut. 311 (1877. – 1919.), br. 21/1888., 38/1888., 18/1897.

⁵¹ Državni arhiv u Zagrebu (dalje u bilješkama: DAZG), Sudbeni stol u Zagrebu, serija bilježnički predmeti 1870. - 1918., sign. 84., kut. 5. (1914.), br. 8/1914.

⁵² HDA, ZVOP, sign. 81., kut. 311 (1877. – 1919.), br. 18/1897.

nespojivosti zvanja iz lipnja 1928.⁵³ kojim je propisana nemogućnost istodobnog obavljanja obaju zvanja (§ 1.). Još prije prihvaćanja zakona javila se u javnosti bojazan kako će njegovo provođenje izazvati brojne poteškoće, osobito u manjim mjestima gdje bi egzistencija javnih bilježnika bila ugrožena ako bi ih se lišilo dodatne financijske zarade od bavljenja odvjetništvom. Stoga se kao rješenje koje bi ujedno podržalo uvođenje načela nespojivosti predlagalo proširenje javnobilježničke nadležnosti. S druge strane, razdvajanje zvanja bilo je vrlo prihvatljivo u većim gradovima (npr., u Osijeku) gdje se smatralo nepravednim privilegirati pojedince te im omogućiti obavljanje obaju zvanja.⁵⁴

Na temelju Zakona javni bilježnici-odvjetnici bili su obvezni u roku od 30 dana od dana stupanja na snagu zakona izvijestiti Banski stol koju službu zadržavaju. Ako bi propustili postupati u propisanom roku, vrijedila je presumpcija da su se (prešutno) odrekli javnoga bilježništva. Neovisno o zadržanu zvanju u idućih su pet mjeseci morali raspustiti drugu kancelariju (§ 2.). U arhivskim spisima naišli smo na samo jednu prijavu odricanja na temelju toga zakona. Bilo je to odricanje od odvjetništva kojim Božidar Domac zadržava svoj javnobilježnički ured u Dugom Selu.⁵⁵

Zastoj u provođenju načela nespojivosti nastupio je prije isteka petomjesečnog roka predviđenog za raspuštanje javnobilježničkih, odnosno odvjetničkih kancelarija donošenjem Zakona o advokatima u studenom 1928.⁵⁶ Tim je zakonom bilo omogućeno odvjetnicima s područja nadležnosti Banskoga stola koji su 1. lipnja 1928. u skladu s tadašnjim zakonima obavljali i javnobilježničku službu da to i nadalje čine ako su izričito zadržali javnobilježničko zvanje (§ 122.). Na taj je način ponovno omogućeno isključenje načela nespojivosti premda samo u slučaju osoba koje su 1. lipnja obavljale oba zvanja dok je za sve ostale vrijedilo načelo nespojivosti. Osim što su morali obavljati obje funkcije 1. lipnja 1928., svoje su bilježničko zvanje morali izričito zadržati pismenom izjavom danom prije stupanja na snagu toga zakona, tj. do 19. ožujka 1929.

⁵³ Zakon o nespojivosti zvanja kralj. javnih beležnika sa zvanjem odvjetnika te o uređenju javnobeležničkih pristojba u ostavinskim predmetima u Hrvatskoj i Slavoniji od 11. juna 1928., Zbornik zakona, uredbi i naredbi (dalje u bilješkama: ZZUN), svezak X.-XI., br. 66., 1928.

⁵⁴ *Nespojivost odvjetničkog i javnobilježničkog zvanja*, *Odvjetnik*, vol. II, br. 2, 1928., str. 35 - 36.

⁵⁵ DAZG, Sudbeni stol u Zagrebu, sign. 84., kut. 5. (1914.), br. 10/1914.

⁵⁶ Zakon o advokatima za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 29. novembra 1928., Službene novine Kraljevine SHS od 19. decembra 1928., br. 295-XCIV.

Međutim, u siječnju 1929. uvedena je diktatura zbog koje je bio poremećen predviđen način stupanja na snagu dotada prihvaćenih zakona uključujući i spomenutoga Zakona o advokatima. Novi Zakon o advokatima prihvaćen je u ožujku 1929.⁵⁷ te je njime također bilo predviđeno daljnje obavljanje obaju zvanja za one koji su to činili 1. lipnja 1928. (§ 123.). Jedina se razlika odnosila na otklanjanje prije traženog uvjeta izričitog zadržavanja javnobilježničke službe pa su tako odvjetnici koji su na dan 1. lipnja bili i javni bilježnici to mogli i nadalje biti po sili zakona. Prije nego što je u praksi zaživjelo ovako uređeno načelo nespojivosti donesen je 1930. jugoslavenski Zakon o javnim bilježnicima koji je također usvojio načelo nespojivosti zvanja, ali je ujedno izazvao brojne nejasnoće i odgodio rješavanje toga važnog pitanja.

3.2. Uređenje javnog bilježništva na području Međimurja i Baranje 1859. - 1930.

Ako se u razmatranju položaja Međimurja i Baranje zaustavimo na prijelomnoj 1848., valja istaknuti da je Međimurje u rujnu te godine vojnom akcijom bana Jelačića (ponovno) pripojeno Hrvatskoj i Slavoniji, a da je Baranja ostala u sastavu Kraljevine Ugarske.⁵⁸ Nakon teritorijalnog preuređenja zbog uspostave ustavnog stanja u Monarhiji Međimurje je ponovno uključeno u sastav Zaladske županije pa je zajedno s Baranjom ostalo dijelom Ugarske sve do 1918. Dok je Baranja na temelju Trianonskog sporazuma (1920.) bila podijeljena između Mađarske i Kraljevine SHS, Međimurje je u cijelosti pripalo Kraljevini. Povijesne veze tih hrvatskih krajeva s Ugarskom utjecale su i na uređenje javnog bilježništva.

Bilježnički red (1855.) je 1858. bio uveden i u Ugarsku. Međutim, ukidanjem apsolutizma na osnovi zaključka *Judex-kurijalne* konferencije stavljen je izvan snage u Ugarskoj, a time i u Međimurju i Baranji.⁵⁹ Potom je Ugarski sabor 1874. donio Zakonski članak XXXV. kojim je samostalno uređio javnobilježničku

⁵⁷ Zakon o advokatima za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 17. marta 1929., Službene novine Kraljevine SHS od 19. marta 1929., br. 65-XXVIII.

⁵⁸ Pavličević, D., *Županije u Hrvatskoj i Slavoniji u prijelaznom razdoblju od 1848. do 1881.*, u: Goldstein, I. et. al., *Hrvatske županije kroz stoljeća*, Zagreb, 1996., str. 75.

⁵⁹ Szécsényi-Nagy, K., *New functions of Hungarian Civil Law Notaries*, *Acta Juridica Hungarica*, vol. 50, br. 2, 2009., str. 217.

djelatnost (1874. évi XXXV. törvénycikk a királyi közjegyzőkrol).⁶⁰ Taj je zakon bio na snazi u Međimurju i Baranji kao i u ostalim (bivšim) ugarskim područjima Kraljevine SHS u razdoblju nakon 1918.⁶¹, tj. na području Apelacijskog suda u Novom Sadu (Baranja, Bačka i Banat⁶²) i sreskih sudova Čakovca i Preloga (Međimurje⁶³).

Prema svojem francuskom uzoru, ali i prema austrijskom zakonu iz 1871., ugarski je zakon također prihvatio načelo nespojivosti javnobilježničkog i odvjetničkog zvanja (§ 3., "A közjegyző nem lehet egyszersmind ...gyakorló ügyvéd ...").⁶⁴ Na području Međimurja i Baranje ugarsko javnobilježničko uređenje ostalo je na snazi do donošenja jugoslavenskog zakona.

4. JAVNO BILJEŽNIŠTVO U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Okončanjem Prvoga svjetskog rata u listopadu 1918. ustrojena je Država Slovenaca, Hrvata i Srba čijim je sjedinjenjem s Kraljevinom Srbijom i Crnom Gorom u prosincu iste godine nastala Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca poslije preimenovana u Kraljevinu Jugoslaviju (1929.). Kako su se područja koja su ušla u sastav Kraljevine prije 1918. nalazila unutar različitih državnih okvira te su imala različita pravna uređenja i pravne izvore, i Kraljevina je u pravnom pogledu bila partikularna država te je obuhvaćala šest tzv. pravnih područja: hrvatsko-slavonsko, dalmatinsko-slovensko, bosansko-hercegovačko,

⁶⁰ Tekst ugarskog Zakona o bilježništvu vidi <http://www.1000ev.hu/index.php?a=3¶m=5647> (8. listopada 2012.); usporedi i Rupp, Zs., *A magyar kir. közjegyzősegi törvény (1874. évi XXXV. törvénycikk) magyarazata*, Budapest, 1875.

⁶¹ Uredba o izmeni i dopuni u Zakonu o kr. javnim beležnicima za teritoriju Banata, Bačke i Baranje, Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 1. januara 1921., br. 1.; Zakon o izmeni i dopuni u Zakonu o javnim beležnicima na teritoriji Apelacionog suda u Novom Sadu, Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 30. decembra 1922., br. 294.

⁶² O primjeni ugarskog zakona o bilježništvu u Baranji, Bačkoj i Banatu vidi Bogdanfi, G.; Nikolić, N., *Opšte privatno pravo*, Pančevo, 1925., str. 60 - 65.

⁶³ O primjeni ugarskog zakona o bilježništvu u Međimurju v. HDA, ZVOP, sign. 81, kut. 312 (1919.), br. 108, 1919.

⁶⁴ Više o razvoju ugarskoga javnog bilježništva kao i o temeljnim obilježjima zakona vidi Márkus, D., *Ungarisches Verwaltungsrecht, Band XVI*, Tübingen, 1912., str. 503.; Neschwara, Ch., *Österreichis Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa*, Wien, 2000., str. 61 - 62.

pravno područje Međimurja, Baranje, Bačke i Banata, srbijansko te crnogorsko pravno područje.

Javno bilježništvo je bilo ustrojeno samo na područjima bivše Monarhije s iznimkom Bosne i Hercegovine i bilo je uređeno različitim propisima. Na hrvatsko-slavonskom području na snazi je bio Bilježnički red iz 1855., na dalmatinsko-slovenskom području Bilježnički red iz 1871., a na pravnom području Međimurja, Baranje, Bačke i Banata primjenjivao se ugarski zakon iz 1874.

Različito uređenje javnog bilježništva u krajevima u kojima je institucija bilježništva postojala kao i nepostojanje institucije javnih bilježnika u ostalim dijelovima države potaknula je zakonodavca na razmišljanje o sudbini bilježništva. Nakon prikupljenih mišljenja o potrebi za javnim bilježnicima započelo se s izradom nacрта novoga javnobilježničkog zakona.⁶⁵ Rad na nacrtu bio je priveden kraju tijekom diktature te je Zakon o javnim bilježnicima (dalje u tekstu: ZJB) stupio na snagu 1930. godine.⁶⁶ Iako je zakon donesen s ciljem proširenja te institucije na cjelokupan državni teritorij, stupio je na snagu samo na područjima apelacijskih sudova u Zagrebu, Splitu, Ljubljani i Novom Sadu te Vrhovnog suda u Sarajevu. Kako je Zakon 1932. stavljen izvan snage za područje Vrhovnog suda u Sarajevu⁶⁷, javni bilježnici su nastavili djelovati jedino na onim područjima na kojima su postojali i ranije.

ZJB je prihvatio načelo nespojivosti zvanja javnog bilježnika i odvjetnika (§ 9., st. 2.). Kako je ta nespojivost bila zajamčena austrijskim propisom iz 1871., odnosno ugarskim iz 1874., ta je odredba bila iznimno važna za hrvatsko-slavonsko područje, tj. područje Banskoga stola kao apelacijskog suda, odnosno područje zagrebačke Odvjetničke komore na kojem su još uvijek djelovali javni bilježnici koji su ujedno bili i odvjetnici.

⁶⁵ Ministarstvo pravosuđa Kraljevine SHS 1921. obratilo se i Komisiji za izradu zakona o odvjetnicima koja je u mišljenju o potrebi javnog bilježništva, ali i o odnosu javnog bilježništva i odvjetništva iznijela sljedeće: "Ustanova kraljevskih javnih bilježnika ...ne samo da se ima ostaviti ondje, gdje već postoji, nego se ima protegnuti na cijelu kraljevinu ...Javno bilježništvo mora biti inkompatibilno s advokaturom." Politeo, I., *Osnova zakona o advokatima i advokatskim pripravnicima. Bilježnički red za cijelu kraljevinu*, Mjesečnik, br. 6-7, 1921., str. 268.

⁶⁶ Zakon o javnim bilježnicima (notarima) od 11. septembra 1930. br. 87.330, Službene novine Kraljevine Jugoslavije od 26. septembra 1930., br. 220-LXXVII.

⁶⁷ Vidi čl. 1. Zakona od 27. decembra 1932., br. 127534-Z-314 o izmjeni § 253. Zakona o javnim beležnicima, Službene novine Kraljevine Jugoslavije od 30. decembra 1932., br. 304-CXIV.

Stupanjem na snagu ZJB-a svi su se javni bilježnici morali staviti na raspolaganje, ali su do novog popunjavanja javnobilježničkih mjesta bili i nadalje ovlašteni obavljati svoje zvanje (§ 250.). Slijedom toga su javni bilježnici koji su ujedno obavljali i odvjetničko zvanje u slučaju ponovnog imenovanja morali u roku od trideset dana od dana primitka obavijesti o imenovanju prijaviti Banskome stolu koje zvanje žele zadržati. Ako to ne bi učinili u propisanom roku, presumiralo se da su se odrekli javnoga bilježništva (§ 252.). Neposredno nakon prihvaćanja ZJB-a Odvjetnička komora u Zagrebu je procijenila kako bi se, pod pretpostavkom da svi postojeći javni bilježnici zadrže bilježništvo te se odreknu odvjetništva, broj članova Komore smanjio za osamdeset. Smanjenje broja odvjetnika na taj način smatralo se pozitivnim rezultatom donošenja zakona jer će “bar donekle povoljno utjecati na dosadašnju štetnu hiperprodukciju našeg stališa” i ocjenom kako “smo poslije modernoga Zakona o advokatima dobili i moderni Zakon o javnim bilježnicima.”⁶⁸

Potpuno oživotvorenje načela nespojivosti trebalo je uslijediti s osnivanjem i popunjavanjem javnobilježničkih mjesta u skladu s novim zakonom. Iako su ta nova-stara bilježnička mjesta određena pravodobno Uredbom (1931.)⁶⁹, rok njihova popunjavanja je izmjenom zakona bio produžen s početna dva na četiri mjeseca⁷⁰, a daljnjom je izmjenom zakona taj rok bio predviđen “po potrebi”. Produljenje rokova značilo je da su i nadalje postojali javni bilježnici koji su svoje zvanje obavljali prema prijašnjim propisima te su ujedno bili ovlašteni istodobno obavljati i odvjetničku službu. Zbog toga je istom izmjenom zakona propisano da se javni bilježnici na područjima na kojima je to prema prijašnjim propisima bilo moguće mogu i nadalje baviti odvjetništvom dok ministar pravosuđa tu mogućnost izričito ne ukine.⁷¹

U praksi su te odredbe izazvale brojne dvojbe te su bile povodom sukoba između odvjetnika koji su bili i javni bilježnici i odvjetnika koji su se isključivo bavili odvjetništvom, ali i razilaženja u mišljenju između Stola sedmorice i Odvjetničke komore u Zagrebu. Komorin interes za rješavanje toga pitanja postojao je i zbog toga što je ZJB-om bilo predviđeno osnivanje javnobilježničke

⁶⁸ O *javnim bilježnicima*, *Odvjetnik*, br. 8, 1930., str. 30 - 32.

⁶⁹ Uredba o utvrđivanju broja i sedišta javnih beležnika od 24. januara 1931., br. 7610, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije* od 31. januara 1931., br. 22-VI.

⁷⁰ Zakon o izmjeni Zakona o javnim bilježnicima od 25. marta 1931., br. 33943., *Službene novine Kraljevine Jugoslavije* od 31. marta 1931., br. 72-XXI.

⁷¹ Vidi Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o javnim bilježnicima od 30. maja 1931., *Službene novine Kraljevine Jugoslavije* od 4. juna 1931., br. 123-XXXVI.

komore (§§ 150. – 165.). Javni bilježnici koji su ujedno djelovali i kao odvjetnici u tom bi slučaju zapravo bili članovi dviju autonomnih staleških organizacija. Odugovlačenje s osnivanjem javnobilježničke komore bilo je velikim dijelom posljedica neprovođenja načela nespojivosti zvanja te je komora osnovana tek 1937., a s radom je prestala već 1941.⁷²

Odbor Odvjetničke komore u Zagrebu je već početkom 1931. pozvao javne bilježnike-odvjetnike koji će doskora biti imenovani za bilježnike da obavijeste Komoru o imenovanju te da zatraže brisanje iz odvjetničkog imenika.⁷³ Kako je spomenutim promjenama zakona produljen rok za imenovanje i popunjavanje javnobilježničkih mjesta, Komora je iznijela mišljenje kako javni bilježnici koje je novi zakon (na dan 26. rujna 1930. kada je zakon objavljen u Službenim novinama) zatekao kao javne bilježnike i odvjetnike jer su im dosadašnji propisi to omogućavali mogu to i nadalje činiti, ali tu mogućnost nemaju javni bilježnici koji su dobili bilježničko imenovanje na temelju novoga zakona. Slijedom toga za novoimenovane javne bilježnike nastupila je zakonska obveza odricanja od odvjetništva u roku od predviđenih mjesec dana. Ako oni to ne bi učinili, Odbor može samostalno, po svojem slobodnom uvjerenju, ocijeniti je li javno bilježništvo u skladu s odvjetništvom te postupati u skladu s ovlaštenjima iz čl. 33. b) Zakona o advokaturi. Na temelju toga je Komora pozvala odvjetnike da u roku od trideset dana izjave odriču li se odvjetništva ili javnog bilježništva⁷⁴ te ih slijedom toga brisala iz odvjetničkog imenika, odnosno odbijala je upisati u imenik one osobe koje su već djelovale kao javni bilježnici kada su zatražili upis.⁷⁵ *Ratio* postupanja Komore je bio u tome da nakon donošenja ZJB-a nitko više ne može biti istodobno javni bilježnik i odvjetnik, odnosno da su od dana stupanja na snagu zakona ta zvanja nespojiva.⁷⁶ Takvo je postupanje potaknulo brojne odvjetnike-javne bilježnike na podnošenje žalbi Stolu sedmorice, a neki od njih su se obratili i Ministarstvu pravosuđa.

⁷² Uredba o osnivanju javnobeležničke komore u području Apelacionog suda u Zagrebu od 5. januara 1937., br. 1150, ZZUN, sv. I, br. 41, 1937.; Zakonska odredba o likvidaciji Javnobilježničke komore u Zagrebu, Zakoni, naredbe i odredbe (sudske struke), proglašeno od 11. travnja do 3. rujna 1941., knjiga I (dalje u bilješkama: ZNO), br. 121.; vidi i Odvjetnik, *vol.* X, br. 1-2, 1936., str. 30.; Odvjetnik, *vol.* XI, br. 1, 1937., str. 32.

⁷³ Odvjetnik, br. 3, 1931., str. 14 - 15.

⁷⁴ Vidi, npr., Rješidbu Stola sedmorice od 19. listopada 1933., br. 5379., u: Rucner, J.; Strohal, P., *Zbirka rješidaba Stola sedmorice*, svezak I, br. 393, 1939., str. 556.

⁷⁵ *Odvjetnici i novi javni bilježnici*, Odvjetnik, *vol.* VI, br. 2, 1932., str. 1 - 2.

⁷⁶ Odvjetnik, *vol.* VIII, br. 2, 1934., str. 5 - 7; Odvjetnik, *vol.* IX, br. 7, 1935., str. 122.

Stol sedmorice bio je drugačijeg mišljenja te je za sva mjesta izvan grada Zagreba⁷⁷ i nadalje dopuštao spojivost zvanja i, slijedom toga, ukidao odluke Komore kojima je ona brisala iz odvjetničkog imenika bilježnike koji se nisu odrekli odvjetništva. U obrazloženju presude iz 1931. Stol sedmorice navodi kako je prema propisima koji su važili prije novog zakona javnim bilježnicima na području zagrebačke Komore bilo dopušteno obavljanje obaju zvanja pa tako i odvjetnici koji su postavljeni javnim bilježnicima prema novom zakonu (nakon 26. studenog 1930., nap. a.) to mogu biti sve dok ministar pravosuđa svojom uredbom to pravo ne ukine.⁷⁸

Ishodište sukoba bilo je razilaženje u mišljenju što se smatra važećim propisima na temelju kojih je bila moguća spojivost zvanja, odnosno očito neshvaćanje da su propisi na temelju kojih je bilo moguće istodobno obavljanje obaju zvanja bili Zakon o nespojivosti zvanja iz 1928. te čl. 123. Zakona o advokatima iz 1929. Na temelju tih zakona mogućnost istodobnog obavljanja obaju zvanja bila je predviđena samo za one odvjetnike koji su djelovali kao javni bilježnici 1. lipnja 1928. Prema tome, u svim slučajevima u kojima je javni bilježnik imenovan nakon 1. lipnja 1928. bilo je nemoguće istodobno obavljanje obiju funkcija neovisno o tome što je to imenovanje bilo učinjeno prema Bilježničkom redu. Ni imenovanje na temelju novog zakona, premda je možda bila riječ o imenovanju iste osobe na već postojeće bilježničko mjesto, ne daje pravo istodobnog bavljenja odvjetništvom i bilježništvom. Stoga su (novo)imenovani javni bilježnici, tj. svi oni koji su imenovani nakon 1. lipnja 1928. (prema Bilježničkom redu do 1930., a nakon 1930. prema ZJB-u) bili dužni u zakonski propisanom roku od 30 dana odreći se odvjetništva.

Prema tome, Stol sedmorice je u svojim odlukama polazio od pretpostavke kako je pravo obavljanja obaju zvanja na području Komore prema prijašnjim propisima bilo općenito dopušteno ne shvaćajući kako je riječ o iznimci od općeg pravila nespojivosti, i to samo u korist onih odvjetnika koji su bili javni bilježnici na dan 1. lipnja 1928.⁷⁹ Prema podacima koje imamo Stol sedmorice je prvi put promijenio stajalište i istaknuo značenje 1. lipnja 1928. kao prijelomnog datuma u pogledu istodobnog obavljanja javnobilježničkog i odvjetničkog zvanja odlučujući 1935. o žalbi javnog bilježnika koji je na to mjesto imenovan nakon

⁷⁷ Vidi bilj. 74.

⁷⁸ Rješidba Stola sedmorice od 21. travnja 1931., br. 367, Mjesečnik, br. 7-8, 1932., str. 382.

⁷⁹ Odvjetnik, *vol.* VI, br. 8, 1932., str. 9; usporedi i Odvjetnik, *vol.* IX, br. 1, 1935., str. 6.

1. lipnja 1928., a kojemu je Komora uskratila upis u odvjetnički imenik.⁸⁰ To je stajalište Stol sedmorice potvrdio i u kasnijim presudama.⁸¹

Spojivost zvanja bio je nemalen problem jer je prema izvješću na dan 1. srpnja 1937. na području Banskoga suda djelovao 121 javni bilježnik. Od tog broja njih 45 djelovalo je samo u funkciji javnih bilježnika dok se 76 njih istodobno bavilo i odvjetništvom. Prema istom izvješću jedan od njih bio je nepravomoćno brisan iz odvjetničkog imenika dok je njih 75 bilo odvjetnicima i javnim bilježnicima još prije 1. lipnja 1928. pa se u skladu s tumačenjima zakona načelo nespojivosti nije moglo provesti u život.⁸² Nesuglasice u pogledu (ne)spojivosti bilježništva i odvjetništva nastavile su se, a broj se odvjetnika-javnih bilježnika smanjivao vrlo sporo te ih je 1940. bilo 69.⁸³ U rujnu iste godine Kraljevsko namjesništvo Kraljevine Jugoslavije na prijedlog je bana Banovine Hrvatske donijelo Uredbu o nespojivosti zvanja javnih bilježnika sa zvanjem odvjetnika i o stavljanju javnih bilježnika na raspoloženje.⁸⁴ Na temelju Uredbe javnim bilježnicima koji su radili i kao odvjetnici prestalo je zvanje bilježnika 30 dana od dana stupanja na snagu Uredbe (čl. 1.). Na taj im je način uskraćena mogućnost izbora jednog od zvanja te su mogli prema Uredbi djelovati samo kao odvjetnici. Naravno, bili su slobodni aplicirati za mjesto javnog bilježnika pa, ako bi naknadno dobili imenovanje, morali bi se odreći odvjetništva. Svi ostali javni bilježnici morali su se staviti na raspolaganje, ali su nastavili obavljati svoju funkciju do novog popunjavanja javnobilježničkih mjesta. Ako tom prilikom ne bi bio imenovan onaj bilježnik koji je do tada vršio tu funkciju, njegova je služba prestala trenutkom nastupa novoga javnog bilježnika. Istom je odredbom bilo propisano kako je javne bilježnike koji su se stavili na raspolaganje ban Banovine Hrvatske mogao premjestiti u drugo mjesto. Premješteni javni bilježnici su u roku od tri mjeseca od uručjenja rješenja o premještaju, s mogućnošću da banska vlast produlji rok za daljnja tri mjeseca, morali podnijeti molbu predsjedniku Banskoga suda na

⁸⁰ Rješidba Stola sedmorice od 25. srpnja 1935. Rek 1059/1-1935., kojom je potvrđena odluka advokatske komore u Zagrebu od 19. lipnja 1935., br. 1454-1935., u: Rucner, J.; Strohal, P., *Zbirka rješidaba Stola sedmorice*, svezak I, br. 386, 1939., 548 - 549.

⁸¹ Zaključak Stola sedmorice od 13. svibnja 1937., Rek. 472/1-37, *Odvjetnik*, vol. XI, br. 6, 1937., str. 146.

⁸² *Odvjetnik*, vol. XI, br. 7, 1937., str. 171.

⁸³ *Odvjetnik*, vol. XIV, br. 8, 1940., str. 183.

⁸⁴ Uredba o nespojivosti zvanja javnih bilježnika sa zvanjem odvjetnika i stavljanju javnih bilježnika na raspolaganje, br. 32307-III-1940 od 20. rujna 1940., *Zbornik zakona i uredbi*, svezak I - XII, 1940., br. 534.

čijem se području nalazi javnobilježničko sjedište da im se odredi dan kojim prestaje njihova javnobilježnička služba u prijašnjem mjestu i započinje služba u mjestu u koje su premješteni. Ako to pojedini javni bilježnik ne bi učinio u propisanom roku, smatralo se da je odustao od javnog bilježništva te je rješenje o prestanku zvanja javnog bilježnika donosio Banski stol. Na to je rješenje bila moguća žalba Stolu sedmorice (čl. 2.). Istom Uredbom ban je dobio ovlaštenje da roku od iduće tri godine svojim naredbama osniva nova bilježnička mjesta, ukida postojeća te uređuje njihovo područje djelovanja (čl. 3.).

Na taj se je način na hrvatsko-slavonskom području trebalo nakon više od osamdeset godina ostvariti nespojivost javnobilježničke i odvjetničke funkcije. Zadovoljstvo koje su odvjetnici, nešto manje odvjetnici-javni bilježnici, izrazili zbog donošenja te uredbe bilo je potaknuto i razmišljanjima kako je rješavanje tog pitanja pokazatelj neopravdanosti glasina o ukidanju javnog bilježništva u Banovini Hrvatskoj.⁸⁵ Smatralo se kako je institucija javnog bilježništva “bar za dogledno vrijeme potrebna, dakako pod pretpostavkom da će ju se prestati kompromitovati postupajući s njom kao sa sinekurom i nagradom za isključivo stranačke zasluge.”⁸⁶ Nažalost, iskazani optimizam bio je neosnovan. Već započeti rat u hrvatskim je zemljama iskristalizirao dvije vrlo oprečne državno-pravne ideologije koje su u pogledu javnog bilježništva imale jednako stajalište. Tako je u travnju 1941.⁸⁷ postojanje i djelovanje javnih bilježnika prekinuto odlukom vlasti Nezavisne Države Hrvatske, među ostalim, u nastojanju da se izbjegnju veliki troškovi koje je stanovništvo imalo prilikom ostavinskih rasprava.⁸⁸ Slično je bilo i razmišljanje komunističkih vlasti. Odjel za pravosuđe ZAVNOH-a u rujnu 1944. istaknuo je kako “javne bilježnike treba ukinuti, jer su nepotrebni ...pokazala se (institucija javnog bilježništva, nap. a.) kao nezgodna, nesavremena i štetna.”⁸⁹ Nakon toga je Predsjedništvo AVNOJ-a

⁸⁵ Više o tome vidi Krešić, M., *Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom pravnom području 1859. - 1941.*, Časopis za suvremenu povijest, vol. 42, br. 1, 2010., str. 123 - 124.

⁸⁶ *Odvjetnik*, vol. XIV, br. 8, 1940., str. 183.

⁸⁷ Zakonska odredba o ukidanju javnoga bilježništva, ZNO, br. 12; vidi i Zakonska odredba o upisivanju bivših javnih bilježnika u imenik odvjetnika, ZNO, br. 133.

⁸⁸ Iz obrazloženja ministra pravosuđa Vlade Nezavisne Države Hrvatske Mirka Puka. Jelavić, Z., *Kratka povijest notarijata u Hrvatskoj za razdoblje 1512. - 1941.*, Javni bilježnik, vol. 11, br. 26, 2007., str. 49.

⁸⁹ Dopis Odjela za pravosuđe ZAVNOH-a upućen Komisiji za novooslobođene krajeve pri Predsjedništvu ZAVNOH-a s listom spornih problema iz oblasti pravosuđa koje bi trebalo riješiti prije konačnog oslobođenja zemlje, br. 1366/44 od 15. rujna 1944., ZAVNOH,

donijelo odluku o ukidanju javnih bilježnika i javnobilježničkih komora pri čemu su svi poslovi koje su bilježnici do tada vodili prešli na narodne sudove.⁹⁰ Stupanjem na snagu tog zakona ukinuta je institucija javnog bilježništva na cijelom državnom području.

5. ZAKLJUČAK

Moderno uređena institucija javnih bilježnika je od 19. stoljeća bila obilježena načelom nespojivosti zvanja javnih bilježnika i odvjetnika. Tako je bilo i u većini hrvatskih zemalja unatoč različitom zakonskom uređenju kao posljedicom njihove različite državne i pravne pripadnosti. Najveće poteškoće u provedbi tog načela u praksi postojale su na hrvatsko-slavonskom području jer su i Bilježnički red i Zakon o javnim bilježnicima prihvatili latinski tip notarijata, ali i omogućili da javni bilježnici izvan Zagreba kao sjedišta sudbenog stola rade kao odvjetnici, odnosno, u jugoslavenskom razdoblju, da oni koji su stekli tu mogućnost prema prijašnjim propisima, nastave to činiti i dalje. Ta je praksa bila povodom određenih nesuglasica između odvjetnika i odvjetnika-javnih bilježnika. Tako se postavljalo pitanje financijskog privilegiranja odvjetnika-javnih bilježnika kojima je tako široka nadležnost omogućavala bolju financijsku korist, ali s obzirom na gospodarske prilike u zemlji time su se mogli okoristiti samo rijetki odvjetnici-javni bilježnici dok bi većini zapravo bila ugrožena egzistencija. No, možda je najznačajnija posljedica neprovođenja načela nespojivosti vidljiva u nepostojanju primjerene javnobilježničke staleške organizacije pri čemu su zadaću javnobilježničke komore obavljali sudbeni, kasnije okružni sudovi. Odugovlačenje s osnivanjem komore bilo je dijelom posljedica spojenosti zvanja s obzirom da bi javni bilježnici koji su ujedno djelovali i kao odvjetnici u tome slučaju bili članovi dviju autonomnih staleških organizacija. Načelo nespojivosti zvanja na hrvatsko-slavonskom području zapravo nije nikada u potpunosti provedeno u život s obzirom na to da je propis koji je konačno trebao ukloniti spojenost tih funkcija donesen neposredno prije nego je institucija javnih bilježnika u potpunosti uklonjena iz hrvatskog pravnog sustava.

Zbornik dokumenata 1944. (od 10. svibnja do 31. prosinca), br. 101, 1975., str. 325 - 327.

⁹⁰ Vidi bilj. 40.

Mirela Krešić *

THE (IN)COMPATIBILITY OF THE NOTARY PUBLIC AND ATTORNEY PROFESSIONS IN THE CROATIAN LANDS

The overriding characteristic of the initial one hundred and fifty years of the modern, regulated notary public profession in the Croatian lands was differing legal frameworks due to the different constitutional systems in which it functioned. Regardless of whether French, Italian, Austrian, Hungarian or Yugoslav legislation was in force, the accepted principle was that simultaneous engagement in the notary public and attorney professions was incompatible. Austrian and Yugoslav regulations governing notaries public nonetheless allowed for the existence of notaries public/attorneys, i.e., the simultaneous involvement in both professions. Although this possibility was conceived as an (interim) exception from the rule, it remained a permanent feature of the activities of notaries public in certain Croatian lands.

In practice, the application of the principle of incompatibility caused the greatest difficulties in the territory of Croatia and Slavonia, in which notaries public – except for those registered in the city of Zagreb – were simultaneously attorneys. As of 1859 and the introduction of the modern notary public profession, the separation of these functions was only discussed at the abstract level, and the first serious attempt to move in this direction was taken with the enactment of the Professional Incompatibility Act (1928) and the Notary Public Act (1930). However, the ambiguity of these regulations, as well as the contingency of this issue upon economic circumstances in the country and the ensuing financial status of notaries public, facilitated the continued possibility of simultaneous professional engagement as both a notary public and an attorney. A regulation that was supposed to eliminate finally the merger of these two professions after almost eighty years was enacted in 1940, only a few months before the institution of the notary public was removed entirely from the Croatian legal system (and remained removed for almost fifty years).

Keywords: notary public, attorney, incompatibility of professions, Istria, Dalmatia, Croatia and Slavonia, Međimurje, Baranja.

* Mirela Krešić, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

PRAVNO UREĐENJE POLOŽAJA SASTAVLJAČA ISPRAVA TE POVJERENJA U PRIVATNE ISPRAVE U RIMSKOM PRAVU

*Doc. dr. sc. Ivan Milotić**

U ovome radu razmatraju se načini postizanja povjerenja u privatne isprave u rimskom pravu. Premda rimsko pravo u svojoj povijesti nikada nije poznavalo javno bilježništvo analogno današnjemu, partikularno je uređivalo neke vrste djelatnosti koje danas pripadaju domeni javnoga bilježništva te čine, među ostalim, njegova prepoznatljiva obilježja. Povjerenje (fides publica) u isprave privatnog prava u rimskome pravu u najvećoj se mjeri oslanjalo na njihova sastavljača pa će se stoga u ovome radu prvotno razmatrati upravo osobe koje su ih sastavljale ili obavljale poslove u svezi s njihovim sastavljanjem. Shvaćanje o postizanju povjerenja u privatne isprave posredstvom sastavljača u najvećoj je mjeri prodrlo u rimsko pravo iz Egipta i Grčke (gdje je otprije postojala dugovječna tradicija pisanja, zapisivanja i sastavljanja isprava). Njegova puna afirmacija razabire se u izvorima kasnoklasičnog i postklasičnog rimskog prava.

Ključne riječi: povjerenje u privatne isprave, bilježništvo, rimsko pravo, scribae, notarii, testamentarii, tabularii, tabelliones.

1. UVOD

Premda su se rimski pravници u najvećoj mjeri bavili kazuistikom, pravnu znanost tijekom mnogih stoljeća to nije priječilo da u njihovim promišljanjima i raspravama traži praktični početak i uzor mnogih, u prvom redu privatnopravnih, ali i javnopravnih instituta i načela. U potrazi za počecima osvrta na povijesni

* Dr. sc. Ivan Milotić, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

razvoj bilježništva, osobito na europsko latinsko (slobodno) javno bilježništvo (notarijat), vrlo često poniru u rimsko pravo i njegovu tradiciju prepoznajući ondje pojedine djelatnosti koje su kasnije činile dio službe javnih bilježnika. U trenutku uspostave javnog bilježništva kao posebne javne službe u Republici Hrvatskoj, M. Dika, kojemu prigodom velikog jubileja posvećujemo ovaj rad, u jednom je radu zapisao da su “pojedine djelatnosti koje danas obavljaju bilježnici na razne načine, u različitim svojstvima i s različitim učincima obavljale različite osobe već od rimskog doba”.¹ Postojanje čak i samo pojedinih vrsta djelatnosti u rimsko doba koje danas obavljaju bilježnici pretpostavlja razvijen pravni sustav, pravni promet te postojanje razvijene praktične pravničke misli.

Premda naziv za bilježništvo (hrv. *notarijat*, njem. *Notariat*, franc. *notariat*, engl. *notary's office*) terminološki potječe iz latinskog jezika (od *notarius*²), oblikovanje te službe u smislu i na način kako danas postoji datira mnogo kasnije – u razvijeni srednji vijek. Sam pojam notarijat u današnjem značenju oblikovan je u Bolonji tijekom XII. stoljeća.³ Pojava *ars notaria* i *ars dictaminis* stoji u svezi s djelatnošću glosatora, ali se često neopravdano povezuje s Irnerijem. Njemu se dugo vremena pogrešno pripisivalo autorstvo nad djelom *Formularium tabellionum* za koje je kasnije utvrđeno da je nastalo u Bolonji oko 1205. godine od nepoznatog autora.⁴ Premda nije poznat ni jedan Irnerijev spis o *ars notaria*, u to doba spominju se glosatori koji su pisali o *ars notaria*: Rainerius od Perugije (oko 1220.) i Ronaldinus Passagerius (oko 1300.) koji je oko 1256. godine napisao djelo *Summa artis notariae*. Nakon 1250. godine u Bolonji je djelovala škola u kojoj se učenike podučavalo notarskoj vještini.⁵

Činjenica da rimsko pravo nije poznavalo bilježničku službu sa sobom povlači pitanje o načinu i pretpostavkama onovremena ostvarivanja povjerenja

¹ Dika, M., *Osvrt na povijesni razvoj europskog latinskog javnog bilježništva*, u: Crnić, I.; Dika, M. (ur.), *Zakon o javnom bilježništvu*, Zagreb, 1994., str. 29.

² Latinska riječ *notarius* označava *brzopisca*, *stenografa*, *pisara* i *zapisivača*, a njegov sinonim je riječ *actuarius*. Marević, J., *Latinsko-hrvatski enciklopedijski rječnik*, Velika Gorica, Zagreb, 2000., str. 2057; Lewis, C. T.; Short, L., *A Latin Dictionary*, Oxford, 1879., *notarius* i *actuarius*. Sličnu djelatnost poput spomenutih obavljali su *logographi* i *cursores*. Cowie Brown, J., *The Origin and the early History of the Office of Notary*, Edinburgh, 1936., str. 10.

³ Savigny, C. F., *Geschichte des Römischen Recht im Mittelalter*, Heidelberg, Kap. VIII, 317 sqq.

⁴ Kantorowicz, H., *Studies in the Glossators of the Roman Law, Newly discovered Writings of the Twelfth Century*, Cambridge, 1938., str. 36.

⁵ Murphy, J. J., *Rhetoric in the Middle Ages: A History of Rhetorical Theory from Saint Augustine to the Renaissance*, Berkeley, Los Angeles, London, 1981., str. 264 - 265.

u privatne isprave. Faktični doseg povjerenja i publiciteta pravnih akata te različitih privatnih prava (osobito stvarnih prava) prema trećim osobama u rimskome pravu bio je vrlo ograničen. To je negativno djelovalo na pravnu sigurnost poštenih trećih osoba koje nisu bile nazočne sastavljanju isprava ili donošenju akata, odnosno prijenosu ili osnivanju prava.⁶ Stoga je danas u znatnosti rimskoga prava poprilično nejasno i problematično kako je tako ograničen publicitet činio temelj povjerenja trećih osoba i pravne sigurnosti.

Cilj je ovoga rada analizirati postizanje povjerenja u privatne isprave u rimskome pravu, što se odnosi na *fidem publicam* glede njihove vjerodostojnosti, formalne ispravnosti, potpunosti i istinitosti. U ovome radu propitivat će se i problematika sastavljanja isprava. Posebna pažnja obratit će se na značenje i ulogu njihovih sastavljača (*scribae, notarii, testamentarii, tabelliones*) jer upravo su oni svojim autoritetom ostvarivali presudan utjecaj na povjerenje koje se ispravama pridavalo u pravnom prometu. Rimski pravni izvori jasno upućuju da su se vrste, funkcije i položaj sastavljača isprava mijenjali tijekom različitih razdoblja rimske pravne povijesti, ali i da je djelatnost sastavljanja isprava vrlo često bila tek jedna od funkcija pojedinih osoba ili magistrata. Iz pravnih izvora proizlazi da je načelo povjerenja u ispravu zbog njezina sastavljanja od točno određene osobe razvijena tek u kasno klasično doba (kao posljedica razvoja i složenosti društveno-gospodarskih odnosa)⁷, a da je punu afirmaciju stekla u postklasično doba, osobito u Justinijanovu zakonodavstvu. Radi potpune obrade teme u ovome će se radu analizirati i različite vrste rimskih pravnih izvora u kojima je zastupljena spomenuta problematika.

2. *SCRIBAE*

Tradicija pisane riječi u rimsko društvo prodrla je razmjerno kasno, pod znatnim utjecajem, u prvom redu, Grčke i Egipta, ali i Orijenta općenito. Najstariji spomen pisarstva i pisara u rimskim pravnim izvorima odnosi se na

⁶ Na primjeru jedne konkretne kupoprodaje zemljišta koju spominju rimski izvori spomenuti problem izvrsno je zamijetio i analizirao M. Horvat. Horvat, M., *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb, 1939., str. 92 - 93. Publicitet se u rimskom pravu u načelu postizao prisutnošću cijele zajednice (ili njezinih predstavnika) sastavljanju nekog pravnog akta ili nazočnošću svjedoka.

⁷ Saradi, G. H., *Notai e documenti Greci dall'età di Giustiniano al XIX secolo*, tom 1, *Il sistema notarile bizantino*, Milano, 1999., str. 3.

razdoblje samog kraja IV. stoljeća pr. Kr. te odonda stoji u neposrednoj svezi s pravnom djelatnošću. Pravnik Sekst Pomponije u svojem djelu *Liber singularis enchiridii* spominje Gneja Flavija koji je djelovao kao pisar (*scriba*) cenzora Apija Klaudija Slijepog. Spomenuti pisar, prema nepouzdanom tradiciji koju opisuje Sekst Pomponije⁸, objavio je formulare legisakcija objavivši time najstariji civilni proces, ali i cjelokupno pravo, zbog čega se narodu toliko omililo da je bio izabran za pučkog tribuna, senatora i kurulskog edila.⁹ U znanosti je izraženo podosta uvjerljivo shvaćanje da tom prilikom nisu objavljeni samo procesni formulari nego, među ostalim, i zbirke poslovnih obrazaca (*cautiones*) pripadnih privatnom pravu koje su sastavljali pisari pod nadzorom i po uputama magistrata *cum imperio*.¹⁰

Scribae (od lat. *scribere* – pisati)¹¹ su u doba civilnog prava (ali i kasnije) bili tek nesamostalni zapisivači te njihova uloga pri sastavljanju isprava nije bila konstitutivna (*ad solemnitatem*) ni odlučna ni na koji način, a time ni temelj formalnog povjerenja u njih. Pravilnost korištenih oblika i shematska determiniranost sadržaja takvih isprava kao i činjenica da je njihovo sastavljanje nadzirao pontifik ili viši rimski magistrat bili su temelj povjerenja u ispravu. Pravilnost oblika i determiniranost sadržaja u najstarijem pravu bili su u funkciji izvjesnosti učinaka isprave¹², razlog njezine pravne relevantnosti i temelj utuživosti sadržaja koji se u njoj nalazio. Ipak, kako navodi C. Lécrivain, *scriba* nije bio

⁸ F. Schulz osporavao je pouzdanost tog događaja pozivajući se na mnoge izvore. Schulz, F., *History of Roman legal Science*, Oxford, 1953., str. 9 - 10.

⁹ *Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis feret et senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro. Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Eelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.* Pomp., D. 1. 2. 2. 7. Vidi također Titus Livius, *Ab urbe condita*, 9, 46, 5; Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, 7, 9, 1 - 6. O tome vidi Horvat, M., *Rimska pravna poviest*, Zagreb, 1943., str. 82, 88, 113.

¹⁰ *Ibid.*, str. 113; Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948., str. 65; Schiller, A., *Roman law: mechanisms of development*, Haag, 1978., str. 163.

¹¹ *Scriba* je službeni pisar, prepisivač, činovnik, tajnik. Najviše se bilježi u historiografskim izvorima dok se u pravnim izvorima gotovo i ne spominje, što upućuje na njegovo ponajprije tehničko obilježje. Marević, J., *op. cit.* u bilj. 2, str. 2858; Lewis, Short, *op. cit.* u bilj. 2, *scriba*. Pojam *scriba* bio je i općenita oznaka svakoga tko je pisao i bavio se pisanjem. Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 8.

¹² Dika, *op. cit.* u bilj. 1, str. 30.

puki prepisivač, korisnik (*scriba librarius*) ili arhivist spisa, nego i osoba koja je u svojstvu zapisivača obavljala i poslove redakcije isprava te općenito one poslove glede isprava za koje se tražio određen stupanj obrazovanja, znanja i vještine.¹³ Već činjenica da je za izvjesnost učinka, pravnu relevantnost, obvezatnost sadržaja i povjerenje u ispravu bilo potrebno postići pravilan oblik upućuje na to da se uloga zapisivača nije ograničavala samo na pisanje. Ona se odnosila i na obavljanje pripadnih redakcijskih poslova te u najmanju ruku na postizanje zadanosti oblika, što je tražilo specifične vještine, znanje i određen stupanj razumijevanja pravne stvari. F. Schulz primijetio je da su sastavljači privatnih isprava postojali u republikansko doba (spominju se u Ciceronovim djelima¹⁴), da isprva nisu bili objedinjeni u jedinstveno strukovno tijelo te da je među njima bilo i pravnika (*iurisconsultus*)¹⁵ premda su bili u manjini.

Iz bogate epigrafske ostavštine razabire se da su *scribae* tijekom ranog principata bili niži rimski magistrati (*magistratus minores*) koji su kao pomoćnici uvijek djelovali u uredima magistrata *cum imperio*. U epigrafskoj građi spominju se tribunski (*scriba tribunicius*), edilski (*scriba aedilicius*)¹⁶ i kvestorski (*scriba quaestorius*)¹⁷ zapisivač, zatim zapisivači u službi pučkih tribuna (*scriba tribunicius publicus*) i različitih vojnih postrojba.¹⁸ Izvori spominju i zapisivače koji su obavljali ne samo pisarske poslove nego su istovremeno pohranjivali i čuvali isprave (*scriba librarius*) u edilskim i tribunskim uredima (*scriba librarius aedilicius* i *scriba librarius tribunicius*).¹⁹ Zasigurno je bila riječ većinom o ispravama iz javnopravne domene, ali dijelom i onima koje su pripadale privatnopravnom prometu. To se osobito odnosi na pravne poslove kod kojih su magistratski uredi djelovali *iure gestionis* pa je bilo potrebno sastavljati ugovorne obrasce i račune (kao i pohranjivati ih te čuvati u arhivima²⁰), što je u pravnim i povijesnim izvorima od Cicerona dobro posvjedočeno.²¹

¹³ Lécivain, C., *Scriba*, u: Daremberg, C. V.; Saglio, E. (ur.), *Dictionnaire des Antiquité Grecques et Romaines*, tom 4, vol. 2, Pariz, 1926., str. 1123 - 1124.

¹⁴ Cicero, *Pro Sulla*, 15, 42, 44; Cicero, *De natura deorum*, 3, 3, 74.

¹⁵ Primjerice, *Corpus inscriptionum latinarum* (dalje u tekstu: CIL), VI, 1819.

¹⁶ Gustav, W. (ur.), *Exempla Inscriptionum Latinarum In Vsvm Praecipue Academicum*, tomus prior, Berlin, 1873., n. 1296.

¹⁷ *Ibid.*, n. 1299, 1301b.

¹⁸ *Ibid.*, n. 1298a i 1298b.

¹⁹ *Ibid.*, n. 1301, 1302.

²⁰ Pojam *scriba* se u tom smislu koristio i za označavanje funkcije *librarius*. Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 9.

²¹ Cicero, *In Verrem*, 3, 1, 26.

U republikansko i ranoprincipatsko doba *scriba* nije bio osoba, nego funkcija (služba), što se razabire u epigrafskoj građi sepulkralne provenijencije gdje se radi pijetnog uzdizanja njihove osobe pokojnici svečano naslovljuju sa *scriba*. Povjerenje javnosti u isprave koje su sastavljali *scribae* proizlazilo je iz magistratskog imperija jer su ih izdavali magistratski uredi *cum imperio*. Čini se da su pretori i ostala pravosudna tijela u vršenju svojih dužnosti stalno trebali *scribae*.

Druga važna činjenica koju treba sagledavati u kontekstu prava civilnog i pretorskog razdoblja je pojam pisane isprave (*instrumentum*), odnosno njezina pisana oblika. Uobličavanje privatnopravne aktivnosti u pisanu ispravu u ranom razdoblju rimske pravne povijesti bilo je vrlo rijetko pa je stoga pisani oblik sam po sebi zasigurno bio temelj faktičnog i kvalificiranog povjerenja u ispravu. U to doba pisani oblik sigurno se može poimati kao *instrumentum* postizanja visokog, ako ne i apsolutnog, stupnja povjerenja u ispravu.

Premda pisari nisu ostvarivali *de iure* utjecaj na povjerenje u ispravu koju su sastavljali i/ili redigirali, jedan aspekt njihova rada podudara se s djelatnošću javnih bilježnika – riječ je o depozitarnoj funkciji. *Scribae*, ali i određeni drugi niži magistrati koji su u kasnijem razvoju rimskog prava na različite načine sudjelovali u zapisivanju, sastavljanju i redigiranju isprava, bili su ujedno čuvari tih isprava. Svaki je *scriba* ujedno depozitar koji upravlja vlastitim arhivom deponiranih isprava. On prima na čuvanje isprave, čuva ih te ih u slučaju potrebe (osobito ako se pojave pitanja glede postojanja/nepostojanja isprave, njezine vjerodostojnosti i sadržaja) daje na uvid osobama koje za to imaju pravni interes. K tome, izvornik svake isprave koju izdaje njegov magistratski ured pohranjivao je u arhiv i čuvao je.²²

3. TESTAMENTARIJ

U pravnim i nepravnim izvorima kasnog klasičnog doba opaža se česta pojava sastavljača oporuka (*testamentarii*).²³ Bila je riječ o specijaliziranim zapisivačima izjava posljednje volje koji su imali osnovni zadatak da posljednja *voluntas* oporučitelja u skladu s odredbama rimskog prava odgovara onome što je

²² Vidi bilj. 13.

²³ CIL, II, 1734; CIL, X, 3969; CIL, X, 4919. U nastavku ovoga rada vidjet će se da su postojali još u kasno republikansko doba, ali je riječ o vrlo jezgrovitim i malobrojnim navodima u izvorima.

*scriptum in testamentis*²⁴ te da se postigne oblik oporuke *ad solemnitatem*. Y. Stern smatra da su ideja i koncept profesionalnih sastavljača oporuka (*testamentarii*) u kasno klasično doba na Zapad preuzeti iz Egipta te da su svojom aktivnošću pridonijeli univerzalnosti i standardizaciji djelatnosti sastavljanja oporuka, ali i raširenosti pojave tipskih oporuka standardiziranog sadržaja.²⁵

Najstariji izvor za poznavanje *testamentarii* znameniti je *Testamentum Dasumii* – u ulomcima (133 retka) očuvana oporuka bogatog rimskog senatora sastavljena 108. godine. U njoj se izriječkom navodi: ...*testamentum scribendum curavi per Ventidium Campanum testamentarium ...*, u prijevodu: ...*pobrinuo sam se da oporuku zapiše testamentarij Ventidije Kampan ...*²⁶

Na prijelazu iz II. u III. stoljeće *testamentarii* se spominju u kazuističkim raspravama i analizama rimskih pravnika, ponajprije u svezi s problemom pojave različitosti između onoga što je oporučitelj izrazio kao svoju posljednju volju (*voluntas*) i sadržaja oporuke koju je sastavio *testamentarius*.²⁷ Povrh toga, raspravljalo se o pravnim posljedicama situacije kada *testamentarius* protivno volji oporučitelja samovoljno izmijeni ili zanemari kakav uvjet pridodan oporuci.²⁸ Već u izvorima kasnog klasičnog doba razabire se profiliranje *testamentarii* u zasebnu i specijaliziranu skupinu zapisivača koji su mogli djelovati bilo samostalno kao fizičke osobe bilo kao niži magistrati u državnoj službi (u literaturi ih se označava kao niže činovnike²⁹). Epigrafska građa potvrđuje da su pojedini od njih dugo godina samostalno djelovali kao *testamentarii*. Tako se na jednom nadgrobnom spomeniku iz Venafra čita da je neki oslobođenik imenom Publije Pomponije 25 godina sastavljao oporuke, a da nije bio pravnik i nije pritom ni konzultirao pravnike i tražio njihova mišljenja (TESTAMENTA SCRIPSIT ANNOS XXV SINE IVRIS CONSVLTO).³⁰ Y. Stern dobro je primijetio da su, s obzirom na

²⁴ *Tituli ex corpore Ulpiani*, 20.1; Ulp., D. 28. 1. 1.

²⁵ Stern, Y., *The Testamentary Phenomenon in Ancient Rome*, Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte, vol. 49, br. 4, 2000., str. 420 - 421.

²⁶ CIL, VI, 10229 s nadopunom Eck, W., *Zum neuen Fragment des sogenannten testamentum Dasumii*, Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, 30, 1978., str. 277 - 295.

²⁷ Ulp., D. 28. 5. 9. 3.

²⁸ Ulp., D. 28. 5. 9. 6; Ulp., D. 29. 6. 1.

²⁹ Stern, *op. cit.* u bilj. 25, str. 421.

³⁰ CIL, X, 4919. Identičan slučaj bilježi fragment u *Digesta* koji se pripisuje Kvintu Muciju Scevoli. Taj znameniti pravnik republikanskog doba navodi: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsit sine ullo iuris perito ...*, u prijevodu: *Lucije Ticije napisao je moju oporuku, a da nije imao nikakve pravne vještine...* Scaev., D. 31. 88. 17.

obilježja svoje profesionalne djelatnosti, *testamentarii* morali poznavati barem osnove nasljednog prava (*testamenti factio activa i passiva, heredis institutio*) pa čak i ako nisu bili pravници. Premda se to u izvorima izriječkom ne spominje, čak i ako nisu bili pravници (*iurisconsulti*), zasigurno su mogli oporučitelja savjetovati glede oporučivanja, sadržaja oporuke, njezina oblika, svjedoka, opasnosti pojave tzv. kvazioporuka (*quasitesta menta*) i sl. Povrh sastavljanja oporuka i konzultiranja stranaka *testamentarii* su obavljali i depozitarnu funkciju, odnosno bili su obvezni u svojem arhivu čuvati izvornik oporuke koju su sastavili.³¹

Djelatnost *testamentarii* bila je ograničena na temelju *senatus consultum Libonianum* donesenim 16. godine. Taj ranoklasični *senatus consultum* prethodio je pojavi *testamentarii* te se izvorno odnosio na druge sastavljače oporuka, u prvom redu na *iurisconsulti*, ali i na one koji to nisu bili. Propis se, međutim, sigurno primjenjivao u kasno klasično i postklasično doba, zbog čega je i preuzet u Justinijanova *Digesta*³², što znači da su kasnije njime bili obuhvaćeni svi *qui testamenta scribunt*, uključujući i *testamentarii* kao najbrojniji. Ovim propisom izriječkom je bila propisana ništavost (*nullum*) oporučnih odredaba kojima bi sastavljač oporuke bio imenovan nasljednikom ili bi na bilo koji drugi način sebi namijenio kakvu korist iz oporuke.

U doba cara Klaudija donesena je *Lex Cornelia de falsis* koja je uređivala slučajeve počinjenih *falsa* i od strane sastavljača oporuka. Prema navodima F. Marina, sadržavala je dva temeljna dijela od kojih je jedan uređivao zabranu krivotvorenja oporuka (*testamenta*) i pečata (*sigilla*), na što je upućivao i izvorni naziv *lex Cornelia testamentaria nummaria*.³³ S pojavom *testamentarii* uređenje *Lex Cornelia de falsis* protegnuto je i na njih. Tako su se neovlaštene izmjene sadržaja oporuke, krivotvorenja oporuka, protupravne *heredis institutiones* sastavljača

³¹ *Ibid.* Oporuke su mogli sastavljati i pravници, što je ponajbolje vidljivo u znamenitom kurijanskom sporu (*causa Curiana*). Ciceron tako izriječkom navodi da je poznati pravnik republikanskoga doba Kvint Mucije Scevola u okvirima svoje pravničke djelatnosti sastavljao oporuke. Cicero, *De oratore*, 2, 6, 24. U jednom drugom tekstu Ciceron kao sastavljače oporuke u svoje vrijeme (I. stoljeće pr. Kr.) navodi *populus* i *simplices homines* upućujući time da su se najčešće obični ljudi bez ikakvih znanja i vještina odvažili sastaviti oporuku, što je sa sobom povlačilo i određene pravne rizike. Cicero, *Brutus*, 52, 196. To se u cijelosti podudara s citiranim tekstom Kvinta Mucija Scevole sadržanom u prethodnoj bilješci o osobi koja je pisala oporuke *sine ullo iuris perito*.

³² Marc., D. 48. 10. 1.

³³ Marino, F., *Il falso testamentario nel diritto romano*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 105, 1988., str. 634 - 635.

oporuke smatrale za *falsum* koji je bio kažnjiv s *deportatio* i *confiscatio* (*placet testamentario poenam legis Corneliae remitti*).³⁴

Svaki sastavljač oporuke, pa tako i *testamentarius*, mogao je biti svjedok oporuke. To je potvrđeno Celzovim mišljenjem (*responsa*) u tzv. domicijanskom pitanju (*quaestio Domitiana*) kojim je proklamirano da je upravo sastavljač oporuke najpozvaniji da bude njezinim svjedokom jer najbolje poznaje okolnosti njezina nastanka i sadržaj.³⁵

Činjenica da je oporuku sastavljao *testamentarius* bilo je jamstvo da je njezin sadržaj u skladu s voljom oporučitelja, ali i da su glede nje zadovoljene sve pretpostavke valjanosti. S jednog epigrafskog spomenika postavljenog na grob testamentarija izrijeком se čita da TESTAMENTA SCRIPSIT CVM FIDE NEC QUIQVAM PERNEGAVIT LAESIT NEMINEM.³⁶ Inskripcija u cijelosti razjašnjava funkciju testamentarija: da pouzdano sastavi oporuku (*testamenta scripsit cum fide*), da svojim djelovanjem onemogući njezino pobijanje (*quiquam pernegavit*) te da zbog nevaljanih odredaba oporuke nitko ne pretrpi štetu (*laesit neminem*). Iz citiranih Ulpijanovih fragmenata u *Digesta* proizlazi da je glede svih spomenutih činjenica javnost imala povjerenje u oporuke koje su sastavljali *testamentarii*, odnosno da je postojala predmnjeva njihove pravne valjanosti, potpunosti i točnosti (da u cijelosti odgovara volji oporučitelja). Za razliku od ostalih sastavljača oporuka, zbog njihove vještine, razumijevanja i iskustva, oporuke koje su sastavljali *testamentarii* uživale su veći (kvalificiraniji) stupanj faktičnog povjerenja. I sami *testamentarii* zbog svojeg su ugleda i poslovnog prosperiteta imali interes da njihov rad bude pravilan i pouzdan. Katkada su to bili i školovani zapisivači. S jednog epigrafskog spomenika čita se da je *testamentarius* ujedno bio i učitelj pisanja (*magister ludi litterarii*).³⁷ Ipak, povjerenje u oporuke koje su sastavljali nije bilo apsolutno. Ako bismo se o tome željeli izraziti suvremenim pravnim jezikom, rekli bismo da je glede povjerenja u oporuke koje su sastavljali *testamentarii* postojala oboriva predmnjeva njihove

³⁴ *Ibid.* Osobito je važan Call., D. 48. 1015. 6. *Falsum* glede oporuke u *lex Cornelia* određen je kao (1) *scribere*; (2) *signare*; (3) *recitare*; (4) *amovere*; (5) *celare*; (6) *eripere*; (7) *delere*; (8) *interlinere*; (9) *subicere*; (10) *resignare*; (11) *supprimere*. Radi suzbijanja krivotvorenja oporuke u pisanom obliku zapisivale su se na tri *tabulae ceratae* pa je sama oporuka imala oblik triptiha. Marino, E., *op. cit.* u bilj 33, str. 638. O *testamentarii* vidi Amelotti, M.; Costamagna, G., *Alle origini dell notariato italiano*, Rim, 1975., str. 10 *sqq.*

³⁵ Cels., D. 28. 1. 27.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ CIL, X, 3969.

valjanosti i pravilnosti. Pravnik Ulpijan, međutim, dao je nagovijestiti pojavu problema u pravnoj praksi u svezi s njihovom nepouzdanošću, a osobito s neskladom između oporučiteljeve posljednje volje i sadržaja oporuke. Osobe koje su imale pravni interes mogle su pobijati oporuku, ali dokle god pobijanje nije uspješno izvršeno, oporuke su uživale povjerenje javnosti.

4. NOTARIJ

Premda je *notarius* u klasično doba beziznimno bio stenograf ili brzopisac koji je zapisivao po usmenom kazivanju, u jednom fragmentu u *Digesta* spominje se u kontekstu sastavljanja oporuke: *Lucius Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit et antequam litteris praescriberetur, vita defunctus est: quaero, an haec dictatio valere possit. respondi militibus, quoquo modo velint et quo modo possunt, testamentum facere concessum esse, ita tamen, ut hoc ita subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.*³⁸

U znanosti taj fragment nije ostao nezamijećen. Heleni G. Saradi ustvrdila je kako on dokazuje da su *notarii* u kasno klasično doba rimskoga prava sastavljali oporuke.³⁹ No, ta tvrdnja nije točna. Paulov fragment opisuje sastavljanje vojničke oporuke za umirućeg vojnika koji je preminuo nakon što je izgovorio svoju posljednju volju, ali *notarius* to nije stigao zapisati. Oporuke vojnika mogle su se valjano sačiniti u usmenom i pisanom obliku, kako su vojnici željeli i kako su mogli (*quoquo modo velint et quo modo possunt*) pod pretpostavkom da je učinjena *heredis institutio*. U tome fragmentu *notarius* nema funkciju testamentarija. On je samo zapisivač usmenoga kazivanja umirućeg vojnika koji se tu slučajno zatekao. Budući da je riječ o osobitom obliku oporuke, već je samo vojnikovo usmeno kazivanje valjana oporuka ako je izvršena *heredis institutio*, a do zapisivanja, prema Paulovu opisu, zapravo nije ni došlo. No, čak i da je *notarius* uspio zapisati vojnikovo kazivanje, zapisivanje samo po sebi ne bi imalo učinak (dovoljan je usmeni oblik), nego bi zbog zapisanog teksta bilo lakše i pouzdanije dokazati posljednju volju oporučitelja. Iz tog fragmenta razabire se

³⁸ U prijevodu: *Vojnik Lucije Ticije svojem je notaru kazivao tekst oporuke da je zapiše, ali je, prije negoli je sve bilo zapisano, umro. Postavljam pitanje može li njegovo kazivanje biti valjano. Odgovorio sam da je vojnicima dopušteno oporučivati na način kako žele i mogu, ali tako da to može biti izneseno kao zakonit dokaz.* Paul., D. 29. 1. 40. pr. Za razumijevanje pojma *notarius* vidi Amelotti, Costamagna, *op. cit.* u bilj. 34, str. 9, 20.

³⁹ Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 23.

da je notareva funkcija bilo samo *notare* – nekritički i doslovce zapisivati ono što mu je priopćeno.

J. Cowie Brown u svojoj poznatoj studiji o počecima notarijata pripisuje notarijima sastavljanje bilježaka i raznih pismena koje su služile tabelionima, pravicima i magistratima u njihovoj djelatnosti.⁴⁰

U postklasično doba *notarius* je bio službenik u posebnom uredu državne uprave koji je bio javno imenovan. Tako je, primjerice, *primicerius notarius* bilježio sva imenovanja u građanskoj i vojnoj sferi u svezi s *laterculum maius*. Od cara Konstancija II. (337. - 361.) *notarii* su bili službenici s posebnim zadacima (diplomatskim, vojnim, upravnim)⁴¹ koji nisu važni za ovaj rad jer nisu imali poveznicu sa zapisivanjem i/ili vođenjem arhiva. U tome kontekstu zanimljivo je spominjanje dvojice *notarii* u *Testamentum Dasumii*, ali ne u svojstvu pisaca ili stenografa, nego u svojstvu sastavljača računa.⁴²

5. TABULARII

U rimskim pravnim izvorima funkcije i položaj tabularija višestruko su složeni, raznorodni te različiti u različitim razdobljima rimske pravne povijesti.⁴³ U *Digesta* im se pripisuje funkcija računovođa i sastavljača računa (*ego etiam adversus tabularium puto actiones dandas, qui in computatione fefellit*⁴⁴; *calculatores sive tabularii*⁴⁵). Cuiacius, komentirajući postklasično rimsko zakonodavstvo počevši od V. stoljeća nadalje, prepoznaje *tabularii officium*.⁴⁶ Bartolus de Saxoferrato tabularija naziva *numerarius*⁴⁷ dok ga Gothofredus poima kao državnog službenika zaduženog za sastavljanje inventara.⁴⁸

⁴⁰ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 9.

⁴¹ *Ibid.*, str. 10; Steinhoff, M. W., *Origins and Development of the Notariate at Ravenna*, doktorska disertacija, neobjavljeno, New York, 1976., str. 16, 18 (prema: *Notitia Dignitatum*), 18 - 20. Vidi C. Th. 6.10. (*De Primicerio et Notariis*). Amelotti, Costamagna, *op. cit.* u bilj. 34, str. 21.

⁴² CIL, VI, 10229.

⁴³ O složenosti njihove funkcije i djelatnosti s bibliografskim uputama vidi Pfaff, I., *Tabellio und tabularius: ein Beitrag zur Lehre von den römischen Urkundspersonen*, Beč, 1905., str. 11 - 13.

⁴⁴ Ulp., D. 11. 6. 7. 4.

⁴⁵ Ulp., 50.13.1.6.

⁴⁶ Cuiacius, *Commenatarius ad legem CLXXV*.

⁴⁷ Bartolus de Saxoferrato, *Commentarius ad Digestum Vetus*, liber XII, 62.

⁴⁸ Gothofredus, *Nota ad C. I.*, liber X, 59, 1; *idem*, *Nota ad C. T.*, VIII, 2.

Za ovaj rad važne su one funkcije *tabularii* u kojima se raspoznaju neke djelatnosti koje danas pripadaju domeni javnog bilježništva.⁴⁹ *Tabularius* se u postklasično doba spominje kao puki zapisivač (*vel logographi vel tabularii vel xenoparochi*⁵⁰) dok mu Ulpijan pripisuje depozitarnu funkciju (*custos tabularum*)⁵¹. *Tabularius* je beziznimno bio niži rimski magistrat (uvijek je vršio *officium publicum* te se u literaturi spominje i kao *servus publicus*⁵²) koji je bio javno imenovan za upravljanje javnim registrima i arhivima⁵³ te je u kasno klasično i postklasično doba samo u svojstvu pomoćnika mogao pomagati privatnim osobama (*tabelliones*) u čiju je profesionalnu djelatnost pripadalo sastavljanje isprava *cum fide publica*. Bila je riječ o tehničkom i pomoćnom magistratskom osoblju koje je obavljalo rutinske tehničke i pripremne poslove te ostale radnje koje su prethodile sastavljanju isprava. U epigrafskoj građi spominju se pomoćnici tabularija (*adiutores tabulariorum*⁵⁴). *Tabularii* nisu bili sastavljači privatnih isprava premda se u literaturi vrlo često može naići na pogrešne navode da je bila riječ o onovremenim javnim bilježnicima.⁵⁵ U rimskom pravu osobe koje su obavljale neke od djelatnosti koje danas obavljaju bilježnici beziznimno su bili privatnici kojima su spomenute djelatnosti pripadale profesionalnoj djelatnosti od koje su se uzdržavali. J. Cowie Brown u tom smislu dobro je primijetio pogrešnost prakse da se *tabularii* izjednačuju s *tabelliones*.⁵⁶ M. W. Steinhoff glede toga izrijekom navodi: *It should be stressed that, unlike the notarii and perhaps the tabulari, the tabelliones had no official public office. They [tabelliones, op. a.] acted entirely as private persons, drawing up legal documents on request in their stationes which were usually located in the forum (hence the later title forensis).*⁵⁷

⁴⁹ Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 15.

⁵⁰ Arcad., D. 50. 4. 18. 10.

⁵¹ Ulp., D. 45. 5. 3. 3.

⁵² Pfaff, I., *op. cit.* u bilj. 43, str. 24, 27 koji ovu formulaciju pripisuje Bartolusu de Saxoferrato.

⁵³ Pojam *tabularius* (od *a tabulis*) potječe od naziva arhiva i registara kojima je upravljao (*tabulariae, tabularium*).

⁵⁴ Degrassi, A. (ur.), *Inscriptiones Italiae*, volumen X, fasciculum 2, Parentium, Rim, 1934., br. 218 i br. 219.

⁵⁵ Beger, A., *Encyclopedic dictionary of Roman law*, u: Transactions of the American Philosophical Society, n. s., vol. 43, br. 2, 1953., str. 729; Lewis, Short, *op. cit.* u bilj. 2, *tabularius* pogrešno tumačeći C. I. 7. 9. 3. 1.

⁵⁶ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 14.

⁵⁷ Steinhoff, *op. cit.* u bilj. 41, str. 23.

U zakonodavstvu careva Justina i Justinijana *tabularii* se spominju u kontekstu sastavljanja oporuka slijepih (*caerentes oculis*) te fizički ili duševno bolesnih osoba (*morbus*) kao i nepismenih (*personae illiterae*). Za razliku od redovnih privatnih oporuka, pretpostavka valjanosti oporuka spomenutih kategorija osoba bila je i nazočnost osmoga svjedoka. Jedan reskript cara Justina iz 521. godine bilježi tabularija koji je pri sastavljanju oporuke obavljao tehničke poslove, a zatim je prizvan za osmoga svjedoka (*praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam*).⁵⁸ Taj reskript iscrpno je protumačio Gothofredus, a u kontekstu bilježništva položaj tabularija razjasnio je J. Cowie Brown. *Tabularius* koji se spominje u reskriptu nije bio sastavljač oporuke premda je obavljao neke radnje koje su pretpostavke njezina nastanka. Njegov doprinos svodio se na obavljanje različitih tehničkih pripremnih radnji (obavješćavanje o volji oporučitelja, zapisivanje njegove volje, eventualno prizivanje tumača, prizivanje svjedoka, evidentiranje imena svjedoka i sl.) koje su bile složenije i brojnije negoli kod redovnih oporuka upravo stoga jer su oporučitelji bile osobe sa zdravstvenim poteškoćama. Na temelju njegovih tehničkih (pred)radnji (koje su uključivale i zapisivanje), perfektuiranje oporuke vršio je *tabellio*. Perfektuiranje oporuke značilo je autentifikaciju sadržaja oporuke te njezinu registraciju (*completio*) čime je ona stjecala povjerenje trećih osoba (*fidem publicam*).⁵⁹ Po pitanju povjerenja javnosti u ispravu djelatnost tabelarija nije bila važna, nego se smatrala rutinskim i tehničkim poslom.⁶⁰

Justinijanova Novela br. 44 iz 536. godine dokumentira spor koji je nastao kao posljedica činjenice da je u slučaju jedne nepismene žene (*ex persona quidem mulieris cuiusdam ferebatur documentum, litteras quidem eius non habens (erat enim harum ignara)*) ispravu sastavio i nepravovaljano perfektuirao *tabularius* (grč. *ταβουλάριος*) umjesto tabeliona (grč. *συμβολαιογράφος*).⁶¹ Na primjeru nepravoval-

⁵⁸ *Hac consultissima lege sancimus, ut caerentes oculis seu morbo vel ita nati per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceat, deinde exprimat nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quotis unciis in successionem admitti debeant et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velit: omnia denique palam edicat, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. C. I. 6. 22. 8. pr.* Taj reskript potvrđuje da je Celzovo shvaćanje izraženo u klasičnoj *Quaestio Domitiana* i dalje bilo važeće.

⁵⁹ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 16.

⁶⁰ Glede toga vidi *Novella*, XLIX, 2, 1.

⁶¹ U svojoj doktorskoj disertaciji problematiku te novele izvršno je obradio M. W. Steinhoff. Vidi Steinhoff, *op. cit.* u bilj. 41, str. 30 - 31.

valjana sastavljanja isprave u tome slučaju jasno se razlikuje položaj i funkcija tabularija od one tabeliona.⁶² Problem se pojavio jer volja nepismene žene nije odgovarala sadržaju isprave koja je bila *completum autem a tabellione et tabulario*. Nastao je spor glede njezina sadržaja u kojemu se ispostavilo da je *tabellio* u svrhu sastavljanja isprave delegirao tabularija te da sam nije bio prisutan sastavljanju ni potpisivanju isprave, što znači da nije izvršio njezino perfektuiranje (*completio*). Zbog nesmotrenosti tabeliona dogodilo se da je *tabularius*, koji je mogao poduzimati samo pripremne tehničke radnje sastavljanja isprave, neovlašteno izvršio njezino perfektuiranje (autentifikaciju i registraciju), što je imalo za posljedicu da ta isprava nije uživala *fidem publicam*.

Novela br. 44 naslovljena je *De tabellionibus et ut protocolla dimittant in chartis*. Spomenuti spor bio je povod donošenja odredaba kojom su uređeni (1) ovlaštenje za sastavljanje privatnih isprava koje uživaju povjerenje (pripada isključivo *tabelliones*); (2) postupak koji *tabellio* mora slijediti da bi isprava uživala *fidem publicam*; (3) obvezu da *tabellio* bude nazočan cijelom postupku sastavljanja isprave; (4) obveza da bude svjedokom isprave. Međutim, za razmatranje položaja i funkcije *tabularii* važno je što se oni u Noveli br. 44 ne spominju. To posljedično znači da su oni – zbog problema nastalih u opisanom slučaju – u potpunosti isključeni iz postupka sastavljanja isprava pa čak i od obavljanja pripremnih i tehničkih radnji. Komentirajući tu novelu Cuiacius je prepoznao i objasnio razlikovanje između *tabularius* i *tabellio* unatoč činjenici što se na jednome mjestu *tabelliones* određuju kao *publici contractuum scriptores*. *Tabularius* je bio niži magistrat i vršio je *officium publicum* dok je *tabellio* bio *persona privata*.⁶³

Novela br. 73 iz 538. godine promijenila je prethodno uređenje te propisala obvezu da svjedoci i *tabularii* zajedno te istovremeno budu nazočni kod sastavljanja isprava nepismenih, polupismenih i slabo pismenih osoba. U toj konstituciji izrijekom se ističe da će isprava uživati povjerenje samo ako su kumulativno zadovoljene spomenute pretpostavke (...*et ita talium instrumentorum suscipiatur fides*...).⁶⁴ Nazočnost tabularija bila je samo jedna od pretpostavaka povjerenja u takvu ispravu jer se na nju trebala nadovezati tabelionova autentifikacija i registracija (*completio*).⁶⁵

⁶² *Novella XLIV*.

⁶³ Cuiacius, *Expositio Novellae XLIV*.

⁶⁴ *Novella LXXIII*, c. 7.

⁶⁵ *Ibid.*, c. 2.

6. TABELLIONES

6.1. Pojam

Rimske *tabelliones* često su se obrađivali u romanističkoj literaturi jer su znanstvenici u njihovu djelovanju prepoznavali početke javnog bilježništva. Cuiacius ih određuje kao *qui ex mandato partium contractus conscribit et partibus edit*⁶⁶ te kao *publici contractuum scriptores vel testamentorum*.⁶⁷ U svojoj poznatoj i utjecajnoj studiji o podrijetlu bilježništva J. Cowie Brown ustvrdio je kako su *tabelliones* antički ekvivalent modernog bilježništva.⁶⁸ U Njemačkoj se tijekom XIX. stoljeća pojavila skupina znanstvenika koji su *tabelliones* poistovjećivali s onovremenim javnim bilježnicima.⁶⁹ Pišući prikaz poznatog Amelottijeva i Costamagnijeva djela o povijesti bilježništva T. W. Blomquist iznio je shvaćanje kako je srednjovjekovni *notarius* najbliži predak suvremenom bilježniku dok je *tabellio* njegov stariji predak.⁷⁰ Većina znanstvenika koji su se bavili poviješću bilježništva određuju *tabelliones* ne kao javne bilježnike u današnjem značenju, nego kao specijalizirane privatne pisare i redaktore isprava čija je djelatnost bila podrobno uređena te čije su isprave u pravnom prometu uživale osobit stupanj povjerenja. Bila je riječ o osobama specijaliziranim za sastavljanje i redakciju određenih vrsta ili određenih skupina isprava, u najvećoj mjeri oporuka i

⁶⁶ Cuiacius, *Commentarius ad C. I. 8. 11. 17.*

⁶⁷ *Commentarius ad Novellam XLIV.*

⁶⁸ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 17.

⁶⁹ Savigny, K., F., *Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Bd. 1*, Heidelberg, 1834., str. 71, navodi da su *tabelliones* analogni javnim bilježnicima njegova doba, da u rimskom pravu nisu imali obilježja javne službe te da su sastavljali ugovore i oporuke. Heffter, A. W., *System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts*, 2., völlig umgearb., Bonn, 1843. [reizdanje Frankfurt a. M., 1987.], str. 74 (bilj. 84.) navodi da bilježnici odgovaraju *tabelliones*, ali ne i rimskim *tabularii* i *notarii*. Glück, C. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. 18*, Erlangen, str. 281 (bilj. 82.) i str. 287 (bilj. 92.) zagovarao je gledišta da su *tabelliones publicae personae* te nije pravio razliku između njih i *tabularii* i *notarii*. Iscrpan pregled vidi kod: Pfaff, *op. cit.* u bilj. 43, str. 3 - 4. Takvo gledište prvi je iznio Mabillon, J., *De re diplomatica libri VI - Ed. 2 ab ipso auctore recognita, emendata et aucta*, Luteciae, Pariz, 1709., Staatsbibliothek Berlin, signatura: Bibl. Diez fol. 615, 123.

⁷⁰ Blomquist, T. W., *Review of Alle origini del notariato italiano by Mario Amelotti; Giorgio Costamagna*, u: *Speculum*, vol. 52, br. 4, 1977., str. 912.

različitih ugovora.⁷¹ I. Pfaff opravdano navodi da *tabelliones* nisu bili državni službenici te da se njihov autoritet i povjerenje u isprave koje su sastavljali te perfektuirali nisu oslanjali na magistratske ovlasti, nego na činjenicu poznavanja pravnih poslova.⁷² Koncept *tabelliones* pojavljuje se u kasnom klasičnom razdoblju⁷³, a potječe iz Grčke i Egipta. Podrijetlo vuče od grčke riječi *ταβελλιών*, a označava osobu koja piše na pločici za pisanje (*tabella*).⁷⁴ U izvorima pisanim na latinskome nazivaju se *forenses* i *publici*, na grčkome *δημόσιοι* jer su djelovali na javnim mjestima, osobito u javnim arhivima te na forumu (lat. *forum – forensis*).⁷⁵ Stoga se njihove isprave nazivaju i *instrumenta forensia*, ne zato jer su bile sastavljene od javnih službenika (*tabelliones* su bili *personae privatae*), nego s obzirom na javno mjesto gdje su nastajale.

6.2. *Tabelliones* u izvorima predjustinijanskog prava

U izvorima rimskoga prava *tabelliones* se prvi put spominju u Ulpijanovu djelu *De officio proconsulis* čiji su fragmenti citirani u Justinijanovim *Digesta*. Tada, na prijelazu II. u III. stoljeće, Ulpijan navodi da *tabelliones* obavljaju sljedeće djelatnosti: *instrumenta formare ...libellos concipere ...testationes consignare ...testamenta ordinare vel scribere vel signare*.⁷⁶ Car Dioklecijan u *Edictum de pretiis rerum venalium*

⁷¹ Steinhoff, *op. cit.* u bilj. 41, str. 17 *sqq.*; Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 3 - 4; Dika, *op. cit.* u bilj. 1, str. 31 prema Cannata, C. A., *Aperçu historique du notariat européen*, u: *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 1986., str. 193 - 194; Amelotti, Costamagna, *op. cit.* u bilj. 34, str. 24, 41. Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte. Bd. I*, Leipzig, 1885., str. 999 *sqq.* pripisuje im *propria potestas* kod sastavljanja isprava. Rudorff, A. F., *Römische Rechtsgeschichte. Bd. II*, Leipzig, 1857., str. 51 u bilj. 8, naziva ih privatnim pisarima različitim od nižih magistrata koji su sastavljali javne isprave, a pripisuje im sastavljanje isprava o privatnim pravnim poslovima (*negotia forensia*) i u sudskim stvarima (*libelli*). Iscrpan pregled različitih shvaćanja donosi Pfaff, *op. cit.* u bilj. 43, str. 2 - 3 dok je njegovo shvaćanje *tabelliones* opisano na str. 42 - 44.

⁷² Pfaff, *op. cit.* u bilj. 43, str. 1 - 2, 4 - 7; Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 8.

⁷³ Najstariji spomen tabeliona potječe iz 163. godine u ispravi čiji relevantan dio glasi *...scripsi ego Aldicarius subdiaconus et tabellio ...*, u prijevodu: *...pisao sam ja Aldikarij, poddakon i tabelion ...* Mabillon, *op. cit.* u bilj. 69, App. 98.

⁷⁴ Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 4. O utjecaju Orijenta vidi Amelotti, Costamagna, *op. cit.* u bilj. 34, str. 24.

⁷⁵ *Ibid.*, str. 4 i 8.

⁷⁶ U prijevodu: *...sastavljanje isprava ...sastavljanje pravnih akata ...potvrđivanje iskaza, koncipiranje, zapisivanje i potvrđivanje oporuka*. Ulp., D. 48. 19. 9. 4. - 8.

(Edikt o najvišim dopuštenim prodajnim cijenama) iz 301. godine donio je i tarifu kojom je propisao da za svakih stotinu redaka napisanog ili uređenog teksta u ispravama ili na pločicama *tabelliones* imaju pravo na naknadu od 10 denarija (*tabellanioni in scriptura libelli vel tabularum [in ver]sibus no. centum X*).⁷⁷

Kako se čita iz citiranih izvora koji datiraju iz vremena do kraja Dioklecijanove vladavine, *tabelliones* nisu bili javni pisari opće prakse, nego pisari praktičari specijalizirani u nekoliko grana pisanja s temeljenim poznavanjem onih područja prava glede kojih su sastavljali isprave. To su morali biti slobodni ljudi s dovoljnim poznavanjem prava (*solet autem ita vel juris studiosis interditi vel advocatis vel tabellionibus sive pragmaticis*⁷⁸). Dioklecijanov Edikt o najvišim dopuštenim prodajnim cijenama potvrđuje da su tijekom II. i III. stoljeća bili vrlo rašireni te institucionalno organizirani u korporaciju (*universitas personarum*), da je njihova djelatnost bila naplatna po tarifi te da su već tada pojedine njihove djelatnosti (osobito njihove funkcije) bile definirane i u pravu priznate (Ulpijanov fragment).

Iz citiranih izvora proizlazi da su u kasno klasično i rano postklasično doba isprave koje su sastavljali *tabelliones* uživale povjerenje te su se smatrale valjanima, pouzdanima, potpunima i pravilnima. Ipak, detaljnije pravno uređenje djelatnosti *tabelliones* doneseno je tek u doba Justinijanove vladavine. Djelatnost *tabelliones* bila je rutinizirana i shematizirana, obavljala se na zahtjev stranke ili stranaka te nije bila prožeta inventivnošću te nije ostvarivala poseban utjecaj na razvoj prava. Udovoljenost obliku *ad solemnitatem*, provjera identiteta stranaka, briga da zbiljski sadržaj odgovara sadržaju isprave bile su okosnice funkcije *tabelliones*. Ako je *tabellio* izvršio registraciju isprave, njoj je takav čin davao kvalificiranu snagu i autoritet. Tada je isprava imala pravnu snagu te uživala povjerenje kako se čita iz jednog Paulova fragmenta: *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur*.⁷⁹ Isprave koje su sastavljali *tabelliones* imale su dokaznu snagu, a kvalifikacije sadržane u njima smatrale su se potpunima i pravilnima, što je, međutim, bilo oborivo ako se dokazalo drugačije.

⁷⁷ *Edictum Diocletiani et collegarum de pretiis rerum venalium*, 7, 43 prema: Lauffer, S., *Diokletians Preisedikt*, Berlin, 1971. Vidi Bagnani, G., *Latin Epigraphy and the New "Album of Dated Latin Inscriptions"*, u: Phoenix, vol. 3, br. 1., 1959., str. 22.

⁷⁸ Vidi bilj. 74.

⁷⁹ *Pod nazivom instrumentum treba poimati sve što može poslužiti kao temelj dokazivanja: stoga se instrumenta mogu odnositi na iskaze i osobe*. Paul., D. 2. 4. 1.

Car Konstantin zabranio je dekurionima (članovima gradskog vijeća) da ostanu *tabelliones*, ali je obrnutu situaciju – da *tabelliones* postanu dekurioni – dopustio.⁸⁰ U drugoj konstituciji, koja problematizira pojavu krivotvorina, car Konstantin dopustio je da *tabelliones* koji budu izabrani u službu dekuriona mogu biti podvrgnuti torturi kao načinu utvrđivanja autentičnosti isprave koju su sastavili. Te dvije konstitucije potvrda su da *tabelliones* nisu bili magistrati i da nisu obavljali javnu službu (*officium*). M. W. Steinhoff primijetio je da su *tabelliones* pripadali nižim društvenim slojevima (*humiliores*) jer pripadnici viših i uglednijih društvenih skupina (*honestiores*) nisu mogli biti podvrgnuti torturi.⁸¹

U V. stoljeću donesene su konstitucije koje su propisivale određena ograničenja i kazne za *tabelliones*, osobito u svezi sa zlorabom tabelionske službe ili protupravnim postupanjem. Tako je za cara Leona I., između 457. i 465. godine, uređeno da *tabelliones* nisu smjeli sastavljati isprave o prijenosu vlasništva eunuha (kastrata) i nisu smjeli za sebe ugovarati korist iz isprave koju su sastavljali.⁸² Budući da je u izvorima rimskoga prava počevši od 301. godine poznata tarifa za usluge *tabelliones* (ona je zasigurno postojala i ranije – u kasno klasično doba – jer je Dioklecijan tek maksimirao cijene tabelionskih usluga), ona je bila mjerodavan okvir za definiranje naknade koju je tražitelj tabelionove usluge plaćao. Povrh toga, *tabellio* nije smio ništa drugo primiti ili ugovoriti za sebe ili drugoga po osnovi obavljanja svoje funkcije. Na temelju Leonove i Anthemijeve konstitucije iz 468. godine *tabelliones* nisu smjeli sastavljati isprave o apsolutno simuliranim pravnim poslovima (najam, kupoprodaja, darovanje) kojima se vršila prevara države ili bi se njima pribjegavalo poreznoj evaziji.⁸³ Ako bi to

⁸⁰ *Universos decuriones volumus a tabellionum officiis temperare. Nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit eo, quod fuerit tabellio, cum et huiusmodi homines, si sint idonei, vocari ad decurionatum oporteat. Lex enim, quae decuriones a tabellionum officiis voluit submovere, ad decurionatum tabelliones vocari non prohibet.* C. Th. 12. 1. 3.

⁸¹ Steinhoff, *op. cit.* u bilj. 41, str. 23.

⁸² *Romanae gentis homines sive in barbaro sive in romano solo eunuchos factos nullatenus quolibet modo ad dominium cuiusdam transferri iubemus: poena gravissima statuenda adversus eos, qui hoc perpetrare ausi fuerint, tabellione videlicet, qui huiusmodi emptionis sive cuiuslibet alterius alienationis instrumenta conscripserit, et eo, qui octavam vel aliquod vectigalis causa pro his susceperit, eidem poenae subiciendo.* C. I. 4. 42. 2. pr.

⁸³ *Si quis post hanc nostri numinis sanctionem in fraudem circumscriptionemque publicae functionis ad patrocinium cuiuscumque confugerit, id, quod huius rei gratia geritur sub praetextu donationis vel venditionis seu conductionis aut cuiuslibet alterius contractus, nullam habeat firmitatem: tabellionibus, qui talia instrumenta perficere ausi fuerint, bonorum proscriptione plectendis, qui tamen scientes ausi fuerint huiusmodi instrumenta conscribere: vicis etiam vel possessionibus ad patrocinia confugientium publico vindicandis.* C. I. 11. 54. 1. pr.

učinili, zapriječena kazna bila je *confiscatio* cjelokupne njihove imovine. Carevi Leon I. i Anthemije 470. godine potvrdili su prethodno izneseno uređenje propisujući neopozivu kaznu izгона za *tabelliones* koji su sastavljali određene vrste isprava koje im je bilo zabranjeno sastavljati.⁸⁴ U svim spomenutim konstitucijama razabire se čvršće izgrađivanje funkcije *tabelliones* ne samo opisom njihove djelatnosti nego i inzistiranjem na odgovornosti, kvaliteti i pouzdanosti njihova rada uz zapriječenost kaznama za suprotno postupanje.

Od početka prve polovice IV. stoljeća postoji obveza insinuacije. Insinuacija je bila postupak u kojemu se prijepis cjelokupne isprave o privatnom pravnom poslu unosio u zbirku gradskih (municipalnih) isprava (*gesta municipalia*) nakon što je njezin sadržaj prethodno bio javno pročitano pred svjedocima. Bila je riječ o pretpostavci koja se morala ispuniti da bi isprave o privatnim pravnim poslovima stekle pravnu snagu. U rimskom zakonodavstvu insinuacija se izrijeком ne spominje prije vladavine cara Konstantina: *Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset ...Ante tempus legis istius donationes etiam sine gestorum testificatione valebant. Nunc vero post hanc legem nec nubtialis nec quaelibet alia inter quascumque personas donatio de quibuscumque rebus valere potest, si gestis non fuerit allegata.*⁸⁵ Čini se da potreba insinuacije najprije odnosila na isprave o darovanju zbog njihove osobite pravne naravi (besplatnosti i umanjenja imovine darovatelja), a *tabellio* je bio obvezan sudjelovati u tome postupku. Učinak insinuacije cjelovito je opisan u konstituciji iz 366. godine koju su izdali carevi Valens i Valentinijan jer izrijeком sadrži navod kako isprave registrirane u *gesta municipalis* uživaju povjerenje te imaju pravnu snagu (*magistratus conficiendorum actorum habeant potestatem*).⁸⁶

⁸⁴ *His tabellionibus, qui huiusmodi contractuum vetitorum ausi fuerint instrumenta conscribere, irrevocabilis exilii animadversione plectendis.* C. I. 1. 2. 14. 6.

⁸⁵ U prijevodu: Naš otac nije želio da isprave o privatnim pravnim poslovima imaju snagu ako nisu registrirane [u *gesta municipalia*]. Prije donošenja ove konstitucije darovanja o kojima isprave nisu bile registrirane imala su pravnu snagu. Nakon donošenja ove konstitucije darovanja među supružnicima i darovanja među drugim osobama nemaju pravnu snagu ako nisu registrirana u *gesta municipalia*. C. T. 3. 5. 1. B. Hirschfeld insinuaciju smatra institutom nastalim u Zapadnom Rimskom Carstvu. Hirschfeld, B., *Die gesta municipalia in römischer und frühgermanischer Zeit*, doktorska disertacija, Marburg, 1904., str. 12 - 13.

⁸⁶ C. T. 1. 56. 2. O samom postupku i pretpostavkama za registraciju isprave u *gesta municipalia* vidi C. T. 12. 1. 151.

M. W. Steinhoff ističe da se insinucija u pravnoj praksi IV. i V. stoljeća gotovo beziznimno primjenjivala glede isprava o imenovanju kuratora i tutora, pravnih poslova kojima se osnivalo založno pravo, kupoprodaje i odbijanja primitka nasljedstva premda *de iure* nije bila pretpostavkom povjerenja u isprave.⁸⁷ Car Honorije u jednoj je konstituciji iz 414. godine izrijekom proklamirao kako isprave o privatnim pravnim poslovima registrirane u *curia municipalis* imaju obilježje neizmjenjivosti te da uživaju povjerenje javnosti kao i javne isprave: *...perpetuam firmitatem ... te ...superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant ...*⁸⁸

6.3. *Tabelliones* u izvorima Justinijanova zakonodavstva

Položaj, prava, dužnosti, odgovornost i djelatnost *tabelliones* detaljno su uređeni Justinijanovim konstitucijama. *Sedes materiae* za razumijevanje *tabelliones* su Justinijanove Novele br. 44 i br. 73.

6.3.1. *Novella* br. 44

Novela br. 44 (*De tabellionibus ut protocolla dimittant in chartis*) donesena je povodom sudskog spora koji je pokrenut jer *tabellio* nije sudjelovao kod sastavljanja isprave o pravnom poslu kojeg je ugovorna strana bila neka nepismena žena. U uvodu te konstitucije opisan je sudski postupak kojim je utvrđeno da *tabellio* nije izvršio autentifikaciju ni registraciju isprave (*completio*) te da je zapravo sve te radnje neovlašteno poduzeo njegov pomoćnik – *tabularius*. Posljedično, ispostavilo se da *tabellio* nije znao ništa o nepismenoj ženi te njezinu identitetu, njezinoj volji, sadržaju isprave, a time ni o sklopljenom pravnom poslu kao ni o ostalim okolnostima u svezi s ispravom, što treba pripisati njegovoj lakomislenosti i protupravnom postupanju. Budući da se tijekom sudskog postupka nisu mogle pronaći osobe koje su sklopile pravni posao ni svjedoci, sud je posumnjao u valjanost pravnog posla uobličjenog u spomenutu ispravu, što je bio povod caru Justinijanu za pravno reguliranje položaja, djelatnosti, prava i obveza *tabelliones* kao i štetnih posljedica za slučaj da *pro futuro* ne postupaju u skladu s tom konstitucijom.

⁸⁷ Steinhoff, *op. cit.* u bilj. 41, str. 25 - 26.

⁸⁸ C. Th. 7. 52. 6.

Justinijan je univerzalnim propisom koji se primjenjivao i u Konstantinopolu i u provincijama proklamirao obvezu *tabelliones* da osobno nazoče sastavljanju isprava te da sami izvrše njihovo perfektuiranje (*completio*) koje se sastoji u autentifikaciji i registraciji. K tomu, obvezao je *tabelliones* da se upoznaju s vrstom i sadržajem pravnog posla o kojemu se isprava sastavlja te da u slučaju osporavanja isprave ili pojave spora glede njezina sadržaja moraju moći dati pouzdan iskaz pred sudom, osobito ako je riječ o stranci koja je nepismena jer je ona osobito ranjiva. U suprotnome isprava neće imati nikakvu snagu (*potestas*). Za nepoštivanje te odredbe propisana je kazna gubitka službe koju će se ustupiti osobi (najčešće tabelionovu pomoćniku) koja je sastavljala ispravu, vršila njezinu redakciju te faktički (neovlašteno) izvršila njezino perfektuiranje.⁸⁹ Justinijan je smatrao da je tabelionova funkcija bila dodijeljena nekoj osobi kao izraz povjerenja u nju, što se odražavalo i na povjerenje u isprave koje je ona sastavljala i perfektuirala. Povjerenje u *tabelliones*, s druge strane, podrazumijevalo je inzistiranje na njihovu izrazitom oprezu, akribiji, pouzdanosti i pravilnosti djelovanja.

Justinijanovo zakonodavstvo gotovo je u potpunosti napustilo shvaćanje o opravdanoj odsutnosti *tabelliones*. Zabranjeno mu je bilo hiniti ili pogrešno prikazivati bolest te obavljati kakvu drugu službu. Zabranjeno im je bilo pozivati se na njih kao razlog nesastavljanja isprave ili pogrešaka u njegovu djelovanju. Ako bi uistinu bio bolestan te nije u određeno vrijeme i na određenom mjestu mogao obavljati funkciju, morao je pozvati stranke da dođu u mjesto gdje se nalazi te, unatoč bolesti, osobno sastaviti i perfektuirati ispravu.

Novela br. 44 uvela je institut zamjenika *tabelliones*. U propisanom postupku svaki je *tabellio* mogao imenovati zamjenika te mu izrijekom prenijeti svoju ovlast za sastavljanje i perfektuiranje isprava koje je sam imao. Zamjenik je morao obavljati funkciju tabeliona. Delegacija ovlasti osobi različitoj od tabeliona nije bila dopuštena. Nadzor nad izdavanjem dopusnica i samo izdavanje dopusnice zamjeniku vršio je *magister census* (*probari hic debet apud acta magistris census*), a u provincijama *defensor civitatis*. Ako bi se kojim slučajem ipak dogodilo da ispravu sastavlja i perfektuira neovlaštena osoba, isprava će biti valjana te će imati potpun pravni učinak pod pretpostavkom da su stranke bile *bona fide*.

Posebna pažnja u Noveli br. 44 posvećena je suzbijanju pojave krivotvorina. Svaka isprava koju su sastavljali *tabelliones* morala je sadržavati *protocollum*. Riječ je o obveznom uvodu u ispravu (*praefatio*) koji sadrži naznaku mjesta i vremena

⁸⁹ *Novella XLIV, c. 1.1.*

te druge odlučne okolnosti sastavljanja isprave kao i navođenje osobe sastavljača. Izostanak protokola činio je ispravu nepouzdanom, a njegovo uklanjanje bilo je zabranjeno.⁹⁰ Iz teksta Novele br. 47 donesene 537. godine razabire se da su *protocolla* imala jedinstvenu formulu koja se sastojala od (1) naziva cara i godine njegove vladavine; (2) konzularne godine, indikcije, mjeseca i dana; (3) naznake lokalne kronologije. Tekst *protocollum* morao je biti pisan latinicom.⁹¹

U komentaru te novele⁹² Cuiacius navodi *tabelliones publici sunt contractuum scriptores* poistovjećujući ih s grčkim *νομοδοί*. Prema njegovu shvaćanju *tabelliones* su poznavali osnovne pravne vještine, ali nisu bili studenti prava (*iuris studiosi*) ni imali specifične pravne vještine (*iuris peritiae*).⁹³ Temeljnu svrhu donošenja te novele Cuiacius prepoznaje u obvezi *tabelliones* da u slučaju spora pred sudom pouzdano iskazuju o okolnostima nastanka isprave i sadržaja isprave. Pretpostavka za to je da *tabellio* neposredno i vlastoručno sastavlja i perfektuira ispravu. Posebno važnim Cuiacius smatra razlikovanje između *tabellio* i *tabularius* kao i propisivanje strogih kazna ako bi *tabellio* povjerio obavljanje svojih funkcija tabulariju.⁹⁴ Suzbijanje krivotvorina sastavljanjem protokola koje Cuiacius ne tumači u smislu navedenog mišljenja J. Cowieja Browna, nego kao memorandume oblika *ad solemnitatem* (koji su u uvodu morali sadržavati novelom točno određene podatke).

6.3.2. Novella br. 73

Krivotvorenje privatnih isprava te narušavanje *fides* glede isprava koje su sastavljali *tabelliones* očigledno je 538. godine bio gorući problem rimske države. Novelu br. 73 (*De instrumentorum cautela et fide, et primum de deposito et mutuo et aliis documentis private quidem scriptis habentibus autem testes, et de non habentibus testes, et de instrumentis publice confectis, et de collationibus manus propriae scripturae, et de expositis instrumentis ab illitteratis aut paucas litteras scientibus, et de ex non scripto contractibus, et de contractibus usque ad unam auri libram, et de contractibus qui in auris fiunt, et ut in*

⁹⁰ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, Appendix A, I (bilj. 2.). *Protocolla* su prvi puta zabilježena u Egiptu u V. stoljeću. Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 11.

⁹¹ ...ut nomen imperatoris instrumentis et actis praeponatur et ut tempora latinis litteris indicata accuratius scribantur. *Novella constitutio. XLVII.*

⁹² Cuiacius, *Expositio Novellae XLIV.*

⁹³ *A tabellione exigitur peritia iuris & instrumenta eius dicuntur agorai, forensia. Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, str. XI.

documentis et contractibus futuris locum habeat lex) treba razmatrati kao zakonodavnu reakciju na takve okolnosti jer, kako se u njoj navodi, *nihil est aliud falsitas nisi veritatis imitatio*. Njome se uredio i položaj *tabelliones* u sudskim postupcima koji su se pokretali sa zahtjevom za osporavanjem vjerodostojnosti isprave koje su sastavili te njihova odgovornost za kvalitetu sastavljene isprave.

Povod donošenja te konstitucije bio je spor oko vjerodostojnosti isprave o zamjeni (*permutatio*) koji se pojavio u rimskoj provinciji Armeniji. Stranke su ugovorile zamjenu, o čemu je *tabellio* uz prisutnost svjedoka sastavio ispravu (*instrumentum*), a zatim su je stranke i svjedoci vlastoručno potpisali, a potom je *tabellio* izvršio *completio*. Sumnje u vjerodostojnost isprave pojavile su se jer se tabelionov rukopis tijekom vremena (s godinama i starenjem) izmijenio pa je pokrenut sudski postupak koji je, međutim, okončan odbijanjem tužbe jer je iskazima svjedoka utvrđena vjerodostojnost isprave.⁹⁵ Pojavilo se pitanje treba li kod utvrđivanja vjerodostojnosti isprave prednost dati iskazu svjedoka ili rukopisnim usporedbama između izvornika koji čuva *tabellio* i isprave izdane strankama (*comparatio litterarum*).

Prva materija koja se konstitucijom uređuje jest sastavljanje isprava o ugovoru o ostavi (*depositum*). Očigledno je taj ugovor bio čest u praksi te se u slučaju osporavanja isprave u kojoj je bio sastavljen provodilo uspoređivanje rukopisa. Pored pretpostavaka valjanosti isprave koje su prethodno navedene u Noveli br. 44 propisuje se obveza prizivanja trojice pouzdanih svjedoka i kod perfektuiranja ugovora i kod sastavljanja i potpisivanja isprave *quia his praesentibus subscripsit qui documentum fecit & hunc noverunt*. U sudskim sporovima o vjerodostojnosti isprave uvijek su bili odlučni iskazi svjedoka.⁹⁶ U drugom poglavlju te konstitucije razmatra se sastavljanje isprava o zajmu (*mutuum*) i drugim ugovorima koji će uživati povjerenje samo ako su njihovu perfektuiranju istovremeno sudjelovala najmanje trojica pouzdanih svjedoka. Takvo rješenje uzakonjeno je jer se u praksi – na primjeru opisanog spora iz Armenije – pokazalo kako promjene rukopisa ne moraju uvijek biti naznaka krivotvorine, ali i da, s druge strane, istovjetnost rukopisa ne mora nužno biti dokaz vjerodostojnosti isprave. Pravna stvar iz Armenije, kako se čita iz trećeg poglavlja ove konstitucije, imala je značenje presedana, a po uzoru na nju Justinijan navodi kako je dokazna snaga “zaprisegnutog živog glasa” veća negoli pisanog sadržaja samog po sebi te stoga uvijek ima prednost. Ipak, konstitucijom je sucu ostavljena mogućnost

⁹⁵ *Novella constitutio LXXIII*, praefatio.

⁹⁶ *Ibid.*, c. 1.

da sam ocijeni dokaze te dade prednost onome dokaznom sredstvu koje smatra pouzdanijim (*Et nos quidem secundum hunc modum aestimamus oportere probari fdelia documenta*).

Privatne isprave koje su stranke među sobom sastavile glede zajma, ostave ili nekog drugog pravnog posla nisu uživale povjerenje javnosti (*non sufficiens videbitur fides*). Povjerenje trećih uživale su samo ako su bile sastavljene u skladu s pravnim propisima (što podrazumijeva djelatnost *tabelliones*), a pri njihovu sastavljanju morali su biti nazočni zaprisegnuti svjedoci te na nju staviti svoje potpise i žigove. To je podrazumijevalo obvezu *tabelliones* da budu osobno nazočni potpisivanju isprava po strankama i svjedocima. Konstitucija izrijeком spominje kako su valjane isprave o pravnim poslovima koje sastave stranke, ali da su podložne krivotvorenju pa se stoga za postizanje povjerenja javnosti traži kvalificiran oblik.⁹⁷ Nije jasno je li se povjerenje protezalo i na dodatke (*signa adscripta chartis*). Tumačenjem se zaključuje kako su dodaci uživali povjerenje ako su bili sastavljeni uz zadovoljenje svih predviđenih pretpostavaka za sastavljanje isprave. Ako bi se pojavio spor glede njihove pouzdanosti, izvršavala bi se usporedba s ispravom deponiranom kod tabeliona te bi se saslušavali svjedoci dodataka kao i sam *tabellio*. Sudac se mogao poslužiti dodacima ispravi kako bi izveo pravilan zaključak o vjerodostojnosti isprave.

Ta konstitucija davala je strankama mogućnost da registriraju isprave u javnim arhivima⁹⁸, čime su one stjecale kvalificiranu pravnu snagu i gotovo apsolutno povjerenje u vjerodostojnost. Registracija se provodila čitanjem isprave u nazočnosti magistrata i svjedoka, a sam se postupak nazivao *insinuatio*. Propisivanjem mogućnosti insinuacije Justinijan je nastojao smanjiti broj sporova o vjerodostojnosti isprava. Postupak registracije obuhvaćao je i deponiranje isprave kod sljedećih magistrata: *magister census*, *praefectus urbis* i *defensor civitatis*. Time bi isprava stjecala status *publicum testimonium*, kvalificirano povjerenje dok bi se *tabellio* oslobađao odgovornosti za gubitak isprave.⁹⁹

Justinijan je precizno uredio postupak utvrđivanja vjerodostojnosti isprave. Taj postupak provodio se isključivo u situaciji kada bi neka osoba pokušala osporiti oborivu predmnjevu vjerodostojnosti isprave. Osoba koja je podnijela ispravu pred sud, ali nije bila osporavatelj vjerodostojnosti morala je dati redo-

⁹⁷ *Ibid.*, c. 3.

⁹⁸ Tu odredu poznaju i *Basilicai* 22. 4. 7.

⁹⁹ Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 13.

vitu prisegu da ne postupa *mala fide*.¹⁰⁰ Kada je osporavatelj tražio usporedbu isprava i/ili rukopisa, morao je dati kvalificiranu prisegu o svojoj istinoljubivosti te izostanku svake zlonamjernosti u njegovu postupku. Izjavu o vjerodostojnosti isprave pod prisegom bio je obvezan dati *tabellio* koji ju je sastavio, a ako je svoju ovlast iz opravdanih razloga delegirao nekom drugom tabelionu, onda je ta druga osoba davala iskaz također pod prisegom. To se moglo izbjeći registracijom isprave u nekom od spomenutih magistratskih ureda.

Iz sedmog poglavlja Novele br. 73 izrijekom se čita kako su u praksi sastavljanju isprava o naplatnim pravnim poslovima uz *tabellio* sudjelovali njegov pisar (pomoćnik) te *numerator*. Ta trojica vjerojatno su činila skupinu od troje svjedoka (*testes*) koji su kumulativno bili nazočni sastavljanju isprava. I tabelionov pomoćnik i *numerator* pod prisegom su davali iskaz o vjerodostojnosti isprave. Ako bi se u opisanom postupku utvrdila vjerodostojnost isprave, postupak bi bio okončan. Ako to nije bio slučaj, prišlo se uspoređivanju predočene isprave i izvornika koji je kod sebe čuvao *tabellio*. Zbog opisanog spora iz Armenije u takvim postupcima izgovorena riječ imala je prvotnu i veću dokaznu snagu od pisane riječi. U slučaju da je *tabellio* umro, uspoređivao bi se njegov rukopis s rukopisom isprave, a kumulativno se pozivao njegov pomoćnik, *numerator* i eventualno drugi svjedoci da pod prisegom daju izjavu o vjerodostojnosti isprave. Ako nitko od spomenutih osoba nije bio dostupan, uspoređivala su se samo pisanja, s time da je podudarnost rukopisa utvrđivao neki *tabellio* koji je djelovao kao vještak (*peritus*). Ipak, novela preporučuje da se kad god je moguće vjerodostojnost utvrđuje kombinacijom različitih dokaznih sredstava (*collatio instrumentorum*).

Novelom su određena pravila za sastavljanje isprava nepismenih i slabo pismenih osoba (*imperiti litterarum*), a time i pretpostavke pod kojima će isprave u kojima volju izražavaju takve osobe uživati *fidem publicam*. Ispravu je morao sastaviti *tabellio*, činu sastavljanja morala su istovremeno prisustvovati petorica svjedoka (među njih se mogao ubrojiti i *tabellio*), ali su ih ugovorne stranke morale osobno i otprije poznavati. Nepismene i slabo pismene osobe mogle su sklapati pravne poslove u usmenom obliku, ali u slučaju spora oko njegova postojanja ili ugovorenih klauzula, dokazi su se izvodili saslušanjem svjedoka i davanjem izjave pod prisegom.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, Appendix A, str. XXII, bilj. 2.

¹⁰¹ *Novella LXXIII*, c. 8 i 9.

Opisana pravila o sastavljanju isprava za pojedine pravne poslove vrijedila su samo u gradovima dok se u izvangradskim područjima zbog jednostavnosti života (*simplicitas*), malog broja pisara i svjedoka (*scribentium aut testium*) nisu primjenjivala.

Komentirajući tu novelu Cuiacius je ustvrdio da isprave sastavljene bez prisutnosti propisanog broja svjedoka i njihovih potpisa ne mogu biti verificirane te, stoga, nemaju dokaznu snagu ni ne uživaju povjerenje. Ako isprava ima svjedoke, ali njihov broj nije dovoljan, ona ne uživa povjerenje, nego se njezina vjerodostojnost mora dokazivati u sudskom postupku. Kao odlučan dokaz poslužiti će izjave svjedoka pa, ako se utvrdi njezina vjerodostojnost čak i u uvjetima manjka svjedoka, glede nje će postojati povjerenje u oblik *ad solemnitatem*, potpunost i pravilnost. Najviši stupanj povjerenja isprava je uživala ako su se kao svjedoci potpisali *tabellio* koji ju je sastavio, njegov pomoćnik (*amanuensis*) i *numerator*. To je odraz shvaćanja kako su spomenuta trojica imala neposredan uvid u sastavljanje isprave i njezino perfektuiranje (*completio*) te da su stoga najpouzdaniji svjedoci. Ako bi se kao svjedoci pojavile treće osobe, takva isprava uživala je povjerenje, ali ne onog stupnja kao u prethodno opisanom slučaju. Na temelju te konstitucije isprava koju bi sastavio i perfektuirao *tabellio* nije uživala povjerenje bez prisutnosti svjedoka.¹⁰²

6.4. Djelatnost *tabelliones* kao pretpostavka valjanosti isprava i povjerenja u njih

Iz izvora rimskoga prava nastalih na prijelazu klasičnog u postklasično te u postklasičnom razdoblju iščitava se nekolicina ovlasti i djelatnosti *tabelliones* koje su bile jamstvo valjanosti isprava o pravnim poslovima. Isprave koje su sastavili *tabelliones* tako da su samo zapisivali volju stranaka morale su imati konačan oblik i sadržaj (*in mundum*) te su trebale biti potvrđene potpisima stranaka koje su sklopile pravni posao (*subscriptionibusque partium confirmata*). Ako su, izuzev zapisivanja, *tabelliones* obavljali i redakciju isprava, trebale su biti izvršene *completio* i *absolutio* (*si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint*).¹⁰³

¹⁰² Cuiacius, *Expositio Novellae LXXIII*.

¹⁰³ C. I. 4. 21. 17.

6.4.1. *Completio*

U izvorima postklasičnog prava definicija *completio* izriječno se ne spominje. Njezino poimanje pouzdano se razabire iz Justinijanovih Institucija čija su rješenja kasnije prihvaćena u izvorima postklasičnog rimskog i rimsko-bizantskog prava pisanim na grčkome jeziku. Relevantan tekst Justinijanovih Institucija glasi: *In his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione.*¹⁰⁴

Completio je bio postupak perfektuiranja isprave o pravnom poslu koji se sklapao u pisanom obliku. Ako je ispravu sastavljao tabelion, *completio* se sastojala u sljedećem: (1) definiranju njezina konačnog sadržaja (*in mundum*) uz tekst protokola te proklamaciji istog strankama, nakon čega se sadržaj isprave nije mogao mijenjati; (2) vlastoručnom potpisivanju isprave od stranaka; (3) ako postoje svjedoci, njihovim vlastoručnim potpisivanjem; (4) autentifikaciji identiteta isprave, njezina sadržaja, podudarnosti volje stranaka s onime što je u ispravi zapisano, identiteta stranaka i identiteta svjedoka. *Completio* je bila *essentiale* valjanosti isprave te temelj njezine *fidei publicae*. Upravo u *completio* ogledala se najvažnija funkcija *tabelliones*, da zbiljska volja stranaka odgovara izraženoj u ispravi, da im isprava bude pročitana te da nakon potpisivanja stranaka i/ili svjedoka tabelionovim potpisivanjem i registracijom dobije namjeravano značenje i učinak. *Tabellio* je osobno morao izvršiti *completio*.

Completio je zastupljena i u pravnim izvorima pisanim grčkim jezikom. U spomenutim Justinijanovim novelama br. 44 i 76 *completio* je opisana grčkim riječima *κομπλατίων* (doslovce od lat. *completio*), *πλήρωσις*, *τελείωσις*; *τέλεσμα* koje sve označavaju *završetak*, *kraj*, *okončanje*. Takvi pojmovi preuzeti su u Teofilovu *Parafrazu* koja je citirana u *Bazilikama*.¹⁰⁵

¹⁰⁴ U pogledu onih (ugovora) koji se prave u pisanom obliku, određujemo da se kupnja i prodaja ne mogu smatrati konačnim (perfektnim) ako isprave o kupnji ne budu napisane, ili vlastoručno napisane od strane ugovaratelja ili (napisane) od nekog trećeg, a potpisane od strane ugovaratelja ili – ako ih sastavlja tabelion – dok nisu potpuno uređene i dovršene od stranaka. Iust. Inst., 3. 23.

¹⁰⁵ Basilic. 22.1.76, sholija br. 6. Također vidi Basilic. 22. 1. 76.

6.4.2. *Absolutio*

Značenje *absolutio* čita se iz dijela Justinijanovih Institucija i u Kodeksu koji glasi *postremo partibus absoluta sint*.¹⁰⁶ Dok je *completio* izvršavao *tabellio*, *absolutio* su osobno vršile stranke u pravnom poslu tako da su vlastoručno i u tabelionovoj nazočnosti potpisivale ispravu. Stavljanjem potpisa na ispravu stranke su potvrđivale njezinu vjerodostojnost te činjenicu da njihova volja odgovara sadržaju isprave.

U različitim pravnim izvorima trenutak *absolutio* različito je određen.¹⁰⁷ Dok iz Justinijanovih Institucija i Kodeksa jasno proizlazi da je to bio zadnji čin sastavljanja isprave (naznaka posredstvom riječi *postremo*), iz teksta Novele br. 44 i teksta *Basilika*¹⁰⁸ (koje prihvaćaju shvaćanje kasnijeg Justinijanova prava) zaključuje se kako se ona poduzimala nakon tabelionove *completio*. Smatramo mogućim da je Novelom br. 44 promijenjeno pravno uređenje slijeda poduzimanja *completio* i *absolutio* jer se prethodno shvaćanje ne čini logičnim. Smislenim se čini da je *completio* (na što upućuje i terminološka odrednica) bila završni čin sastavljanja isprave (autentifikacija i registracija; otada je *instrumentum* bio *completum*) koju je poduzimao *tabellio*. Nelogičnim smatramo da bi se *completio* – koja označava autentifikaciju – poduzimala prije negoli su stranke potpisale i time odobrile sadržaj isprave (*absolutio*). Stranačka *absolutio* bila je završni čin sastavljanja isprave o pravnom poslu samo kada u tome nije sudjelovao *tabellio*.

Na Zapadu, u ispravama italske provenijencije, *completio* i *absolutio* vršio je *tabellio*. Prema shvaćanju znanosti o rimskom pravu u Italiji je *completio* bila čin perfektuiranja isprave dok je *absolutio* bila potpisivanje isprave od strane tabeliona. To se pripisuje neprihvatanju svih smjernica Justinijanova zakonodavstva na Zapadu.¹⁰⁹

6.4.3. *Pogreške*

U izvorima prava, pogreške pri sastavljanju isprava ne spominju se, ali u citiranim Justinijanovim novelama uređen je slučaj naknadnih dodataka ispravi

¹⁰⁶ Iust. Inst. 3, 23; C. I. 22. 1. 76.

¹⁰⁷ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 38.

¹⁰⁸ *Basilicai* 22. 1. 76, sholija br. 1.

¹⁰⁹ Saradi, *op. cit.* u bilj. 7, str. 37.

(*appendices*). Premda izmjene sadržaja isprave, brisanja, ispravci, dodaci i sl. nisu uvijek bili protivni pozitivnom pravu, izazivali su sumnju u vjerodostojnost isprave i *de facto* priječili povjerenje u nju, odnosno konstrukciju oborive predmnjeve glede njezine pouzdanosti. J. Cowie Brown dobro je primijetio da su takvi ispravci u oporukama imali osobito značenje te da se u slučaju pojave pitanja o vjerodostojnosti utvrđivalo jesu li učinjene u skladu s posljednjom voljom oporučitelja. Naime, kod isprava o pravnim poslovima *inter vivos* moguće je sveobuhvatno utvrđivanje pouzdanosti dok je to kod isprava glede poslova sklopljenih *mortis causa* vrlo ograničeno. Osobito se kod oporuka utvrđivalo je li izmjena posljedica prijevarnog postupanja te nije li možda riječ o *falsum* kažnjivu po *lex Cornelia testamentaria de falsis*.¹¹⁰ Nedostaci u činjeničnom opisu mogli su se ukloniti podnošenjem isprave pred sudom i njezinom sudskom potvrdom, ali tada više nije bila riječ o ispravi privatnog nego javnog prava. Izostanak bilo koje bitne i pravom predviđene pretpostavke pri sastavljanju isprave za sobom je povlačilo predmnjevu krivotvorine, a dokazivanje suprotnog nije bilo dopušteno. Držeći se izvora rimskog prava Bartolus de Saxoferrato teorijski je oblikovao ovu predmnjevu sljedećim riječima: *Omissio solennitatis in instrumento inducit praesumptionem falsitatis, contra quem non videtur admitti probatio*.¹¹¹

6.5. Povjerenje u isprave koje su sastavili *tabelliones*

Isprave koje su sastavljali *tabelliones* u izvorima se navode kao *instrumenta publica*, a ne tek kao *littera*. To ne znači da je riječ o ispravama javnog prava, nego o privatnim ispravama koje su zbog specifičnog postupka sastavljanja i djelovanja *tabelliones* uživale kvalificirani stupanj povjerenja. Javne isprave sastavljali su rimski magistrati ili svećenici, one su se deponirale na javnom mjestu te su uživale javni autoritet upravo stoga jer je u njihovu sastavljanju sudjelovala javna vlast. Za razliku od isprava ostalih sastavljača spomenutih u ovome radu, glede isprava sastavljenih po *tabelliones* vrijedila je kvalificirana predmnjeva njihove usklađenosti s voljom stranaka, o potpunosti, pravilnosti i zakonitosti koja se nije mogla obarati bilo kojim dokaznim sredstvom te na bilo koji način, nego točno određenim dokazom izvedenim u propisanome postupku.

¹¹⁰ Cowie Brown, *op. cit.* u bilj. 2, str. 38 - 39 držeći se navoda u C. I. 6. 23. 12.

¹¹¹ Izostanak bitnih pretpostavki stvara predmnjevu krivotvorenosti i o protivnome neće se dopustiti dokazivanje. Citirano prema *ibid.*, str. 39 (bilj. 3).

Premda su *tabelliones* bili privatne osobe koje su svoju djelatnost obavljale bez ikakva utjecaja javnog autoriteta, kasnoklasično i postklasično rimsko pravo uz njihovu privatnu djelatnost vezivalo je visok stupanj povjerenja. Akt koji je sastavio *tabellio* izvori spominju kao *instrumentum publicum* ili *actum publice confectum*¹¹², ali ne s ciljem izjednačavanja s javnom ispravom nego radi pridavanja kvalifikacije povlaštenog dokaza.

S procesnog gledišta značenje djelatnosti *tabelliones* primjereno je ocijenio M. Dika. Pozivanje na ispravu koju je sastavio *tabellio* invertiralo je teret dokazivanja te bi osporavatelj morao dokazati da je riječ o krivotvorini.¹¹³ Isprava je mogla biti osporena samo u sudskom postupku koji se provodio na temelju odredaba *lex Cornelia de falsis*. Osporavatelj je morao dokazivati *falsum* pomoću točno određenih dokaznih sredstava (ovisno o vrsti isprave, vrsti pravnog posla te činjenici jesu li njezinu sastavljanju prisustvovali svjedoci). Tako je u doba izdavanja Justinijanova Kodeksa vrijedilo načelo *contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*¹¹⁴, ali se ono gdjekada zaobilazilo, dok je novela br. 44 i 73 to izmijenjeno te je zbog potreba pravne prakse prednost dana usmenom iskazu. U slučaju osporavanja isprave prije donošenja spomenutih dviju konstitucija, vjerodostojnost isprave utvrđivala se grafološkim vještačenjem nekog trećeg tabeliona koji bi uspoređivao rukopis na različitim primjercima isprave. Kada je iskaz dobio prednost nad ispravom, najprije se saslušavao *tabellio*, zatim njegov pomoćnik ako je to bilo potrebno, a u daljnjem tijeku svjedoci.

7. ZAKLJUČAK

Rimsko pravo poznavalo je mehanizme kako privatnim ispravama pridati *fidem publicam*. Riječ je o mehanizmima koji su se pojavili kao reakcija na potrebe pravnog prometa i pravne prakse. Međutim, spomenuti mehanizmi oslanjali su se isključivo na pojedine vrste privatnih zapisivača koji nisu bili javni pisari opće prakse, nego su u okvirima svoje profesionalne i privatne djelatnosti bili

¹¹² Amelotti, Costamagna, *op. cit.* u bilj. 34, str. 25 (bilj. 28.).

¹¹³ Dika, *op. cit.* u bilj. 1, str. 32 - 33.

¹¹⁴ Protiv pisanog svjedočanstva ne može se pozivati na nepisano svjedočanstvo. C. I. 4. 20. 1. To načelo odraz je starijeg shvaćanja koje je Paulo izrazio na sljedeći način: *testes cum de fide tabularum nihil dicitur adversus scripturam interrogari non possunt*, u prijevodu: kada svjedoci ne mogu ništa reći o povjerenju u ispravu, tada ih se neće ispitati radi osporavanja zapisnog. Paul., D. 5. 15. 4.

specijalizirani za pojedine domene pisanja: sastavljanje oporuka i isprava o pravnim poslovima. Njihova djelatnost nije ovisila o poznavanju prava te je, štoviše, tek marginalno bila povezana s pravom. Pojavu, vrste i djelatnosti privatnih zapisivača treba sagledavati u kontekstu onovremenih potreba pravnog prometa za pravnom sigurnošću i predvidivošću.

Ostvarivanje povjerenja u privatne isprave u rimskome pravu nije bilo povezano s javnom službom (*officium*) i autoritetom vlasti (*imperium, potestas*). U postklasično doba, zbog raširenosti krivotvorenja, uvedena je mogućnost registracije isprava u gradskim uredima državne uprave koje su sastavili tabellioni, ali ne i njihova sastavljanja od strane magistrata. Sastavljanje isprava po specijaliziranim zapisivačima dovodilo je do predmnjeve o njihovoj potpunosti, pravilnosti i valjanosti, ali je uvijek postojala mogućnost njezina obaranja u sudskom postupku. Intervencijom privatnih zapisivača isprave o pravnim poslovima stjecale su kvalificirano povjerenje, ali ne i najviši stupanj povjerenja koji je bio svojstven javnim ispravama.

Zbog svega rečenoga bilo bi pogrešno tražiti istovjetnosti ili analogije između javnog bilježništva i koncepta postizanja povjerenja u privatne isprave u rimskom pravu. Međutim, kako je primijećeno u znanosti, rimsko pravo poznavalo je i prilično precizno uredilo pojedine djelatnosti koje danas čine službu javnih bilježnika. Premda je rimsko pravo poznavalo put *sui generis* postizanja *fidei publicae* u privatne isprave, rimski zapisivači su, baš poput današnjih javnih bilježnika, imali osobitu ulogu u provedbi i unapređivanju pravnog poretka.

Summary

Ivan Miličić*

LEGAL REGULATION OF DOCUMENT COMPILERS AND TRUST TO PRIVATE DOCUMENTS IN ROMAN LAW

In search for origins of the notary public, especially of the Latin (European) notary public, the bibliographic data often refer to the Roman law and its legal tradition. The authors made considerable efforts in pursuit of certain activities in Roman law which

* Ivan Miličić, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

could be identified as analogies to activities which in later periods were pertinent to the notary public. Though the technical term of notary historically derives from the Latin language (notarius), formation of this profession as we perceive it today dates back to more recent times – to the High Middle Ages. Because the Roman law knew not of a service of notaries, a question can be raised on how the Romans created a concept of the trustworthy private documents, i.e. of the private document that enjoy the public trust on its credibility and content. In the oldest period of the Roman law scribae were dependent scribes, which means that their scriptural activity and role in the edition of documents was not constitutive or decisive and therefore it cannot be considered as legal grounds for its formal credibility. Formal credibility of such documents emanated from the fact that their edition was supervised by a pontifical authority or a magistrate. This identifies scriba not as a person, but rather as a civil servant. Testamentarii were specialized scribes of the last will whose main function was to assure that such will was properly laid down in written form, i.e. that the will was credibly codified. Furthermore, they took care that all the perquisites of the testament were fulfilled and that the testament achieved the legally recognized form. In the postclassical period of Roman law tabularii were the scribes only, though Ulpianus ascribed them a depositary function (custos tabularum). Tabularii were junior magistrates who were purposefully appointed to administer with public registers and archives. In the late classical and postclassical period of the Roman law they are often found as a assistants of private individuals (tabelliones) who were professionally orientated on edition of private documents that enjoyed fides publica. The most important compilers of private documents were tabelliones whose activity was inseparably connected to fides publica. They were specialized professionals whose liability, fides publica linked to their activity, presumption of its credibility and judicial contest of private documents they issued were profoundly regulated in the Roman law during Justinian's rule.

Keywords: trust to private documents, notaries, Roman law, scribae, notarii, testamentarii, tabularii, tabelliones.

**EUROPSKO I KOMPARATIVNO
GRAĐANSKO PROCESNO PRAVO**

IUS COMMUNE I EUROPEIZACIJA HRVATSKOG GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA

Prof. dr. sc. Marko Petrak*

Svrha je rada analiza značenja pravila procesnog ius commune u obliku latinskih pravnih izreka (regulae iuris) u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu kao i moguću ulogu tih pravila u europeizaciji nacionalnog građanskog procesnog prava. U prvom dijelu rada autor prije svega istražuje uporabu pravila procesnog ius commune kao posrednih izvora prava, posebice u hrvatskoj pravnoj praksi. Potom se analizira mogu li se pravila procesnog ius commune tretirati kao neposredan izvor prava u okvirima suvremenog hrvatskog pravnog sustava. Na temelju provedene analize u zaključnom dijelu rada autor nastoji odgovoriti na pitanje može li intenzivnija primjena onih pravila procesnog ius commune koja u sebi sadrže pravna načela zajednička gotovo svim europskim pravnim sustavima pridonijeti daljnjoj europeizaciji suvremenog hrvatskog građanskog procesnog prava.

Ključne riječi: ius commune, građansko procesno pravo, europeizacija.

I. UVODNE NAPOMENE

Što je točno procesno *ius commune*? Prema mjerodavnom uvidu koji je pružio Van Rhee, procesno *ius commune* u smislu tradicionalnog općeg europskog građanskog procesnog prava zapravo je rimsko-kanonsko procesno pravo. To se procesno pravo razvilo i na temelju pravila rimskog procesnog prava sadržanih u Justinijanovoj kodifikaciji (*Corpus iuris civilis*) i na temelju pravila pripadnih kanonskom pravu (*Corpus iuris canonici*). Ono se primjenjivalo na crkvenim

* Dr. sc. Marko Petrak, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

sudovima diljem Europe od 12. stoljeća nadalje¹: “In this context, Romano-canonical procedural law was a genuine *ius commune* in the sense that it constituted a relatively uniform system of rules for all of western Christianity”.² Takvo procesno *ius commune* prihvatili su s vremenom i svjetovni sudovi koji su primjenjivali njegova pravila u Europi tijekom dugog niza stoljeća. U doba kodifikacija procesno *ius commune* zamijenili su nacionalni građanski procesni zakoni(ci). Bez obzira na navedenu činjenicu rimsko-kanonsko pravo ostalo je temeljem većine modernih sustava građanskog procesnog prava i njihov zajednički nazivnik. Time je tradicija procesnog *ius commune* s njome pripadnim načelima, institutima i rješenjima nastavila u tim kodificiranim oblicima presudno djelovati na svekoliki europski razvoj građanskog procesnog prava do današnjih dana.³

Unutar navedenog konteksta svrha je ovoga rada analizirati značenje procesnog *ius commune* u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu i moguću ulogu njegovih načela i pravila u europeizaciji nacionalnog građanskog procesnog prava. No, prije no što se usredotočimo na problematiku procesnog *ius commune* kao izvora prava u suvremenom hrvatskom pravnom sustavu, nužno je prethodno ukratko objasniti na što se točno pojam “pravila procesnog *ius commune*” u ovom radu odnosi. Pod tim pojmom u navedenom kontekstu valja imati u vidu prije svega pravne izreke (*regulae iuris*) sadržane u izvorima antičkog rimskog prava ili pak oblikovane u srednjovjekovnoj i novovjekovnoj rimskoj i kanonskoj pravnoj tradiciji na temelju tih antičkih izvora. Te pravne izreke posebice su važne jer je u njima na krajnje sažet i jezgrovit način sabrano tisućljetno rimsko i europsko pravničko iskustvo, u rasponu od temeljnih pravnih načela do sasvim konkretnih rješenja, a njihov je sadržaj i danas u vrlo velikoj mjeri ugrađen u europske sustave građanskog procesnog prava.⁴

¹ V. Van Rhee, C. H., *Towards a Procedural Ius Commune?*, u: Smits, J.; Lubbe, G. (ur.), *Remedies in Zuid-Afrika en Europa, Antwerpen etc.*, str. 218 *sqq.* s uputama na daljnju literaturu o navedenoj problematici.

² Cit. Van Rhee, C. H., *Civil Procedure: A European Ius Commune?*, *European Review of Private Law*, vol. 8, 2000., str. 593.

³ O značenju procesnog *ius commune* u suvremenom komparativnom kontekstu v., npr., Van Rhee, C. H.; Verkerk, R., *Civil Procedure*, u: Smits, J. M. (ur.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham etc.*, 2006., str. 120 *sqq.* s uputama na daljnju literaturu o navedenoj problematici.

⁴ O značenju latinskih pravnih izreka kao jednom od temeljnih elemenata europske pravne tradicije i kulture v. *amplius* Wacke, A., *Sprichwörtliche Prinzipien und europäische Re-*

Polazeći od navedene konstatacije te imajući u vidu uobičajenu podjelu izvora prava na neposredne izvore i posredne izvore⁵, u sljedećem dijelu rada ponajprije će se ukratko osvrnuti na uporabu tako shvaćene kategorije “pravila procesnog *ius commune*” kao posrednih izvora prava, posebice u hrvatskoj pravnoj praksi. Potom će se istražiti mogu li se pravila procesnog *ius commune* tretirati kao neposredan izvor prava u okvirima suvremenog hrvatskog pravnog sustava. Na temelju provedene analize u zaključnom će se dijelu rada posebice ispitati može li intenzivnija primjena onih pravila procesnog *ius commune* koja u sebi sadrže pravna načela zajednička gotovo svim europskim pravnim sustavima pridonijeti daljnjoj europeizaciji suvremenog hrvatskog građanskog procesnog prava.

Sljedeća razmatranja posvećujemo prof. dr. sc. dr. h. c. Mihajlu Diki povodom njegova jubileja zahvaljujući mu na svekolikoj ljudskoj i profesionalnoj potpori tijekom dugog niza godina.

II. PRAVILA *IUS COMMUNE* KAO POSREDAN IZVOR HRVATSKOG GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA

U svrhu analize uporabe pravila procesnog *ius commune* kao posrednog izvora suvremenog hrvatskog prava sumarno smo istražili uporabu tih pravila u nacionalnoj pravnoj praksi, preciznije rečeno, u judikaturi Ustavnog suda Republike Hrvatske i Vrhovnog suda Republike Hrvatske počevši od 1991. godine kao godine državnog osamostaljenja. Na temelju navedenog istraživanja obavljenog isključivo na temelju pretraživanja internetski dostupnih elektroničkih baza judikature navedenih sudova u nastavku ćemo navesti samo one odluke u čijim obrazloženjima sud na latinskom jeziku doslovno citira pojedino pravilo procesnog *ius commune*.

Što se tiče Ustavnog suda, u njegovoj judikaturi od 1991. godine do danas, u obrazloženjima ili izdvojenim mišljenjima pojedinih odluka i rješenja, citiraju se, abecednim redom navedeno, sljedeća pravila procesnog *ius commune* na

chtsangleichung, Orbis iuris romani, vol. 5, 1999., str. 174 sqq.; cf. i Liebs, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 1991., str. 9 sqq.; Kranjc, J., *Latinski pravni reki*, Ljubljana, 1998., str. 5 sqq.; Domingo, R. et al., *Principios se derecho global. 1000 reglas y aforismos juridicos comentados*, Navarra, 2006., str. 23 sqq.; Petrak, M., *Traditio iuridica*, vol. I. *Regulae iuris*, Zagreb, 2010., str. 9 sqq.

⁵ O navedenoj podjeli v., npr., Alinčić, M. et al., *Obiteljsko pravo*, Zagreb, 2001., str. 8 sqq.

latinskom jeziku: *audiatur et altera pars*⁶; *excipiendo reus fit actor*⁷; *iura novit curia*⁸; *ne bis in idem*⁹; *nemo iudex in causa sua*¹⁰; *nemo iudex ultra et extra petita partium*¹¹; *petitorium absorbet possessorium*¹²; *tempus regit actum*.¹³

Što se pak tiče Vrhovnog suda, u njegovoj se judikaturi od 1991. g. do danas u obrazloženjima pojedinih presuda i rješenja navode sljedeća pravila pripadna tradiciji procesnog *ius commune* u latinskoj formulaciji: *falsa nominatio non nocet*¹⁴; *iura novit curia*¹⁵; *ne bis in idem*¹⁶; *ne eat iudex ultra et extra petita partium*¹⁷; *quod non est in actis non est in mundo*¹⁸; *petitorium*

⁶ U-IX-163/2002; o pravilu *audiatur et altera pars* čije začetke nalazimo u Marc. D. 48. 17. 1.pr.; v. De Koninck, C., *Latijnse Rechtspreuken*, Brugge, 2003., str. 17 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 32; Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 35.

⁷ U-III-2169/2003; o pravilu *reus excipiendo fit actor* nastalom na temelju Ulp. D. 44. 1. 1. i Ulp. D. 22. 3. 19. pr.; v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 270 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 192; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 122.

⁸ U-III-190/2002; o pravilu *iura novit curia* nastalom na temelju Ulp. D. 44. 1. 1. i Ulp. D. 22. 3. 19. pr.; v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 150; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 103; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 70 *sq.*

⁹ U-I-370/1994; U-III-267/2002; U-III-1325/2004; U-III-3489/2005; U-III-4467/2005; o pravilu *ne bis in idem* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 182 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 125; Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 158; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 84 *sq.*

¹⁰ U-VII-868/2001; U-III-647/2007; o pravilu *nemo iudex in causa sua* izvorno sadržanom u C. 3. 5. 1., v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 195 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 131; Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 165; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 88 *sq.*

¹¹ U-III-4578/2004; o pravilu *ne eat iudex ultra et extra petita partium* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 184 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 126.

¹² U-III-2714/2004; U-III-632/2006; o pravilu *petitorium absorbet possessorium* v. Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 154; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 111 *sq.*

¹³ U-III-2711/2004; o pravilu *tempus regit actum* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 290; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 207.

¹⁴ Rev 2977/1994-2; Rev-1878/00-2; Revr 448/05-2; o pravilu *falsa nominatio non nocet* nastalom na temelju Marc. D. 35. 1. 33. pr. i Scaev. D. 32. 102. 1., v. Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 72 *sq.*; Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 95.

¹⁵ Rev 2137/1991-2; *cf. supra* bilj. 8.

¹⁶ Rev 1184/1991-2; Rev 2137/1991-2; Rev 1396/1993-2; *cf. supra* bilj. 9.

¹⁷ Rev 2931/1992-2; *cf. supra* bilj. 11.

¹⁸ Rev-1012/01-2; o pravilu *quod non est in actis non est in mundo* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 255; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 180.; Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 211; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 117.

*absorbet possessorium*¹⁹; *res iudicata pro veritate habetur*²⁰; *res iudicata facit ius inter partes*.²¹

Problematika pozivanja hrvatskih sudova na pravila *ius commune*, uključujući i pravila građanskog procesnog prava, svakako bi zaslužila posebnu monografsku obradu. Takvo bi istraživanje moralo uzeti u obzir sve odluke hrvatskih sudova, bez obzira na njihovu instanciju, u kojima se *explicite* navode pravila *ius commune* na latinskom jeziku; uzeti u obzir i sve odluke u kojima su se sudovi *implicite* referirali na pojedina pravila *ius commune*; konačno, na temelju prikupljene građe, detaljno istražiti svaki takav pojedini slučaj referiranja na pravila *ius commune* u hrvatskoj pravnoj praksi, tj. u prvom redu precizno utvrditi pravni kontekst u kojem su ona uporabljena te usporediti izvorno značenje pojedinog pravila sa njegovom suvremenom uporabom u svrhu kritičke analize svih slučajeva primjene pravnog supstrata *ius commune* u hrvatskoj pravnoj praksi. Razumije se da u okvirima ovog rada nije moguće izvesti takvo obuhvatno istraživanje, ali smatramo da se i na temelju iznesenog skromnog procesnopravnog fragmenta tog budućeg istraživanja mogu izvući određeni zaključci. Prije svega upada u oči činjenica da referiranje na pravila procesnog *ius commune* na latinskom jeziku u judikaturi Ustavnog suda i Vrhovnog suda ne predstavlja ni rijetku ni neuobičajenu pojavu. Povrh toga, može se uvidjeti da su pojedina procesna pravila (*falsa nominatio non nocet; iura novit curia; ne bis in idem; ne eat iudex ultra et extra petita partium; nemo iudex in causa sua; petitorium absorbet possessorium; res iudicata facit ius inter partes; res iudicata pro veritate habetur*) višekratno primjenjivane u navedenoj judikaturi. Sve to upućuje na zaključak da su pojedina pravila procesnog *ius commune* prihvaćena kao važeći normativni sadržaji u praksi Ustavnog suda i Vrhovnog suda. U tom kontekstu iznimno je zanimljivo navesti jedno izdvojeno mišljenje uz odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske u kojem se kao razlog za primjenu pravila *audiatur et altera pars* u konkretnom slučaju doslovce ističe sljedeće: “U razvoju pravne kulture tijekom hrvatske povijesti prihvatili smo načela rimskog prava kao jednog od temelja razvoja europske i hrvatske kulture uopće.”²²

¹⁹ Gzz-30/1999-2; Gzz-91/00-2; Gzz 97/03-2; *cf. supra* bilj. 12.

²⁰ Rev 1396/1993-2; Revt-80/02-2; o pravilu *res iudicata pro veritate habetur* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 145 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 190; Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 220; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 120.

²¹ Rev 371/1995-2; II Rev 123/01-2; Rev 887/03-2; Rev 888/03-2; Rev 630/03-2; o pravilu *res iudicata facit ius inter partes* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 268; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 190; Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 220; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 119.

²² Izdvojeno mišljenje uz odluku U-IX-163/2002; o pravilu *audiatur et altera pars cf. supra* bilj. 6.

Poredbenopravno gledano treba istaknuti da izravna primjena pravila *ius commune* - uključujući i pravila građanskog procesnog prava - od strane današnje pravne prakse nipošto ne predstavlja *unicum* ni u europskim, a ni u svjetskim razmjerima. Štoviše, *ius commune* i danas predstavlja supsidijaran izvor pozitivnog prava u desetak europskih i izvaneuropskih zemalja, a sudska praksa u tim zemljama često temelji svoje odluke izravno na izvorima tog prava, počev od Justinijanove kodifikacije.²³ I u zemljama gdje *ius commune* više ne predstavlja izvor pozitivnog prava sudska se praksa učestalo referira na brojna pravila *ius commune*, uključujući i pravila građanskog procesnog prava, posebice u značenju pravnih načela.²⁴ U navedenom kontekstu posebno je zanimljivo podvući da su se sudska tijela Europske unije u relevantnom broju slučajeva također izravno pozivala na pravna načela *ius commune*, uključujući i pravila građanskog proces-

²³ Tako je od europskih zemalja *ius commune* supsidijaran izvor pozitivnog prava u pojedinim dijelovima Ujedinjenog Kraljevstva (Škotska, Channel Islands), Malti, San Marinu, Andori, a u striktno ograničenom opsegu i u Španjolskoj i Njemačkoj. Od izvaneuropskih zemalja *ius commune* se *in subsidio* primjenjuje na čitavom području Južne Afrike (Južnoafrička Republika, Zimbabve, Bocvana, Lesoto, Svaziland, Namibija) te Šri Lanki i Gvajani; o *ius commune* kao suvremenom pozitivnom pravu u vidu pregleda po pojedinim zemljama svijeta v. Chorus, *Römisches Recht auf dem Südpol und anderswo*, u: Spruit, J. E. (ur.), *Coniectanea Neerlandica Iuris Romani. Inleidende Opstellen over Romeins Recht*, Zwolle, 1974., str. 139 *sqq.*; v. i Evans-Jones, R. (ur.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, Edinburgh, 1995. (za Škotsku); Zwolve, W. J., *Snell v. Beadle. The Privy Council on Roman law, Norman customary law and the ius commune*; u: De Ligt, L. (ur.), *Viva vox iuris romani. Essays in honour of J. E. Spruit*, Amsterdam, 2002., str. 379 *sqq.* (za Channel Islands); Reinkenhof, M., *Die Anwendung von ius commune in der Republik San Marino. Einführung in die Grundlagen und Erbrecht*, Berlin, 1997. (za San Marino); Reinoso Barbero, F., *España y el derecho romano actual*, u: Labeo. *Rassegna di diritto romano*, vol. 32, 1986., str. 310 *sqq.* (za Španjolsku); Kaser, M.; Knütel, R., *Römisches Privatrecht*, München, 2003., str. 14 *sqq.* (za Njemačku); Zimmermann, R., *Das römisch-holländische Recht in Südafrika. Einführung in die Grundlagen und usus hodiernus*, Darmstadt, 1983. (za Južnu Afriku); Van den Horst, M. H. J., *The Roman-Dutch Law in Sri Lanka*, Amsterdam, 1985. (za Šri Lanku); Smits, J. M., *The Making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp *etc.*, 2002., str. 139 (za Gvajanu).

²⁴ V., npr., Carbonnier, J., *Usus hodiernus Pandectarum*, u: *Festschrift für I. Zajtay*, Tübingen, 1982., str. 107 *sqq.* (za Francusku); Micali, G., *Il diritto romano nella giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione*, u: *Giurisprudenza it.* 145, Parte IV, 1993., str. 489 *sqq.* (za Italiju); Wolodkiewicz, W., *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków, 2003. (za Poljsku); *cf.* i Astorino, S. J., *Roman Law in American Law: Twentieth Century Cases of the Supreme Court*, *Duquesne Law Review*, vol. 40, 2001.-2002., str. 627 *sqq.* (za SAD).

snog prava.²⁵ Stoga je nedvojbeno da i hrvatska pravna praksa, kako je tomu i slučaj, može u konkretnim slučajevima kreativno primijeniti pravila procesnog *ius commune*, posebice ona u kojima su sadržana opća procesnopravna načela. Međutim, za razliku od pravnih sustava gdje *ius commune* i danas predstavlja izvor pozitivnog prava te nacionalnih i supranacionalnih pravnih sustava u kojima je predviđen pravni temelj za primjenu općih načela prava kao izvora prava pa time i pravila *ius commune* koja u sebi inkorporiraju ta načela, hrvatski sudovi u pravilu nisu izričito navodili neki pozitivni hrvatski propis na temelju kojeg su citirana pravila *ius commune* kao relevantan normativni sadržaj. Ustavni sud Republike Hrvatske se konzistentno pozivao na navedena procesna pravila kao “pravna načela”.²⁶ Vrhovni pak se sud Republike Hrvatske u navedenom kontekstu pozivao na njih kao “pravna načela”²⁷, “općeprihvaćena pravna pravila”²⁸ ili, jednostavno, “pravila”²⁹, pri čemu između navedenih kategorija očito nije utvrđena precizna hijerarhija ili razlika.³⁰ Smatramo nadasve opravdanom i neupitnom postojeću hrvatsku praksu referiranja na pravila procesnog *ius commune* kao pravna načela ili pak normativne sadržaje kojima je svrha popuna pravnih praznina, odnosno preciznija interpretacija postojećih pravnih norma. Međutim, da bi takva praksa mogla poprimiti još šire i precizno definirane razmjere u svrhu usavršavanja hrvatskog sustava građanskog procesnog prava, imajući pritom u vidu i njegovu daljnju europeizaciju³¹, mišljenja smo da nije na

²⁵ O primjeni rimskih pravnih pravila i pravila općeg prava te u njima sadržanih pravnih načela od strane sudskih tijela Europske unije v. amplius Knütel, R., *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, u: Juristische Schulung, Heft 9, 1996., str. 768 sqq.; Rainer, M., *Il Diritto romano nelle sentenze delle Corti europee*, u: Castellano, D., *L'anima europea dell'Europa*, Napoli, 2002.; Andrés Santos, F. J., *Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law*, *European Review of Private Law*, vol. 3, 2004., str. 347 sqq.

²⁶ V., npr., U-I-370/1994; U-IX-163/2002; U-III-190/2002; U-III-267/2002; U-III-2714/2004; U-III-4578/2004; U-III-1325/2004; U-III-3489/2005; U-III-632/2006.

²⁷ V., npr., Rev 2137/1991-2; Gzz-30/1999-2; Gzz-91/00-2; Gzz 97/03-2.

²⁸ V., npr., Revr 448/05-2.

²⁹ V., npr., Rev 2137/1991-2; Rev 2931/1992-2; Rev-1878/00-2.

³⁰ Tako je, primjerice, pravilo *falsa nominatio non nocet* u jednom slučaju nazvano “općeprihvaćeno pravno pravilo” (Revr 448/05-2) dok je u drugom slučaju nazvano samo “pravilo” (Rev-1878/00-2).

³¹ O primjeni pravila procesnog *ius commune* kao načinu europeizacije suvremenog hrvatskog pravnog sustava v. *infra* pod 4.; općenito o pravilima rimskog prava ili *ius commune* kao izvoru važećeg hrvatskog prava v. Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi*, Zagreb, 2009.,

odmet pokušati odgovoriti na pitanje postoji li u hrvatskom pravnom sustavu pozitivnopravni temelj za direktnu primjenu pravila procesnog *ius commune*.

III. PRAVILA *IUS COMMUNE* KAO NEPOSREDAN IZVOR HRVATSKOG GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA

Pri pokušaju adekvatna odgovora na to pitanje jedini je mogući put krenuti od teksta Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine (dalje u tekstu: ZNPP) koji je stupio na snagu 31. prosinca 1991.³² Prema odredbama navedenog zakona pravni propisi koji su bili na snazi na dan 6. travnja 1941. godine primjenjivat će se u Republici Hrvatskoj kao pravna pravila na odnose koji nisu uređeni važećim propisima Republike Hrvatske ako su u skladu s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske te ako su, sukladno posebnim propisima, do dana stupanja na snagu toga zakona primjenjivana u Republici Hrvatskoj (čl. 1. i 2. ZNPP-a). Osnovni *ratio* navedenog zakona jest popuna pravnih praznina koje postoje u pravnom sustavu Republike Hrvatske primjenom pravnih propisa koji su bili na snazi na teritoriju današnje Hrvatske na dan 6. travnja 1941. g.³³ Navedenim zakonom zapravo je određeno da svi pravni propisi iz svih pravnih poredaka koji su važili 6. travnja 1941. g. na području današnje Hrvatske mogu postati supsidijarno pravo u rangu pravnih pravila ako ispunjavaju sljedeća tri uvjeta: 1.) da su do 31. prosinca 1991. g. primjenjivani na području današnje Hrvatske; 2.) da postoji pravna praznina na koju se pojedini pravni propis može primijeniti; 3.) da su u skladu s Ustavom i zakonima Republike Hrvatske.

Od ta tri uvjeta spornim se čini jedino značenje prvog od njih. Prema našem mišljenju jedino razborito tumačenje jest da se kao supsidijarno pravo, uz ispunjenje drugog i trećeg navedenog uvjeta, mogu primijeniti svi oni propisi

str. 6; cf. i Petrak, M., *Rimsko pravo kao pozitivno pravo u Republici Hrvatskoj. Prilog tumačenju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine*, Hrvatska pravna revija, vol. 10, 2006., str. 1 sqq.

³² Narodne novine, br. 73/91.

³³ O Zakonu o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine v. Vedriš, M.; Klarić, P., *Građansko pravo*, Zagreb, 2003., str. 19 sq.; Gavella, N. et al., *Hrvatsko građanskopravno uređenje i kontinentalnoeuropski pravni krug*, Zagreb, 1994., str. 170 sq.

koji su bili na snazi 6. travnja 1941. g. ako su u bilo kojem vremenskom periodu između 6. travnja 1941. g. (*dies a quo*) i 31. prosinca 1991. g. (*dies ad quem*) važili na teritoriju današnje Hrvatske. Primjenom bilo kojeg drugog kriterija, kako smo detaljnije objasnili na drugom mjestu³⁴, navedeni zakon uopće ne bi mogao ispuniti svoju svrhu.

Međutim, glede središnje problematike rada, tj. pitanja mogu li pravila procesnog *ius commune* biti izvorom pozitivnog prava u Republici Hrvatskoj i u svrhu popune pravnih praznina i u svrhu preciznije interpretacije postojećih pravnih norma, mnogo je važnije razmotriti pitanje omogućava li uopće ZNPP na bilo koji način primjenu pravila općeg prava kao važećeg prava.

U navedenom kontekstu ponajprije treba skrenuti pozornost na činjenicu da je tradicionalan ugarski pravni sustav - utemeljen još na Werböczyjevu Tripartitu iz 1514. g. i brojnim kasnijim propisima koji su svi zajedno sačinjavali *Corpus iuris hungarici* kao zbirku svekolikog ugarskog prava³⁵ – još uvijek bio važeće pravo u određenim područjima današnje Hrvatske (Baranja, Međimurje) na dan 6. travnja 1941. g.³⁶ U doba socijalističke Jugoslavije, zahvaljujući prihvaćanju pravno-političkog načela “jedinstva prava”³⁷, pojedini segmenti ugarskog prava primjenjivali su se kao supsidijarno pravo na cijelom hrvatskom teritoriju sve do osamostaljenja Republike Hrvatske. Nakon osamostaljenja Republike Hrvatske sudska praksa nastavila je primjenjivati - na temelju ZNPP-a - pojedina pravila ugarskog prava kao supsidijarno pravo, primjerice u području zemljišnoknjižnog prava, rukovodeći se pritom i nadalje načelom “jedinstva prava” kao mjerodavnog kriterija.³⁸ U tom kontekstu posebice je zanimljivo istaknuti da je Republika Hrvatska jedina država u kojoj je još uvijek moguće primijeniti *Corpus iuris hungarici*

³⁴ V. amplius Petrak, M., *Rimska pravna pravila kao izvor suvremenog hrvatskog obiteljskog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 55, br. 3-4, 2005., str. 602 sqq.

³⁵ O nastanku, značenju i strukturi *Corpus iuris hungarici* v. Lanović, M., *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb, 1929., str. 93 sqq.

³⁶ Općenito o šest različitih pravnih područja u međuratnoj Jugoslaviji v., npr., Benacchio, G., *La circolazione dei modelli giuridici tra gli Slavi del sud*, Padova, 1995., str. 126 sqq.; općenito o izvorima ugarskog prava primjenjivanog u pojedinim područjima međuratne Jugoslavije v., npr., Milić, I., *Pregled mađarskog privatnog prava u poredjenju sa austrijskim građanskim zakonikom*, Subotica, 1921., str. 7 sqq.

³⁷ O načelu “jedinstva prava”, v. Gavella, N., *Gradansko pravo u Hrvatskoj i kontinentalnoeuropski pravni krug – u povodu 140. godišnjice stupanja na snagu ABGB u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 43, br. 4, 1993., str. 358 sq.

³⁸ V. Josipović, T. u: Gavella, N. et al., op. cit. u bilj. 37, str. 130, bilj. 354.

jer su pravni propisi sadržani u navedenoj zbirci odavno derogirani u Mađarskoj i Slovačkoj donošenjem kodifikacija nakon Drugog svjetskog rata.³⁹

U navedenom se kontekstu postavlja pitanje kakva veza postoji između činjenice da se tradicionalno ugarsko pravo kod nas još uvijek može primijeniti kao *ius in subsidio* i naše potrage za pozitivnopravnim temeljem potencijalne izravne primjene pravila procesnog *ius commune* u današnjoj Hrvatskoj. Premda se ugarsko pravo nekoliko stoljeća odupiralo neposrednoj recepciji rimskog prava⁴⁰, ugarska sudska praksa i doktrina je od druge polovice 19. st. nadalje - zbog odumiranja feudalnih odnosa i uzastopnih neuspjelih nastojanja za donošenjem modernog nacionalnog građanskog zakonika⁴¹ - postupno uzdigla *ius commune*, uključujući i njegove građanske procesnopravne aspekte, na razinu supsidijarnog izvora prava.⁴² Shvaćanje da je *ius commune* supsidijaran izvor ugarskog prava zastupala je i hrvatska doktrina između dva svjetska rata, što je napose važno istaknuti u kontekstu utvrđivanja opsega moguće današnje primjene pravila procesnog *ius commune* u Republici Hrvatskoj. Tako, primjerice, I. Milić već na samom početku svog djela *Pregled mađarskog privatnog prava u poredjenju sa austrijskim građanskim zakonikom* odlučno ističe da gdje "...nema pozitivnih pro-

³⁹ U Mađarskoj je građanski zakonik donesen 1959. g., a u Čehoslovačkoj 1950. g.; cf. Hamza, G., *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*, Budapest, 2002., str. 139 sqq., 184.

⁴⁰ O razlozima navedenog odupiranja recepciji rimskog prava u Ugarskoj v., npr., Zajtay, I., *Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois*, u: *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, vol. II, Milano, 1954., str. 183 sqq.; Bónis, G., *Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn*, u: *Ius romanum medii aevi*, Pars V, 10, Mediolani, 1964., str. 1 sqq., osobito 111 sqq.; Földi, A., *Living Institutions of Roman Law in Hungarian Civil Law*, Helikon 28, 1988., str. 364 sqq.

⁴¹ O različitim pokušajima, prijedlozima i nacrtima kodifikacije građanskog prava u Ugarskoj u 19. st. i prvoj polovici 20. st. v., npr., Zlinszky, J., *Die historische Rechtsschule und die Gestaltung des ungarischen Privatrechts im 19. Jahrhundert*, u: *Studia in honorem Velimiri Pólay septuagenarii. Acta universitatis Szegediensis. Acta juridica et politica*, Tomus XXXIII., Fasciculus 1 – 31, 1985., str. 433 sqq.; cf. i Heymann, E., *Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn*, Tübingen, 1917., str. 9 sqq.; Hamza, *op. cit.* u bilj. 39, str. 135 sqq.

⁴² O postupnom prihvaćanju *ius commune* kao supsidijarnog prava u ugarskom pravnom sustavu v., npr., Hamza, G., *Sviluppo del diritto privato ungherese e il diritto romano*, u: *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2001., str. 357 sqq.; cf. i Heymann, *op. cit.* u bilj. 41, str. 12 sqq.; Földi, *op. cit.* u bilj. 40, str. 366 sqq.; Hamza, *op. cit.* u bilj. 39, str. 134 sqq.

pisa, treba bez bojazni primjenjivati načela općeg, pandektarnog prava, koja su bila osnovom i austrijskom građanskom zakoniku i ...madžarskom privatnom pravu.⁴³ Navedena situacija glede pravnih izvora ugarskog pravnog sustava nije se mijenjala do dana 6. travnja 1941. godine.

Budući da ZNPP ne pravi nikakvu razliku između primarnih i supsidijarnih izvora važećeg prava na dan 6. travnja 1941. godine, a polazeći od činjenice da je *ius commune* bilo supsidijaran izvor prava u bivšem ugarskom pravnom području, valja ustvrditi da cjelokupni *corpus* pravila procesnog *ius commune* - pod uvjetima određenim ZNPP-om - može predstavljati potencijalan izvor suvremenog hrvatskog prava.

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Na temelju provedene analize čini nam se da je pruženo dostatno argumenata za konstataciju da pravila procesnog *ius commune* na temelju odredaba ZNPP-a mogu imati status izvora suvremenog hrvatskog pozitivnog prava. Njihova je primjena moguća, kako smo vidjeli, zahvaljujući ponajprije činjenici da je *ius commune* bilo na snazi 6. travnja 1941. godine kao supsidijarno pravo na teritoriju Hrvatske u krajevima pripadnim bivšem ugarskom pravnom području. Premda pravila procesnog *ius commune* u formalnom smislu mogu imati status tek podređenog izvora prava, u sadržajnom smislu ona mogu biti od fundamentalnog značenja za suvremeni sustav građanskog procesnog prava jer niz takvih pravila sadrži u sebi temeljna pravna načela na kojima se u znatnoj mjeri zasniva nekolicina najvažnijih suvremenih instituta građanskog procesa. Stoga bi prihvaćanje pravila procesnog *ius commune* kao supsidijarno važećeg prava od strane sudske prakse i pravne doktrine moglo u relevantnoj mjeri pridonijeti ispravnom tumačenju i primjeni suvremenih pravnih propisa, a pravna bi praksa mogla u mnogo većem i preciznije definiranom opsegu nego što je to do sada bio slučaj, tj. pod uvjetima određenim ZNPP-om, izravno primijeniti načela građanskog procesnog prava sadržana u tim pravilima. Takva primjena proce-

⁴³ Cit. Milić, *op. cit.* u bilj. 36, str. 1; o životu i djelu Ive Milića (1881. – 1957.), profesora rimskog prava te međunarodnog privatnog prava i građanskog procesnog prava na pravnim fakultetima u Zagrebu v. Apostolova Maršavelski, M., *Rimsko i pandektno pravo na Pravnom fakultetu u Zagrebu*, u: Pavić, Ž. (ur.), *Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. II. Prilozi za povijest katedri i biblioteke Fakulteta, Zagreb, 1996.*, str. 237.

snog *ius commune*, kako smo već istaknuli, nipošto ne bi predstavljala *unicum* u europskim ili svjetskim razmjerima.⁴⁴

Polazeći od činjenice da pravila *ius commune* formulirana u obliku latinskih pravnih izreka predstavljaju tradicionalan sažet izraz same biti europske pravne tradicije i kulture⁴⁵, postavlja se zaključno i pitanje u kojoj bi mjeri ekstenzivnija primjena pravila procesnog *ius commune* u pravnoj praksi mogla pridonijeti daljnjoj europeizaciji hrvatskog građanskog procesnog prava. U recentnim detaljnim analizama primjene pravila *ius commune* od strane sudskih tijela Europske unije, i u slučaju postojanja pravnih praznina u europskom pravnom poretku i u svrhu preciznije interpretacije njegovih postojećih pravnih norma, posebice se ističe da sustavna primjena takvih pravila kao općih pravnih načela zajedničkih svim nacionalnim europskim pravnim sustavima pripadnim tradiciji *ius commune* predstavlja, uz različite vrste legislativnih akata, jedan od načina daljnje harmonizacije i/ili unifikacije europskog pravnog prostora.⁴⁶

U pogledu procesnog *ius commune* potrebno je naglasiti da čl. 81. važećeg Ugovora o osnivanju Europske zajednice predstavlja pravni temelj za harmonizaciju građanskog procesnog prava. U navedenom kontekstu posebice je važan čl. 81., st. 2. Ugovora koji predviđa usvajanje mjera, osobito kada je to potrebno za pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta, čiji je cilj, *inter alia*, osigurati “uklanjanje prepreka za neometano odvijanje građanskih postupaka, ako je potrebno promicanjem usklađenosti propisa o građanskom postupku koji se primjenjuju u državama članicama”.⁴⁷ Prema našem shvaćanju jedan od mogućih načina unapređenja navedenog procesa usklađivanja jest prepoznati i prihvatiti harmonizacijski učinak pravila procesnog *ius commune* koja se mogu

⁴⁴ V. *amplius supra* pod 2.

⁴⁵ Cf. Kranjc, *op. cit.* u bilj. 4, str. 5; Wacke, *op. cit.* u bilj. 4, str. 174 *sqq.*; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 9 *sqq.*

⁴⁶ V. Knütel, *op. cit.* u bilj. 25, str. 768 *sqq.*; Rainer, *op. cit.* u bilj. 25, *loc. cit.*; Andrés Santos, *op. cit.* u bilj. 25, str. 347 *sqq.* u kojim je radovima pružena detaljna analiza pojedinih slučajeva primjene pravila *ius commune* u sudskoj praksi Europske unije; cf. i Wacke, *op. cit.* u bilj. 4, str. 174 *sqq.*, koji posebice naglašava ulogu latinskih pravnih izreka i u njima sadržanih pravnih načela u procesu harmonizacije i/ili unifikacije europskog pravnog prostora.

⁴⁷ O značenju čl. 81. Ugovora u kontekstu harmonizacije građanskog procesnog prava u Europskoj uniji v., npr., Van Rhee, *op. cit.* u bilj. 1, str. 218; Van Rhee, *Introduction (I)*, u: Van Rhee (ur.), *European Traditions in Civil Procedure, Antwerpen etc.*, 2005., str. 4 s uputama na daljnju literaturu o navedenoj problematici u bilj. 7.

pronaći u odlukama Suda Europske unije i mišljenjima njegovih nezavisnih odvjetnika (npr., *actore non probante, reus absolvitur*⁴⁸; *actor sequitur forum rei*⁴⁹; *audi alteram partem*⁵⁰; *da mihi factum, dabo tibi ius*⁵¹; *de minimis non curat praetor*⁵²; *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*⁵³; *in dubio pro reo*⁵⁴; *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*⁵⁵; *iura novit curia*⁵⁶; *ne bis in idem*⁵⁷; *nemo iudex in causa sua*⁵⁸; *ne procedat iudex ex officio*⁵⁹; *onus probandi incumbit ei qui dicit*⁶⁰; *pro-*

⁴⁸ Nalog Suda, predmet C-293/95 P; o pravilu *actore non probante, reus absolvitur* nastalom na temelju C. 2. 1. 4. v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 10; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 23.; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 19.

⁴⁹ Presuda Suda, predmet C-412/98; o pravilu *actor sequitur forum rei*, čije začetke nalazimo u C. 3. 19. 3. i C. 3. 13. 2., v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 9 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 24.

⁵⁰ Presuda Suda, predmet C-338/01; presuda Suda, združeni predmeti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P; presuda Suda, predmet C-121/01 P *etc.*; *cf. supra* bilj. 6.

⁵¹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa, združeni predmeti C-430/93 i C-431/93; o pravilu *da mihi factum, dabo tibi ius* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 61; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 52.

⁵² Mišljenje nezavisne odvjetnice Trstenjak, predmet C-19/05; mišljenje nezavisnog odvjetnika Geelhoeda, predmet C-432/04; o pravilu *de minimis non curat praetor* nastalom na temelju Call. D. 4. 1. 4., *cf. De Koninck, op. cit.* u bilj. 6, str. 134; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 55.

⁵³ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana, predmet C-526/04; o pravilu *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* izvorno sadržanom u Paul. D. 22. 3. 2. v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 76; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 62.

⁵⁴ Presuda Suda, predmet C-62/06; presuda Suda, predmet C-308/04 P; o pravilu *in dubio pro reo* nastalom na temelju Paul. D. 42. 1. 38. pr. i Gai. 50. 17. 125. v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 123; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 91 *sqq.*

⁵⁵ Mišljenje nezavisne odvjetnice Trstenjak, predmet C-1/06; mišljenje nezavisnog odvjetnika Ruiz-Jarabo Colomera, predmet C-106/03 P; o pravilu *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 273.

⁵⁶ Presuda Suda, predmet C-252/96 P; *cf. supra* bilj. 8.

⁵⁷ Presuda Suda, predmet C-367/05; presuda Suda, predmet C-288/05; presuda Suda, predmet C-328/05 P *etc.*; *cf. supra* bilj. 9.

⁵⁸ Mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston, združeni predmeti C-341/06 P i C-342/06 P; *cf. supra* bilj. 10.

⁵⁹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Mancinija, predmet 14/86; o pravilu *ne procedat iudex ex officio*, v. Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 135.

⁶⁰ Mišljenje nezavisnog odvjetnika La Pergole, predmet C-166/95 P; o pravilu *onus probandi incumbit ei qui dicit* nastalom na temelju Ulp. D. 44. 1. 1. i Ulp. D. 22. 3. 19. pr. v. De

*batio incumbit actori*⁶¹; *res iudicata pro veritate habetur*⁶²; *reus in excipiendo fit actor*⁶³; *tempus regit actum*⁶⁴) te ih sustavno primijeniti u nacionalnoj sudskoj praksi. Takav pristup, kako nadasve ispravno zaključuje Van Rhee, mogao bi *in concreto* dokazati da “initiatives aiming at harmonisation may benefit from paying attention to the rich history of procedure” i da “knowledge of the history of procedure will smooth the path for those who feel that a fragmented Europe in the field of procedural law distorts the proper functioning of the internal market and is undesirable”.⁶⁵

Ako se imaju u vidu sve navedene činjenice, mogući širi razmjeri primjene pravila procesnog *ius commune* u hrvatskoj sudskoj praksi ne bi predstavljali tek nostalgično traganje za skrivenim blagom europske pravne tradicije nego jedan dio dugotrajnog kreativnog napora za europeizacijom suvremenih nacionalnih sustava građanskog procesnog prava na čvrstim temeljima zajedničke pravne kulture.

Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 240; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 163; Petrak, *op. cit.* u bilj. 4, str. 103 *sq.*; *cf. supra* bilj. 53.

⁶¹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Mischoa, predmet C-393/01; mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa, predmet C-130/99; mišljenje nezavisnog odvjetnika La Pergole, predmet C-61/95 *etc.*; o pravilu *probatio incumbit actori* nastalom na temelju C. 4. 30. 10. v. De Koninck, *op. cit.* u bilj. 6, str. 10 *sq.*; Liebs, *op. cit.* u bilj. 4, str. 23.

⁶² Mišljenje nezavisnog odvjetnika Geelhoeda, predmet C-119/05; mišljenje nezavisnog odvjetnika Légera, predmet C-224/01; *cf. supra* bilj. 20.

⁶³ Mišljenje nezavisnog odvjetnika La Pergole, predmet C-166/95 P; *cf. supra* bilj. 7.

⁶⁴ Presuda Suda, združeni predmeti C-74/00 P i C-75/00 P; *cf. supra* bilj. 13.

⁶⁵ *Cit.* Van Rhee, *op. cit.* u bilj. 1, str. 232.

Summary

Marko Petrak *

**IUS COMMUNE AND EUROPEANIZATION
OF CROATIAN CIVIL PROCEDURAL LAW**

The purpose of paper is to analyse the significance of the procedural ius commune in the contemporary Croatian law system and the potential role of its rules in the Europeanization of national civil procedural law. The first part of the paper will prima facie comment on the use of procedural ius commune rules as an indirect source of law, particularly in the Croatian judicial practice. Subsequently, the paper explores the possibility of treating the procedural ius commune rules as a direct legal source of law in the contemporary Croatian legal system. Author concludes that procedural ius commune rules, according to the provisions of the Law on the Application of Legal Rules passed before April 6, 1941 (Zakon o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine), can have the status of a source of contemporary Croatian law. Their application is possible, as it was seen, primarily owing to the fact that ius commune was in force on 6 April 1941 as a subsidiary law on the territory of Croatia in the areas belonging to the former Hungarian legal area. The final part of the paper especially questions can a more intense application of those procedural ius commune rules that contain principles of civil procedure common to almost all European legal systems contribute to a further Europeanization of the contemporary national civil procedural law. In the view of author, one of the possible ways to improve the process of Europeization of the national civil procedural law systems is to recognize the harmonising effect of procedural ius commune rules which are to be found in the judgments of the European Court of Justice or the opinions of its Advocates General (actore non probante, reus absolvitur; actor sequitur forum rei; audi alteram partem; da mihi factum, dabo tibi ius; de minimis non curat praetor; ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; in dubio pro reo; iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium; iura novit curia; ne bis in idem; nemo iudex in causa sua; ne procedat iudex ex officio; onus probandi incumbit ei qui dicit; probatio incumbit actori; res iudicata pro veritate habetur; reus in excipiendo fit actor; tempus regit actum) and to use them systematically in the

* Marko Petrak, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

national judicial practice. Such an approach could prove in concreto that “initiatives aiming at harmonisation may benefit from paying attention to the rich history of procedure” and “that knowledge of the history of procedure will smooth the path for those who feel that a fragmented Europe in the field of procedural law distorts the proper functioning of the internal market and is undesirable” (van Rhee).

Keywords: ius commune, civil procedural law, europeanization.

PROMJENE U NADLEŽNOSTIMA SUDA EUROPSKE UNIJE TRI GODINE PO STUPANJU NA SNAGU UGOVORA IZ LISABONA

*Prof. dr. sc. Tamara Čapeta**

U ovom prilogu autorica postavlja pitanje u kojoj su mjeri izmjene prihvaćene Lisabonskim ugovorom u praksi utjecale na pojedine postupke koji se mogu voditi pred Sudom Europske unije. Posebice se analiziraju izmjene u trima osnovnim nadležnostima Suda Europske unije – tužbama protiv država članica, sudskom nadzoru nad pravom Europske unije i u prethodnom postupku. Autorica se kritički osvrće na postlisabonsku sudsku praksu koja objašnjava navedene postupke i nova zakonodavna rješenja, posebice novi Statut i Poslovnik Suda.

Ključne riječi: Sud Europske unije, Lisabonski ugovor, postupci pred Sudom Europske unije.

Prije petnaestak godina profesor Dika otvorio mi je vrata Sveučilišta pri-
stajući biti mentorom moje doktorske disertacije koja se pod nazivom *Sudska
zaštita subjektivnih prava utemeljenih na pravnom poretku Europske zajednice* bavila
sudskim sustavom u Europskoj uniji (tada još Europskoj zajednici). Stoga mi se
činilo ispravnim ponuditi zborniku radova posvećenu profesoru Diki rad koji
se bavi tom tematikom i time mu zahvaliti.

Od posljednjih većih izmjena pravnog sustava Europske unije Ugovorom iz
Lisabona prošlo je tri godine.¹ Te 2009. objavila sam rad koji je dao pregled i

* Dr. sc. Tamara Čapeta, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu (Jean Monnet
Chair od 2012. godine), Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Ugovor iz Lisabona stupio je na snagu 2009. godine i izmijenio dotadašnje Osnivačke
ugovore nazivajući ih Ugovorom o Europskoj uniji (2012., Official Journal, C, 326/13) i
Ugovorom o funkcioniranju Europske unije (2012., Official Journal, C, 326/47, dalje u
tekstu: UFEU).

analizu promjena koje je novi Ugovor predvidio u sudskom sustavu Europske unije.² Danas, tri godine poslije, sazrelo je vrijeme za prvu ocjenu uspješnosti namjeravanih promjena.³ U ovom se prilogu bavim, zbog ograničenja veličine teksta, samo analizom promjena do kojih je došlo u trima osnovnim nadležnostima Suda Europske unije.

1. SUDSKI NADZOR NAD PRAVOM EUROPSKE UNIJE

Sustav sudskog nadzora nad aktima koje donose institucije Europske unije počiva, prema stajalištu Europskog suda, na koherentnu i cjelovitu sustavu koji se sastoji od dvaju osnovnih procesnih putova: izravne tužbe za poništenje i prethodnog postupka za ocjenu valjanosti koji pokreće nacionalni sud. Promjene u jednom od tih postupaka nužno će utjecati i na drugi postupak. Bitne promjene u tom sustavu Lisabonski je ugovor unio u pogledu izravne tužbe za poništenje (čl. 263. UFEU).

Kao prvo, povećan je broj potencijalnih tuženika. Sud je stekao nadležnost kontrolirati i pravno obvezujuće akte Europskog vijeća, osim u području zajedničke vanjske i sigurnosne politike. Uz akte Europskog vijeća Lisabonski je ugovor sudskoj kontroli podvrgnuo i akte koje donose druga tijela, uredi i agencije Unije. Kako je, međutim, Sud takvu svoju nadležnost pronašao već i prije stupanja Lisabonskog ugovora na snagu⁴, njeno formalno potvrđivanje u tekstu Ugovora nije bitno povećalo broj predmeta pokrenutih izravnom tužbom. Jedan od razloga malog broja takvih tužba leži i u činjenici da druga tijela, agencije i uredi Europske unije nemaju široke mogućnosti donošenja pravno obvezujućih odluka, a tužba za poništenje može se podići samo protiv takve vrste akta.⁵

² Čapeta, T., *Sudska zaštita u Europskoj uniji nakon Lisabonskog ugovora*, u: Rodin, S. et al. (ur.), *Reforma Europske unije. Lisabonski ugovor*, Zagreb, 2009., str. 89 - 118.

³ Osvrt na lisabonske izmjene koje se tiču Suda Europske unije predsjednika Europskog suda vidi Skouris, V., *The EU System of Judicial Protection after the Treaty of Lisbon: A First Evaluation*, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, vol. 7, 2011., str. 1.

⁴ Vidi predmet T-70/05 *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Maritime Safety Agency (EMSA)*, ECR II – 313, 2010., § 61 – 75.

⁵ Dok je sudski nadzor nad neobvezujućim aktima isključen izrijekom čl. 263. UFEU koji predviđa mogućnost kontrole akata, “osim preporuka i mišljenja”, pojam obvezujućeg akta interpretira se ovisno o njegovu sadržaju, a ne nazivu ili formi. Tako sudskoj kontro-

Do bitnog povećanja broja izravnih tužba za poništenje došlo je, međutim, na temelju iznimke koju je Lisabonski ugovor uveo u opće pravilo o nenadležnosti Suda za pitanja zajedničke vanjske i sigurnosne politike.⁶ Iako, dakle, načelno nema nadležnost na temelju nijedne vrste postupka koji se pred Sudom Europske unije može pokrenuti, drugi stavak članka 275. UFEU predviđa da Sud ipak jest nadležan za "...odlučivanje u postupcima pokrenutima u skladu s uvjetima utvrđenima u članku 263. stavku četvrtom ovog Ugovora u kojima se ocjenjuje zakonitost odluka kojima se predviđaju mjere ograničavanja protiv fizičkih ili pravnih osoba koje je Vijeće usvojilo na temelju glave V. poglavlja 2. Ugovora o Europskoj uniji."

Pojedinci (fizičke ili pravne osobe) mogu, dakle, podnijeti tužbu za poništenje akta kojim im se ograničava neko od subjektivnih prava u ime sigurnosti EU-a. To omogućava da se odgovarajuća ravnoteža između zahtjeva za poštivanjem subjektivnih prava i sloboda, s jedne strane, i zahtjeva za osiguranjem sigurnosti, koji je postao izraženiji od događaja 11. rujna 2001., s druge strane, postigne u svakom pojedinačnom slučaju. Takve se tužbe za poništenje podnose u prvom stupnju Općem sudu, a na njih postoji mogućnost žalbe Europskom sudu. Mogućnost podnošenja tužbe ovisi o pravilima o procesnoj legitimaciji pojedinaca koja su razvijena u vezi s čl. 263., st. 4. UFEU. Kako je, međutim, u tim situacijama uglavnom riječ o aktu koji se izravno obraća pojedincu koji ga osporava, prepreke koje za podnošenje tužbe proizlaze iz uskog tumačenja pojma "koji se osobno odnosi na nju" nisu relevantne. Pojedinci, dakle, kojima je u ime sigurnosti ograničeno neko pravo ili sloboda u pravilu neće imati poteškoća uspostaviti procesnu legitimaciju tražiti poništenje ograničavajućeg akta. To je i vjerojatan razlog za veliki porast tužba za poništenje ograničavajućih mjera od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora. S brojke od 7 tužba u 2008. i 2009. godini taj se broj popeo na 21 u 2010. i na čak 93 nove tužbe u 2011. godini.⁷ Takvo će povećanje bitno utjecati na već preopterećen raspored Općeg suda i vjerojatno će dodatno usporiti sve postupke koji se pred tim sudom odvijaju.⁸

li podliježe svaki akt koji može izmijeniti pravni položaj tužitelja. Vidi, primjerice, predmet 60/81 *International Business Machines Corporation v Commission* (1981.), ECR 2638, § 9.

⁶ Takvo je pravilo sadržano u čl. 24./1./2. UEU i 275. UFEU.

⁷ Vidi Annual Report 2011, C - *Statistics concerning the judicial activity of the General Court*, tablica 4, str. 196 – 197, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_tribunal_en.pdf (15. listopada 2012.).

⁸ U predmetu C-385/07 *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH v Commission of the European Communities* (2009.), ECR I-6155, Europski je sud već smatrao kako je Opći sud povrijedio obvezu suđenja u razumnom roku (vidi § 188 presude).

U postupku povodom izravne tužbe za poništenje oduvijek je najviše interesa izazivalo pitanje procesne legitimacije pojedinaca da pokrenu taj postupak. Lisabonski je ugovor, prvi put od Rimskih ugovora iz 1958., izmijenio odredbu koja se odnosi na procesnu legitimaciju pojedinaca.⁹ Ta odredba, sadržana u čl. 263., st. 4. UFEU, danas glasi: “Svaka fizička ili pravna osoba može pod uvjetima utvrđenima u stavku prvom i drugom pokrenuti postupke protiv akta koji je upućen toj osobi ili koji se izravno i osobno odnosi na nju te protiv regulatornog akta koji se izravno odnosi na nju, a ne podrazumijeva provedbene mjere.”¹⁰

Toj je izmjeni prethodila u pravnoj literaturi¹¹ dugo prisutna kritika uskog tumačenja mogućnosti da pojedinac pristupi Sudu. Do kulminacije je došlo u sudskoj praksi u predmetima *UPA i Jégo Quéré* u kojima su nezavisni odvjetnik Jacobs¹² i Prvostupanjski sud¹³ tražili od Europskog suda da izmijeni dotadašnje tumačenje pojma “osobno se odnositi”. Europski sud njihove argumente tada nije prihvatio nego je rješenje tog pitanja prepustio državama članicama.¹⁴

⁹ Cf. Čapeta, *op. cit.* u bilj. 2, str. 108 - 114.

¹⁰ Do lisabonskih izmjena ta je odredba, tada sadržana u članku 230./4. UEZ, glasila ovako: “Svaka fizička i pravna osoba može pod istim uvjetima pokrenuti postupak protiv odluke čiji je adresat ili protiv odluke, makar u obliku uredbe ili odluke čiji je adresat druga osoba, koja se na tu osobu izravno i osobno odnosi”. Valja napomenuti da su se tijekom Konvencije o Ustavnom ugovoru čuli i drugačiji prijedlozi za formulaciju nove odredbe o procesnoj legitimaciji pojedinaca. Tako je, primjerice, jedan prijedlog uvažio mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa u predmetu *UPA* i ponudio da bi se procesna legitimacija mogla učiniti ovisnom o tome proizvodi li akt u pitanju “bitan negativan učinak” (*substantial adverse effect*) za interese pojedinca koji podnosi tužbu. Vidi u tom smislu Craig, P., *UK Parliament, Select Committee on the European Union, Minutes of Evidence, Examination of Witness Paul Craig at Wednesday, 15 October 2003*, usp. www.parliament.uk (15. ožujka 2008.).

¹¹ Vidi, primjerice, Llorens, A., *The Standing of Private Parties to Challenge Community Measures: Has the European Court Missed the Boat?*, CLJ, vol. 62, br. 1, 2003., str. 72 ili Arnall, A., *Private Applicants and the Action for Annulment since Codorniu*, Common Market Law Review, vol. 38, br. 1, 2001., str. 7; Craig, P., *Standing, Rights and the Structure of Legal Argument*, European Public Law, vol. 9, 2003., str. 493; Lenaerts, K., *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, Common Market Law Review, vol. 44, str. 1625.

¹² Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa u predmetu *C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores (UPA) v Council of the European Union* (2002.), ECR I-6677.

¹³ Predmet *T-177/01 Jégo Quéré et Cie SA v Commission* (2002.), ECR II-2365.

¹⁴ Predmet *C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores (UPA) v Council of the European Union* (2002.), ECR I-6677; predmet *C-263/02 P Commission v Jégo Quéré et Cie SA* (2004.), ECR I-3425.

Države članice prihvatile su poziv Europskog suda te su Lisabonskim ugovorom izmijenile uvjete pristupa pojedinaca Sudu. Točan doseg nove odredbe nije, međutim, sasvim jasan na temelju njena teksta te su se prvi predmeti koji zahtijevaju njeno tumačenje već pojavili pred Sudom Europske unije.

Novi dio odredbe koji bi mogao proširiti procesnu legitimaciju pojedinca izuzima potrebu da podnositelj tužbe dokaže da se akt koji osporava odnosi osobno na njega ako je riječ o “regulatornom aktu” koji “ne podrazumijeva provedbene mjere”. U tom je slučaju dovoljno da se akt u pitanju na tužitelja odnosi izravno da bi se Sud upustio u meritorno odlučivanje o njegovoj pravnoj valjanosti. Iako Ugovor iz Lisabona uvodi novu sistematizaciju akata Europske unije¹⁵, izraz regulatorni akt ne spominje se u poglavlju o aktima Europske unije ni igdje drugdje u čitavu tekstu Ugovora.¹⁶

U predmetu T-18/10 *Inuit*¹⁷ pitanje tumačenja pojma “regulatorni akt” postavilo se pred Općim sudom. Taj je sud zaključio da regulatorni akt obuhvaća akte opće primjene, ali nezakonodavne prirode. Do takva je zaključka došao¹⁸, kao prvo, na temelju jezične i povijesne analize izmjena navedene odredbe.¹⁹ Osim

¹⁵ Više o novoj sistematizaciji akata Čapeta, T., *Pravni akti Europske unije*, u: Rodin, S. et al. (ur.), *Reforma Europske unije. Lisabonski ugovor*, Zagreb, 2009., str. 119 – 140; Čapeta, T., *Legal Instruments in the Reform Treaty*, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, vol. 3, 2007., str. 157 - 192; Jürgen, B., *New Categories of Acts after the Lisbon Reform: Dynamics of Parliamentarization in EU Law*, *Common Market Law Review*, vol 49, 2012., str. 885 – 928.

¹⁶ Situacija se u tom pogledu nije razlikovala ni u Ustavnom ugovoru. Naime, taj je Ugovor, za razliku od Lisabonskog, uveo i nove nazive akata Europske unije (nazivajući ih zakonima i okvirnim zakonima umjesto uredbama i direktivama), ali isto tako nigdje nije spominjao izraz “regulatorni” akt.

¹⁷ Predmet T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council*, rješenje od 6. rujna 2011., još neobjavljeno u Zborniku sudske prakse. Više o predmetu vidi Perišin, T., *Is the EU Seal Products Regulation a Sealed Deal? – EU and WTO Challenges*, *International and Comparative Law Quarterly*, forthcoming 2013.

¹⁸ Vidi predmet T-18/10, *op. cit.* u bilj. 17, § 41 – 49.

¹⁹ Navedena izmjena bila je predložena već u Ustavnom ugovoru koji nije prošao na referendumima u Francuskoj i Nizozemskoj nego je zamijenjen Lisabonskim ugovorom. Doista, pisani dokumenti rada Kružoka o Europskom sudu koji je bio zadužen za razmatranje odredaba koje se tiču Suda za trajanja Konvencije koja je pripremila tekst Ustavnog ugovora upućuju na to da su sudionici te radne skupine doista shvaćali izraz regulatorni akt kao nezakonodavni akt. Vidi Final report of the discussion circle on the Court of Justice (CONV 636/03), točka 22, <http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/03/cv00/cv00636.en03.pdf> (15. listopada 2012.).

toga, Opći je sud smatrao da i teleološka metoda potvrđuje takvo tumačenje zato što sustav uspostavljen Ugovorom želi napraviti razliku između zakonodavnih i nezakonodavnih akata te za osporavanje valjanosti zakonodavnih akata predvidjeti veća ograničenja za pristup Sudu.²⁰ Kako je uredba o trgovini proizvodima od tuljana²¹, koja je bila predmet osporavanja u predmetu *Inuit*, bila prihvaćena u postupku suodlučivanja koji je Lisabonskim ugovorom pretvoren u redovni zakonodavni postupak bila je riječ o zakonodavnom aktu te je Opći sud odbacio tužbu Inuita zbog nedostatka procesne legitimacije.

Takvo tumačenje nije, međutim, jedino moguće tumačenje novog dijela odredbe 263./4. UFEU. Naime, ako je jedna od intencija država kod uvođenja novog teksta bila odgovoriti na probleme na koje su upozorili gore spomenuti predmeti *UPA* i *Jégo Quéré*, tada je, smatram, takvo tumačenje preusko. Promjena uvedena u Lisabonu, čini se, u svakom slučaju ne odgovara na tvrdnje nezavisnog odvjetnika Jacobsa kako posredni put sudskog nadzora nad pravom Europske unije (preko postupka pred nacionalnim sudom koji pred Europskim sudom mora pokrenuti prethodni postupak o ocjeni valjanosti akta Europske unije) ne zadovoljava standarde djelotvorne pravne zaštite. No, sudska je praksa upozorila i da postoje situacije u kojima se može dogoditi da pojedinac u potpunosti ostane bez sudske zaštite jer nema pravnog puta kojim se može obratiti nacionalnom sudu²², a usko tumačena procesna legitimacija priječi ga da isto pitanje postavi izravno pred Sudom Europske unije. Sljedeći primjer jasnije objašnjava o kakvoj je situaciji riječ. U predmetu *Jégo Quéré* jedna je uredba Europske unije²³ zabranjivala, među ostalim, lovljenje ribe mrežama s oknima manjima od određenog promjera zabranjujući istovremeno i držanje

²⁰ Vidi predmet T-18/10, *op. cit.* u bilj. 17, § 50.

²¹ Regulation (EC) No 1007/2009 of the European Parliament and the Council on trade in seal products, 2009., Official Journal, L, 286/36.

²² Jedini mogući način da dođe do nacionalnog suda pred kojim bi se pojavilo pitanje valjanosti akta EU-a bilo bi da u takvim situacijama pojedinac namjerno povrijedi normu prava EU-a koju smatra nevaljanom. I nezavisni odvjetnik Jacobs i Prvostupanjski sud smatrali su u navedenim predmetima da je potpuno neprihvatljivo tražiti od pojedinaca da povrijede pravo kako bi ostvarili pristup Sudu. Vidi mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa u predmetu *UPA* (*supra*, bilj. 12), t. 43 mišljenja i presudu u predmetu T-177/01 *Jégo Quéré et Cie SA v Commission* (*supra*, bilj. 13), § 45.

²³ Commission Regulation (EC) No 1162/2001 of 14 June 2001 establishing measures for the recovery of the stock of hake in ICES sub-areas III, IV, V, VI and VII and ICES divisions VIII a, b, d, e and associated conditions for the control of activities of fishing vessels, 2001., Official Journal, L, 159/4.

takvih mreža na brodu. Ribar koji je smatrao da takva mjera EU-a nije zakonita nije imao nikakvo pravno sredstvo za osporavanje njene valjanosti. Nije mogao podnijeti tužbu za poništenje Općem sudu (tada Prvostupanjnskom sudu) jer nije zadovoljavao zahtjev osobnog interesa, a nije mogao tražiti utvrđenje nevaljanosti uredbe Europske unije ni posredno jer nije postojala potreba za izdavanjem nacionalne mjere koju bi mogao osporavati pred nacionalnim sudom. Nije, primjerice, trebao tražiti dozvolu za držanje mreže na brodu te osporavati negativno rješenje, a time indirektno i valjanost uredbe, čime bi predmet preko prethodnog postupka za ocjenu valjanosti došao pred Europski sud.²⁴ Jedino što mu je, stoga, preostalo je da prekrši uredbu isplavljanjem s nedozvoljenom mrežom na brodu te se, kada država zbog povrede prava protiv njega pokrene neki postupak (primjerice, prekršajni), na sudu brani pozivajući se na nevaljanost uredbe. Da bi, dakle, pristupio sudu, trebao bi prethodno prekršiti pravnu normu. Takva norma (koja zabranjuje držanje određene vrste mreža na palubi) može se nalaziti u zakonodavnom i u nezakonodavnom aktu. Prema presudi u predmetu *Inuit*, mogućnost pristupa Sudu ovisila bi upravo o političkom izboru stupnja detaljnosti za koji se odluči europski zakonodavac. Ograniče li se Vijeće i Europski parlament na zakonodavno uređenje samo osnovnih pitanja, a detaljnije uređenje prepuste Komisiji da ih uredi na temelju tzv. delegiranog akta, pojedinac će imati više prilika za podnošenje tužbe za poništenje. Ako pak zakonodavac sam riješi određena pitanja već u zakonodavnom aktu, pojedinac takav akt neće moći osporavati. Primjerice, uredba koja je bila predmet osporavanja u predmetu *UPA* prema Lisabonskom bi se ugovoru donijela kao zakonodavna mjera u okviru zajedničke poljoprivredne politike. Stoga ju pojedinac ne bi mogao osporavati pred Sudom ako se izraz regulatorni akt ne bi odnosio na zakonodavne akte. Iz tog razloga je, smatram, izraz “regulatorni akt” potrebno shvatiti kao svaki akt opće primjene koji ne zahtijeva provedbene mjere, bio on zakonodavni ili nezakonodavni u smislu nove podjele akata. Kako se Opći sud u predmetu *Inuit* odlučio za restriktivniju interpreta-

²⁴ Čini se, međutim, da pravni sustavi nekih država članica omogućuju da se dobije neka vrsta mjere nacionalnih vlasti koju pojedinac može osporavati pred sudom. Tako se, primjerice, u Velikoj Britaniji državu može tužiti na temelju presumpcije da će provesti uredbu u pitanju. Tako Derrick Wyatt na predavanju pod nazivom *Challenging the Legality of Community Acts – Will the Reform Treaty make it any easier?* održanom u Dubrovniku u okviru seminara *Advanced Issues of EU Law – Rethinking the European Constitution in an Elarged European Union*, 20. – 26. travnja 2008. (neobjavljeno).

ciju, protiv njegove presude podnesena je žalba Europskom sudu.²⁵ U trenutku dovršenja ovog rada postupak po žalbi još je u tijeku, a nezavisna odvjetnica Kokott predložila je Sudu da potvrdi interpretaciju koju je tom izrazu dao Opći sud.²⁶ Kako u sustavu prava Unije Europski sud ima konačnu interpretativnu ovlast, do donošenja odluke po žalbi još se ne može sa sigurnošću reći koje je značenje izraza “regulatorni akt”.

U predmetu T-262/10 *Microban* Opći je sud potvrdio svoje viđenje pojma “regulatorni akt”.²⁷ Kako je predmet osporavanja u tom predmetu bila jedna odluka Komisije²⁸, bila je riječ (prema lisabonskoj podjeli na zakonodavne i nezakonodavne akte²⁹) o nezakonodavnom aktu.³⁰ Uz to, akt je bio opće primjene te je, stoga, Opći sud smatrao da ga se može podvesti pod pojam “regulatornog akta” iz članka 263. UFEU. Da je o tom predmetu odlučivao prije lisabonskih

²⁵ Predmet C-583/11 *P Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council*, postupak u tijeku; žalba objavljena u 2012., Official Journal, C, 58/3.

²⁶ Opinion of Advocate General Kokott in case C-583/11 *P Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council*, još neobjavljeno u Zborniku sudske prakse.

²⁷ Predmet T-262/10 *Microban International and Microban (Europe) v Commission*, presuda od 25. listopada 2011., još neobjavljena u Zborniku sudske prakse, § 21. Za komentar vidi Peers, S.; Costa, M., *Court of Justice of the European Union (General Chamber), Judicial review of EU Acts after the Treaty of Lisbon; Order of 6 September 2011, Case T-18/10 Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Commission & Judgment of 25 October 2011, Case T-262/10 Microban v. Commission*, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, br. 1, str. 82.

²⁸ Commission Decision 2010/169/EU of 19 March 2010 concerning the non-inclusion of 2,4,4'-trichloro-2'-hydroxydiphenyl ether in the Union list of additives which may be used in the manufacture of plastic materials and articles intended to come into contact with foodstuffs under Directive 2002/72/EC (notified under document C(2010) 1613) (Text with EEA relevance), 2010., Official Journal, L, 75/25.

²⁹ Vidi u tom smislu članke 289. - 291. UFEU.

³⁰ Iako bi nezakonodavni akti doneseni nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora trebali u naslovu nositi oznaku je li riječ o delegiranom ili provedbenom aktu, odluka u pitanju to ne navodi. No, iako nije jednostavno napraviti takvo razlikovanje, za potrebe procesne legitimacije pojedinca, čini se, dodatna podjela između raznih vrsta nezakonodavnih akata nije bitna. Tome bi se također moglo prigovoriti jer su delegirani akti koje donosi Komisija po svojoj naravi zapravo zakonodavni, ali je ovlast njihova donošenja delegirana Komisiji od strane zakonodavnih tijela – Europskog parlament i Vijeća. S druge strane, tvrdnja Općeg suda u paragrafu 22 presude u predmetu T-262/10 *Microban* (bilj. 27) daje naslutiti da će i navedeno razlikovanje moguće postati relevantno. Naime, u tom je paragrafu Opći sud zaključio kako je osporavana Odluka usvojena u izvršenju provedbenih ovlasti Komisije, a ne u izvršenju njenih zakonodavnih ovlasti.

izmjena, Opći bi sud morao odbaciti tužbu jer tužitelj Microban ne udovoljava uvjetu da se odluka u pitanju na njega odnosi osobno. Stoga je taj predmet dokaz da je interpretacija pojma “regulatorni akt” koju je ponudio Opći sud, a koju smatram još uvijek preuskom, ipak proširila broj situacija u kojima će pojedincima biti prihvaćene izravne tužbe za poništenje.

U tom je predmetu Opći sud prvi put odlučivao i o pojmu akta “koji ne zahtijeva provedbene mjere”, što je drugi uvjet za uspostavu procesne legitimacije za osporavanje regulatornog akta koji se izravno tiče tužitelja iz članka 264./4. UFEU. Takav je zahtjev također podložen različitim tumačenjima. Njegovo tumačenje podrazumijeva, kao prvo, razumijevanje svrhe uvođenja takva zahtjeva. Čini se da, imajući u vidu sudsku praksu koja je motivirala izmjene uvedene Lisabonskim ugovorom, taj zahtjev nastoji izbjeći situaciju u kojoj se pojedinac, zbog nepostojanja nacionalne provedbene mjere, neće moći obratiti nacionalnom sudu i osporavati takvu provedbenu mjeru. Kad bi imao razlog i mogućnost pristupiti nacionalnom sudu, pojedinac bi time posredno inicirao sudski nadzor nad aktom Unije pred Europskom sudom preko prethodnog postupak koji, na temelju presude u predmetu *Foto-Frost*³¹, svaki nacionalni sud ima obvezu pokrenuti ako sumnja u valjanost akta Europske unije. Uredbe u pravilu ne zahtijevaju provedbene mjere. No, takve mjere nisu nužno isključene. Katkad uredbe izričito traže od država poduzimanje nekih dodatnih mjera, a katkad toleriraju nacionalne provedbene mjere ako su one nužne da bi se uredbu moglo doista provoditi u nekom pravnom sustavu.³² No, takve mjere mogu biti nužne u nekim internim pravnim sustavima, ali ne i u drugim. Posljedica bi mogla biti da se, gledajući iz perspektive nekih pravnih sustava, uredba može osporavati izravno na Sudu Europske unije bez potrebe dokazivanja osobnog interesa dok se ista uredba, gledajući iz perspektive drugih pravnih sustava, ne bi mogla osporavati jer postoje provedbene mjere koje pojedinac može osporavati. Stoga takvo tumačenje pojma “provedbene mjere” ne bi bilo prihvatljivo jer bi u tom slučaju procesna legitimacija pred Sudom EU-a ovisila o tumačenju nacionalnog prava i dovođila do nejednakosti. Problem postoji i u vezi s direktivama. One pak, za razliku od uredaba, uvijek zahtijevaju mjere kojima ih države ugrađuju u svoje pravne poretke. No, ako su te mjere “provedbene” u smislu 263./4.

³¹ Predmet 314/85 *Foto Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 1987., ECR 4199.

³² Predmet 93/71 *Orsolina Leonesio v Ministry for Agriculture and Forestry of the Italian Republic*, 1972., ECR 287; predmet 39/72 *Commission v Italy*, 1973., ECR 101; predmet 34/73 *Fratelli Variola v Ministry of Finance*, 1973., ECR 981.

UFEU, tada neće nikada biti moguće osporavati direktive izravno pred Sudom EU-a. Da je, primjerice, zabrana držanja mreža s određenom veličinom okana bila sadržana u direktivi, države članice morale bi ju ugraditi u svoje interne pravne sustave. No, ako bi takva zabrana bila sadržana u zakonu, u mnogim europskim pravnim sustavima pojedinac ju ne bi mogao osporavati na sudu. Kako takva mjera opet ne bi zahtijevala nikakve provedbene propise protiv kojih bi pojedinac mogao podnijeti tužbu pred nacionalnim sudom, pitanje je koliko činjenica da direktive uvijek traže provedbu potpada pod pojam “ne podrazumijeva provedbene mjere” uveden novim člankom 263./4. UFEU.

U predmetu *Microban* Opći je sud smatrao da je odluka koju je u tom predmetu osporavao tužitelj doista bila akt koji nije zahtijevao nikakve provedbene mjere države. Tim je aktom, naime, Komisija odlučila da se tvar pod nazivom *triclosan* ne uvrsti na popis aditiva koji se odobravaju za upotrebu na temelju Direktive 90/128/EEC.³³ Posljedica prihvaćanja takve odluke bilo je automatsko uklanjanje proizvoda s liste dopuštenih tvari i zabrana njegove prodaje, bez potrebe da države u tu svrhu donesu kakve provedbene mjere. Stoga je Opći sud smatrao da je uvjet da je riječ o mjeri koja ne traži provedbene mjere zadovoljen. Međutim, ako se pažljivo pročita obrazloženje presude, može se uočiti da su razlozi zbog kojih je Sud zaključio da odluka u pitanju ne zahtijeva provedbene mjere jednaki razlozima zbog kojih je zaključio da se odluka u pitanju izravno odnosi na tužitelja.³⁴ Uvjet da je riječ o mjeri koja se izravno odnosi na tužitelja je, međutim, dodatni, treći uvjet za uspostavu procesne legitimacije. Tužitelj, naime, može osporavati 1) regulatorni akt koji se na njega 2) izravno odnosi i koji 3) ne podrazumijeva nikakve provedbene mjere. Iz obrazloženja presude u predmetu *Microban* nije, međutim, jasno koja je razlika između uvjeta pod 2) i pod 3). Uz to, Opći sud ni ne pokušava objasniti koja je svrha uspostave uvjeta da osporavana mjera ne zahtijeva dodatne provedbene mjere. No, u predmetu *Eurofer*³⁵ Opći je sud izrijeком upozorio da se uvjet izravnog interesa i uvjet da mjera ne zahtijeva provedbene mjere ne smiju poistovjetiti. U tom je smislu istaknuo da direktiva koju je pobijao Eurofer doista zahtijeva provedbene mjere,

³³ Commission Directive 90/128/EEC of 23 February 1990 relating to plastic materials and articles intended to come into contact with foodstuffs, 1990., Official Journal, L, 75/19.

³⁴ Usporedi paragrafe 26 – 30 iz predmeta *Microban* (bilj. 27) u kojima Sud obrazlaže zašto se mjera izravno odnosi na tužitelja s paragrafima 33 – 38 iz istog predmeta u kojima Sud obrazlaže zašto treba smatrati da mjera ne zahtijeva provedbene mjere.

³⁵ T-382/11 *Europäischer Wirtschaftsverband der Eisen- und Stahlindustrie (Eurofer) ASBL v European Commission* (još neobjavljeno).

ili Komisije ili država članica, i da pritom nije bitno što države uživaju diskreciju u pogledu provedbenih mjera koje će prihvatiti. Za ocjenu tog uvjeta dovoljno je da akt zahtijeva provedbene mjere dok je pitanje ima li država pritom diskreciju ili ne pitanje koje se postavlja u vezi s ocjenom je li mjera od izravnog interesa za podnositelja tužbe.³⁶

Što se tiče uvjeta da se osporavani akt na tužitelja izravno odnosi, taj je uvjet prema postojećoj sudskoj praksi zadovoljen kad je upravo osporavana mjera izravni uzrok promjene tužiteljeve pravne pozicije. Ako se u lanac uzročnosti miješa neko tijelo (europsko ili nacionalno), uvjet će i dalje biti zadovoljen ako to tijelo nema diskreciju u primjeni akta koji dovodi do promjene u tužiteljevoj poziciji.³⁷ U predmetu *Microban* Opći je sud smatrao da izraz “izravno se odnosi”, koji se pojavljuje na dvama mjestima u četvrtom stavku članka 263. UFEU, ima u obama slučajevima jednako značenje. U svakom je slučaju smatrao da ga se u novododanoj mogućnosti uspostave procesne legitimacije protiv regulatornog akta koji ne zahtijeva provedbene mjere ne treba tumačiti uže nego u dosadašnjoj sudskoj praksi jer izmjena uvedena Lisabonskim ugovorom “ima za cilj proširiti uvjete za podnošenje izravne tužbe.”³⁸

Recimo zaključno da je, kako pokazuje predmet *Microban*, lisabonska izmjena već dovela do proširenja mogućnosti pojedinaca da se izravno obrate Sudu Europske unije sa zahtjevima za ispitivanje valjanosti prava Unije. Međutim, tumačenje koje je Opći sud dao pojmu regulatorni akt moglo bi biti preusko da bi osiguralo da u svakoj situaciji pojedinac čija su prava možda povrijeđena aktom EU-a može pristupiti nekom sudu. Hoće li Europski sud po žalbi u predmetu *Inuit* zauzeti drugačije stajalište od onoga koje je zauzeo Opći sud i proširiti tumačenje pojma regulatorni akt i na zakonodavne akte, ostaje za vidjeti.³⁹ Moguće je, međutim, da će Europski sud pri tumačenju nove odredbe potvrditi stajalište Općeg suda, što će teret zahtjeva da se pojedincima osigura djelotvorna sudska zaštita, u ovom slučaju pristup sudu radi osporavanja valjanosti akta Unije, prebaciti na pravne sustave država članica.⁴⁰ Naime, time će se stvoriti

³⁶ *Ibid.*, § 59.

³⁷ Spojeni predmeti 41-44/70 *NV International Fruit Company v Commission*, 1971., ECR 411; predmet C-386/96 *Société Louis Dreyfus & Cie. v Commission*, 1998., ECR I-2309.

³⁸ Predmet *Microban* (bilj. 27), § 33.

³⁹ Rasprava u predmetu C-583/11 P zakazana je za 20. studenog 2012. te je presudu moguće očekivati do ljeta 2013.

⁴⁰ To bi bilo koherentno i sa stajalištem Suda u predmetima C-50/00 P *UPA* (*supra*, bilj. 14), § 45 i C-263/02 P *Juego Quéré* (*supra* bilj. 14), § 31 i 32.

pritisak na nacionalne sustave da omoguće pristup vlastitim sudovima kako bi oni, preko prethodnog postupka za ocjenu valjanosti, mogli pokrenuti pred Europskim sudom sudski nadzor nad spornim aktom Unije. Za takvo tumačenje Europskom je sudu na raspolaganju nova odredba uvrštena u Osnivački ugovor lisabonskim izmjenama sadržana u članku 19. UEU koja zahtijeva da države članice osiguraju djelotvorna pravna sredstva. Takvo bi tumačenje moglo tražiti dodatne modifikacije nacionalnih procesnih sustava.

2. POSTUPCI PROTIV DRŽAVA

Postupak protiv države članice koja propusti ispuniti obvezu utemeljenu u pravu EU-a, koji u pravilu pokreće Europska komisija⁴¹, također je Lisabonskim ugovorom doživio određene promjene. Prvenstveno, došlo je do ubrzavanja ponovljenog postupka u kojem se, na temelju članka 260. UFEU, može tražiti financijsko sankcioniranje države jer je za jedan korak skraćen pre-sudski postupak koji je procesni uvjet za pokretanje postupka pred Sudom. Dok je do Lisabonskog ugovora Komisija državi koja nije ispunila raniju presudu Suda donesenu na temelju postupka iz članka 258. UFEU morala najprije uputiti formalno pismo, a potom i obrazloženo mišljenje, ostavljajući svaki put državi primjereni rok za odgovor, nova odredba iz članka 260. UFEU predviđa potrebu za samo jednom pre-sudskom razmjenom očitovanja kao uvjetom za pokretanje postupka pred Sudom.

Uvedena je i promjena u postupak koji se odvija na temelju članka 258. UFEU kada ga se pokreće zbog nepriopćavanja mjera kojima država provodi zakono-

⁴¹ Iako na temelju čl. 259. UFEU postoji mogućnost da takav postupak pokrene jedna država članica protiv druge, takav je postupak u dosadašnjoj povijesti EU-a iniciran samo šest puta, od čega je samo četiri puta završio sudskom presudom. Posljednji takav slučaj odlučen je nedavno, 16. listopada 2012. u predmetu koji je protiv Slovačke pokrenula Mađarska (predmet C-364/10, još neobjavljen u Zborniku sudske prakse). Postupak je pokrenula Mađarska pošto je Komisija odbila njen zahtjev da ga ona pokrene protiv Slovačke. Svojom je tužbom Mađarska tražila da Europski sud utvrdi kako je slovačka zabrana ulaska u zemlju mađarskom predsjedniku Lászlu Sólyomu 21. kolovoza 2009. predstavljala povredu prava EU-a. U presudi je Europski sud utvrdio kako nije došlo do povrede prava EU-a, uključujući pravo građanstva koje ovlašćuje sve građane Unije da se slobodno kreću na cijelom teritoriju Unije. Sud je, naime, smatrao kako su predsjednici država zbog svojeg posebnog položaja izuzeti od primjene prava građanstva Europske unije i podvrgnuti pravilima međunarodnog prava.

davnu direktivu EU-a. U takvu slučaju, naime, Komisija je, na temelju članka 260./3. UFEU, ovlaštena već u prvom postupku pokrenutom protiv države zatražiti određivanje financijske sankcije.⁴² U Priopćenju o upotrebi postupka iz članka 260./3. UFEU⁴³ Komisija je najavila da će novi instrument koristiti kako bi smanjila broj situacija u kojima države ne provode direktive. U tom je smislu najavila politiku traženja dovoljno visokih, a ne samo simboličnih sankcija koje će imati odvratajući učinak na države. Postupak je najavila pokretati i u slučaju potpune i u slučaju parcijalne neprovedbe direktive. Do danas je Komisija, na temelju članka 260./3. UFEU, zatražila sankcije zbog nepriopćavanja mjera u petnaest predmeta pokrenutih protiv šest država članica⁴⁴, ali nijedan predmet još nije dovršen. Kako je Komisija u svim predmetima do sada tražila samo dosuđenje novčane kazne, a ne i paušalnog iznosa⁴⁵, moguće je da ti postupci neće završiti presudom. Naime, funkcija je te vrste sankcije da državu uvjeri da provede pravo Unije te, ako država to učini prije kraja postupka pred Sudom,

⁴² U uobičajenom postupku na temelju čl. 258. UFEU, naime, nije još moguće tražiti da se država financijski kazni. Takav postupak završava deklaratornom presudom u kojoj se, ako Sud smatra da je Komisija bila u pravu, konstatira da je država povrijedila pravo EU-a, a od države se traži da ispravi takvu pogrešku. Tek ako država to ne učini, Komisija može ponovo pokrenuti postupak, ovaj put na temelju čl. 260. UFEU i tražiti financijsko sankcioniranje države u pitanju. Više o infrakcijskom postupku vidi Andersen, S., *Procedural Overview and Substantive Comments on Articles 226 and 228 EC*, Yearbook of European Law, vol. 27, 2008., str. 121; Wennerås, P, *Sanctions against member States under Article 260 TFEU: Alive, but not Kicking?*, Common Law Market Review, vol. 49, 2012., str. 145.

⁴³ Communication from the Commission — Implementation of Article 260(3) of the Treaty, (2011/C 12/01), 2011., Official Journal, C, 12/1.

⁴⁴ Do ovog sam podatka došla tražicom Eur-lex upisujući pod *search*: Article 260(3) i pretražujući i tekst, a ne samo naslov dokumenta. Pretraživanje je prikazalo petnaest pokrenutih predmeta pred Europskim sudom. Svi su predmeti pokrenuti tijekom 2012. godine. Najviše postupaka vodi se protiv Poljske (njih sedam u predmetima: C-48/12; C-245/12, C-308/12; C-330/12; C-331/12; C-332/12 i C-333/12), potom Njemačke (njih tri: C-148/12; C-146/12 i C-329/12). Protiv Slovenije Komisija je u rujnu 2012. pokrenula dva postupka (C-406/12 i C-407/12), a po jedan postupak se vodi protiv Slovačke (C-305/12), Bugarske (C-307/12) i Portugala (C-325/12). Visina traženih kazna kreće se od 6.531,84 eura dnevno protiv Slovenije do 315.036,54 eura dnevno u jednom postupku protiv Njemačke.

⁴⁵ Valja, međutim, napomenuti da je Komisija pridržala mogućnost da zatraži obje vrste sankcija, tj. i novčanu kaznu i paušalan iznos. Vidi Communication from the Commission — Implementation of Article 260(3) of the Treaty (bilj. 43), točka 20.

nestaje smisao izricanja novčane kazne. Stoga je Komisija u svom Priopćenju o provedbi članka 260./3. UFEU najavila da će u situacijama kad države priopće provedbene mjere prije izricanja presude povlačiti tužbu.⁴⁶

Pitanje vezano uz postupak sankcioniranja država koje ne provode obveze utemeljene u pravu Europske unije koje se tek počelo rješavati u sudskoj praksi jest tko i kako može prisiliti državu da plati kaznu koju joj je nametnuo Sud svojom presudom na temelju članka 260./2. UFEU ili, u budućnosti, na temelju članka 260./3. UFEU. Kako se kazna plaća u proračun Unije, brigu o uplati te svote vodi Europska komisija kojoj je povjerena zadaća provedbe europskog proračuna.⁴⁷ Stoga državi koja ne plati kaznu u zadanom roku Komisija upućuje odluku kojom traži plaćanje. Pritom, međutim, može doći do neslaganja između Komisije i države o tome je li u međuvremenu ispravljen propust zbog kojeg je državi nametnuta sankcija. Ako se propust utvrđen sudskom presudom sastojao, primjerice, u donošenju pogrešnog zakonodavstva koje provodi direktivu, je li novo zakonodavstvo koje je država prihvatila ispravilo propust i tko je o tome ovlašten odlučiti?

Upravo takav spor doveo je do tužbe Portugala za poništenje odluke Europske komisije u predmetu T-33/09.⁴⁸ Odgovarajući sudski put za rješavanje takva tipa spora jest tužba za poništenje na temelju članka 263. UFEU, o čemu je bilo riječi *supra*. Takvom tužbom država od koje Komisija odlukom traži uplatu kazne osporava pravnu valjanost takve odluke tvrdeći da je ispravila propust prije nastanka obveze plaćanja kazne. Naime, kazne na temelju članka 260. UFEU Europski sud može odrediti kao dnevne kazne, mjesečne kazne, polugodišnje ili godišnje kazne, ovisno o tipu propusta o kojem je riječ.⁴⁹ Državu se obvezuje da plaća

⁴⁶ *Ibid.*, točka 22.

⁴⁷ Vidi čl. 274. UFEU.

⁴⁸ Predmet T-33/09 *Portugal v Commission*, 2011., ECR II-1429.

⁴⁹ Primjerice, u predmetu C-278/01 *Commission v Spain*, 2003., ECR I-4141, Sud je odredio Španjolskoj godišnju kaznu u iznosu od 624.150 eura ako ne uskladi svoje pravo s Direktivom o vodi za kupanje; u predmetu C-304/02 *Commission v France*, 2005., ECR I-6263, Francuska je bila obvezana plaćati 57,7 milijuna eura svakih pola godine sve dok ne uskladi svoju praksu sa zahtjevima europskog zakonodavstva u području ribarske politike; u predmetu pak C-387/97 *Commission v Greece*, 2000., ECR I-5047, prvom predmetu u kojem je donesena presuda u takvom tipu postupka Grčka je kažnjena s 20.000 eura dnevno za svaki dan nedonošenja plana odlaganja otpada, što je zahtijevala Direktiva o otpadu. U predmetu C-496/09 *Commission v Italy* (još neobjavljeno) propust Italije sastojao se u tome što ta država nije ostvarila povrat državnih pomoći u skladu s pravom EU-a. Stoga je EU dosudio financijsku kaznu koja se plaća svakih pola godine, a

takvu kaznu toliko dugo dok ne ispravi propust ispunjenja obveze utemeljene u pravu Unije. Ako je državi kao, primjerice, u predmetu C-304/02 *Komisija protiv Francuske (mala riba)*⁵⁰ nametnuto polugodišnje plaćanje kazne, država može tvrditi da su mjere koje je poduzela u međuvremenu ispravile propust, a Komisija može smatrati suprotno. Tužbu za poništenje odluke Komisije kojom se traži plaćanje država podnosi u prvom stupnju Općem sudu. S druge strane, u postupcima na temelju članaka 258. i 260. UFEU Europski je sud isključivo nadležan odlučiti postoji li propust države dok Općem sudu Ugovorom nije povjerena takva ovlast. U dvama dosadašnjim predmetima u kojima je odlučeno pred Općim sudom stoga se, kao relevantno, postavilo pitanje granica ovlasti ispitivanja valjanosti odluke Komisije od strane Općeg suda.

Prvi predmet u kojem odlučivao Opći sud bio je predmet T-33/09 *Portugal protiv Komisije*.⁵¹ Portugal je osporavao odluku Komisije⁵² kojom je zahtijevala plaćanje kazne u iznosu od 3.665.088,00 eura za razdoblje od 10. siječnja do 18. srpnja 2008.⁵³ Kaznu je Portugal trebao platiti na temelju presude Suda u predmetu C-70/06 *Komisija protiv Portugala* (dalje u tekstu: druga presuda)⁵⁴ donesene 10. siječnja 2008. na temelju članka 260./2. UFEU⁵⁵ jer Portugal nije proveo raniju presudu Suda u predmetu C-275/03 *Komisija protiv Portugala* (dalje u tekstu: prva presuda)⁵⁶ donesenu na temelju postupka danas uređenog člankom 258. UFEU. Izreka prve presude glasila je: "Propuštajući ukinuti Zakon dekret br. 88 051 od 21. studenog 1967., koji dodjeljivanje naknade štete osobama povrijeđenima kršenjem prava Zajednice, a koja se odnosi na javne ugovore ili nacionalno pravo koje ga provodi, čini ovisnim o dokazu krivnje ili prijevare, Republika Portugal je propustila ispuniti svoje obveze na temelju članka 1(1) i članka 2(1)(c) Direktive Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju prava, uređaba i upravne prakse koja se odnosi na primjenu na-

izračunava se tako da se baza od 30 milijuna eura pomnoži s postotkom pomoći u kojem još nije ostvaren povrat.

⁵⁰ Predmet C-304/02 *Commission v France*, 2005., ECR I-6263.

⁵¹ Predmet T-33/09 *Portugal v Commission*, 2011., ECR II-1429.

⁵² Commission Decision C(2008) 7419 final of 25 November 2008.

⁵³ Svota je izražavala kaznu izrečenu kao dnevnu kaznu od 19.392 eura za svaki dan neprovedbe ranije presude Suda, a počevši od 10. siječnja 2008., datuma kad je izrečena druga presuda koja je utvrdila sankciju.

⁵⁴ Predmet C-70/06 *Commission v Portugal*, 2008., ECR I-1.

⁵⁵ U doba donošenja navedene presude ta je odredba nosila broj 228. u Ugovoru o EZ.

⁵⁶ Ta presuda nije objavljena ni u Zborniku sudske prakse ni na internetskim stranicama.

dzornih postupaka nad postupcima dodjele javne opskrbe i ugovora o javnim radovima (OJ 1989 L 395., str. 33).”

Portugal smatra da je ispunio svoju obvezu na temelju te presude prihvatanjem Zakona 671/2007 koji je ukinuo prethodni Zakon dekret br. 88 051. Novim je zakonom sustav odgovornosti države za štetu u Portugalu i dalje ostao ovisan o krivnji, ali krivnju više nije morao dokazivati tužitelj. Naime, novi je zakon uveo presumpciju krivnje koja je, međutim, bila oboriva ako država dokaže da krivnje nije bilo. Za razliku od Portugala, Komisija je smatrala da ukidanjem starog i uvođenjem novog zakona Portugal još nije udovoljio presudi Suda jer je smatrala da ni ovako organiziran sustav, koji se temelji na presumiranoj krivnji, nije u skladu sa zahtjevima prava Europske unije. Predmet spora koji se vodio pred Sudom još povodom prve presude, tvrdila je Komisija, ovisan je o formalnom pismu koje je Komisija obvezna uputiti državi prije pokretanja sudskog postupka i koje određuje sadržaj sudskog postupka. Stoga je, kako je Komisija tvrdila u tom dokumentu, predmet postupka bio propust Portugala koji se sastojao u nepostizanju rezultata koji traži direktiva, tj. kompenzacije povrijeđenih osoba. Stoga Portugal takav propust može ispraviti tek donošenjem zakonodavstva koje će u praksi omogućiti pojedincima da dobiju kompenzaciju od države. Ukratko, Portugal je tvrdio da je presudi Suda udovoljio činom ukidanja starog zakona dok je Komisija smatrala da to nije dovoljno nego da je bilo potrebno da Portugal na odgovarajući način provede direktivu novim zakonom.

Pitanje koje je rješavao Opći sud trebalo je, među ostalim, odgovoriti je li u ovlasti Komisije procjena je li novo zakonodavstvo udovoljilo direktivi i, ako jest, u kojoj mjeri Opći sud može procjenjivati takvu ocjenu Komisije u postupku povodom tužbe za poništenje ili je takva ocjena u isključivoj nadležnosti Europskog suda na temelju članka 258. UFEU. Opći se sud u tom predmetu priklonio stajalištu Portugala smatrajući da bi, odlučujući je li novi zakon udovoljio direktivi, Opći sud izvršavao ovlast koja mu u kontekstu tužbe za poništenje ne pripada nego pripada isključivo Europskom sudu u postupku na temelju članka 258. UFEU. Stoga je poništio odluku Komisije smatrajući da može ispitati jedino je li Portugal ukinuo zakon koji je bio sporan, do čega je doista došlo prihvatanjem novog zakona. Protiv te je presude Komisija uložila žalbu o kojoj će odlučivati Europski sud.⁵⁷ Komisija osporava i ocjenu Općeg suda o dosegu ovlasti Komisije u ocjeni je li država ispunila presudu Suda u

⁵⁷ Žalba u predmetu C-292/11 P, 2011., Official Journal, C, 252/19.

infrakcijskom postupku i ocjenu Općeg suda o dosegu vlastitih ovlasti pri ocjeni valjanosti odluke Komisije kojom se državi nalaže plaćanje kazne i pogrešno tumačenje izreke presude Suda u predmetima protiv Portugala.

Odluka o tom pitanju vrlo je složena. S jedne strane, ako se državama omogućiti da donošenjem novog zakonodavstva (s manjim izmjenama) izbjegnu plaćanje kazne, ali i dalje zapravo ne udovoljavaju pravu Unije, tada svrha infrakcijskog postupka da država ispravi propust u primjeni prava Unije, nije postignuta. S druge strane, ako se Komisiji prizna široka ovlast ocjene novog zakonodavstva, time se zadire u isključivu ovlast Europskog suda da odluči je li država povrijedila pravo Unije.

Druga, jednako složena ako ne i složenija situacija jest ona iz koje je proizašao predmet T-139/06 *Francuska protiv Komisije*.⁵⁸ U dvama infrakcijskim postupcima protiv Francuske⁵⁹ Europski je sud smatrao da je Francuska propustila ispuniti obveze koje proizlaze iz europskog zakonodavstva u području ribarstva time što njezina izvršna tijela nisu činila dovoljno da osiguraju provedbu tog zakonodavstva. U drugoj je presudi Sud smatrao da Francuska još uvijek ne čini dovoljno u pogledu kontrola nad ribarskim aktivnostima i da ne pokreće dovoljno postupaka protiv kršitelja europskih norma te joj je, stoga, među ostalim⁶⁰, nametnuo plaćanje kazne u iznosu od 57.761.250 eura svakih pola godine sve dok ne pojača u dovoljnoj mjeri radnje potrebne za provedbu europskog zakonodavstva. Propust Francuske nije se, dakle, sastojao u neadekvatnom ili nepostojećem zakonodavstvu nego u nedovoljnom angažiranju izvršne države na nadziranju provedbe europskih obveza pojedinaca. Za razliku od prethodnog predmeta, *Portugal protiv Komisije*, Opći sud u ovom predmetu nije smatrao da je Komisija prekoračila granice svojih ovlasti u procjeni je li Francuska učinila dovoljno da bi se moglo smatrati da je ispravila propust utvrđen sudskom presudom. Naime, za razliku od presude u predmetu *Portugal protiv Komisije*, Opći je sud smatrao da se obveza Francuske sastoji u postizanju određenog rezultata i da Francuska nije uspješno dokazala da je takav rezultat ostvaren. Na tu se presudu Francuska nije žalila, ali vrlo je vjerojatno da će Europski sud uzeti

⁵⁸ Predmet T-139/06 *France v Commission*, još neobjavljeno u Zborniku sudske prakse. Da je bila riječ o složenoj odluci svjedoči činjenica da je tužba uložena 2006. godine, a presudu je Opći sud donio tek u listopadu 2011.

⁵⁹ Predmet C-64/88 *Commission v France*, 1991., ECR I-2727 i predmet C-304/02 *Commission v France*, 2005., ECR I-6263.

⁶⁰ Uz novčanu kaznu Francuska je morala platiti i paušalnu svotu u iznosu od 20 milijuna eura.

u obzir argumentaciju Općeg suda i iz ovog predmeta kad bude odlučivao po žalbi na presudu u predmetu *Portugal protiv Komisije*. U svakom slučaju, granice ovlasti Komisije u razdoblju koje slijedi nakon druge infrakcijske presude kojom se nameće novčana kazna nisu još u dovoljnoj mjeri razjašnjene u sudskoj praksi te se mogu očekivati novi sudski sporovi.

Iako se radi o relevantnom i pravno svakako zanimljivom pitanju, ipak valja reći da samo mali broj ukupno pokrenutih postupaka protiv država članica završi pred Europskim sudom, a od toga da u vrlo malom broju predmeta države ne provedu presudu Suda na temelju članka 258. UFEU. Do danas je ukupno samo u jedanaest predmeta donesena presuda koja državi članici nameće plaćanje financijske sankcije na temelju članka 260./2. UFEU. Važnost infrakcijskog postupka stoga se zapravo nalazi u njegovoj pre-sudskoj fazi kad u velikom broju slučajeva države isprave svoje propuste čim ih u vezi s njima kontaktira Europska komisija ili pak uvjere Komisiju da propusta nema. U posljednjih nekoliko godina djelotvornost tog postupka bitno je porasla i u pogledu pojedinaca koji Komisiji prijavljuju povrede svojih prava od strane država. Naime, gledano iz tog ugla, infrakcijski postupak nije vrlo djelotvorno sredstvo za ostvarivanje pojedinačnih prava utemeljenih u normama Europske unije. Naime, pojedinac koji propust države prijavi Komisiji mora čekati godinama do prve, a potom i dodatne godine do druge presude Suda. Uz to, presuda Suda deklarira pogrešku države, a ne rješava pojedinačnu situaciju. No, posljednjih godina relevantnost infrakcijskog postupka za pojedince bitno je porasla zahvaljujući novom načinu postupanja s prijavama o povredama država koje je Komisija razvila pod nazivom *EU pilot*.⁶¹ Projekt je započeo 2008., a do danas obuhvaća većinu država članica. Njime je uspostavljena komunikacija između Komisije i svake države članice koja sudjeluje u projektu kojom se sve prijave u vezi s kojima bi se mogao pokrenuti infrakcijski postupak pokušavaju riješiti u izravnom kontaktu između Komisije i države u roku od deset tjedana. Posljednji izvještaj⁶² pokazuje da 80% prijava bude riješeno upravo tako, bez potrebe da se pokreće infrakcijski postupak. Taj projekt, zajedno s još nekim inicijativama Komisije, poput projekta Solvit⁶³, upućuje na važnost alternativnih metoda rješavanja sporova koje često

⁶¹ Za više informacija vidi http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/application_monitoring_en.htm (15. listopada 2012.).

⁶² Report from the Commission, Second Evaluation Report on EU Pilot, SEC(2011) 1629/2, 21. 12. 2011., dostupan i na http://ec.europa.eu/eu_law/docs/docs_infringements/eu_pilot_en.pdf (15. listopada 2012.).

⁶³ Više informacija na <http://ec.europa.eu/solvit/>.

djelotvornije, a svakako brže nego sudovi rješavaju pojedinačne sporne situacije. Uz to, takve metode rasterećuju rad sudova.

3. PRETHODNI POSTUPAK

Postupak koji okupira najveći dio vremena Europskog suda jest prethodni postupak.⁶⁴ Prema posljednjim dostupnim statističkim podacima⁶⁵, u 2011. godini od ukupno 688 novih predmeta zaprimljenih na Sudu njih 423 bila su prethodna pitanja nacionalnih sudova. U istoj 2011. godini od ukupno 638 odlučenih predmeta, njih 388 bile su odluke u prethodnom postupku, što iznosi čak 67,15%. Ta nadležnost u isključivim je rukama Europskog suda. Iako je Lisabonski ugovor iz Ugovora iz Nice preuzeo odredbu po kojoj je moguće dio nadležnosti u prethodnom postupku povjeriti Općem sudu⁶⁶, do sada Sud nije predložio takav korak.

Iako Lisabonski ugovor nije unio nikakvu bitnu promjenu u prethodni postupak, nego je jedino proširio interpretativnu ovlast Suda i na akte drugih tijela, ureda i agencija Unije, izmjene Poslovnika Suda⁶⁷ koje su inicirane nakon stupanja Lisabonskog ugovora na snagu priznale su važnost prethodnog postupka u kontekstu ukupnih ovlasti Europskog suda. Naime, do tih najnovijih izmjena Poslovnika, koje su stupile na snagu 1. studenog 2012., prethodni je postupak bio uređen samo dvama člancima Poslovnika. Novi tekst, koji je po prvi put od nastanka Suda bitno reorganiziran, prethodnom postupku priznaje središnje mjesto uređujući ga u zasebnoj glavi koja sadrži 26 članaka.⁶⁸

⁶⁴ Više o prethodnom postupku: *Prethodni postupak u pravu Europske unije. Suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom*, Zagreb, 2011.; Broberg, M. P. i Fenger, N., *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, 2010.

⁶⁵ Annual Report for 2011, *Statistics concerning the Judicial Activity of the Court of Justice*, http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_cour_en.pdf (15. listopada 2012.)

⁶⁶ Čl. 256./3. UFEU.

⁶⁷ Rules of Procedure of the Court of Justice, 2012., Official Journal, L, 265/1 od 29. 9. 2012.

⁶⁸ Prethodni je postupak uređen u Glavi III. (čl. 93. – 118.) Poslovnika. Priznavanje središnje uloge prethodnog postupka može se uočiti i iz mjesta na kojem se relevantna glava nalazi u organizaciji cijelog Poslovnika. Naime, prethodni je postupak prvi postupak koji zasebno uređuje Poslovnik pošto su prethodno uređena pitanja organizacije Suda (u Glavi I.) i procesna pitanja zajednička svim postupcima (u Glavi II.).

Neki od novih članaka predstavljaju kodifikaciju sudske prakse koja je dosad bila objašnjena nacionalnim sudovima u neobvezujućoj informativnoj uputi.⁶⁹ No, njihovo uvrštavanje u Poslovnik, međutim, može dovesti i do suštinskih pravnih promjena. Tako, primjerice, članak 94. Poslovnika objašnjava nužne dijelove koje mora sadržavati zahtjev kojim nacionalni sud postavlja prethodno pitanje. Pritom nabraja da zahtjev mora sadržavati a) sažetak predmeta pred nacionalnim sudom koji objašnjava predmet spora i relevantne činjenice; b) primjenjivo nacionalno pravo, uključujući i relevantnu nacionalnu sudsku praksu i c) razloge koji su naveli nacionalni sud da traži odluku u prethodnom postupku. Upotreba izraza “mora” u novoj odredbi Poslovnika dovodi do pitanja koje posljedice nastupaju ako nacionalni sud izostavi neki od elemenata u svom zahtjevu. Otvara li to mogućnost Europskom sudu da odbaci zahtjev kao nepotpun? U dosadašnjoj sudskoj praksi, naime, Sud se, doista, katkad zbog nedostatka nekog od navedenih elemenata zahtjeva, proglašavao nena-dležnim.⁷⁰ Međutim, razlog za to nije bio formalni nedostatak zahtjeva, nego činjenica da zbog nedostatka navedenih informacija Sud nije mogao procijeniti što je doista potrebno nacionalnom sudu u kontekstu spora u kojem rješava te mu, stoga, nije mogao dati koristan odgovor. Kako je Sud zauzeo stajalište da njegova nadležnost u prethodnom postupku obuhvaća samo interpretaciju prava Europske unije koju nacionalni sud koji je postavio pitanje može iskoristiti u donošenju odluke, a ne i odgovore na hipotetska pitanja prava Unije⁷¹, to je pitanje bilo postavljeno kao pitanje ispitivanja nadležnosti Europskog

⁶⁹ Ta je Uputa nakon prihvaćanja novog Poslovnika zamijenjena Preporukama nacionalnim sudovima u prethodnom postupku. Vidi Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2012/C 338/01). Preporuka je dostupna na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:0001:0006:EN:PDF> (7. studenog 2012.).

⁷⁰ Npr., spojeni predmeti C-320-322/90 *Telemarsicabruzzo Spa and Telaltitalia Srl and Telelazio SpA v Circostel, Ministero delle Poste e Telecomunicazioni and Ministero della Difesa*, 1993., ECR I-393; predmet 196/96 *Criminal proceedings against Lahlou Hassan*, 1996., ECR I-3945 ili noviji predmeti C-185/12 *Lorenzo Ciampaglia v Sangita Masawan*, rješenje od 3. svibnja 2012., još neobjavljeno u Zborniku sudske prakse ili C-75/12 *Criminal proceedings against Majali Abdel*, rješenja od 4. srpnja 2012., još neobjavljeno u Zborniku sudske prakse.

⁷¹ Predmet 244/80 *Pasquale Foglia v Mariella Novelo (II)*, 1981., ECR 3045; predmet C-83/91 *Wienand Meilicke v Adv/Orga f. A. Meyer AG*, 1992., ECR I-4871. Detaljnije Čapeta, T., *Sudovi Europske unije. Nacionalni sudovi kao europski sudovi*, Zagreb, 2002., str. 240 – 250.

suda u svakom pojedinačnom predmetu. Nova odredba Poslovnika mogla bi Europskom sudu otvoriti mogućnost da odbaci pojedini zahtjev nacionalnog suda iz samo formalnih razloga – nedostatka nekog od elemenata navedenih u članku 94. Poslovnika. To bi u bitnome promijenilo obveze nacionalnih sudova i utjecalo na odnose uspostavljene između Europskog i nacionalnih sudova u prethodnom postupku.

Drugi primjer iz kojeg je vidljivo da Poslovnik moguće mijenja postojeće stanje je članak 100. koji u prvom stavku predviđa sljedeće: “1. Postupak pred Sudom na temelju zahtjeva za prethodnu odluku traje toliko dugo dok nacionalni sud koji je postavio zahtjev ne povuče zahtjev. Povlačenje zahtjeva može se uzeti u obzir sve dok obavijest o objavi presude nije dostavljena zainteresiranim osobama iz članka 23. Statuta.”

Kako objašnjava Sud⁷², motiv za uvrštavanje te odredbe bio je problem s kojim se Sud katkad znao suočiti u praksi da nacionalni sud povuče zahtjev⁷³ u trenutku kad je Sud već završio vijećanje i donio odluku. Povlačenje zahtjeva dovodilo je do nestanka nadležnosti Suda jer je nadležnost Suda ovisna o zahtjevu nacionalnog Suda. S druge strane, ako je postupak otišao već tako daleko da je Sud donio odluku, samo je još nije javno objavio, znači da su bitna sredstva i vrijeme Europskog suda već bili angažirani. Moguće je i da je

⁷² Vidi Prijedlog novog Poslovnika koji je Sud uz objašnjenje uputio Vijeću ministara 25. svibnja 2011., dostupan na http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-05/en_rp_cjue.pdf (15. listopada 2012.).

⁷³ Do povlačenja zahtjeva katkad dolazi zato što na odluku nacionalnog suda kojom on upućuje pitanje Europskom sudu bude uložena žalba. Na žalost, Europski je sud, poštujući nacionalnu procesnu autonomiju, pitanje mogućnosti ulaganja žalbe na odluku nacionalnog suda o slanju prethodnog pitanja Europskom sudu prepustio nacionalnim procesnom uređenju. Iako je postojanje prava na žalbu na takvu odluku učinio apsurdnim u predmetu C-210/06 *Cartesio Octató*, 2008., ECR I-9641, ipak brojni procesni zakonici i dalje predviđaju pravo žalbe. Čini se da će i u Hrvatskoj biti moguće uložiti žalbu na odluku kojom se prekida postupak i upućuje pitanje Europskom sudu. Tomu je tako jer pokretanje tog postupka zahtijeva prekid postupka, a, kako procesnim zakonima žalba na rješenje o prekidu zbog pokretanja prethodnog postupka nije izričito isključena, vjerojatno će se to tumačiti kao da pravo na žalbu postoji. Međutim, sudska praksa, posebice spomenuti predmet *Cartesio Octató*, daje osnove i za tumačenje da je žalba u takvoj situaciji isključena. Ako zakonodavac ne isključi mogućnost žalbe, njeno će eventualno isključenje ovisiti isključivo o interpretativnoj sposobnosti naših sudova. Motiv za isključenje svakako je ista ona ekonomičnost postupka koja je Europski sud motivirala da predloži unošenje članka 100. u Poslovnik.

u određenom broju predmeta pred istim ili drugim nacionalnim sudovima ili pred Europskim sudom prekinut postupak do donošenja odluke u predmetu u kojem je u zadnji čas povučen zahtjev. To bi značilo da, primjerice, drugi nacionalni sud sada mora postaviti novo pitanje Europskom sudu u prethodnom postupku na koje će odgovor morati čekati još određeno vrijeme, što će dodatno odgoditi odlučivanje u predmetu pred tim sudom. Stoga je Sud, u interesu procesne ekonomije, uveo novo pravilo u Poslovnik. To je pravilo u suprotnosti sa svrhom prethodnog postupka kojim Sud, u prvom redu, pomaže konkretnom nacionalnom sudu u konkretnom predmetu u ispravnoj primjeni prava Unije. Kad nestane takav konkretni zahtjev nacionalnog suda, nestaje i tako shvaćena svrha davanja odgovora. Međutim, evolucija prethodnog postupka dovela je do toga da je odnos dviju vrsta sudova prestao biti bilateralan i postao multilateralan⁷⁴ jer su interpretacije Suda, zahvaljujući shvaćanju da proizvode učinke *erga omnes*, postale relevantne ne samo sudu koji postavlja pitanje nego i svim drugim nacionalnim sudovima koji primjenjuju pravo Unije. U tom smislu novo pravilo čini se opravdanim iako dolazi u sukob s dosadašnjim čitanjem nadležnosti Suda u prethodnom postupku.

Novi Poslovnik u svom je tekstu određena pravila razvijena u svakodnevnoj praksi primjene prethodnog postupka zapisao i razjasnio. To će bitno olakšati uporabu tog postupka nacionalnim sudovima. Nacionalna prava ili uopće ne uređuju ovlast, odnosno obvezu sudova da postavljaju prethodna pitanja Europskom sudu ili takvu ovlast, bez velike razrade, spominju u procesnim zakonicima.⁷⁵ Uređivanje tog pitanja nacionalnim pravom nije nužno jer ovlast, odnosno obveza nacionalnih sudova nastaje izravno na temelju članka 267. UFEU. Dapače, uređenje na nacionalnoj razini može dovesti do tumačenja različitog od onog koje Europski sud daje članku 267. UFEU te stvoriti konflikt između nacionalnog i prava EU-a. S druge pak strane, uvrštenje odredaba o prethodnom postupku u nacionalne procesne zakonike čini ga vidljivim nacionalnim sudovima. Bilo da su njihovi zakonodavci spomenuli prethodni postupak u nacionalnim pravnim normama ili nisu, novi će Poslovnik zasigurno učiniti

⁷⁴ Craig, P.; De Búrca, G., *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2008., str. 500.

⁷⁵ U Hrvatskoj su, u očekivanju članstva, odredbe koje se odnose na prethodni postupak uvrštene u Zakon o parničnom postupku (ZPP), članak 213., stavak 2. i Zakon o kaznenom postupku (ZKP), članak 18., stavak 3. Vidi detaljnije Čapeta, T.; Petrašević, T., *Kako će hrvatski suci surađivati s Europskim sudom*, Informator, br. 5959 od 16. 4. 2011., str. 1 - 3 i Informator, br. 5960 od 20. 4. 2011., str. 5.

takvu mogućnost suradnje još vidljivijom. Novi Poslovnik dodatno je objašnjen i Preporukama nacionalnim sudovima u prethodnom postupku.⁷⁶

Posebna, nova vrsta prethodnog postupka – hitni prethodni postupak⁷⁷ – poznat pod kraticom PPU (po francuskoj kratlici za *procédure préliminaire d'urgence*), iako uspostavljen u ožujku 2008., dakle, prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, dobio je njime ugovorni pravni temelj u novom, četvrtom stavku članka 267. UFEU. To nije izmijenilo taj još relativno nov postupak te nije proširilo polje moguće primjene hitnosti. Svrha je tog postupka da u određenim situacijama koje doista zahtijevaju hitnost omogući odgovor nacionalnom sudu u bitno kraćem roku od uobičajena trajanja prethodnog postupka.⁷⁸ Može ga se primijeniti jedino u vezi s interpretacijom ili ocjenom valjanosti norma utemeljenih u Glavi V. trećeg dijela UFEU koje se odnosi na područje slobode, sigurnosti i pravde. Iako je postojala takva bojazan, čini se da taj postupak zasad nije u bitnom poremetio ni produžio odvijanje ostalih postupaka pred Sudom. Prema Izvještaju Suda o primjeni hitnog prethodnog postupka⁷⁹ u referentnom razdoblju (1. 3. 2008. – 6. 10. 2011.), od 22 zatražena hitna postupka odobreno ih je 12. Uz to je u 2012. godini presuđeno u još dodatnih 5 predmeta u PPU. Iako Sud ocjenjuje da relativno malen apsolutan broj takvih predmeta nije utjecao na ostale postupke pred Sudom, čak 5 novih predmeta odlučениh u prve dvije trećine 2012. čini nam se ipak određenim povećanjem u odnosu na prethodno razdoblje (u 2008. 3 presude; u 2009. 2 presude, u 2010. 5 presuda i u 2011. samo 2 PPU presude). Stoga je moguće da će zaključak u idućem izvještaju biti i drugačiji.

Kako bi dodatno pojačao djelotvornost tog postupka, Sud je u novom Poslovniku razjasnio te uveo i neka nova pravila. Tako je člankom 108/2 Poslovnika predviđena mogućnost da se PPU predmet dodijeli sucu izvjestitelju koji nije

⁷⁶ Usp. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:0001:0006:EN:PDF>

⁷⁷ Detaljnije Petrašević, T., *Ubrzani i hitni prethodni postupak pred Europskim sudom*, u: *Prethodni postupak u pravu Europske unije (op. cit. u bilj. 64)*, str. 103.

⁷⁸ Prosječno trajanje prethodnog postupka u 2011. bilo je 16,4 mjeseci prema Godišnjem izvještaju za 2011. (*op. cit. u bilj. 100*) dok su PPU predmeti riješeni u razdoblju od 2008. do kraja 2011. trajali prosječno 66,2 dana (prema Izvještaju o PPU: Report on the use of the urgent preliminary ruling procedure by the Court of Justice, 31. 1. 2012., http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-07/en_rapport.pdf (15. listopada 2012.)).

⁷⁹ *Ibid.*

dodijeljen sudskom vijeću zaduženom u tom razdoblju za PPU postupke. Naime, u svrhu što bržeg odvijanja tih hitnih postupaka Sud za svako razdoblje od 6 mjeseci određuje peteročlano sudsko vijeće zaduženo za PPU postupke. No, ako Sudu bude podnesen predmet koji je po svom problemu sličan nekom drugom predmetu koji je već dodijeljen nekom sucu kao sucu izvjestitelju koji nije član vijeća zaduženog za PPU, tada je moguće da predsjednik Suda konkretni PPU predmet dodijeli vijeću u čijem je sastavu sudac koji je sudac izvjestitelj u sličnom predmetu. Takva mogućnost dosad nije postojala, nego su o svim hitnim prethodnim pitanjima odlučivala isključivo zadužena vijeća. Novim pravilom Sud pokušava osigurati veću konzistentnost sudske prakse osiguravajući da o sličnom pitanju, od kojih se jedno pojavilo u hitnom predmetu, odlučuje isto vijeće.

U PPU je ubrzanje postupka, među ostalim, omogućeno time što u pisanoj fazi postupka sudjeluje samo država članica iz koje je sud koji je postavio pitanje. Ostale države članice mogu intervenirati tek u usmenom dijelu postupka. Novi članak 109./3. Poslovnika omogućuje, međutim, da se u pisani dio postupka, na poziv Suda, uključi i druga država članica ako se postupak pred nacionalnim sudom tiče i nekog administrativnog ili sudskog postupka u toj drugoj državi. Takva je potreba nastala u praksi, primjerice, u predmetima koji se tiču priznavanja sudskih presuda jedne države u drugoj.

Osim, dakle, određenih tehničkih dorada i manjih izmjena procesnih pravila vezanih uz prethodni postupak, u tom postupku nije u postlisabonskom vremenu bilo bitnih promjena. Već neko je vrijeme, međutim, tendencija povećanje ukupnog broja predmeta toga tipa kao i povećanje udjela prethodnih postupaka u ukupnom broju predmeta pred Europskim sudom. U tom smislu, novi Poslovník, koji prepoznaje takvu situaciju, predstavlja dragocjenu pomoć nacionalnim sudovima koji postavljaju pitanja, ali i Europskom sudu.

4. ZAKLJUČAK

Iako su prošle samo tri godine od stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, neke novine njime uvedene već su dovele do uočljivih promjena u praksi rada, organizacije i postupaka pred Europskim sudom. Tako je, primjerice, uvođenje novog savjetodavnog odbora u postupak izbora sudaca već utjecalo na nacionalne postupke izbora sudaca. Neke nedovoljno jasne odredbe uvrštene u Ugovor već su izazvale prvu sudsku praksu koja ih je počela objašnjavati poput predmeta

Inuit koji čeka svoj epilog povodom žalbe na presudu Općeg suda, a u kojoj Europski sud treba razjasniti značenje pojma “regulatorni akt” i time odlučiti o širenju ili pak statusu *quo* u pogledu izravnog pristupa pojedinaca Sudu EU-a. Druge pak promjene nisu izravna posljedica novih lisabonskih odredaba, ali su indirektno izazvane promjenama u praksi do kojih je doveo taj Ugovor i općenito evolucijom pravnog sustava EU-a. Tako je, primjerice, i infrakcijski postupak počeo dobivati svoj sudski rasplet u vezi s pitanjem što ako država ne plati kaznu koju joj je nametnuo Sud jer je povrijedila pravo Unije usprkos ranijoj sudskoj presudi kojom je upozorena da propust ispravi. Potreba da se sudska praksa počne baviti i tim pitanjima nastala je tek pošto je u praksi zaživio infrakcijski postupak koji omogućava financijsko sankcioniranje države i pošto je Sud u praksi počeo dosuđivati prve financijske sankcije protiv država. Kao i u pitanjima vezanim uz izravnu tužbu za poništenje, i u tom pitanju prvo se imao prilike izjasniti Opći sud, ali će tek odluka Europskog suda konkluzivno odgovoriti na otvorena pitanja.

Navedeno svjedoči o dvjema stvarima. Kao prvo, iako se sudska praksa razvija i pojedine ovlasti Suda EU-a razjašnjavaju, nema, kao što sam i ranije pisala, bitnih promjena u naravi sudskog sustava Unije. Međutim, kao drugo, postupno se uspostavlja odnos i jasnije razgraničenje ovlasti između Općeg i Europskog suda. Ono što je, barem trenutačno, izvjesno je da Opći sud nije izuzet od potrebe da rješava pitanja od ustavne važnosti za europski pravni poredak. Stoga nije moguće tvrditi da, iako ima posljednju riječ, isključivo Europski sud ima u europskom sudskom sustavu ulogu ustavnog suda.

Završimo ovu ocjenu jednim pogledom u budućnost. Europska se unija već nekoliko godina nalazi u krizi i zasad se ne vidi uvjerljivo političko rješenje koje će pomoći da se iz krize izađe. Europski sud zasad u rješavanju krize nije imao udjela. Moguće je, međutim, da će neki noviji događaji uključiti i Europski sud u tu priču. Izmjene Osnivačkih ugovora⁸⁰ i novi međunarodni ugovori⁸¹ koje su

⁸⁰ Posebice dodavanje novog, trećeg stavka u članak 136. UFEU, kojim se omogućava uspostava europskog stabilizacijskog mehanizma za države čija je valuta euro i uvođenje strogih uvjeta prilikom dodjele financijske pomoći državama. Vidi European Council Decision of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro, 2011., Official Journal, L, 91/1.

⁸¹ Riječ je o dvama ugovorima: Ugovoru o uspostavi europskog stabilizacijskog mehanizma (tzv. EMS Treaty) i Ugovoru o fiskalnoj stabilnosti (tzv. Fiscal Compact). Puni naziv prvog ugovora na engleskom jeziku je: Treaty establishing the European Stability

države članice (ili dio njih) sklopile kako bi se uvela veća financijska disciplina i time omogućilo očuvanje monetarne unije i jedinstvene valute izazvali su brojna pravna pitanja vezana uz usklađenost takvih dogovora s uspostavljenim pravnim poretkom Europske unije. I u ranijem razdoblju europske integracije Sud se pokazao spremnim intervenirati u trenucima kad je politički proces u Uniji (tada Zajednici) zakazao. Sjetimo se, primjerice, predmeta *Dassonville*⁸² i *Cassis de Dijon*⁸³ kojima je Sud, dajući veću važnost negativnoj integraciji nad pozitivnom koja se nije događala zbog političke nespremnosti država članica, sudjelovao u odmrzavanju zamrlog projekta unutarnjeg tržišta. Iako su, čini se, i današnji Sud i današnja Europska unija, bitno različiti od nekadašnjeg Suda i Europske zajednice, tek će budućnost pokazati u kolikoj mjeri.

Mechanism between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Republic of Estonia, Ireland, the Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Italian Republic, the Republic of Cyprus, the Grand Duchy of Luxembourg, Malta, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria, the Portuguese Republic, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic, the Republic of Finland, dostupan na <http://www.european-council.europa.eu/media/582311/05-tesm2.en12.pdf> (15. listopada 2012.). Puni naziv drugog ugovora je Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union between the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Kingdom of Denmark, the Federal Republic of Germany, the Republic of Estonia, Ireland, the Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Italian Republic, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Grand Duchy of Luxembourg, Hungary, Malta, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria, the Republic of Poland, the Portuguese Republic, Romania, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden, dostupno na http://www.european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf (15. listopada 2012.). Za komentar vidi Craig, P., *The Stability, Coordination and Governance Treaty: principles, politics and pragmatism*, *European Law Review*, vol. 37, 2012., str. 231.

⁸² Predmet 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, 1974., ECR 837.

⁸³ Predmet 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 1979., ECR 649.

Summary

Tamara Čapeta *

JURISDICTION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EU THREE YEARS AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF THE LISBON TREATY

The aim of this paper was to assess the effects of the changes introduced by the Lisbon Treaty in the provisions regulating different procedures in front of the Court after three years of their implementation in practice. The author analysed the developments relating to the three main heads of jurisdiction of the Court of Justice of the European Union, namely its power of judicial review of EU law, enforcement actions against Member States, and preliminary rulings. In this analysis, new procedural documents, namely new Statute of the Court of the EU (September 2012) and new Rules of Procedure of the Court of Justice (November 2012) were taken into consideration, as well as the case law that has developed since the entry into force of the Lisbon Treaty.

*The biggest novelty in the system of judicial review introduced by the Lisbon Treaty was the amendment of paragraph 4 of Article 263 TFEU, governing the conditions of direct access to the Court by individuals who challenge validity of an EU measure. According to this amendment, individuals do not have to prove individual concern, but only direct concern, if they challenge a 'regulatory act' which 'does not require implementing measures'. Both expressions are capable of different meanings, and the first interpretation was given by the General Court in cases *Inuit*, *Microban* and *Eurofer*. The article recognizes that the amendment has obviously led to the widening of possibilities to introduce direct action for annulment (as the applicant in the *Microban* case would not be in such a position under the old rules). However, the author is still of the opinion that the interpretation given by the General Court was too narrow to cover the gap revealed by the cases that preceded the Lisbon changes, namely *UPA* and *Jégo Quéré*. It is now on the Court of Justice to give its own point of view, as the *Inuits* have introduced an appeal against the Order of the General Court. In any case, the author is of the opinion that the Lisbon changes failed to address adequately the concerns about the ineffectiveness of the indirect way of judicial review, raised by Advocate General Jacobs in the *UPA* case. Additionally, as the new reading still leaves the gap in judicial protection, this may result with pressures towards modifications of national procedural systems, based in Article 19 TEU.*

* Tamara Čapeta, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

As far as infringement proceedings are at issue, it seems that the shortening of procedure leading to financial sanctions in a situation when Member State does not notify measures implementing a Directive, as provided for in new Article 260(3), has already been widely exploited by the European Commission, as evidenced by 15 cases initiated on the basis of that Article since the entry into force of the Lisbon Treaty. It remains to be seen to which extent the new procedure will increase the discipline among Member States in proper and timely transposition of Directives.

The new case law has also started to explain an area that was until recently unknown, namely how can the sanctions against States be enforced, and what if the dispute arises between the Commission and the sanctioned State about whether the failure that led to sanctioning was adequately addressed or still persists. The two cases, initiated by Portugal and France respectively, and decided by the General Court, still do not give a comprehensible answer about the scope of powers of the Commission in monitoring the compliance after sanctioning. As one of the cases is also pending in front of the Court of Justice on appeal by the Commission, this Court will have the opportunity to clarify the issue.

Finally, the preliminary ruling procedure did not go through any important change by the Lisbon Treaty. The PPU got its Treaty base, and it seems that the procedure is well functioning, and did not disturb the rest of caseload of the Court. The most important change in relation to preliminary ruling is the reorganisation of the Rules of Procedure in which preliminary ruling was recognised as the most relevant procedure and was explained by a number of articles, which will be helpful for both the Court and the national courts when deciding whether and how to refer.

The overall conclusion of the paper is that the Lisbon changes have started to produce effects, and improved certain aspects of functioning of the EU judiciary. It is, however, too early to assess the usefulness of all introduced changes. One may conclude that the nature of the EU judicial system has not changed, but only some of its elements were improved.

Keywords: Court of Justice of the EU, Lisbon Treaty, Court procedures.

PRIMJENJIVOST JAMSTAVA ČLANKA 6., STAVKA 1. KONVENCIJE NA PRIVREMENE MJERE I POSTUPKE SUDSKIH ZABRANA RATIONE MATERIAE

*Prof. dr. sc. Jasna Omejec**

Prema novijoj sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava iz 2009. na privremene mjere, uključujući sudske zabrane, moguće je primijeniti članak 6., stavak 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (pravo na pošteno suđenje). U presudi Micallef protiv Malte (2009.) Veliko vijeće ustanovilo je mjerila za ispitivanje suglasnosti prigovora o privremenim mjerama s člankom 6., stavkom 1. Konvencije racione materiae. To se ispitivanje u praksi naziva provedbom testa Micallef. U radu se obrazlažu razlozi promjene sudske prakse Europskog suda u tom pitanju te se objašnjava način na koji se provodi test Micallef.

Ključne riječi: Europski sud za ljudska prava, članak 6., stavak 1. Konvencije, privremene mjere, test Micallef.

1. SLUČAJ MICALLEF PROTIV MALTE (2009.)

U slučaju *Micallef protiv Malte*¹ iz 2009. sestra podnositelja zahtjeva bila je tuženica u građanskoj parnici koju su pokrenuli njezini susjedi zbog međusobnog spora. Sudskom mjerom zabranjeno joj je sušenje rublja u njihovu susjednom dvorištu. Nadležni domaći sud presudio je protiv tuženice 1992. godine. Ona je u međuvremenu pokrenula postupak pred građanskim sudom zbog izdane sudske zabrane tvrdeći da je nalog za izdavanje sudske zabrane odobren i izdan bez njezine nazočnosti i bez mogućosti da i ona dade iskaz pred sudom. U

* Dr. sc. Jasna Omejec, predsjednica Ustavnog suda Republike Hrvatske, ; profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ *Micallef protiv Malte*, presuda Europskog suda za ljudska prava (ECHR) [VV], br. 17056/06, 15. listopada 2009.

listopadu 1990. nadležni građanski sud presudio je da je taj nalog za izdavanje sudske zabrane ništetan jer je donesen protivno načelu kontradiktornosti postupka. Međutim, u veljači 1993. žalbeni sud je prihvatio žalbu susjeda i ukinuo presudu o ništetnosti naloga za izdavanje sudske zabrane. Žalbenim sudom predsjedavao je predsjednik suda u vijeću s još dvojicom sudaca. Tuženica je poslije toga podnijela žalbu građanskom sudu u svojstvu ustavnosudske jurisdikcije (*Civil Court in its constitutional jurisdiction*) tvrdeći da predsjednik žalbenog vijeća nije bio nepristran zbog svojih rodbinskih veza s odvjetnikom protivne strane (susjeda). Bio je, naime, ujak odvjetnika protivne strane. Žalba nije bila riješena za života sestre podnositelja zahtjeva. Poslije njezine smrti podnositelj zahtjeva u svojstvu brata i zakonskog nasljednika nastavio je postupak, ali neuspješno. Pozivajući se na članak 6., stavak 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija²) podnositelj je prigovorio pristranosti žalbenog suda zbog rodbinskih veza između predsjednika suda, odnosno sudske vijeća i odvjetnika protivne strane u sporu. Također je prigovorio zbog kršenja načela procesne ravnopravnosti stranaka (*principle of equality of arms*). Europski sud prvo je morao odlučiti je li članak 6., stavak 1. Konvencije primjenjiv na taj slučaj *ratione materiae*.

Veliko vijeće promijenilo je u presudi *Micallef* dotadašnju sudsku praksu vezanu uz primjenjivost članka 6., stavka 1. Konvencije na privremene mjere (*interim measures*) i sudske zabrane (*injunctions*). Istodobno je utvrdilo i mjerila za ispitivanje suglasnosti prigovora o privremenim mjerama s člankom 6., stavkom 1. Konvencije *ratione materiae*. To se ispitivanje u praksi naziva provedbom testa *Micallef*. U nastavku se obrazlažu razlozi promjene sudske prakse Europskog suda u tom pitanju te se objašnjava način na koji se provodi test *Micallef*.

² Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe stupila je na snagu za Republiku Hrvatsku 5. studenoga 1997. na temelju Zakona o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99 – pročišćeni tekst, 8/99 – ispravak). Protokoli br. 12, 13 i 14 uz Konvenciju potvrđeni su mjerodavnim zakonima objavljenima u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, br. 14/02 i 1/06.

2. TEST *MICALLEF* U PRAKSI EUROPSKOG SUDA

2.1. Razlozi koji su doveli do promjene prakse Europskog suda o privremenim mjerama

Obrazlažući potrebu za daljnjim razvojem sudske prakse u pogledu primjenjivosti jamstava članka 6., stavka 1. Konvencije na privremene mjere, Veliko vijeće je u presudi *Micallef* navelo da se “na temelju materijala kojima Sud raspolaže u pogledu zakonodavstava relevantnog broja država članica Vijeća Europe čini da postoji široko rasprostranjena suglasnost (*consensus*) o primjenljivosti jamstava članka 6. na privremene mjere uključujući i postupak izdavanja naloga o sudskoj zabrani (*injunction proceedings*)” (§ 31. presude). Pritom se pozvalo i na Povelju o temeljnim pravima Europske unije koja je stupila na snagu 1. prosinca 2009.

“(32.) Članak 47. Povelje o temeljnim pravima Europske unije (‘EU’) jamči pravo na pošteno suđenje. Za razliku od konvencijskog članka 6. odredba Povelje ne ograničava to pravo na sporove koji se odnose na ‘građanska prava i obveze’ ili na ‘bilo koju kaznenu optužbu’ i ne referira na ‘utvrđenje’ kao takvo. U *Denilauler/Couchet Frères* (ECJ, C 125/79, 21. svibnja 1980.) Europski sud pravde (‘ECJ’) presudio je da privremene mjere koje su izdane *ex parte* bez saslušanja tuženika ne bi mogle biti priznate sukladno njegovoj sudskoj praksi. To implicira da se takva jamstva moraju primjenjivati i izvan konteksta konačnih odluka.”

U nastavku presude *Micallef* Veliko vijeće objasnilo je svoju dosadašnju praksu i razloge zbog kojih ona u suvremenim uvjetima više nije primjerena.

“(c) Postoji li potreba razvitka sudske prakse

(79.) Isključivanje privremenih mjera iz djelokruga članka 6. dosada je bilo opravdavano zbog činjenice da te mjere u načelu ne utvrđuju građanska prava i obveze. Međutim, u okolnostima kad se mnoge države ugovornice suočavaju s velikim brojem neriješenih predmeta u svojim preopterećenim pravosudnim sustavima, što dovodi do iznimno dugih sudskih postupaka, odluka suca o sudskoj zabrani često će biti istog značenja kao i odluka o meritumu tužbe za znatno razdoblje, a u iznimnim slučajevima čak i trajno. Slijedi da se često u postupcima u kojima se odlučuje o privremenim mjerama i u glavnim postupcima (*interim and main proceedings*) zapravo odlučuje o istim ‘građanskim pravima ili obvezama’ koje imaju iste posljedične dugotrajne ili trajne učinke.

(80.) Uz takvu pozadinu Sud više ne nalazi opravdanim automatski kvalificirati postupak određivanja sudske zabrane (*injunction proceedings*) kao postupak u kojem se ne utvrđuju građanska prava ili obveze. On nije uvjeren ni da bi

se nedostatak u takvu postupku nužno mogao otkloniti u kasnijoj fazi, u postupku o meritumu koji uređuje članak 6. jer bi bilo koja šteta (*prejudice*) koja bi nastala u međuvremenu mogla dotada postati nepovratna i s malom stvarnom mogućnošću ispravljanja nanesene štete (*damage*) osim možda putem moguće novčane kompenzacije.”

Stoga je Veliko vijeće utvrdilo da je izmjena sudske prakse Europskog suda u pogledu primjenjivosti članka 6. Konvencije *ratione materiae* u tim postupcima nužna. Ponovilo je da je Konvencija stvorena da bi jamčila “prava koja su provediva u praksi (*practical*) i djelotvorna, a ne teorijska ili prividna (*illusory*). ...U tom svjetlu činjenica da privremene odluke (*interim decisions*) koje također utvrđuju građanska prava ili obveze nisu zaštićene člankom 6. Konvencije zahtijeva novi pristup”, zaključilo je Veliko vijeće (§ 81. i 82. presude *Micallef*).

2.2. Mjerila testa *Micallef*

Polazeći od toga da se građanski dio članka 6. Konvencije primjenjuje *ratione materiae* samo u postupcima u kojima se utvrđuju građanska prava i obveze i od toga da se ta prava i obveze utvrđuju samo kod nekih, ali ne i svih privremenih mjera, Veliko vijeće zauzelo je stajalište da će primjenjivost članka 6., stavka 1. Konvencije na privremene mjere ovisiti o tome jesu li ispunjeni određeni uvjeti (§ 83. presude *Micallef*). Postavilo je dva temeljna uvjeta.

“d) Novi pristup

(84.) Prvo, pravo o kojem je riječ i u glavnom postupku i u postupku određivanja sudske zabrane mora biti ‘građansko’ u autonomnom značenju tog pojma u smislu članka 6. Konvencije ...

(85.) Drugo, samu prirodu privremene mjere, njezin predmet i svrhu kao i njezine učinke na pravo o kojem je riječ mora se pažljivo ispitati. Kad god se može smatrati da se nekom privremenom mjerom stvarno (*effectively*) utvrđuje građansko pravo ili obveza, neovisno o razdoblju njezina važenja, članak 6. bit će primjenjiv.”

2.3. Iznimke od jamstava poštenog suđenja pri odlučivanju o privremenim mjerama

Veliko vijeće na kraju je istaknulo da “u iznimnim slučajevima – u kojima, primjerice, djelotvornost zahtijevane mjere ovisi o brzini postupka donošenja

odluke – možda neće biti moguće odmah ispuniti sve zahtjeve članka 6. Stoga, u takvim posebnim slučajevima kad su neovisnost i nepristranost sudišta ili suca prijeko potrebno (*indispensable*) i neotuđivo (*inalienable*) jamstvo u takvim postupcima, druga procesna jamstva mogu se primjenjivati samo u mjeri u kojoj su kompatibilna s prirodom i ciljem postupka odlučivanja o privremenoj mjeri”. Stoga će u svakom sljedećem postupku pred Europskim sudom na tuženoj vladi biti da ustanovi, kad je riječ o svrsi postupka u danom slučaju, da se jedno ili više posebnih postupovnih jamstava nije moglo primijeniti, a da se neopravdano ne naštetiti postizanju ciljeva koji su se nastojali postići tom privremenom mjerom (§ 86. presude *Micallef*).

Što se tiče primjenjivosti članka 6. Konvencije na slučaj *Micallef*, Veliko vijeće je ocijenilo da je u glavnom postupku bila riječ o pravu koje je u svojoj biti bilo usmjereno ostvarivanju imovinskih prava, i prema malteškom zakonu i prema praksi Europskog suda. Stoga je to pravo “građansko”. Cilj sudske zabrane bila je odluka – iako samo privremena, za određeno razdoblje – o istom pravu koje je bilo osporeno u glavnom postupku i koje se moglo odmah izvršiti. Na toj je osnovi zaključilo da postupak određivanja sudske zabrane u predmetu *Micallef* ispunjava mjerila za primjenu članka 6. Konvencije.

3. HRVATSKI SLUČAJEVI PODVRGNUTI TESTU *MICALLEF*

3.1. Slučaj *Štokalo protiv Hrvatske* (2011.)

Prvi hrvatski slučaj u kojem je Europski sud proveo test *Micallef* bio je *Štokalo protiv Hrvatske* (2011.).³ U njemu je bila riječ o više postupaka vezanih uz povrat nacionalizirane imovine. Između ostalih postupaka prvi podnositelj zahtjeva i druga podnositeljica zahtjeva kao i g. V. Š. pokrenuli su 3. kolovoza 2001. izvanparnični postupak (*non-contentious proceedings*) pred Općinskim sudom u Rabu tražeći da sud izda privremenu mjeru – vrstu mjere osiguranja – zabranom otuđenja i opterećenja imovine od strane trgovačkog društva dok nadležna upravna tijela u upravnom postupku ne donesu konačnu odluku o njihovu zahtjevu za povrat imovine. Poslije višekratnog ponavljanja postupka Općinski sud u Rijeci donio je 24. srpnja 2008. odluku kojom je odbio prijedlog podnositelja zahtjeva za izdavanje privremene mjere. Presudio je da više ne postoji pravni

³ *Štokalo i dr. protiv Hrvatske*, odluka ECHR, zahtjev br. 22632/07, 3. svibnja 2011.

interes za njihov prijedlog nakon što je Ministarstvo pravosuđa 15. veljače 2006. u upravnom postupku odlučilo odbiti njihov zahtjev za povrat nekretnina. U svom zahtjevu pred Europskim sudom podnositelji su, između ostalog, prigovorili na temelju članka 6., stavka 1. Konvencije i članka 1. Protokola br. 1 da je duljina navedenog izvanparničnog postupka bila prekomjerna.

Hrvatska Vlada tvrdila je da članak 6., stavak 1. Konvencije nije primjenjiv na konkretan izvanparnični postupak. Objasnila je da su prema hrvatskom pravu privremene mjere instrumenti namijenjeni osiguranju novčanih i nenovčanih tražbina o kojima još nije konačno odlučeno u mjerodavnom postupku. Sud ih određuje (a) ako predlagatelj učini vjerojatnim osnovanost svoje tražbine i (b) ako bi bez takva osiguranja buduće namirenje te tražbine bilo spriječeno ili znatno otežano. Što se tiče naravi, predmeta i svrhe privremene mjere koju su tražili podnositelji zahtjeva, Vlada je tvrdila da je to bila mjera preventivne naravi čija svrha nije bila namirenje tražbine vjerovnika nego uklanjanje rizika ugrožavanja ili znatnog onemogućavanja budućeg namirenja tražbine zabranom raspolaganja spornom nekretninom za vrijeme dok je glavni postupak u tijeku. Mjera je po svojoj naravi bila u prvom redu zaštitna, a ne regulatorna, stoga sud nije u tom izvanparničnom postupku stvarno odlučivao o građanskim pravima i obvezama u smislu testa *Micallef*. Do takva je odlučivanja došlo u upravnom postupku koji su pokrenuli podnositelji zahtjeva kako bi dobili povrat nacionalizirane imovine, a određivanje privremene mjere nije moglo imati nikakav utjecaj na ishod toga upravnog postupka.

Europski sud suglasio se s tim tvrdnjama. U odluci *Štokalo protiv Hrvatske* (2011.) proveo je test *Micallef*. Što se tiče pitanja je li ispunjeno prvo mjerilo (pravo o kojem je riječ i u glavnom postupku i u postupku odlučivanja o privremenoj mjeri mora biti "građansko" u autonomnom značenju tog pojma sukladno članku 6. Konvencije) dao je potvrđan odgovor.

"U pogledu prvog mjerila Sud najprije primjećuje da se radi provedbe testa *Micallef* naprijed navedeni upravni postupak treba smatrati 'glavnim postupkom'. U tom su postupku podnositelji zahtjeva tražili povrat nacionalizirane imovine. U izvanparničnom postupku za određivanje privremene mjere koji se radi provedbe testa *Micallef* treba smatrati 'postupkom za određivanje privremene mjere' podnositelji zahtjeva tražili su osiguranje budućeg namirenja svog zahtjeva za povrat imovine. Budući da je pravo dobiti povrat nacionalizirane imovine o kojem je bila riječ i u 'glavnom' postupku i u 'postupku za određivanje privremene mjere', 'građansko' pravo u smislu članka 6., stavka 1. Konvencije, Sud smatra da je u ovom predmetu zadovoljeno prvo mjerilo testa *Micallef*."

Što se tiče pitanja je li ispunjeno drugo mjerilo testa *Micallef* (kad god se može smatrati da se nekom privremenom mjerom stvarno utvrđuje dotično građansko pravo ili obveza neovisno o razdoblju njezina važenja, članak 6. Konvencije bit će primjenjiv), Europski sud dao je negativan odgovor.

“U pogledu drugog mjerila Sud bilježi da se prema hrvatskom pravu smatra kako je privremena mjera kojom se zabranjuje otuđenje ili opterećenje određene imovine, a donošenje koje su tražili podnositelji zahtjeva u ovom predmetu s obzirom na svoju svrhu zaštitna (*protective /conserving/*), dakle mjera svrha koje je osiguranje budućeg namirenja vjerovnikove tražbine. U smislu svojih učinaka ona samo stvara određeno pravo *quasi in rem* (osobito pravo vjerovnika da namiri svoje potraživanje od trećih osoba koje su nakon što je privremena mjera određena stekle određena stvarna */in rem/* prava na nekretnini o kojoj je riječ ...), ali ne dovodi ni do potpunog ni do djelomičnog namirenja vjerovnikove tražbine.

Sud dalje bilježi da su u tom predmetu, u navedenom upravnom postupku nadležne upravne vlasti na kraju utvrdile da je zahtjev podnositelja zahtjeva za povrat imovine o kojoj je riječ, to jest tražbina koju su htjeli osigurati privremenom mjerom određivanje koje su tražili u navedenom izvanparničnom postupku, bio neosnovan te su ga odbile. Stoga se ne može tvrditi da je duljina izvanparničnog postupka kojemu se prigovara stavila interese podnositelja zahtjeva u nepovoljniji položaj i da je imala odlučujući utjecaj na glavni postupak te da je oduzela do supstancijalnih granica svako značenje konačnom ishodu glavnog postupka ...

Sud u takvim okolnostima drži da se ne može smatrati kako se privremenom mjerom koju su tražili podnositelji zahtjeva ‘djelotvorno odlučuje o dotičnom građanskom pravu ili obvezi’ u smislu testa *Micallef* i da stoga u ovom predmetu nije zadovoljeno drugo mjerilo tog testa.

Sud, stoga, upućuje na svoju sudsku praksu prije *Micallefa* koja još uvijek vrijedi u okolnostima kao što su ove koje prevladavaju u ovom predmetu prema kojoj se članak 6., stavak 1. Konvencije ne primjenjuje na postupak koji ima zaštitna obilježja (*procédure de caractère conservatoire*), a u kojemu se traži privremena mjera (vidjeti *Maillard Bous protiv Portugala*, br. 41288/98, § 19., 28. lipnja 2001.).

Stoga se članak 6., stavak 1. ne primjenjuje na postupak kojemu se prigovara.” Na tim je osnovama zahtjev podnositelja u slučaju *Štokalo* bio odbačen kao nedopušten zbog nesuglasnosti s člankom 6., stavkom 1. Konvencije *ratione materiae*.

3.2. Slučaj *Imobilije marketing d. o. o. i Debelić protiv Hrvatske* (2011.)

Drugi hrvatski slučaj u kojem je Europski sud proveo test *Micallef* bio je *Imobilije marketing d. o. o. i Debelić protiv Hrvatske* (2011.).⁴ Podnositelji su 14. lipnja 1999. potpisali ugovor o zakupu poslovnih prostorija s K. K. na razdoblje od pet godina. K. K. se obvezala plaćati zakupninu u iznosu od 10.000 DEM po godini. Ugovor je sklopljen u obliku javnobilježničke isprave. S obzirom na to da je do 20. srpnja 1999. K. K. isplatila samo 1.500 DEM, 26. srpnja 1999. podnositelji su pokrenuli prvi ovršni postupak pred Općinskim sudom u Rabu kako bi naplatili dospjele neisplaćene iznose. Pokrenuli su 23. kolovoza 1999. i izvanparnični postupak za izdavanje privremene mjere kojom su tražili blokadu sredstava na računu K. K. u iznosu od 47.000 DEM. Taj je iznos uključivao i buduća potraživanja na ime navedenog ugovora o zakupu. Iako je sud 1. rujna 1999. blokirao račune K. K., podnositelji se nisu naplatili jer na računima nije bilo sredstava. Općinski sud u Rabu u tri je navrata odbijao prijedlog podnositelja, a drugostupanjski sud je dvaput ukidao prvostupanjsku odluku. Konačno, prvostupanjski je sud 24. rujna 2007. odbio zahtjev podnositelja ocijenivši ga bespredmetnim jer je njihov zahtjev bio dovoljno osiguran u prije spomenutom ovršnom postupku. Županijski sud u Rijeci utvrdio je 22. rujna 2009. povredu prava na suđenje u razumnom roku i dosudio svakom podnositelju 5.000 kn naknade. Podnositelji su prigovorili pred Europskim sudom da im je povrijeđeno pravo na suđenje u razumnom roku u izvanparničnom postupku za izdavanje privremene mjere (članak 6., stavak 1. Konvencije). Smatrali su da im je zbog prekomjerne duljine trajanja tog postupka povrijeđeno i pravo vlasništva (članak 1. Protokola br. 1) te da nisu imali djelotvorno domaće pravno sredstvo za povredu prava na suđenje u razumnom roku (članak 13. Konvencije).

Što se tiče primjenjivosti članka 6., stavka 1. Konvencije Europski sud se pozvao na mjerila prikazana u §§ 84. i 85. presude *Micallef*. Utvrdio je da se ovršni postupak u kojem su podnositelji tražili naplatu dospjelih potraživanja može smatrati "glavnim postupkom" u značenju koje mu daje taj test. S druge strane, pokretanjem postupka za izdavanje privremene mjere podnositelji su htjeli osigurati buduću naplatu svojih potraživanja vezanih uz zakup. Taj izvanparnični postupak treba se radi provedbe testa *Micallef* smatrati "postupkom sudske zabrane", naglasio je Europski sud. S obzirom na to da je pravo na zakupninu

⁴ *Imobilije marketing d. o. o. i Debelić protiv Hrvatske*, odluka ECHR, zahtjev br. 23060/07, 3. svibnja 2011.

građansko pravo u smislu članka 6., stavka 1. Konvencije, prvom mjerilu po testu *Micallef* (pravo o kojem je riječ i u glavnom postupku i u postupku odlučivanja o privremenoj mjeri mora biti "građansko" u autonomnom značenju tog pojma sukladno članku 6. Konvencije) bilo je udovoljeno. Što se tiče drugog mjerila (kad god se može smatrati da se nekom privremenom mjerom stvarno utvrđuje građansko pravo ili obveza neovisno o vremenu njezina važenja, članak 6. Konvencije bit će primjenjiv), Europski sud ponovio je pravnu narav privremenih mjera u hrvatskom pravu koju je obrazložio u slučaju *Štokalo*. Zaključio je da duljina izvanparničnog postupka poslije 1. rujna 1999. kad je blokiran račun K. K. nije mogla imati nikakav utjecaj na očekivano ostvarenje podnositeljevih potraživanja. S druge strane, izvanparnični postupak trajao je do 1. rujna 1999. samo sedam dana i ne može se smatrati da je trajao prekomjerno. Prema tome, ne može se tvrditi da je duljina trajanja izvanparničnog postupka naštetila podnositeljevim interesima i da je oduzela do supstancijalnih granica svako značenje konačnom ishodu glavnog postupka.

Europski sud je zaključio da se za osporene privremene mjere ne može reći da "stvarno utječu na odluku o određenim građanskim pravima i obvezama" u okviru značenja testa *Micallef*. Stoga u slučaju *Imobilije marketing d. o. o. i Debelić protiv Hrvatske* (2011.) nije bilo udovoljeno drugom mjerilu navedenog testa pa zahtjev podnositelja nije bio u skladu s člankom 6., stavkom 1. Konvencije *ratione materiae*. Odbačen je kao nedopušten.

3.3. Obveza primjene testa *Micallef* u hrvatskoj pravnoj praksi

Analiza primjenjivosti testa *Micallef* u nacionalnim postupcima zaštite ustavnih prava pokrenutih ustavnim tužbama koja je provedena za potrebe Ustavnog suda Republike Hrvatske⁵, dovela je do određenih načelnih zaključaka.

Prema dosadašnjoj praksi Europskog suda test *Micallef* primjenjivao se svaki put kad je postojao dualitet postupaka. To znači da istodobno mora biti riječ o provedbi dvaju usporednih postupaka. Prvom je predmet meritorno odlučivanje o određenom pravu dok je predmet drugog, koji je primarni objekt nadzora,

⁵ Analizu je proveo ustavnosudski savjetnik Alan Mostovac u ekspertizi pod naslovom *Promemorija o primjeni Micallef testa na postojeću ustavnosudsku praksu*, Zagreb, veljača i studeni 2012. (arhiv Ustavnog suda Republike Hrvatske, neobjavljeno). Zaključci koji se iznose dio su te analize.

donošenje određene vrste privremene, provizorne odluke koja ima određen utjecaj na glavnu stvar, odnosno na pravo koje je predmet glavnog postupka. Bitno je da se podnositelj žali na ishod ili sadržaj drugog postupka (u povodu privremene mjere, odnosno sudske zabrane) ističući da u njemu nisu poštovana ustavnopravna jamstva poštenog postupanja. U toj fazi još nije odlučno koje je pravo predmet obaju postupaka – bitno je da je riječ o istovjetnom pravu, dakle da postoji jasna povezanost između dvaju postupaka u pogledu njihove pravne podloge. U praksi Europskog sada priroda samog prava koje je zajednički predmet obaju (dvojnih) postupaka dolazi u pitanje tek u samoj fazi provođenja glavnog postupka. S praktičnog aspekta, u okvirima hrvatskog pozitivnog prava valja zaključiti: građanska glava članka 6. Konvencije primjenjuje se na postupak određivanja privremene mjere, odnosno sudske zabrane ako su ispunjene sljedeće pretpostavke:

- (1) Test *Micallef* odnosi se samo na kontradiktorne postupke, što isključuje svaku vrstu dobrovoljnih postupaka osiguranja.
- (2) Mora postojati glavni postupak (meritorni) i sporedni postupak (privremena mjera, odnosno sudska zabrana).
- (3) Stranka u svom podnesku mora istaknuti povredu članka 29., stavka 1. Ustava Republike Hrvatske i/ili građanske glave članka 6., stavka 1. Konvencije u sporednom postupku.
- (4) Pravo o kojem je riječ i u glavnom postupku i u postupku u povodu privremene mjere, odnosno sudske zabrane mora biti “građansko” u autonomnom konvencijskom značenju te riječi.
- (5) Ni na jedan od dvaju postupaka (ni na glavni ni na sporedni) ne bi smjela biti primjenjiva kaznena sfera odlučivanja u širem smislu (kazneni, prekršajni, disciplinski ili slični postupci).
- (6) Privremena mjera, odnosno sudska zabrana s obzirom na svoj predmet, svrhu i učinak mora stvarno utvrđivati određeno građansko pravo neovisno o razdoblju njezina važenja. To znači da drugo mjerilo u testu *Micallef* ima zadaću odgovoriti na pitanje kakva je uloga sporednog postupka u odnosu prema glavnom postupku, to jest je li ta uloga ključna za ostvarivanje svrhe glavnog postupka ili nije.

Summary

Jasna Omejec *

APPLICABILITY OF ARTICLE 6 SAFEGUARDS TO INTERIM MEASURES AND INJUNCTION PROCEEDINGS RATIONE MATERIAE

In the case of Micallef v. Malta (judgment [GC], no. 17056/06, 15 October 2009) the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”) no longer finds it justified to automatically characterise injunction proceedings as non-determinative of civil rights or obligations. Nor is the Court convinced that a defect in such proceedings would necessarily be remedied at a later stage, namely, in proceedings on the merits governed by Article 6 since any prejudice suffered in the meantime may by then have become irreversible and with little realistic opportunity to redress the damage caused, except perhaps for the possibility of pecuniary compensation.

In the Micallef judgment the Court thus considered that the fact that interim decisions which also determine civil rights and obligations were not protected by Article 6 under the Convention calls for a new approach, and that a change in the Court’s case law is necessary. However, not all interim measures determine “civil rights and obligations” for the purpose of Article 6. So, the applicability of Article 6 will depend on whether certain conditions are fulfilled.

First, the right at stake in both the main and the injunction proceedings should be “civil” within the autonomous meaning of that notion under Article 6 of the Convention. Second, the nature of the interim measure, its object and purpose as well as its effects on the right in question should be scrutinised. Whenever an interim measure can be considered effectively to determine civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it is in force, Article 6 will be applicable.

However, in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue.

* Jasna Omejec, Ph. D., President of the Constitutional Court of the Republic of Croatia; Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

In any subsequent proceedings before the Court, it will fall to the Government to establish that, in view of the purpose of the proceedings at issue in a given case, one or more specific procedural safeguards could not be applied without unduly prejudicing the attainment of the objectives sought by the interim measure in question.

Keywords: European Court of Human Rights, Article 6 § 1 of the Convention, interim measures, Micallef test.

ZLATNE DIONICE I SLOBODA KRETANJA KAPITALA U EUROPSKOJ UNIJI*

*Prof. dr. sc. Siniša Rodin ***

Smještajući argumentaciju u kontekst slobode kretanja kapitala u Europskoj uniji autor analizira praksu Europskog suda vezanu uz tzv. zlatne dionice i druge mehanizme jačanja iznadproporcionalne državne kontrole nad upravljanjem trgovačkim društvima. Nakon objašnjenja zašto Europski sud smatra da zlatne dionice predstavljaju ograničenje slobode kretanja kapitala i razmatranja pitanja zašto Europski sud prihvaća restriktivan pristup opravdanju nacionalnih mjera analizira se recentni razvoj sudske prakse u području zlatnih dionica, posebno vezano uz postupke koji se pred Europskim sudom vode protiv SR Njemačke. Zaključno, autor raspravlja o utjecaju dosadašnje sudske prakse na razumijevanje suvremene tržišne ekonomije i uloge države u njoj, u njenoj vlasničkoj i regulatornoj ulozi, te sugerira da je svako uplitanje države u donošenje poslovnih odluka trgovačkih društava u slobodnom tržišnom gospodarstvu suspektno, čak i kada država taj utjecaj ostvaruje preko svojih vlasničkih udjela.

Ključne riječi: sloboda kretanja kapitala, horizontalni učinak, izravna strana ulaganja, Europska unija, zlatne dionice, infrakcijski postupak.

1. UVOD

Zlatne dionice su jedan od mehanizama jačanja kontrole države kao manjinskog dioničara nad dioničkim društvima (eng. *control enhancement mechanisms*). U jednoj studiji¹ zlatne dionice definirane su kao "...prioritetne dionice izdane u

* Članak je proširena verzija predavanja održanog 14. rujna 2012. godine na Fordham Law School u New Yorku.

** Dr. sc. Siniša Rodin, profesor (Jean Monnet Chair) Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Report on the Proportionality Principle in the European Union, Shearman & Sterling, LLP, Institutional Shareholders Services and European Corporate Governance Institute,

korist državne vlasti. Zlatne dionice dodjeljuju posebna prava kojima se koriste državna, lokalna vlast ili od državne vlasti kontrolirane osobe kako bi zadržale kontrolu nad privatiziranim poduzećima dodjeljujući im prava koja su veća od onih koja su povezana s *normalnim* dioničarstvom. One omogućuju državnoj vlasti da, npr., blokiraju preuzimanja, ograniče glasačka prava i/ili odluke uprave.” U istom izvoru stoji da između 58 i 92% investitora prilikom donošenja investicijskih odluka uzima u obzir prisutnost mehanizama za jačanje kontrole.² Isto tako, 80% investitora očekuje sniženje cijene dionica dioničkih društava koja su prihvatila neki od mehanizama za jačanje kontrole.

I Europska komisija i Europski sud smatraju da zlatne dionice i slični mehanizmi jačanja kontrole stvaraju prepreke slobodi kretanja kapitala i da, stoga, predstavljaju povredu čl. 63. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU). Mantra koju Europski sud neprekidno ponavlja u svojoj praksi poručuje da su nacionalne mjere koje ograničavaju ili čine manje privlačnim uživanje temeljnih sloboda zajamčenih Ugovorom *per se* suprotne pravu Europske unije, osim ako ne ispunjavaju četiri kumulativna uvjeta. Takve nacionalne mjere moraju se primjenjivati na nediskriminatoran način prema domaćim investitorima i investitorima iz drugih država članica, moraju biti opravdane imperativnim razlozima općeg interesa, moraju biti prikladne za osiguranje cilja za čijim ostvarenjem teže i ne smiju ograničavati tržišne slobode više od onoga što je nužno za ostvarivanje tog cilja.³

Imperativni razlozi javnog interesa navedeni su u čl. 65. UFEU i uključuju specifične razloge poput poreznih razloga, prudencijalnog nadzora, statističkih razloga te opće razloge. Opći razlozi javnog interesa su javni interes (engl. *public policy*) i javna sigurnost (engl. *public security*). Ako su ostali uvjeti ispunjeni, tj. ako je nacionalni propis nediskriminatoran, Europski sud spreman je razmotriti predstavlja li i neki drugi imperativni javni interes valjano opravdanje.

Nakon tih uvodnih napomena prvo ćemo objasniti zašto Europski sud smatra da su zlatne dionice u dosegu čl. 63. UFEU. Drugo, pokazat ćemo da Europski sud prihvaća restriktivan pristup opravdanju nacionalnih mjera. Treće, analizirat ćemo recentni razvoj sudske prakse u području zlatnih dionica posebno se osvrćući

External Study Commissioned by the European Commission Open call for Tenders N° MARKT/2006/15/F, Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies.

² *Ibid.*, str. 6.

³ Vidi, npr., predmet C-334/02 *Commission v France*, § 28.

samo na tzv. Volkswagen sagu svjesni opsežne literature o problematici zlatnih dionica.⁴ Na kraju ćemo izložiti otvorena pitanja koja u dosadašnjoj europskoj praksi nisu riješena te izložiti kako se ti problemi reflektiraju na Hrvatsku. Naše će izlaganje biti u okviru recentne prakse vezane uz nacionalne restrikcije slobode kretanja kapitala, što je u širem okviru definicije zlatnih dionica.

2. ŠTO SU ZLATNE DIONICE I ZBOG ČEGA SU ONE U DOSEGU ČL. 63. UFEU?

Kako proizlazi iz prakse Europskog suda vezane uz slobodu kretanja kapitala, zakonitost nacionalnih mjera u odnosu na pravo Europske unije ne ovisi o tome kako nacionalno pravo definira pojam zlatnih dionica ili definira li ga uopće. Europski sud također nije nikada razvio svoju vlastitu definiciju. Ono što je zanimljivo Europskom sudu je intenzitet državnog utjecaja na upravljanje trgovačkim društvom na temelju određenog državnog vlasničkog udjela. U biti, izraz “zlatna dionica” u rječniku Europskog suda koristi se kako bi se obuhvatio veći broj mehanizama jačanja kontrole koji možda uopće ne uključuju izdavanje prioritete, “zlatne” dionice, ali koji mogu državi dodijeliti posebne regulatorne ovlasti poput ovlasti davanja izričitih odobrenja, ovlasti imenovanja direktora trgovačkog društva ili revizora ili pak ovlasti stavljanja veta na određene kategorije odluka.⁵ Ukratko, čini se da Europski sud s pojačanom pozornošću prati svako uplitanje državne vlasti u ovlasti dioničara da kontroliraju trgovačko društvo.⁶

Glavna odredba UFEU o slobodi kretanja kapitala, čl. 63., ne definira precizno slobodu koja se tom odredbom jamči. Norma je jako općenita i propisuje tek da je sloboda kretanja kapitala jedna od četiriju temeljnih sloboda unutarnjeg tržišta. Kako bi konkretizirao njen sadržaj, Europski sud počeo je kontrolirati u kojoj je mjeri nacionalno pravo u skladu s definicijama koje propisuje Direktiva 88/361/EEC koja je prihvaćena upravo za potrebe provedbe čl. 63. UFEU.⁷

⁴ Vidi, npr., O’Grady Putek, Ch., *Limited But Not Lost: A Comment on the ECJ’s Golden Share Decisions*, *Fordham Law Review*, vol. 72, br. 5, 2004., str. 2219.

⁵ Vidi, npr., *C-58/99 Commission v Italy* (2000.), ECR I-03811.

⁶ Vidi, npr., Weil, K.; Lustig, E., *Case law of the European Court of Justice on “golden shares” of Member States in privatised companies: Comment on the ECJ decisions of 4 June 2002*, *The European Legal Forum*, vol. 5, 2002., str. 278.

⁷ Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty.

Čl. I. Direktive ponavlja ugovornu obvezu propisanu državama članicama na temelju koje one moraju ukinuti sva ograničenja slobode kretanja kapitala te se poziva na otvorenu Nomenklaturu kapitalnih kretanja koja se nalazi u Aneksu I. Direktive.⁸ Aneks sadrži popis oblika kapitalnih kretanja poput izravnih ulaganja (I-I), investicija u nekretnine (I-II), operacije na tržištu kapitala (I-III) itd. Za određenje pojma zlatnih dionica relevantne su Bilješke (Explanatory Notes to the Annex I.) koje pojašnjavaju da u odnosu na poduzeća "...koja imaju status dioničkih društava, sudjelovanje koje ima narav izravnog ulaganja postoji kada dionički udio koji ima fizička osoba, drugo poduzeće ili bilo koji drugi imatelj omogućuje dioničaru da bilo na temelju odredaba nacionalnog prava primjenjivog na dionička društva ili na drugi način *stvarno sudjeluje u upravljanju trgovačkim društvom ili u njegovoj kontroli.*"⁹

Polazeći od te definicije i pojašnjenja Europski sud ih je pretočio u svoju vlastitu interpretaciju čl. 63. UFEU. Tako će nacionalni propis, prema shvaćanju Europskog suda, biti u dosegu čl. 63. UFEU ako "...bilo na temelju odredaba nacionalnog prava primjenjivog na dionička društva ili na drugi način" ograničava pravo izravnih investitora "...da stvarno sudjeluju u upravljanju trgovačkim društvom ili u njegovoj kontroli."¹⁰ Posljedica je činjenice da je neka nacionalna norma u dosegu čl. 63. UFEU da je ona *per se* nezakonita u smislu prava Europske unije i da je nacionalni sud smije primijeniti samo ako ne postoji neki od imperativnih razloga javnog interesa, što je podvrgnuto nadzoru Komisije i Europskog suda.

Pored nacionalnih mjera koje odvrćaju izravne investicije, Europski sud smatra da i nacionalne mjere koje odvrćaju *portofolio* investicije također ulaze u doseg čl. 63. UFEU. Prema shvaćanju Europskog suda moguće odbijanje javne vlasti koja ima ovlast odobravati određene korporativne odluke može sniziti tržišnu vrijednost dionica i odvrćati burzovne investitore. S tim u vezi Europski sud naglašava da javni interes koji država teži ostvariti ne smije biti poistovjećen s ekonomskim interesom poduzeća i na taj način odvrćati investitore.¹¹

⁸ Annex I, Official Journal, L 178/8.

⁹ Istaknuo S. R. "...which have the status of companies limited by shares, there is participation in the nature of direct investment where the block of shares held by a natural person or another undertaking or any other holder enables the shareholder, either pursuant to the provisions of national laws relating to companies limited by shares or otherwise, *to participate effectively in the management of the company or in its control.*"

¹⁰ Vidi, npr., predmet C-98/01 *Commission v UK* (2003.), ECR I-04641, §§ 40 i 44.

¹¹ Spojeni predmeti C-282/04 i C-283/84 *Commission v Netherlands*, §§ 27 i 28.

2.1. Je li privatna regulacija u dosegu čl. 63. UFEU?

Čl. 63. UFEU primjenjuje se prvenstveno na državnu regulaciju (engl. *State Action*).¹² Međutim, ako se na slobodu kretanja kapitala primijeni praksa Europskog suda primjenjiva na ostale tržišne slobode, može se zastupati stajalište i da su regulatorne mjere privatnih aktera također u njegovu dosegu, odnosno da čl. 63. UFEU ima horizontalni izravni učinak.¹³ Ipak, Europski sud nije nikada izričito potvrdio da se čl. 63. UFEU primjenjuje i na privatnu regulaciju nego je, umjesto toga, proširio interpretaciju pojma državnih mjera.

Dobar primjer takve interpretacije nalazimo u predmetu *Commission v UK*.¹⁴ The British Airport Authority (BAA plc) bilo je privatno poduzeće osnovano 1987. godine sa svrhom da nastavi aktivnosti koje je prethodno obavljalo jedno tijelo državne vlasti. Spor između Komisije i Ujedinjenog Kraljevstva vodio se oko pitanja jesu li odredbe Društvenog ugovora BAA plc koje ograničavaju mogućnost stjecanja dionica s pravom glasa i postupak prema kojemu je za raspolaganje imovinom društva, za gašenje društva i za kontrolu podružnica nužno dopuštenje ministra u skladu s odredbama UFEU o slobodi poslovnog nastana i slobodi kretanja kapitala. Sastavni dio Društvenog ugovora bila je i odredba o izdavanju posebne dionice u vrijednosti jedne britanske funte koju je držao ministar prometa.

Vlada Ujedinjenog Kraljevstva isticala je pred Europskim sudom da je sporna dionica stvorena privatnom regulacijom dioničara, a ne aktom državne vlasti. Nadalje, Vlada je tvrdila da zbog neharmoniziranog prava trgovačkih društava u Europskoj uniji države članice imaju pravo regulirati emisiju dionica i da se pravo Europske unije ne može primijeniti.¹⁵ Europski sud odbacio je argument

¹² Što je *State Action* je prijeporno. Sunstein smatra da je država uvijek prisutna. Vidi Sunstein, C. S., *State Action is Always Present*, Chi. J. Int'l L., vol. 3, 2002., str. 465.

¹³ Predmet 36/74 *Walrave and Koch*, § 18: "...zabrana prepreka slobodi kretanja osoba i slobodi pružanja usluga između država članica koje su temeljni ciljevi Zajednice sadržani u čl. 3(c) Ugovora bili bi kompromitirani ako bi zabrana nacionalnih prepreka bila neutralizirana preprekama koje proizlaze iz korištenja pravne autonomije privatnih udruga ili organizacija na koje se ne primjenjuje javno pravo." U novijoj praksi, u području slobode kretanja robe Europski sud odlučio je da je privatna regulacija u dosegu odredaba Ugovora. Predmet C-171/11 *Fra.bo SpA*, presuda od 12. srpnja 2012. Više o tome vidi *infra ad 4*.

¹⁴ Predmet C-98/01 (2003.), ECR I-04641.

¹⁵ *Ibid.*, § 31.

da ne postoji akt državne vlasti.¹⁶ Prema njegovu shvaćanju restrikcije ne proizlaze iz privatne regulacije nego iz činjenice da društveni ugovor mora potvrditi ministar, što je dovoljno da bi se sporne restrikcije mogle okarakterizirati kao akt države.

Pozivajući se na izričaj Aneksa I-II Direktive Europski je sud zaključio da sporni aranžman predstavlja ograničenje slobode kretanja kapitala. Ipak, Sud nije izričito rekao da se pravo Europske unije primjenjuje na privatnu regulaciju. Umjesto toga, široko je interpretirao koncept akata države kako bi u njega uključio i odobrenje društvenog ugovora od strane ministra. Ostalo je neriješenim bi li potpuno privatna regulacija, bez ikakve uloge države, vodila istom rezultatu. Derrick Wyatt upozorava na opasnosti priznavanja horizontalnog izravnog učinka čl. 63. UFEU.¹⁷ Ističe kako bi, budući da čl. 63. jednako jamči slobodu kretanja kapitala i državama članicama i trećim državama, horizontalni učinak dopustio poduzetnicima iz trećih država da se pozivaju na slobodu kretanja kapitala dok recipročno pravo osoba iz Europske unije u tim trećim državama ne bi nužno moralo biti zajamčeno. S druge strane, širenje dosega čl. 63. na privatnu regulaciju predstavljalo bi sudsku harmonizaciju nacionalnog prava trgovačkih društava i ograničavalo bi autonomiju dioničara.

2.2. Pravo poslovnog nastana i sloboda kretanja kapitala

Dodatan problem vezan uz određenje dosega čl. 63. UFEU predstavlja razgraničenje slobode kretanja kapitala od drugih tržišnih sloboda, posebice od prava poslovnog nastana. U tom smislu Europski sud u svojoj je praksi dao određena pojašnjenja.

Prema shvaćanju Europskog suda, ako se nacionalne mjere "...primjenjuju na vlasništvo udjela državljana jedne države članice u kapitalu trgovačkog društva osnovanog u drugoj državi članici, dopuštajući im da imaju *odlučan utjecaj na odluke tog trgovačkog društva i da određuju njegove aktivnosti*", takve će nacionalne mjere biti u dosegu čl. 49. UFEU, tj. u dosegu prava poslovnog nastana.¹⁸ S

¹⁶ *Ibid.*, §§ 48 i 49.

¹⁷ Wyatt, D., *Horizontal Effect of Fundamental Freedoms and the Right to Equality after Viking and Mangold, and the Implications for Community Competence*, Croatian Yearbook of European Law & Policy, vol. 4, br. 1, 2008., str. 38.

¹⁸ Predmet C-212/09 *Commission v Portugal*, još neobjavljeno, § 42; C-244/11 *Commission v Greece*, presuda od 8. studenoga 2012., još neobjavljeno, §§ 21 – 25.

druge strane, nacionalne mjere koje ograničavaju investicije, "...koje služe za uspostavu ili održavanje trajnih i izravnih veza između osoba koje osiguravaju kapital i trgovačkog društva kojemu se taj kapital stavlja na raspolaganje kako bi obavljalo neku ekonomsku aktivnost ..." i koje ograničavaju dioničare "...da učinkovito sudjeluju u upravljanju trgovačkim društvom i da ga kontroliraju"¹⁹ ulaze u doseg čl. 63. UFEU, tj. u doseg slobode kretanja kapitala. Tu liniju razlikovanja Europski je sud odredio, primjerice, u predmetima *Überseering*²⁰ i *Baars*²¹, a najbolje je izražava izričaj "odlučan utjecaj na odluke trgovačkog društva." Drugim riječima, stjecanje većinskog udjela u trgovačkom društvu ulazi u doseg čl. 49. UFEU dok izravna ulaganja ispod većinskog praga ulaze u doseg čl. 63. UFEU. Burzovne investicije ulaze u doseg čl. 63. UFEU na temelju presumpcije Europskog suda da nacionalne mjere proizvode odvrćajući učinak za burzovna ulaganja jer umanjuju tržišnu cijenu dionica.

3. MOGU LI SE NACIONALNE MJERE KOJE USPOSTAVLJAJU ZLATNE DIONICE OPRAVDATI?

Nakon što neki nacionalni propis uđe u doseg jamstava slobode kretanja kapitala zajamčene UFEU, teret dokaza prebacuje se na državu članicu koja, kako bi opravdala propis, mora dokazati postojanje jednog od razloga isključenja protupravnosti (opravdanja) propisanog čl. 65. UFEU. Kako smo već spomenuli, opravdanja mogu biti osobito važni razlozi javnog interesa koji mogu biti specifični, poput razloga oporezivanja, prudencijalnog nadzora, statističkih razloga, ili opći. Opći razlozi su razlozi javne politike i javne sigurnosti.

¹⁹ *Ibid.*, § 43.

²⁰ Predmet C-208/00 *Überseering* (2002.), ECR I-09919, § 77: "...as a general rule the acquisition by one or more natural persons residing in a Member State of shares in a company incorporated and established in another Member State is covered by the Treaty provisions on the free movement of capital, provided that the shareholding does not confer on those natural persons definite influence over the company's decisions and does not allow them to determine its activities. By contrast, where the acquisition involves all the shares in a company having its registered office in another Member State and the shareholding confers a definite influence over the company's decisions and allows the shareholders to determine its activities, it is the Treaty provisions on freedom of establishment which apply."

²¹ Predmet C-251/98 *Baars* (2000.), ECR I-2787, §§ 21 i 22.

Ponovimo, kada neka nacionalna mjera ograničava pravo izravnih investitora "...da učinkovito sudjeluju u upravljanju trgovačkim društvom ili da ga nadziru" ili kada ima "...odvraćajući učinak na burzovne investicije" jer umanjuje burzovnu vrijednost dionica²², smatrat će se da je suprotna pravu Europske unije, osim ako je država ne uspije opravdati. Zanimljivo, Europski sud ne traži nikakve empirijske dokaze tih restrikcija i razloge isključenja protupravnosti interpretira restriktivno. Temeljno pravilo koje Europski sud neprestano ponavlja u svojoj praksi određuje da *ekonomski razlozi nisu nikada valjano opravdanje*. Tako je u predmetu *Commission v Portugal*²³ Europski sud odlučio da ciljevi javnog interesa kao što su "odabir strateškog partnera", "jačanje kompetitivne strukture tržišta" ili "modernizacija i jačanje učinkovitosti sredstava proizvodnje" predstavljaju samo ekonomski interes koji ne može opravdati nacionalne restrikcije slobode kretanja kapitala. Drugim riječima, razloge isključenja protupravnosti navedene u čl. 65. valja interpretirati restriktivno. Države članice često se pozivaju na nacionalni interes ili na razloge javne sigurnosti kao na moguća opravdanja restriktivnih mjera koje donose. Međutim, i Europska komisija i Europski sud prema takvim se opravdanjima postavljaju rezervirano.

Kako je Komisija naglasila u svojem Priopćenju iz 1997. godine²⁴, "...razlozi nacionalnog interesa često su povezani s mjerama koje su, teoretski, nediskriminatorne, poput davanja prethodnih odobrenja. Taj kriterij nije dovoljno transparentan i mogao bi uvesti element diskriminacije prema stranim investitorima kao i pravnu nesigurnost." Komisija je zabrinuta da bi razlozi nacionalnog interesa mogli biti restriktivniji od iznimaka propisanih UFEU i praksom Europskog suda. Kako proizlazi iz dobro utvrđene prakse, Europski sud bit će spreman prihvatiti pozivanje države članice na razloge javne sigurnosti isključivo u slučaju kada postoji "stvarna i dovoljno ozbiljna prijetnja jednom od temeljnih interesa društva."²⁵

²² Spojeni predmeti C-282/04 i C-283/84 *Commission v Netherlands*, § 27.

²³ Predmet C-367/98 *Commission v Portugal*, § 31.

²⁴ Communication of the Commission on certain legal aspects concerning intra-EU investment (97/C 220/06).

²⁵ Predmet C-2012/09 *Commission v Portugal*, § 83; "...dobro je poznato da se zahtjevi javne sigurnosti, osobito kada se na njih poziva u svrhu derogacije temeljnog načela slobode kretanja kapitala, moraju interpretirati restriktivno tako da, u konačnici, njihov doseg ne može nezavisno određivati svaka država članica za sebe bez ikakve kontrole institucija Europske unije. Stoga se na javnu sigurnost može oslanjati samo ako postoji stvarna i dovoljno ozbiljna prijetnja jednom od temeljnih društvenih interesa."

Pružanje usluga od općeg ekonomskog interesa jedno je od mogućih opravdanja koje je Europski sud spreman prihvatiti ako nacionalna mjera položi test proporcionalnosti. Tako je u predmetu *Commission v Netherlands*²⁶ Europski sud kao razlog isključenja protupravnosti prihvatio, *prima facie*, potrebu za osiguravanjem univerzalne poštanske usluge. Međutim, nakon što je primijenio test proporcionalnosti, Europski je sud zaključio da "...sporna posebna dionica ide preko onoga što je nužno kako bi se osigurala solventnost i kontinuitet davatelja univerzalne poštanske usluge."

Jedan od rijetkih slučajeva u kojemu je Europski sud prihvatio nacionalna opravdanja je predmet *Commission v Belgium* iz 2002. godine.²⁷ Belgijski Kraljevski dekret od 10. lipnja 1994. godine dodijelio je Belgiji određena prava u odnosu na privatizirano trgovačko društvo Société nationale de transport par canalisations. Ta prava uključivala su ovlast ministra da se suprotstavi odlukama trgovačkog društva koje su se odnosile na raspolaganje infrastrukturom za transport goriva ako su te odluke suprotne nacionalnom interesu u sektoru energetike. Dekret je također dodijelio belgijskoj vladi pravo da imenuje dva predstavnika kao članove uprave poduzeća. Ti predstavnici bili su ovlašteni predlagati ministru da poništi bilo koju odluku uprave koja bi bila suprotna smjernicama nacionalne energetske politike. Slična prava dodijeljena su belgijskoj vladi na temelju Kraljevskog dekreta od 16. lipnja 1994. godine u pogledu jednog drugog trgovačkog društva (Distrigaz).

Belgijska vlada pozvala se na nacionalnu sigurnost kao razlog isključenja protupravnosti. Prema belgijskom shvaćanju, stabilna opskrba plinom jest zahtjev nacionalne sigurnosti. Europski sud smatrao je da sporno belgijsko zakonodavstvo ulazi u doseg čl. 63. UFEU te da predstavlja ograničenje slobode kretanja kapitala, ali ga je proglasio opravdanim uzimajući u obzir posebne okolnosti. To su sljedeće okolnosti. Prvo, belgijsko zakonodavstvo uspostavilo je opozicijski postupak, tj. *ex post* pravo veta belgijske vlade. Ta ovlast, smatra Europski sud, ne ograničava temeljno pravilo prema kojem trgovačka društva pri donošenju poslovnih odluka moraju imati autonomiju.²⁸ Drugo, Europski sud ograničio je doseg belgijskog opravdanja pojasnivši da je mogućnost veta podvrgnuta strogim rokovima i da je ograničena samo na neke poslovne odluke koje utječu na stratešku imovinu poduzeća, posebice na distribucijsku mrežu.²⁹

²⁶ Spojeni predmeti C-282/04 i C-283/84 *Commission v Netherlands*, §§ 38 i 39.

²⁷ Predmet C-503/99 *Commission v Belgium*.

²⁸ *Ibid.*, § 49.

²⁹ *Ibid.*, § 50.

Treće, ministar smije intervenirati samo u slučajevima kada su ugroženi ciljevi nacionalne energetske politike. Konačno, svaka takva intervencija mora biti obrazložena i podvrgnuta učinkovitoj sudskoj zaštiti.³⁰ Nezavisni odvjetnik Maduro sažeo je pristup Europskog suda u svom mišljenju u predmetu *Commission v Netherlands* sljedećim riječima: "...propisi koji državi dodjeljuju posebna prava moraju se temeljiti na objektivnim i preciznim kriterijima koji ne idu preko onoga što je nužno za ostvarivanje javnog interesa i moraju jamčiti mogućnost učinkovite sudske zaštite."³¹

4. COMMISSION V GERMANY (VOLKSWAGEN)

Vjerojatno najpoznatiji kontekst u kojem je Europski sud imao priliku odlučivati o sukladnosti posebnih upravljačkih prava države s pravilima Europske unije o slobodi kretanja kapitala predstavlja litigacija vezana uz njemačkog proizvođača automobila Volkswagena.³² Ostavljajući po strani složenu povijest te korporacije³³, navodimo da je sporno njemačko zakonodavstvo transformiralo odredbe društvenog ugovora Volkswagena u zakon koji je propisao tri u očima Europske komisije nezakonita mehanizma.

Prvo, njemački zakon propisao je obvezno ograničenje glasačkih udjela (engl. *voting cap*) od 20% neovisno o vlasništvu udjela u trgovačkom društvu. Drugim riječima, vlasnici ma i 70% dionica prema njemačkom zakonu imaju najviše 20% glasova. Drugo, propisana je blokirajuća manjina od 20% na temelju koje vlasnik 20% udjela može blokirati donošenje poslovnih odluka. U stvarnosti, Savezna vlada i Vlada Donje Saske mogle su se koristiti takvim pravom manjinskog veta. Konačno, Saveznoj vladi i Vladi Donje Saske zakon je zajamčio pravo da postavljaju dva člana vlade u nadzorni odbor trgovačkog društva neovisno o stvarnom vlasničkom udjelu države.

Europski sud prihvatio je 23. listopada 2007. argumente koje je u tužbi protiv Njemačke iznijela Europska komisija i odlučio da je Njemačka povrijedila

³⁰ *Ibid.*, § 51.

³¹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Madura u spojenim predmetima C-282/04 i C-283/04 *Commission v Netherlands*, § 31.

³² Predmet C-112/05 *Commission v Germany*.

³³ Za pregled povijesnih činjenica o nastanku i razvoju Volkswagena vidi Gerner-Beuerle, C., *Shareholders Between the Market and the State. The VW Law and Other Interventions in the Market Economy*, Common Mkt. L. Rev, vol. 49, br. 97, 2012., str. 100.

odredbe UFEU o slobodi kretanja kapitala, i to na temelju svih triju točaka tužbe.³⁴ Odlučio je ovako: “Ograničavajući mogućnost drugih dioničara da sudjeluju u trgovačkom društvu kako bi uspostavili trajne i izravne ekonomske veze s njim, što bi omogućilo da učinkovito sudjeluju u upravljanju tim trgovačkim društvom ili da ga kontroliraju, ova situacija odvraća izravne investitore iz drugih država članica.”³⁵

Europski sud nije bio impresioniran argumentima Njemačke da su dionice Volkswagena među najtraženijima u Europi. Sam po sebi, odvratajući učinak koji njemački zakon proizvodi u pogledu stranih izravnih investitora bio je dovoljan kako bi sud zaključio da je njemački zakon suprotan čl. 63. UFEU. Reagirajući na presudu Njemačka je 2008. godine izmijenila sporni zakon i uklonila državne dužnosnike iz nadzornog odbora trgovačkog društva te ukinula ograničenje glasačkih prava od 20%. Ipak, odredba o blokirajućoj manjini od 20% u korist Vlade Donje Saske ostala je na snazi. Isto tako, odredbe društvenog ugovora Volkswagena koje su bile integrirane u sporni njemački zakon nisu izmijenjene. Učinak tih promjena bio je da je jedan dio spornih odredaba povučen iz zakonodavstva, ali je opstao kao dio privatnog uređenja društvenog ugovora dok je odredba o blokirajućoj manjini čak i ostala dijelom zakona.

Čini se da je njemački manevar bio usmjeren dvama ciljevima. Prvi cilj težio je očuvanju odredbe o blokirajućoj manjini. U tom kontekstu Njemačka smatra da iz presude Europskog suda proizlazi da samo sve tri sporne norme uzete zajedno (ograničenje prava glasa, državni dužnosnici u nadzornom odboru i blokirajuća manjina) čine povredu UFEU. Prema toj interpretaciji, blokirajuća manjina, sama po sebi, nije dovoljna da bi se ustanovila povreda UFEU dok su preostale dvije sporne odredbe, prebacivanjem iz zakona u društveni ugovor, prestale biti aktom državne vlasti te su, stoga, izvan dosega čl. 63. UFEU. Upravo zato, drugi cilj i linija argumentacije idu za ograničenjem dosega čl. 63. na temelju doktrine akta državne vlasti. Naime, prema njemačkom shvaćanju, tako dugo dok neki mehanizam za jačanje kontrole ima karakter privatne, a ne državne regulacije, pravo Europske unije neće biti primjenjivo. U prvom predmetu *Volkswagen* iz 2007. godine Europski sud se ukratko osvrnuo na to pitanje i zaključio da činjenica da njemački zakon tek reproducira odredbe društvenog ugovora koje dodjeljuju sporna posebna prava državi nije odlučujuća.

³⁴ Za ograničenje prava glasa i blokirajuću manjinu vidi § 56. Za predstavnike vlasti u nadzornom odboru vidi § 68.

³⁵ § 52.

Međutim, sud nije rekao ništa o tome postoji li pozitivna obveza Njemačke da stavi izvan snage takvu privatnu regulaciju. Takva obveza može se konstruirati iz čl. 6. Direktive 88/361/EEC koji propisuje da države članice imaju obvezu poduzeti sve mjere koje su nužne za primjenu Direktive kao i iz čl. 4(3) UFEU koji propisuje obvezu iskrene suradnje država članica s Europskom unijom na ostvarivanju njenih ciljeva.

21. veljače 2012. godine Europska komisija pokrenula je novi postupak pred Europskim sudom protiv Njemačke tražeći od Europskog suda da naredi Njemačkoj plaćanje dnevne novčane kazne u iznosu od 282.725,10 eura i paušalnog dnevnog iznosa od 31.114,72 eura tako dugo dok povreda traje. Suprotno tvrdnjama Njemačke, Komisija smatra da svaka od tri utvrđene povrede, sama po sebi, predstavlja povredu Ugovora. Prema shvaćanju Njemačke zakonska norma koja propisuje većinu od 80%³⁶ potrebnu za donošenje odluka na Općoj skupštini dioničara Volkswagena sama po sebi ne predstavlja povredu. Komisija nije zatražila izmjenu društvenog ugovora Volkswagena ne želeći se uplitati u privatnu regulaciju te se ograničila na utvrđivanje povreda na temelju državne regulacije. Stoga i dalje ostaje otvoreno pitanje jesu li slične restrikcije koje bi bile prihvaćene od strane privatne osobe koja se koristi svojom poslovnom autonomijom prihvatljive. Odgovor na to pitanje može se potražiti u praksi Europskog suda vezanoj uz druge slobode. Europski sud pokazuje sklonost širenja doktrine državne regulacije kako bi izbjegao odluke o horizontalnom učinku prava Europske unije u određenim situacijama. Tako je u nedavno odlučenom predmetu *Fra.bo SpA*³⁷ u kojem je bila riječ o slobodi kretanja robe Europski sud odlučio da Ugovor valja interpretirati tako da se primjenjuje na standardizacijske i certifikacijske aktivnosti osobe privatnog prava "...ako nacionalno zakonodavstvo smatra da su proizvodi odobreni od te osobe u skladu s nacionalnim pravom, a to ima restriktivan učinak na prodaju proizvoda koji nisu odobreni od strane te osobe."³⁸ Analogno tomu, odredbe prihvaćene od strane dioničara i tijela trgovačkih društava u kojima država nema nikakve vlasničke udjele također bi mogle predstavljati restrikciju za slobodu kretanja kapitala ako bi im država priznavala pravne učinke, a te odredbe bi imale odvratajući učinak na investitore iz drugih država članica kako je pojašnjeno gore u tekstu. Pri tome ne bi bila riječ o priznavanju horizontalnog učinka čl. 63. UFEU nego o ekstenzivnoj interpretaciji doktrine akta državne vlasti.

³⁶ Njemačko trgovačko pravo općenito propisuje većinu od 75%.

³⁷ Predmet C-171/11 (još neobjavljeno).

³⁸ Predmet C-171/11, operativni dio presude.

5. OTVORENA PITANJA

Praksa Europskog suda balansira između tendencije za pronalaženjem jedinstvenog pristupa interpretaciji svih tržišnih sloboda i posebnostima regulacije koje iziskuje svaka od četiriju tržišnih sloboda. U tom kontekstu javlja se i pitanje horizontalnog učinka čl. 63. UFEU koji jamči slobodu kretanja kapitala. Postoji tenzija između sljedećih dviju mogućnosti. Ako Europski sud prizna horizontalni učinak slobode kretanja kapitala, time će nužno ući u regulaciju problematike privatne regulatorne autonomije. Ako je ne prizna, tada će se regulatorni fokus države premjestiti iz javne u privatnu sferu te će država svoje ciljeve sve više pokušavati ostvariti vlasničkim udjelima u trgovačkim društvima, a sve manje regulacijom. Što je u tome loše? Nije li zadiranje države u privatnu regulatornu autonomiju uobičajena pojava, primjerice, kada odredbama nacionalnog trgovačkog prava propisuju da je za donošenje određenih kategorija poslovnih odluka potrebna većina od 25 ili 75%? I što je loše u tome da se trgovačka društva regulira na europskoj umjesto na nacionalnoj razini? Ako je to dopušteno državama članicama, zbog čega ne bi bilo dopušteno Europskoj uniji? I nismo li već vidjeli Europski sud na djelu kada je u predmetima poput *Cassis de Dijon*³⁹ sudskim putem harmonizirao jedan prilično važan dio prava Zajednice? U čemu je razlika između sudske harmonizacije slobode kretanja robe i sudske harmonizacije slobode kretanja kapitala? Konačno, što je predmet zaštite prava Europske unije? Štiti li ono tek slobodu kretanja kapitala ili, povrh toga, propisuje neki određeni model korporativnog upravljanja?

Istina je vjerojatno u sredini. Valja razlikovati dvije situacije. Prva situacija uključuje raspolaganje privatnih dioničara-vlasnika uvjetima stjecanja udjela u trgovačkom društvu. Ne vidimo zašto vlasnici trgovačkog društva ne bi trebali moći ograničiti prodaju udjela u društvu trećim osobama ili međusobno ugovoriti različite omjere glasačkih prava. U korištenju svojom autonomijom osnivači-vlasnici mogu izabrati formu trgovačkog društva, tj. osnovati ga kao jedan od oblika propisanih nacionalnim trgovačkim pravom, primjerice, kao javno trgovačko društvo, komanditno društvo, dioničko društvo, društvo s ograničenom odgovornošću ili gospodarsko interesno udruženje. Izborom oblika i, dodatno, statutom društva odredit će se osnovni odnosi između dioničara, mogu se propisati povlaštene dionice itd. Te odluke nužno imaju učinke prema

³⁹ Predmet 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (1979.), ECR 649.

trećim osobama i takve treće osobe prema njima će oblikovati svoje vlastite investicijske planove ako se može reći da svako privatnopravno uređenje odnosa u trgovačkim društvima inherentno proizvodi eksternalije koje utječu na lakoću i privlačnost investiranja, a time i na kapitalna kretanja.

Od toga se bitno razlikuje situacija u kojoj dioničari raspolažu svojim vlasničkim udjelima u korist države pa čak i u situaciji kada je država dioničar i kada djeluje *iure gestionis*, proporcionalno svom vlasničkom udjelu. Zašto? Država se na tržištu javlja kao regulator i kao vlasnik i pri tome može imati međusobno suprotstavljene interese. Komu država kao dioničar duguje lojalnost? Može li država legitimno odlučivati o isplati ili reinvestiranju dobiti? Smiju li državni dužnosnici i njihove osobe od povjerenja uopće biti članovi nadzornih odbora ili uprave trgovačkih društava? Tradicionalna mudrost govori da su dioničari apstraktna bića, lišena ikakvih svojstava osim želje za maksimalizacijom dobiti.⁴⁰ Ta mudrost poručuje da država kao dioničar nema i ne može imati nikakvih drugih želja, osim želje za maksimalizacijom dobiti i njenom isplatom u korist državnog proračuna. U stvarnosti, dioničari su osobe od krvi i mesa pokretane različitim motivima i njihovi interesi mogu biti, a često i jesu, međusobno suprotstavljani.

No, bez obzira na to je li maksimalizacija dobiti primarni cilj dioničara ili ne, osobito uzimajući u obzir dioničare s dugoročnim investicijskim ciljevima, i bez obzira na to je li maksimalizacija dobiti primarna svrha dioničkih društava, kako sugerira Jonathan R. Macey⁴¹, ili nije, kako to sugerira Lynn Stout⁴², to samo još više naglašava činjenicu da država i ostali dioničari imaju međusobno suprotstavljene interese.

Trebamo li doista prihvatiti činjenicu da, kako to sugerira Financial Times, a konceptualizira Annelise Riles, upravljanje poduzećima danas više ne ovisi o poduzetničkim vještinama nego o sposobnosti direktora poduzeća da se *prišmucaju* državnim birokratima.⁴³ I trebamo li tu činjenicu prihvatiti samo

⁴⁰ *Dodge v Ford Motor Co.*, N.W., vol. 170, 668 (Mich. 1919).

⁴¹ Macey, J. R., *A Close Read of an Excellent Commentary on Dodge v. Ford*, Virginia Law & Business Review, vol. 3, br. 1, 2008., str. 177.

⁴² Stout, L., *Shareholder Value Myth*, San Francisco, 2012. Stout sugerira da dioničari koji žele ostvariti kratkoročnu dobit na tržištu imaju inherentno različite interese od dugoročnih investitora u kakve se, po svoj prilici, ubraja i država.

⁴³ Riles, A., *Is this capitalism? If not, then what is it? Theorizing the Contemporary*, Cultural Anthropology Online, 17. svibnja 2012., <http://culanth.org/?q=node/567>. U izvorniku *schmooze* od jidiškog *shmuesn*.

zbog toga jer nam tako sugerira država? Uprave trgovačkih društava i njihovi nadzorni odbori iznimno su prikladna scena na kojoj se susreću i *šmucaju* predstavnici privatnog i javnog, oni odabrani od strane vlasnika privatnog kapitala i oni koje je dekretom imenovala država. Riles, pišući o tržišnoj regulaciji nakon financijske krize, nalazi da se temeljni problem nalazi u “gubitku poslovne privatnosti” do čega dolazi zbog uplitanja sveprisutne države u tržišne operacije, što dovodi, smatra ona, do tržišnog totalitarizma u kojemu država ne djeluje više primarno kao regulator već kao tržišni akter.⁴⁴ U takvim uvjetima, ističe, “...svako razlikovanje javnog i privatnog, tržišnog i državnog, postaje gotovo besmisleno.”

Potencijal ispreplitanja državnog, državovlasničkog i državno kontroliranog poslovanja u postkomunističkim državama je jako velik. Postoje brojne strategije, regulatorne i korporativne, kojima država može utjecati na ponašanje sudionika na tržištu. Hrvatska trgovačka društva također nemaju poslovnu privatnost jer se država javlja na svim stranama poslovnih transakcija, bilo kao vlasnik, bilo kao regulator.⁴⁵ Ne smije se zaboraviti da sinergijsko djelovanje manjinskog vlasničkog udjela i regulatornih ovlasti države može državu staviti u povlašten položaj i dati joj disproporcionalan utjecaj u tijelima trgovačkih društava. Kakve poruke pravo Europske unije šalje postkomunističkim državama? Utječe li ono na njih na drugačiji način nego na tzv. stare demokracije? Prvonavedene države izrasle su iz državno kontrolirane planske privrede. Izvorna situacija u kojoj je država kontrolirala gotovo čitavu ekonomsku aktivnost postupno se mijenjala, ali je državni utjecaj ostao znatan. Prema jednom izvješću⁴⁶, vrijednost financijske imovine u vlasništvu države u Hrvatskoj je 2009. godine iznosila 68% BDP-a, što Hrvatsku stavlja na peto mjesto u Europi. Sve to državno vlasništvo proizvodi tek 0,7% BDP-a, što je jedan od najmanje efikasnih rezultata u Europi. Pri tome država uređuje popis trgovačkih društava od posebnog državnog interesa⁴⁷, a

⁴⁴ Vidi, npr., Riles, A., *Market Totalitarianism*, <http://blogs.cornell.edu/collateralknowledge/2012/10/02/market-totalitarianism> (11. studenoga 2012.).

⁴⁵ Riles, A., *Is this Capitalism? If not, then what is it?*, <http://blogs.cornell.edu/collateralknowledge/2012/05/16/is-this-capitalism-if-not-then-what-is-it/> (11. studenoga 2012.). Općenito vidi Riles, A., *Collateral Knowledge, Legal Reasoning in Global Financial Markets*, Chicago, 2011., str. 41.

⁴⁶ Bajo, A., *Razborito upravljanje državnim financijskom imovinom i stabilnost državnih financija*, Newsletter, br. 60, rujan 2011.

⁴⁷ Odluka o popisu trgovačkih društava od posebnog državnog interesa, Narodne novine, br. 132/09 od 4. 11. 2009.

sva ta trgovačka društva stvaraju tek 0,2% BDP-a. Takvih je društava ukupno 69, a u vlasništvu imaju 80% ukupnog državnog vlasništva. Država u sva ta trgovačka društva postavlja svoje predstavnike, što je od početka 2012. godine moguće i bez javnog natječaja.⁴⁸ Već i ti osnovni pokazatelji upućuju na ozbiljne prepreke slobodi kretanja kapitala, što potvrđuju i podaci Hrvatske narodne banke prema kojima su u prvoj polovici 2012. inozemna izravna ulaganja u Hrvatsku iznosila tek 154,4 milijuna eura u usporedbi s godišnjim prosjekom od 1.292,5 milijuna eura od 1993. do 2012. godine.⁴⁹

Zaključno, koji su oblici državnog uplitanja u donošenje poslovnih odluka suprotni pravu Europske unije? Na to pitanje nemoguće je dati konačan odgovor, ali je moguće odgovoriti načelno. To će biti svaka državna aktivnost koja, prema shvaćanju Europskog suda, ima odvrćajući učinak na investitore iz drugih država članica, bez obzira je li riječ o izravnim ili burzovnim investicijama. Iz te prakse proizlazi da će to biti državna odobrenja društvenih ugovora i statuta te drugih akata trgovačkih društava, regulatorno, ali i privatno propisivanje različitih mehanizama disproporcionalnog jačanja kontrole koji se uspostavljaju u korist države pa čak i izjave javnih dužnosnika koje mogu imati utjecaj na slobodu kretanja kapitala, primjerice, izjave da određeno trgovačko društvo mora voditi određenu investicijsku politiku ili da mora, odnosno, ne smije isplatiti ili reinvestirati dobit.⁵⁰

Na temelju hrvatskog iskustva koje ne poznaje koncept zlatne dionice u užem smislu, ali zato obiluje različitim drugim mehanizmima iznadproporcionalnog jačanja utjecaja države u donošenju poslovnih odluka čini se očitim da sloboda kretanja kapitala predstavlja ne samo obvezu koju valja ispuniti zbog članstva u Europskoj uniji nego i zahtjev zdravog razuma. Valja se upitati nije li agregatni

⁴⁸ Zakon o izmjenama Zakona o sprječavanju sukoba interesa, Narodne novine, br. 12/12 od 26. 1. 2012.

⁴⁹ Usp. http://www.hnb.hr/statistika/h-statistika_inozemnih_izravnih_ul.htm (11. studenoga 2012.).

⁵⁰ Vidi predmet C-470/03 *A.G.M.-COS.MET Srl v Suomen valtio and Tarmo Lehtinen* (2007.), ECR I-02749. Taj predmet, smješten u područje slobode kretanja robe, uspostavio je praksu prema kojoj izjave državnih dužnosnika koje imaju odvrćajući učinak na slobodu kretanja robe predstavljaju mjeru s istovrsnim učinkom kao količinska ograničenja. Ministar Lehtinen dao je javnu izjavu kako su teretna dizala jednog talijanskog proizvođača opasna. U području slobode kretanja kapitala sličan odvrćajući učinak mogu imati izjave ministara o investicijskoj, razvojnoj ili kakvoj drugoj poslovnoj politici koju bi trgovačko društvo u kojemu država ima udio trebalo voditi.

iznos izravnih stranih ulaganja u određenoj korelaciji s intenzitetom uplitanja države u poslovanje trgovačkih društava.

Summary

Siniša Rodin *

GOLDEN SHARES AND FREE MOVEMENT OF CAPITAL IN THE EUROPEAN UNION

Golden shares are one of the corporate control enhancement mechanisms (CEMs). They can be defined as "...priority shares issued for the benefit of governmental authorities. They confer special rights used by national or local governments or government controlled vehicles to maintain control in privatized companies by granting them rights that go beyond those associated with normal shareholding. They enable governments i.a. to block takeovers, limit voting rights and/or veto management decisions." Between 58% and 92% of investors take the presence of CEMs into account when making investment decisions. Also, 80% of investors would expect discounts on share price of companies that have introduced some kind of a CEM.

According to the well established practice of the Court of Justice, if certain national measure falls within the scope of one of the free movement provisions of the Treaty, it shall be considered illegal unless justified by one of the express justifications of the Treaty e.g. those listed in Art. 65 TFEU, or by some other overriding reason of public interest. Similar as in case of other market freedoms, the first step in analysis is to determine whether national measure falls within scope of Art. 63.

Legality of national measures under EU law does not depend on concept of a golden share and the CJEU has never developed a definition of a golden share. The CJEU is rather concerned about degree of State influence on corporate governance. Expression 'golden share' is being used to describe a variety of CEMs which do not necessarily involve issuing of a priority share but which could confer special regulatory powers on State authorities, such as a power to grant express approvals, a power to appoint directors of a company or an auditor, or a power to veto certain decisions.

* Siniša Rodin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

What the Court of Justice seems to be particularly concerned about is interference of a Member State with shareholders' power to control a corporation. This power, however, is not clearly defined by Art. 63 TFEU. The Article itself is extremely vague and merely states the freedom of movement of capital as one of the four freedoms of the internal market.

Case law of the Court of Justice of the European Union distinguishes between national measures that may fall within the scope of freedom of establishment, and those that fall within scope of free movement of capital rules. If national measures "... apply to the possession by nationals of one Member State of holdings in the capital of a company established in another Member State, allowing them to exert a definite influence on that company's decisions and to determine its activities", such national measures will fall within scope of Art. 49 TFEU, i.e. freedom of establishment. If, on the other hand, national rules restrict investments, "... which serve to establish or maintain lasting and direct links between the persons providing the capital and the company to which that capital is made available in order to carry out an economic activity" and restrict shareholders "... to participate effectively in the management or control of that company", such national measures will fall within scope of Art. 63 TFEU i.e. free movement of capital.

The Court of Justice fell short of saying that EU law applies to private action. Instead, it interpreted the concept of State action extensively in order to include governmental approval of Articles of Association. It remained unsolved whether an entirely private regulation would lead to the same result. Arguably, stretching the freedom as to apply to private action would amount to judicial harmonization of national company law and represent an interference with shareholder autonomy.

The CJEU maintains restrictive approach to justifications of restrictions to free movement of capital. Accordingly, justification of golden shares is rare and difficult. A rare case where it was the case was Belgian legislation that established an "opposition procedure", i.e. ex post veto to corporate decisions. Such power did not interfere with the basic rule of corporate decision-making autonomy. The Court restricted the scope of the justification by saying that the restriction was subject to strict deadlines and to only some corporate decisions that affect strategic property of the company, particularly the distribution network. In addition, the minister can intervene only in cases where objectives of national energy policy is at stake, and finally, each intervention has to be reasoned and subject to effective judicial review. In essence, "the rules granting special rights to the State should be based on objective and precise criteria which do not go beyond what is necessary for the purpose of securing that public interest and guarantee the possibility of effective judicial review."

In the final part paper discusses how does the golden share case law affect post-communist states? Being a post-communist "new democracy" Croatia has a history of state-controlled

economy. The original situation where the state controlled almost entire economic activity has changed. However, state interference remains significant.

It is argued that there are conflicting interests between the State as a regulator and the State as an owner. Namely, the State as a shareholder owes loyalty to the corporation it owns, and as public authority, it should be loyal to citizens. In that context it is suggested that government officials should not be allowed to sit on boards of directors or supervisory boards. Author relies on Annelise Riles' analysis according to which business judgment of non-state board members may be affected by a variety of considerations that emerge due to, as she puts it, "their ability to schmooze and negotiate with government bureaucrats."

Writing about market regulation after the financial crisis, Riles finds that the core problem underlying it is the "loss of business privacy" due to low intensity but omnipresent State interference with market. She acknowledges that where State and market are too closely intertwined "... the very distinction between public and private, market and state, becomes almost nonsensical...". The potential for intertwinement of government, government-owned and government-controlled businesses in post-communist states is immense. There are a variety of strategies, regulatory and corporate, by which the state can influence behavior of market participants. Croatian companies also lack business privacy as the State appears on both sides of business transactions – in corporate and regulatory capacity.

Keywords: free movement of capital, horizontal effect, direct foreign investment, European Union, golden shares, infraction proceedings.

ODJECI FINANCIJSKOG SKANDALA MADOFF U PARNIČNOJ PRAKSI ZEMALJA ČLANICA EUROPSKE UNIJE NA PRIMJERU FONDA LUXALPHA SICAV

*Prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc **

*Nikolina Grković, mag. iur. ***

U radu su obrađeni procesnopravni problemi pred parničnim sudovima zemalja članica EU-a u parnicama koje su protiv depozitara otvorenih investicijskih fondova javnom ponudom (UCITS fondovi) pokrenuli ulagatelji jednog fonda koji je “hranio” Madoffovo investicijsko društvo BLMIS. Riječ je o fondu Luxalpha SICAV domiciliranom u Luksemburgu čije su se dionice zahvaljujući pogodnostima europske putovnice fonda nudile i distribuirale i izvan Luksemburga. Takvih je fondova na teritoriju država članica EU-a više, a svi su imali ulogu hranitelja Madoffove Ponzijeve sheme. Izlažu se temeljne postavke Direktive UCITS koje zahtijevaju razdvajanje funkcije društva za upravljanje fondom i njegova depozitara. Analiziraju se dvije presude koje se odnose na Madoffov fond Luxalpha SICAV. Ispituje se kako se francuski sud izjasnio o mogućnosti uspostave nadležnosti na temelju čl. 5., st. 3. Uredbe Bruxelles I. Analizira se zašto je u luksemburškom predmetu ulagateljima dioničarima uskraćeno pravo na podnošenje tužbe za naknadu štete protiv depozitara.

Ključne riječi: Madoff, UCITS fondovi, Luxalpha, odgovornost depozitara, zaštita ulagatelja, naknada štete.

* Dr. sc. Edita Čulinović Herc, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka.

** Nikolina Grković, mag. iur., znanstvena novakinja Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka.

1. UVOD

Financijski skandal koji je izbio u SAD-u nakon što je poznati poslovni čovjek i bivši čelnik NASDAQ-a Bernard Madoff optužen za razna kaznena djela u kojima su prevladavali elementi financijske prijevare snažno je odjeknuo na europskom tržištu investicijskih fondova koji su Madoffu poslužili kao paravan za njegove prijevarne aktivnosti, ali i u sudskoj praksi onih zemalja članica EU-a pred kojima su europski ulagatelji pokrenuli parnice za naknadu štete od sudionika investicijskog posla koje su smatrali odgovornima.

Na procesnopravnoj razini u parnicama što teku pred sudovima država članica EU-a pojavilo se pitanje mogućnosti uspostave nadležnosti suda one države članice na čijem se teritoriju ne nalazi sjedište tuženika ako se, kao što to navodi čl. 5., st. 3. Uredbe Bruxelles I, "radi o predmetima izvanugovorne odgovornosti ili sličnim predmetima ili ako su zahtjevi iz takvih radnji predmet postupka pred sudom mjesta gdje je štetna radnja učinjena ili može biti učinjena."¹

Političku osjetljivost tih parnica dodatno je povećala činjenica da je Madoff kao poligon za svoje prijevarne aktivnosti odabrao mahom tzv. UCITS fondove. Kako je riječ o fondovima koji su usmjereni na širu ulagateljsku javnost, oni su na razini EU-a harmonizirani. Budući da se udjeli u tim fondovima prvenstveno nude malim ulagateljima, UCITS fondovi i njihovi menadžeri pod većim su nadzorom regulatora od fondova koji se nude bogatim pojedincima, odnosno profesionalnim ulagateljima. Međutim, iako je europski zakonodavac ponukan Madoffovim skandalom pristupio petoj reviziji Direktive UCITS², riječ je o *post festum* reakciji. Madoffov skandal pokazao je da nacionalni zakonodavci imaju još uvijek bitno različita shvaćanja o važnim materijalnopravnim i procesnopravnim pitanjima. To otvara mogućnost *forum shoppinga* ovisno o tome idu li ili ne u prilog tužiteljima (ulagateljima).

¹ Uredba Vijeća (44/2001/EE) o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (donesena 22. prosinca 2000. godine na temelju čl. 61.c, 65.c i 67. Ugovora o Europskoj zajednici, stupila na snagu 1. ožujka 2002.) zamijenila je Bruxellsku konvenciju koja je regulirala istu materiju. V. *Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, Official Journal L 012, 16. 1. 2001., str. 1 - 23.

² Vidi prijedlog Komisije za izmjenu Direktive UCITS IV od 3. 7. 2012. *UCITS V proposal*, COM (2012), 350 final, http://ec.europa.eu/internal_market/investment/docs/ucits-directive/20120703-proposal_en.pdf (15. 10. 2012.).

U svjetlu skorog pristupa RH europskoj obitelji s ovim će se pitanjima *pro futuro* susretati i naši parnični suci. Kako se reformom hrvatskog zakonodavstva koje uređuje investicijske fondove širom otvaraju vrata ulasku stranih konkurenata, ovi scenariji postaju mogući i na našem tlu.

2. OSNOVNA OBILJEŽJA ULAGANJA U UCITS FONDOVE

Pravni posao ulaganja u investicijske fondove ima složenu strukturu. U njemu sudjeluju (minimalno) tri subjekta: ulagatelji, društvo za upravljanje investicijskim fondom i depozitna banka. U poslovnoj su praksi osim tih osoba uključene i osobe koje za društvo za upravljanje obavljaju druge usluge poput promidžbenih aktivnosti ili prodaje udjela i sl. Nacionalno pravo država članica EU-a ima vrlo različite strukture i pojavne oblike fondova.³ No, kako su neki od njih harmonizirani Direktivom UCITS, zakonodavci uobičajeno dijele svoje fondove na UCITS i ne-UCITS fondove. Dok prvi imaju harmonizirana pravila, drugi se razvijaju slobodno u nacionalnom pravu države članice. U posljednje vrijeme, od izbijanja financijske krize 2008. godine, interes europskog zakonodavca proširio se i na tzv. ne-UCITS fondove, odnosno na njihove menadžere jer se smatra da su oni na određen način generirali krizu.⁴

Harmonizirani fondovi regulirani su Direktivom UCITS.⁵ Riječ je o fondovima koji uživaju tzv. europsku putovnicu. To znači da se njihovi udjeli mogu uz ispunjenje određenih uvjeta i postupka nuditi prekogranično unutar EU-a

³ O tipologiji fondova u nas v. Čulinović Herc, E., *Pravno uređenje i nove vrste investicijskih fondova*, Zbornik sa 45. susreta pravnika, Opatija, 9. - 11. svibnja 2007., str. 24 - 56.

⁴ *Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2003/41/EC and 2009/65/EC and Regulations (EC) 1060/2009 and (EU) 1095/2010 Text with EEA relevance*, Official Journal L 174, 1. 7. 2011., str. 1 - 73. Iz kuta prava SAD-a v. Isakoff, P. D., *Agents of Change: The Fiduciary Duties of Forwarding Market Professionals*, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2043345 (21. 10. 2012.) i Krug, A. K., *The Regulatory Response to Madoff*, dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1682610 (25. 10. 2012.).

⁵ *Council Directive of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities*, Official Journal L 375, 31. 12. 1985., str. 3. Konsolidiran tekst dostupan na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1985L0611:20080320:EN:PDF> (22. 10. 2012.).

pa tako postaju dostupni i ulagateljima u drugim državama članicama. Da bi bila riječ o UCITS fondu, on mora udovoljiti sljedećim uvjetima: njegovi udjeli moraju biti svakodobno otkupivi i moraju se nuditi javnom ponudom.⁶ Iako u RH takvi fondovi mogu biti ustrojeni samo kao zasebna imovina bez pravne osobnosti, zakonodavstvo drugih država članica EU-a dopušta da oni budu ustrojeni i kao trgovačko društvo (kapitalnog tipa), ali je tada riječ o društvu koje ima varijabilni kapital.⁷ Riječ je o tzv. SICAV fondovima, odnosno otvorenom fondu s pravnom osobnošću u obliku dioničkog društva s varijabilnim kapitalom. Kapital varira jer dioničari tog društva mogu društvu za upravljanje postaviti zahtjev za otkup dionica i tako utjecati na visinu temeljnog kapitala. Kako je riječ o pravu na svakodobni otkup, društvo za upravljanje ulaže imovinu fonda u likvidne financijske instrumente kako bi ih po potrebi lako unovčilo. UCITS fondove odobrava regulator tržišta kapitala u matičnoj državi članici fonda⁸, pri čemu to odobrenje vrijedi u svim državama članicama pod pretpostavkom notifikacije regulatoru druge države članice.⁹

Radi zaštite imovine fonda i ulagatelja, Direktiva UCITS zabranjuje spajanje uloge društva za upravljanje (menadžera fonda) i depozitne banke (depozitara fonda).¹⁰ Depozitna banka je osoba koja za potrebe fonda obavlja poslove pohrane zasebne imovine fonda, poslove vođenja posebnih računa za imovinu fonda i odjeljivanja imovine svakog pojedinog fonda od imovine ostalih fondova.¹¹ Ona ne smije koristiti imovinu investicijskog fonda ni u koju drugu svrhu osim u korist ulagatelja. Imovina fonda je ujedno odvojena i od imovine depozitne banke, stoga nije dio njezine likvidacijske ili stečajne mase i na imovini fonda ne mogu se ovršiti tražbine prema depozitnoj banci. Izrijeком je propisana dužnost depozitne banke da mora djelovati isključivo u interesu ulagatelja u fondove za koje obavlja poslove depozitne banke.¹²

⁶ Čl. 1., st. 2. Direktive UCITS IV.

⁷ Gentili, M. P.; Jannoni, S.; Mastrangelo, M., *The SICAVs - Luxembourg UCITS and non-UCITS investment companies*, Rim, 2011.

⁸ Definirano u čl. 5. Direktive UCITS IV.

⁹ Notifikacija je opisana u čl. 93. Direktive UCITS IV.

¹⁰ O odnosima između sudionika investicijskog posla v. Miladin, P., *Odnosi ulagatelja, društva za upravljanje u otvorenim investicijskim fondovima i depozitne banke*, Zbornik 47. susreta pravnik, Opatija 2009., Zagreb, 2009., str. 355 - 395.

¹¹ Čl. 53. Zakona o investicijskim fondovima (Narodne novine, br. 150/05; dalje u tekstu: ZIF) gdje su pobrojane dužnosti depozitne banke.

¹² Čl. 52. ZIF-a.

Ulagatelji u Madoffove fondove hranitelje domicilirane u EU-u tužili su depozitne banke tvrdeći da se kod njih *nalazi* imovina fonda. Odmah se pojavilo pitanje aktivne legitimacije jer ulagatelji sklapaju ugovor s društvom za upravljanje¹³, a ne s depozitnom bankom. Pojavilo se pitanje mogu li ulagatelji *preskočiti* prepreku pravne osobnosti SICAV fonda i tužiti izravno depozitnu banku. Direktiva UCITS iz 1985.¹⁴ u čl. 9. propisuje da će depozitar u skladu s nacionalnim pravom države članice u kojoj društvo za upravljanje ima svoje registrirano sjedište biti odgovoran društvu za upravljanje i imateljima udjela za svaku štetu koju oni budu pretrpjeli, a koja je posljedica neobavljanja ili neurednog obavljanja depozitarenih obveza. Depozitara se može pozvati na odgovornost prema ulagateljima izravno ili neizravno preko društva za upravljanje ovisno o pravnoj naravi odnosa koji postoje između depozitara, društva za upravljanje i imatelja udjela. Kako je depozitna banka ovlaštena dati imovinu koja se kod nje nalazi u pohrani u (pod)depozit, čl. 7., st. 2. Direktive UCITS propisuje da na depozitarovu odgovornost opisanu u čl. 9. ne smije (negativno) utjecati okolnost da je on povjerio trećoj osobi neku ili svu imovinu u (pod)depozit.

Iako je otkriće prijave izazvalo lavinu zahtjeva ulagatelja i parnica diljem svijeta, od kojih su mnoge još u tijeku, u ovom radu autorice analiziraju dvije presude koje se tiču fonda Luxalpha: presudu Okružnog suda u Luksemburgu od 4. ožujka 2010. godine i presudu francuskog Kasacijskog suda od 12. srpnja 2011. godine.

Luxalpha SICAV bio je fond u obliku dioničkog društva s varijabilnim kapitalom domiciliran u Luksemburgu. On je bio ujedno fond hranitelj Madoffova investicijskog društva. To znači da je veći dio imovine (oko 90%) ulagano u Madoffovo društvo. Njegove su dionice nuđene i izvan države svog domicila zahvaljujući europskoj putovnici. Ponzijevu shemu¹⁵ omogućila je okolnost da su i društvo za upravljanje fondom (menadžer fonda) i depozitna banka delegirali svoje dužnosti trećoj osobi, Madoffovu investicijskom (brokerskom) društvu. O tome nije bilo riječi u prospektu fonda, a o tome nije obaviješten ni regulator tržišta kapitala.

¹³ Čl. 57., st. 2. ZIF-a.

¹⁴ *Council Directive of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS)*, 85/611/EEC, Official Journal L 375, 31. 12. 1985., str. 3.

¹⁵ Markham, J., *A financial history of Modern US Corporate Scandal From Enron to Reform*, 2006, str. 487 - 490.

3. MADOFFOV *MODUS OPERANDI*

3.1. Organizacija Madoffove Ponzijeve sheme

Poznati poslovni čovjek i bivši čelnik NASDAQ-a Bernard Madoff, koji je optužen za jedanaest kaznenih djela¹⁶ na temelju federalnog zakonodavstva SAD-a, započeo je svoju karijeru kao *market maker*.¹⁷ Njegovo investicijsko (brokersko) društvo Bernard L Madoff Investment Securities LLC (dalje u tekstu: BLMIS) bilo je članom NASD-a¹⁸, a sam je Madoff sudjelovao u kreiranju NASDAQ-a¹⁹, odnosno automatske kotacije tog udruženja. BLMIS nije imao odobrenje za upravljanje investicijskim fondovima koji se nude javnosti, stoga su radi ostvarenja tih ciljeva korišteni zaobilazni mehanizmi. Zarada tog društva generirala se primarno pružanjem usluge investicijskog savjetovanja²⁰ i posredničkom provizijom koju je ostvarivalo kao broker.

Svoje odlične rezultate ulaganja, na temelju kojih je zahtijevao isplatu visokih naknada, Madoff je nominalno obrazlagao primjenom tzv. *split stike conversion* tehnike²¹ za koju se kasnije pokazalo da je bila fiktivna. U stvarnosti ju nije koristio nego bi njegovi ključni savjetnici *ex post* analizom kretanja na tržištu

¹⁶ Kaznene optužbe protiv njega uključivale su nekoliko vrsta prijevare: prijevaru s vrijednosnim papirima, prijevaru u investicijskom savjetovanju, *mail fraud*, *wire fraud*, pranje novca, lažno svjedočenje i davanje lažnih izjava, krivotvorenje dokumenata, tj. niz kaznenih djela koja podrazumijevaju organizaciju složene i dugotrajne financijske malverzacije. V. <http://www.justice.gov/usao/nys/madoff.html> (10. 4. 2012.).

¹⁷ *Market maker* ima obvezu svakodnevno u određenom rasponu davati naloge za kupnju i prodaju izabrane dionice s ciljem zarade na razlici u cijeni. *Market maker* je najčešće investicijsko društvo koje istovremeno želi kupiti i nudi na prodaju vrijednosne papire za koje je zaduženo i onda kad za njih na tržištu nema drugih kupaca i/ili prodavatelja. U nas se koristi izraz *održavatelj tržišta* (čl. 3., st. 1., t. 9. Zakona o tržištu kapitala, Narodne novine, br. 88/08, 146/08, 74/09).

¹⁸ Američko udruženje brokera (*National Association of Securities Dealers*).

¹⁹ Vrlo važan segment tržišta vrijednosnih papira u SAD-u, po važnosti odmah nakon NYSE.

²⁰ Uobičajena naknada koju ostvaruju menadžeri alternativnih investicijskih fondova koji koriste napredne tehnike ulaganja, sastoji se od naknade za upravljanje i naknade za uspješnost pri čemu prva iznosi 2%, a potonja 20% vrijednosti imovine kojom upravlja. To je koristio Madoff.

²¹ Ta je tehnika opisana kao tehnika kupnje odabranih dionica (obično izborom 30 - 40 dionica koje se referiraju u indeksu S&P 100. Ako je tržište imalo silazni trend, imovina se ulagala u novčane obveznice trezora SAD-a (tzv. *T bonds*).

kreirali fiktivni portfelj “najboljih dionica”. “Transakcije” koje su izvršene kako bi se kreirao idealan portfelj Madoff je koristio i za naplatu brokerske provizije. Također se koristio manipulatornom tehnikom *front running*.²² Kreirao bi fiktivni portfelj i izvršio fiktivne transakcije, a potom bi koristio program koji je automatski distribuirao prinose ulagateljima. Kako je pružanje usluge investicijskog savjetovanja i trgovanja dionicama i drugim vrijednosnim papirima podrazumijevalo i izvještavanje regulatora (SEC), na kraju svakog tromjesečja BLMIS je stvarno ulagao u obveznice trezora SAD-a kako bi otklonio sumnju u prijevare.

Prije nego što je prijevara otkrivena, Madoff prema iskazu s njim povezanih osoba nije uopće više ulagao novac novopristiglih klijenata nego ga je koristio za isplatu starih klijenata koji su mu počeli postavljati zahtjev za otkup udjela u fondu. Prema nekim izračunima u toj financijskoj prijevari ulagatelji su oštećeni u ukupnom iznosu od 50 milijardi USD.²³ Madoff je u kaznenom postupku osuđen na kaznu zatvora od 150 godina i njegova je imovina zaplijenjena. Kako je za održavanje navedene Ponzijeve sheme Madoffu bio potreban konstantan priljev novih ulaganja, s vremenom se okrenuo ulagateljima izvan SAD-a.

3.2. Uloga fonda Luxalpha SICAV u Ponzijevoj shemi

Kako bi ostvario ideju o kreiranju sheme koja će konstantno “hraniti” njegovo investicijsko društvo (tzv. *master-feeder* struktura), Madoff je šarmirao dva francuska investicijska bankara te su oni za potrebe realizacije tog financijskog projekta osnovali u New Yorku društvo Access International Advisors LLC (AIA LLC) i kreirali desetak²⁴ takvih fondova hranitelja. Godine 2004. na Madoffov nagovor uprava AIA LLC odlučila je lansirati novi fond Luxalpha SICAV.

²² *Front running* je zlouporaba tržišta kapitala kod koje broker izvršava nalog za kupnju ili prodaju nekog vrijednosnog papira za svoj račun prije nego što izvrši već dane naloge svojih klijenata.

²³ *Role of the depositary in a Luxembourg UCITS fund - an overview as a result of the Madoff case*, 20. 1. 2009., v. http://olivierscials.typepad.com/sif_sicar_soparfi/2009/01/role-of-the-depositary-in-a-luxembourg-ucits-fund-an-overview-as-a-result-of-the-madoff-case.html (10. 4. 2012.).

²⁴ Prema pravu SAD-a savjetodavne usluge mogu se pružati najviše petnaestorici klijenata bez obveze izvještavanja SEC-a. Fond se smatra jednim klijentom. Vjerojatno je zato broj fondova bio petnaest, na gornjoj granici (op. a.).

Uloga depozitara trebala je pripasti UBS-u, najvećoj švicarskoj banci, svjetskom lideru u upravljanju privatnom imovinom koji je imao društvo kćer u Luksemburgu. Kako je tada važeće luksemburško pravo²⁵ dopuštalo da ulogu menadžera fonda (društva za upravljanje) i depozitara vrše iste osobe, banka UBS SA sa sjedištem u Luksemburgu vršila je gotovo sve funkcije vezane uz fond, ali samo nominalno jer je iza svega stajao Madoffov BLMIS.

Kako je luksemburško pravo zahtijevalo razdvajanje uloge menadžera i depozitara fonda, UBS SA je nakon kolovoza 2006. zadržao ulogu depozitara, a uloga menadžera fonda dana je društvu kćeri te iste banke, UBS Third Party Management Company. Iako su svi ugovori s Madoffovim BLMIS-om (o davanju imovine fonda u potpohranu kao i o davanju ovlaštenja za trgovanje cjelokupnom imovinom fonda) obnovljeni, prospekti fonda su o tome šutjeli. I kada je 2008. godine fond promijenio menadžera (Access Management Luxembourg SA), isti su ugovori opet obnovljeni, a da o tome nije bilo ničega u prospektima.

Menadžer fonda je nakon otvaranja stečaja nad BLMIS-om u SAD-u pokušao vratiti imovinu fonda koja se zbog potpohrane nalazila u SAD-u, ali se to pokazalo neizvedivim. Ubrzo je došlo do obustave otkupa udjela u fondu Luxalpha SICAV kao i obračuna neto vrijednosti imovine²⁶, o čemu su obaviješteni dioničari fonda i luksemburško nadzorno tijelo (CFFS). Kasnije je CFFS oduzeo odobrenje za rad fondu Luxalpha SICAV²⁷, a nakon toga je državni odvjetnik podnio prijedlog za likvidaciju fonda koja je određena nalogom suda u travnju 2009. godine.²⁸ CFFS je također naredio depozitaru da u roku od tri mjeseca ispuni svoje obveze uz upozorenje da propusti u izvršavanju nadzornih dužnosti u odnosu na društvo za upravljanje čine ozbiljno zanemarivanje uloge depozitara.²⁹

²⁵ Luksemburški zakon o investicijskim fondovima (*Loi du 30 mars 1988*) nije zabranjivao tu kumulaciju funkcija. Ona je uvedena tek novelom iz 2002. (*Loi du 20 decembre 2002*) čijoj se primjeni Luxalpha dobrovoljno podvrgnula već 1. 8. 2006. iako se morala uskladiti tek do 13. 2. 2007. godine. V. <http://www.victime-fraude-madoff.org/images/Luxalpha%20assignation.pdf> (1. 4. 2012.), str. 11.

²⁶ Obustava obračuna neto vrijednosti imovine opravdavala se okolnošću da je bila riječ o fondu koji je isključivo ulagao u vrijednosne papire uvrštene na NYSE, a nad imovinom BLMIS-a provodila se istraga.

²⁷ Usp. http://www.cs-avocats.lu/legal-news/investment_management/madoff-case-luxalpha-sicav-decision-cssfwithdraw-fund-list-request-liquidation/ (1. 4. 2012.).

²⁸ V. http://www.cs-avocats.lu/legal-news/investment_management/madoff-case-luxembourg-court-orders-windingup-luxalpha-herald-lux-funds/ (1. 4. 2012.).

²⁹ V. http://oliviersciales.typepad.com/sif_sicar_soparfi/madoff-case---update-on-luxembourg/ (1. 4. 2012.) i Cagan, P., The lessons: prime brokers, custodians, and other service

Unatoč činjenici da je u dogledno vrijeme UBS vratio likvidatoru Luxalphe 38,8 milijuna eura³⁰ zbog bojazni kako će ta isplata završiti u stečajnoj masi BLMIS-a, pred luksemburškim sudom uslijedila je tužba nekih ulagatelja Luxalphe usmjerena protiv, između ostalih, i depozitara.

Predmet je zbog svoje multinacionalne dimenzije poprimio i političke konotacije. Kako bi pokušao vratiti povjerenje ulagatelja, luksemburški ministar financija Luc Frieden otvoreno se zalagao za rješavanje sporova međunarodnom arbitražom.³¹ U siječnju 2009. godine tadašnja je francuska ministrica financija Christine Lagarde u svom pismu Europskoj komisiji upozorila kako sve države članice EU-a ne provode na jednak način pravila Direktive UCITS pri čemu je kao svijetli primjer istaknula Francusku koja ima stroge propise o vraćanju imovine od strane depozitara.³² Luksemburg je tako bio prozvan da svoje tržište fondova gradi na temelju elastičnih pravila koja u konačnici ne daju željenu zaštitu ulagateljima.³³ Unutar EU-a započele su rasprave o potrebi promjene Direktive UCITS. Europska komisija odlučila je 26. siječnja 2009. ispitati način implementacije te direktive u nacionalna prava država članica, posebice u kontekstu odgovornosti depozitara.³⁴

providers learned from hedge fund frauds, losses, and mishaps, RMA Journal, 15. 1. 2012. V. http://findarticles.com/p/articles/mi_m0ITW/is_3_92/ai_n45539310/pg_3/ (1. 4. 2012.).

³⁰ Usp. http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=akGJHmBUM5_Q (1. 4. 2012.).

³¹ Usp. <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=a8KUxW1cXdvU> (1. 4. 2012.).

³² Usp. <http://www.intellasia.net/news/articles/finance/111255812.shtml> (1. 4. 2012.), također Weber, R; Grunewald, S., *UCTIS and the Madoff scandal: liability of depositary banks?*, 2009., dostupno na http://www.zora.uzh.ch/20149/2/WeberGruenewald_UCITS_depositariesV.pdf (1. 4. 2012.).

³³ Usp. <http://www.intellasia.net/news/articles/finance/111255812.shtml> (1. 4. 2012.).

³⁴ *Consultation Paper on Proposals for the Review Panel Work Plan* (CESR/09-088-March 2009), dostupno na http://www.esma.europa.eu/system/files/09_088.pdf (1. 4. 2012.). Isto *Role of the Depositary Bank*, Flash News, 5. 6. 2009., dostupno na <http://www.pwc.lu/en/asset-management/docs/pwc-depositary-bank-050609.pdf> (1. 4. 2012.).

4. ODJECI U PARNIČNOJ PRAKSI ZEMALJA ČLANICA

4.1. Parnica pred luksemburškim sudom

U presudi luksemburškog Okružnog suda³⁵ od 4. ožujka 2010. godine sud je raspravljao o aktivnoj legitimaciji dioničara fonda Luxalpha SICAV u odnosu na depozitnu banku UBS. Sporno je bilo daje li čl. 36. luksemburškog Zakona o investicijskim fondovima iz 2002. godine (dalje u tekstu: luksemburški Zakon)³⁶ dioničarima pravo na podnošenje izravne tužbe protiv depozitara. U tom predmetu nisu bila prijeporna pitanja nadležnosti jer su i tuženi fond i njegov menadžer i depozitna banka imali sjedište u Luksemburgu.

U toj je parnici zapravo bila riječ o trima spojenim postupcima koje je sud povezo u interesu donošenja jedne konzistentne presude.³⁷ U prvom postupku Luxalphin ulagatelj³⁸ tužio je nekoliko društava iz UBS grupacije – depozitara, menadžera, administratora i promotora fonda te revizora (Ernst & Young S. A.).³⁹ Ulagatelj je kupio dionice fonda koje su, prema službenim izvješćima fonda Luxalpha, do Madoffova uhićenja vrijedile oko 1,5 milijun eura, a nakon otkrića prijevare potpuno su izgubile na vrijednosti. Ulagatelj je navedene dio-

³⁵ *Deuxième chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale*, <http://www.justice.public.lu/fr/actualites/2010/03/luxalpha-recevabilite-qualite-actionnaire/index.html?highlight=LuxalphaLuxalpha+recevabilite+qualite+actionnaire> (10. 4. 2012.).

³⁶ Usp. <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2002/0151/a151.pdf#page=2> (1. 4. 2012.).

³⁷ *Unnamed Petitioner v. UBS S. A., UBS Third Party Management Co. S. A., UBS Fund Services S. A., UBS A. G.* (121 258); *Ernst & Young S. A. v. LuxAlpha SICAV, Alain Rukavina and Paul Laplume* (125 283); *UBS S. A., UBS Third Party Management Co. S. A., UBS Fund Services S. A., UBS S. G. v. LuxAlpha SICAV, Alain Rukavina and Paul LaPlume* (125 482). V. na stranicama Okružnog luksemburškog suda <http://www.justice.public.lu/fr/actualites/2010/03/luxalpha-recevabilite-qualiteactionnaire/index.htmlhighlight=Luxalpha> i <http://www.cicilycorbett.com/articles/LuxFinal.pdf> (neslužbeni engleski prijevod presude, 1. 4. 2012.).

³⁸ Ulagateljve dionice SICAV fonda za njegov je račun držao financijski posrednik *Bank of Luxembourg* koja je označena kao dioničar u registru fonda Luxalpha.

³⁹ *Unnamed Petitioner v. UBS S. A., UBS Third Party Management Co. S. A., UBS Fund Services S. A., UBS A. G.* (121 258) (prva tri tuženika imaju svoje sjedište u Luksemburgu na istim adresama, a posljednji tuženik ima svoje sjedište u Zürichu i osnovan je prema švicarskom pravu).

nice držao pomoću posrednika (skrbnika) koji je nominalno bio upisan i kao dioničar u knjizi dionica. U drugom je postupku revizor podnio tužbu protiv fonda i njegovih likvidatora⁴⁰, a istovremeno su već navedena društva UBS grupacije tužila i fond i njegove likvidatore.⁴¹

Tužitelj (ulagatelj) je smatrao kako mu pravo na izravnu tužbu protiv depozitara pripada na temelju čl. 36. luksemburškog Zakona⁴² koji se zasniva na korespondentnoj odredbi Direktive UCITS. Depozitar je, nasuprot tomu, tvrdio da navedena odredba ne predviđa pravo na izravnu tužbu ulagatelja protiv depozitara nego samo uređuje (postojanje) materijalnopravne razine njegove odgovornosti. Naglašavao je da dioničari nemaju aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe u ime društva jer to pravo ima društvo.

Tuženici su se također pozvali na raniju sudsku praksu⁴³ u kojoj je sud smatrao da svaki put kada dioničari pretrpe štetu kao grupa (*ut universi*), oni kao grupa moraju tražiti naknadu štete, stoga sud mora odbiti zahtjeve dioničara koje oni samostalno postavljaju (*ut singulus*). Ipak, ako štetna radnja nanosi individualnu štetu dioničaru ili dioničarima (*ut singuli*), svatko od njih ima pravo na podnošenje tužbe.⁴⁴

U svom obrazloženju sud⁴⁵ je pošao od toga da postoje određene razlike u uređenju fondova s pravnom osobnošću i bez nje analizirajući istovremeno odredbe nacionalnog i europskog zakonodavstva. Naime, luksemburški Zakon sadrži dvije odredbe koje reguliraju odgovornost depozitara (čl. 19. i čl. 36.), a koje su rezultat implementacije korespondentnih odredaba Direktive UCITS iz 1985. god. (čl. 9. i čl. 16.).

⁴⁰ *Ernst & Young S. A. v. LuxAlpha SICAV, Alain Rukavina and Paul Laplume* (125 283).

⁴¹ *Ernst & Young S. A. v. LuxAlpha SICAV, Alain Rukavina and Paul Laplume* (125 283); *UBS S. A., UBS Third Party Management Co. S. A., UBS Fund Services S. A., UBS S. G. v. Lux-Alpha SICAV, Alain Rukavina and Paul LaPlume* (125 482).

⁴² U luksemburškom pravu prema čl. 36. luksemburškog Zakona depozitar je odgovoran za svaku štetu nanesenu ulagateljima koja je rezultat neispunjenja ili neurednog ispunjenja svojih obveza.

⁴³ Odluka od 10. kolovoza 1891. (§ 3, str. 537).

⁴⁴ Luksemburška presuda, *op. cit.* u bilj. 37, str. 22. Kratko objašnjenje poimanja *ut singuli* i *ut universi* aktivne legitimacije u francuskom pravu prema francuskoj doktrini v. Barbić, J., *Pravo društava. Knjiga druga. Društva kapitala. Svezak I. Dioničko društvo*, V. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2010., str. 806.

⁴⁵ Luksemburška presuda, *op. cit.* u bilj. 37, str. 15 i 18.

Prva odredba Direktive odnosi se na fondove koji nemaju pravnu osobnost dok druga regulira odgovornost depozitara u slučaju kad fond ima pravnu osobnost. Čl. 9., st. 2. Direktive⁴⁶ navodi kako pravo na izravnu tužbu ulagatelja protiv depozitara ovisi o pravnoj prirodi odnosa između depozitara, društva za upravljanje i ulagatelja. Korespondentna odredba u luksemburškom Zakonu koja se odnosi na fondove bez pravne osobnosti (čl. 19., st. 2.) određuje da ulagateljima pripada (supsidijarno) pravo na tužbu prema depozitaru. Imatelj udjela ima aktivnu legitimaciju u odnosu na depozitara samo ako menadžer fonda (društvo za upravljanje) propusti podnijeti tužbu u roku od tri mjeseca nakon primitka pisanog zahtjeva imatelja udjela.

Druga odredba Direktive, čl. 16. (sada čl. 34. Direktive UCITS IV) odnosi se na fondove s pravnom osobnošću (SICAV fond). Prema njoj depozitar odgovara fondu koji je ustrojen kao pravna osoba (*investment company*) i njegovim ulagateljima (*unit-holders*), i to prema nacionalnom pravu države članice u kojoj fond (društvo) ima sjedište. Ona izrijeком ne uređuje pravo na izravnu tužbu, nego to prepušta nacionalnom zakonodavcu. Tuženici su predlagali da se korespondentna odredba nacionalnog luksemburškog prava (čl. 36. luksemburškog Zakona) tumači u skladu s načelima prava društava s obzirom na to da je riječ o fondu pravnoj osobi.

Sud se priklonio tom shvaćanju smatrajući da, bez obzira na supsidijarnu aktivnu legitimaciju ulagatelja u fondovima bez pravne osobnosti, navedenu odredbu (čl. 36. luksemburškog Zakona) treba interpretirati u skladu s tradicionalnim načelima prava društava⁴⁷ te da se time ne krše korespondentne odredbe Direktive. Kako je pravo na izravnu tužbu mehanizam *sui generis* koji ne treba preslobodno tumačiti, treba ga priznati samo ako ga zakon izričito odredi, što ovdje, prema njegovu shvaćanju, nije bio slučaj.⁴⁸

⁴⁶ Sada čl. 24. Direktive UCITS IV.

⁴⁷ To prema shvaćanju suda proizlazi iz čl. 26. Zakona. SICAV je podvrgnut odredbama primjenjivim na dioničko društvo ako ovim Zakonom nije drugačije određeno.

⁴⁸ U njemačkoj pravnoj doktrini dioničko društvo s varijabilnim kapitalom (*Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital*) ne uspoređuje se s klasičnim dioničkim društvom nego s fondovima bez pravne osobnosti. Vidi Gruhn, A. M., *Die deutsche Investmentaktiengesellschaft – Ein Investmentfondsprodukt im Mantel einer Aktiengesellschaft*, Berlin, 2011.; Baums, T.; Kiem, R., *Die Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital*, Festschrift für Walter Hadding zum 70. Geburtstag, Berlin, 2004., str. 741 - 757; Fock, T.; Hartig, H., *Ist die Investmentaktiengesellschaft überhaupt eine Aktiengesellschaft*, Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag, Bonn, 2009., str. 653 - 666. Tako i *Investmentgesetz* od

Pritom je sud odbacio tvrdnju tužitelja da mu pravo na izravnu tužbu pripada po analogiji dužničko-vjerovničkog odnosa⁴⁹ u kojem je tužitelj sebe označio kao glavnog vjerovnika, fond kao svojeg dužnika, a depozitnu banku kao dužnikova dužnika. Sud je smatrao da takvo izjednačavanje nije moguće jer je pravna narav odnosa između dioničara i društva drugačija od one između dužnika i vjerovnika. Kako dioničar fonda ima pravo na dividendu samo ako društvo ostvaruje dobit, on, prema shvaćanju suda, nije pravi vjerovnik jer on ne potražuje onaj iznos od fonda koji fond potražuje prema depozitaru.⁵⁰ Tražbina dioničara prema fondu ne iznosi onoliko koliko bi fond potraživao od svog dužnika (depozitara).

Sud je zaključio kako dioničar društva (pa tako i SICAV fonda) ima samo posredno, neizravno pravo na onaj udio socijalne aktivnosti društva koji mu pripada na temelju njegova udjela u temeljnom kapitalu zbog čega nema prava koja ima društvo.⁵¹ Budući da pravo na podnošenje tužbe ima društvo, to isto pravo nemaju dioničari. Pravna osobnost društva to zabranjuje. Šteta, ako je i nastala, nastala je samo na imovini fonda (društva). Postojanje (ili nepostojanje) pravne osobnosti (fonda) važna je okolnost na temelju koje sud odlučuje kome je nanescena šteta, imovini društva ili imovini dioničara.

Sud nije našao uporište ni u jednom propisu koji bi davao supsidijarno pravo na tužbu dioničara, za razliku od istog prava koje izrijeком imaju ulagatelji u fondove bez pravne osobnosti. Sud, nadalje, smatra da ne postoji mogućnost ni za analognu primjenu *actio pro socio* (kada štetu društvu nanese organi društva) jer je riječ o osobama izvan društva (depozitar), tim više što ulagatelj tvrdi kako se odgovornost depozitara zasniva na njegovu propustu da primijeti neistinitost Luxalpinih izvješća koja se objavljuju. U odnosu fonda i njegova depozitara dioničar je, po shvaćanju suda, treća strana.⁵²

15. 12. 2003. (Bundesgesetzblatt I, dalje u tekstu: BGBl I, str. 2676), zadnja izmjena 26. 6. 2012. (BGBl. I, str. 1375). U Njemačkoj se ulagateljima *Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital* priznaje pravo na izravnu tužbu kao i ulagateljima u UCITS fondove bez pravne osobnosti. Vidi: Gruhn, A. M., *ibid.*, str. 216 - 217.

⁴⁹ Pretpostavljamo da je tom konstrukcijom tužitelj pokušao izvesti svoju aktivnu legitimaciju za vođenje kondemnatorne parnice. O tome više Dika, M., *Građansko parnično pravo. Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku. IV. knjiga*, Zagreb, 2008., str. 75 sqq.

⁵⁰ Luksemburška preduda, *op. cit.* u bilj. 37, str. 19.

⁵¹ Luksemburška presuda, *op. cit.* u bilj. 37, str. 21. Tako i u: Likillimba, G.-A., *Le prejudice individual et/ou collectif en droit des groupements*, RTDcom, br. 20, 2009.

⁵² Luksemburška presuda, *op. cit.* u bilj. 37, str. 21.

Dioničar ima pravo na izravnu tužbu prema depozitaru samo ako štetna radnja izravno utječe na vrijednost imovine dioničara, a pritom ne utječe na imovinu društva. Distinktivnost štete mora dokazati sam tužitelj, tj. dioničar.⁵³ Iako ulagatelj kao glavnu štetu navodi gubitak vrijednosti svojih dionica u SICAV fondu, sud je smatrao da to nije zasebna šteta nego samo refleks, posljedica štete koju je pretrpjelo samo društvo⁵⁴ jer šteta koju je pretrpjelo društvo (fond) na svojoj imovini predstavlja matematički zbroj šteta koje su pretrpjeli dioničari.

Navedenu presudu luksemburškog Okružnog suda od 4. ožujka 2010. godine potvrdio je i drugostupanjski sud presudom od 30. prosinca 2011. zaključivši kako je odluka dosljedna prijašnjoj luksemburškoj sudskoj praksi u tužbama koje podiže dioničar protiv članova uprave ili trećih osoba zbog njihove odgovornosti. Ta je praksa, naime, utvrdila da samo društvo može u tom slučaju tražiti naknadu štete. Uz to, sud je zaključio da se navedenom interpretacijom čl. 36. ne krše odredbe Direktive.⁵⁵

4.2. Parnica pred francuskim sudom

Riječ je o presudi Trgovačkog odjela Kasacijskog suda u Parizu od 12. srpnja 2011. godine⁵⁶ kojom se odlučivalo po reviziji protiv drugostupanjske presude Trgovačkog suda u Parizu od 1. srpnja 2010., a do koje je došlo zbog žalbe tuženika na prvostupanjsku presudu.

Švicarska banka UBS AG bila je promotor fonda Luxalpha SICAV preko svoje podružnice. Revident (*Companie Lebon*) ju tereti da ga tijekom obavljanja promotivnih aktivnosti nije informirala kako je BLIMS imao funkciju poddepozitara fonda i kako su mu delegirane ovlasti društva za upravljanje. Zbog toga ju smatra odgovornom za pretrpljenu štetu. U prvostupanjskom postupku

⁵³ Cass. Com. Française, 7 Mars 2006, no 04-16536, Bulletin 2006, IV, No 61, str. 61.

⁵⁴ Cass. Com., 26 Janvier 1970, no 67-14.787; Cass. Com., 18 Juillet 1989, no 87-20.261; Cass. Com., 1 Avril 1997, no 94-18.912.

⁵⁵ Usp. <http://www.ehp.lu/legal-topics/newsletters-and-alerts/newsletter-detail/article/inadmissibility-of-the-claim-of-an-investor-against-the-depositary-bank-of-a-sicav/> (1. 4. 2012.).

⁵⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 juillet 2011., No 10-24006, dostupna na <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/inedits-2/3364413-cour-de-cassation-civile-chambre-commerciale-12-juillet-2011-10-24-006-inedit> (15. 4. 2012.).

prihvaćen je tužbeni zahtjev tužitelja. Drugostupanjski sud je, međutim, prihvatio žalbu tuženika kojom je tuženik osporio nadležnost francuskog suda da odlučuje u tom predmetu pa je tužitelj uložio reviziju.

Revizijski sud je ispitivao postoje li okolnosti za uspostavu nadležnosti na temelju čl. 5., st. 3. Uredbe Bruxelles I, odnosno Luganske konvencije.⁵⁷ Prema tom članku tuženi može biti tužen u deliktним i kvazideliktним predmetima i pred sudom mjesta gdje je nastao štetni događaj, pri čemu taj izraz treba razumjeti dvoznačno, kao mjesto gdje se dogodila šteta, ali i kao mjesto gdje se dogodio uzrok štetnog događaja (odnosno mjesto štetne radnje). U tom predmetu tužitelj je naveo da se uzrok događaja (štetna radnja) sastojao u bančinu protupravnom obavljanju promotivnih aktivnosti fonda u Francuskoj, pri čemu je banka propustila dati važne informacije ulagateljima glede fonda.⁵⁸ Tužitelj je nastojao prikazati da je promotivna aktivnost banke bila protupravna te je dovela do izvanugovorne odgovornosti za štetu.⁵⁹

Revident (tužitelj) je pozivajući se na propise francuskog prava⁶⁰ tvrdio da promotor fonda nije javnosti stavio na raspolaganje izvješća fonda prevedena na francuski jezik u sjedištu podružnice. Uz to je naveo da je promotor započeo s trgovanjem dionicama fonda u Francuskoj prije nego što je za to dobio odo-

⁵⁷ Sud se poziva na Konvenciju o nadležnosti i priznanju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima iz Lugana od 30. 7. 2007. godine jer je tuženik pravna osoba sa sjedištem u Švicarskoj, a Švicarska je potpisnica te Konvencije. Konvencija iz Lugana je ekvivalent Uredbe Bruxelles I, ali za područje izvan EU-a. V. *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Lugano Convention; SR 0.275.12)* kojom je izmijenjena *Lugano Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 16 September 1988 (SR 0.275.11)*.

⁵⁸ Francuska presuda, *op. cit.* u bilj. 56, § 3.

⁵⁹ Francusko pravo taj oblik odgovornosti kao i odgovornost iz prospekta podvodi pod izvanugovornu odgovornost te primjenjuje čl. 1382. francuskog *Code Civile*. Magnus, U.; Mankowski, P., (ur.), *Brussels I Regulation*, 2. izdanje, 2012., str. 1301. O prijeporima o pravnoj naravi odgovornosti iz prospekta v. Čulinović Herc, E.; Zubović, A., *Prospekt i odgovornost iz prospekta prijavnoj ponudi vrijednosnih papira u hrvatskom i usporednom pravu*, Zbornik radova međunarodnog savjetovanja, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Mostar, 2009., str. 162 - 185.

⁶⁰ Čl. 14. francuskog zakona o investicijskim fondovima (koji regulira davanje odobrenja UCTIS fondu i uvjete trgovanja stranog fonda s tzv. europskom putovnicom u Francuskoj), Uredba AMF-a (*Décret no 2003-1104 du 21 novembre 2003*) i mišljenje Komisije za upravljanje burzom.

brenje AMF-a⁶¹ te da ga nije, sve vrijeme dok je bio dioničar spomenutog fonda, upoznao s bitnom okolnošću kako je Madoffovo društvo delegat depozitara i društva za upravljanje. S obzirom na to da se nedostatak informacija tijekom obavljanja promotivnih aktivnosti dogodio u Francuskoj, tužitelj je smatrao kako je žalbeni sud proglašivši se nenadležnim prekršio čl. 5., st. 3. Uredbe Bruxelles I. Tužitelj je također naveo kako je dodatni uzrok cijele afere (pored već navedenih) upis dionica Luxalphe, a da se drugostupanjski sud pritom ograničio samo na lokalizaciju upisa dionica bez daljnjeg istraživanja gdje se štetni događaj zbio.

Kako se revident tek u drugostupanjskom postupku pozvao na činjenicu da je okidač deliktne odgovornosti tuženika nepravilno obavljanje promotivnih aktivnosti fonda u Francuskoj (očigledno radi uspostave nadležnosti, op. a.), sud je to ocijenio kao novotu o kojoj drugostupanjski sud nije bio dužan voditi računa, tim više što taj navod ne ukida njegov raniji navod (o tome da mu je šteta nastala upisom dionica u Luksemburgu). Revizijski sud je također utvrdio da revident ne može drugostupanjskom sudu stavljati na teret to što nije ispitao je li tuženik doista manjkavo obavljao promotivne aktivnosti na teritoriju Francuske.

Ipak, sud se osvrnuo i na te navode (protupravno obavljanje promotivnih aktivnosti) iako ih je ocijenio kao nedopustive novote. Sud je naveo da fondovi koji imaju europsku putovnicu (UCITS fondovi), a takav je bio i fond Luxalpha SICAV, mogu započeti s trgovanjem u drugoj državi članici nakon isteka roka od 60 dana od dana podnošenja zahtjeva za izdavanje odobrenja (AMF-u), pri čemu se šutnja regulatora tumači kao presumirano odobrenje. Kako je sam tužitelj naveo da je zahtjev za odobrenje podnesen u jesen 2004. godine, sud je zaključio kako je prodaja udjela/dionica na temelju presumiranog odobrenja mogla započeti u studenom 2004. godine pa je taj revidentov prigovor odbačen. Sud je revidentu stavio na teret da nije u dovoljnoj mjeri istražio je li trgovanje u Francuskoj bilo odobreno na taj (prešutni) način ili ne.⁶²

⁶¹ *L'Autorité des marchés financiers* je francusko regulatorno tijelo. Tužitelj je tvrdio da se s trgovanjem dionica fonda započelo već u studenom 2004. godine, a da je odobrenje za trgovanje u Francuskoj fond dobio tek 25. ožujka 2005. godine.

⁶² No, kako je neko odobrenje ipak doneseno u ožujku 2005. godine, a do kupnje dionica fonda je došlo prije tog datuma, sud je smatrao da AMF predmetnim odobrenjem nije tek tada dopustio trgovanje u Francuskoj nego da je odobrenje doneseno kako bi se upozorilo menadžera fonda da je dužan u roku od dvije godine od početka trgovanja uskladiti strukturu portfelja fonda s francuskim propisima. Zbunjujuće je to da se sud pozvao

Sud je zaključio da revident u žalbenom postupku nije uspio dokazati da su propisi unutarnjeg francuskog prava koji predviđaju način informiranja ulagatelja primjenjivi na UBS kao promotora fonda koji je djelovao na temelju presumirana odobrenja. Osim toga, budući da je sam revident istaknuo kako je upis dionica (u Luksemburgu) onaj događaj kojim mu je nanesena šteta, on ne može (a da sam sebi ne proturječi) spočitavati drugostupanjskom sudu da nije istraživao koje su to okolnosti prouzročile štetan događaj kada ih ni on sam u prvostupanjskom postupku nije iznio. Kako se štetni događaj dogodio u Luksemburgu 1. veljače 2005. godine kada je tužitelj kupio dionice preko administratora fonda, sud je smatrao da ne postoji nadležnost francuskog suda.

5. ZAKLJUČAK

Zaobišavši izričitu zabranu koje su države članice u svoje pravo preuzele iz Direktive UCITS menadžeri Madoffovih europskih fondova hranitelja delegirali su mu svoje ovlasti upravljanja i pohrane. Tako su se u jednoj osobi spojile i funkcija menadžera fonda i funkcija depozitara. O svemu tome nije bilo ni riječi u prospektu fonda, a za to nisu znali ni regulatori. Takav *modus operandi* korišten je na tlu Europe za velik broj fondova, a ti su fondovi bili nosivi stupovi i održavatelji Madoffove Ponzijeve sheme.

U ovom radu analizirane su dvije presude: presuda Okružnog suda u Luksemburgu od 4. ožujka 2010. godine te presuda francuskog Kasacijskog suda od 12. srpnja 2011. godine (obje u svezi s fondom Luxalpha). Pred navedenim sudovima pojavila su se dva procesna pitanja od kojih je jedno iz područja primjene Uredbe Bruxelles I: mjesta nastanka štete kao kriterija za uspostavu nadležnosti nacionalnog suda. Uz to se pojavilo i pitanje postojanja aktivne legitimacije tužitelja (dioničara fonda) prema tuženiku (depozitaru).

Potonje pitanje pojavilo se pred luksemburškim sudom. Sud je osporio pravo dioničara da tuže depozitara smatrajući da je jedino fond (dioničko društvo, odnosno likvidator fonda, tj. osoba koja je ovlaštena zastupati ga) ovlašten podnijeti takvu tužbu. Sud je smatrao da pravna osobnost fonda onemogućuje dioničare da podnose samostalnu tužbu protiv depozitara osim ako ne trpe štetu distinktivnu od štete koju trpi društvo (fond). No, kako je luksemburško pravo

na propis koji je mjerodavan za fondove rizičnog kapitala, a ovdje je riječ o UCITS fondu za koji Direktiva UCITS predviđa jasna ograničenja ulaganja. (op. a.).

priznavalo (supsidijarno) pravo na tužbu ulagatelja prema depozitaru za UCITS fondove bez pravne osobnosti, sud je to pravo tumačio restriktivno, odnosno nije njegovu primjenu htio proširiti na fondove s pravnom osobnošću. Tu je smatrao potrebnim primijeniti načela prava društava, a kako luksemburško pravo društava ne priznaje *actio pro socio* dioničara prema osobama izvan društva (kakvim sud smatra depozitara fonda), tada takvo pravo nema ni dioničar SICAV fonda.

Autorice dijele mišljenje luksemburškog suda, a isto vrijedi i prema našem pravu.⁶³ No, dioničko društvo s varijabilnim kapitalom (SICAV) po svojim se obilježjima ipak razlikuje od običnog dioničkog društva po tome što su dionice tog društva svakodobno otkupive. To je ono zbog čega mu se i priznaje status UCITS fonda. Dioničari bi nakon naknade štete društvu imali od društva za upravljanje pravo zahtijevati otkup dionica. Kako je položaj dioničara SICAV fonda ipak drugačiji od položaja dioničara običnog dioničkog društva, ne vidimo razlog da se aktivna legitimacija dioničara prema depozitaru ne uredi na isti način kao i za fondove bez pravne osobnosti – dodjeljivanjem supsidijarnog prava na tužbu u slučaju da oni koji su ovlašteni podnijeti tužbu u ime društva (fonda) to ne učine u određenom roku. Za takvo shvaćanje zalaže se i njemačka doktrina koja im dodjeljuje *actio pro socio* kao i ulagateljima otvorenog fonda bez pravne osobnosti⁶⁴, a u istom smjeru idu i rješenja prijedloga Direktive UCITS V.⁶⁵ Konačno, i onaj tko je primarno ovlašten podnijeti tužbu, a to je društvo za

⁶³ Akademik Barbić smatra da nije prihvatljivo dioničarima dodijeliti pravo podnošenja tužbe umjesto društva (objašnjeno na primjeru tužbe društva prema članovima uprave) jer je njima nastupila samo refleksna šteta. V. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 44, str. 807.

⁶⁴ Vidi objašnjenje u bilj. 48 ovog rada i tamo citiranu njemačku literaturu.

⁶⁵ Prijedlog UCITS V, *op. cit.* u bilj. 2. Navedeni prijedlog nastao je upravo kao odgovor na slabosti dotadašnjeg pravnog okvira koji je postavilo UCITS zakonodavstvo i bavi se, između ostalog, pitanjem ovlasti i dužnosti depozitara, njegovom odgovornošću i delegacijom depozitarovih ovlasti. U čl. 24., t. 5. u Prijedlogu se navodi kako ulagatelji UCITS fondova mogu depozitara “pozvati na odgovornost” direktno ili indirektno (preko društva za upravljanje), a preambula istog Prijedloga (recital 23) objašnjava kako je potrebno izjednačiti pravnu zaštitu ulagatelja UCITS fondova bez obzira na pravni oblik u kojem je UCITS fond osnovan ili pravnu prirodu odnosa između depozitara, društva za upravljanje i ulagatelja. Zato je u navedenom čl. 24. izostavljen dio koji bi aktivnu legitimaciju ulagatelja dovodio u vezu s pravnim oblikom fonda ili pravnom prirodom odnosa subjekata investicijskog posla. Ipak, u svjetlu navedene presude luksemburškog suda i novog Prijedloga za očekivati je kako će određene jurisdikcije izjednačiti položaja UCITS ulagatelja tako da će ulagatelji u UCITS fondove bez pravne osobnosti također moći svoj zahtjev ostvariti samo preko društva za upravljanje.

upravljanje (odnosno članovi njegove uprave) također ne utužuje svoju tražbinu nego tražbinu fonda pravne osobe kojim upravlja pa i to društvo za upravljanje ima položaj svojevrsnog procesnog namjesnika.

Drugi razlog dopustivosti izravne tužbe dioničara prema depozitaru vidimo u činjenici da bi svi ulagatelji u harmonizirane UCITS fondove trebali uživati ujednačenu razinu pravne zaštite bez obzira imaju li pravnu osobnost ili ne ako se uzme u obzir da je ključna odlika tih fondova otkupivost udjela/dionica. Zalažemo se za prihvaćanje rješenja iste razine procesnopravne zaštite svih UCITS ulagatelja jer odabir fonda može biti slučajan.

U predmetu pred francuskim sudom sud je tvrdnje revidenta da se nadležnost francuskog suda može uspostaviti u odnosu na švicarskog tuženika odbacio kao zakašnjele i nekonzistentne ranijim navodima zbog toga jer su se tuženikove protupravne radnje promocije fonda dogodile u Francuskoj. Sud je dao prednost njegovim ranijim navodima u kojima je revident tvrdio da mu je šteta nastala upisom dionica u Luksemburgu. Tako je odredbu čl. 5., st. 3. Uredbe Bruxelles I, odnosno Luganske konvencije tumačio tako da je prekludirao tuženika u iznošenju novih okolnosti za uspostavu nadležnosti (prema kriteriju mjesta poduzimanja štetne radnje). Ako je doista za tužitelja/revidenta prema francuskom procesnom pravu nastupila prekluzija u iznošenju takvih novota (koje se tiču okolnosti važnih za uspostavu apsolutne nadležnosti)⁶⁶, onda je izgubljena bitka ulagatelja pred francuskim sudom rezultat loše strategije tužitelja u parnici koji okolnosti važne za uspostavu nadležnosti francuskog suda nije iznio već u prvostupanjskom postupku vodeći računa o načelu ubikviteta. To načelo dopušta da je moguće zasnovati nadležnost suda i u mjestu nastanka štete i u mjestu poduzimanja štetne radnje. Ipak, opći dojam autorica je da je i francuski sud lutao u odabiru prave argumentacije za otklanjanje svoje nadležnosti s obzirom na to da je obrazlagao i utvrđivao istinitost navoda o okolnostima za koje je i sam utvrdio da su zakašnjeli, odnosno irelevantni. Sud je bio posebno neuvjerljiv kada je tumačio da u kritično vrijeme upisa dionica odobrenje promotora u Francuskoj nije bilo potrebno jer ga treba presumirati, a okolnost da je ono ipak naknadno doneseno tumačio je razlozima koji se nalaze u propisima koji se uopće ne primjenjuju na UCITS fondove.

Sklop iznesenih procesnih pitanja upućuje nas nužno i na zaključak da je barem na razini zemalja članica EU-a nužno da sudovi na jedinstven način tu-

⁶⁶ Postavlja se pitanje, ako je riječ o procesnoj pretpostavci, znači li to da sud o tome pazi po službenoj dužnosti.

mače harmonizirane odredbe o nadležnosti. Odsustvo potpune harmonizacije materijalnog prava koje uređuje položaj pojedinih sudionika investicijskog posla uvijek daje povoda za *forum shopping*, ali tumačenje odredaba o uspostavi nadležnosti trebalo bi biti ujednačeno. Stoga se parnični suci u RH trebaju upoznati na koji način pravna doktrina europskog parničnog procesnog prava tumači Uredbu Bruxelles I te na koji ju način tumači sudska praksa Europskog suda.

Odredba čl. 5., st. 3. Uredbe Bruxelles I sadrži i odredbu o posebnoj nadležnosti u predmetima izvanugovorne odgovornosti ili sličnim predmetima utvrđujući nadležnost suda mjesta gdje je nastao štetni događaj ili gdje je mogao nastati.⁶⁷ Prema tumačenju Europskog suda⁶⁸ mjesto gdje je nastao štetni događaj mora se tumačiti dvoznačno prema principu ubikviteta: kao mjesto gdje je poduzeta štetna radnja kao i mjesto gdje se dogodila šteta dok izbor jurisdikcije ostaje na tužitelju.⁶⁹ Određivanje mjesta štetnog događaja (poduzimanja štetne radnje) svodi se na lokalizaciju aktivnosti štetnika koja je relevantan uzrok štete. Iako naizgled djeluje jednostavno, lokalizacija postaje složenija kada treba uzročne radnje razlučiti od pripremnih radnja, pri postojanju više štetnika te pri tzv. informacijskim deliktima. Prema mišljenju doktrine nije dovoljno lokalizirati samo posljednju radnju u nizu jer su i ostale radnje uzročne, ali pritom ne treba ići predaleko u prošlost i uključivati pripremnje radnje.⁷⁰ Posebna pažnja pridaje se tzv. informacijskim deliktima jer se temelje na distribuciji inkriminirajuće

⁶⁷ U izvorniku stoji: *A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur.* V. više Magnus, U., Mankowski, P., (ur.), *Brussels I Regulation – European Commentaries on Private International Law*, Sellier, München, 2007., str. 186.

⁶⁸ *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA* (predmet 21/76), 1976., ECR 1735, § 15, 19 – 24, 25; *Dumez France SA i Tracoba SARL v. Hessische Landesbank* (predmet C-220/88), 1990., ECR I-49, I-78, § 10.; *Fiona Shevill v. Presse Alliance SA* (predmet C-68/93), 1995., ECR I-415, I-460, § 20; *Antonio Marinari v. Lloyd's Bank plc and Zubaidi Trading Co.* (predmet C-364/93), 1995., ECR I-2719, I-2738, § 11; *Rudolf Kronhofer v. Marianne Maier* (predmet C-168/02), 2004., ECR I-6009, I-6029, § 16.

⁶⁹ *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA* (predmet 21/76), 1976., ECR 1735, 1747 § 24 i 25; Magnus, U.; Mankowski, P., *op. cit.* u bilj. 66, str. 191. Kako je ta posebna nadležnost iznimka od načela *actor sequitur forum rei*, uvedeno je ograničenje prema kojem se pred sudom mjesta u kojem je pretrpljena šteta može zahtijevati samo šteta pretrpljena u državi tog foruma, a ne i sva šteta koja proizlazi iz štetnog događaja ako prelazi granice navedene države (*tzv. mosaic principle*). Navedeno se smatra strukturalnim elementom čl. 5., st. 3. Uredbe.

⁷⁰ *Ibid.*, str. 195.

informacije. U slučaju da je tržište neistinito informirano širenje informacije označuje se kao relevantna aktivnost i to ostaje tako čak i ako je mjesto u kojem tužitelj djelovao pouzdajući se u tu informaciju različito od prethodnog mjesta.⁷¹

Da je kojim slučajem francuski tužitelj na vrijeme iznio te okolnosti osobito naglašavajući štetnu radnju distribucije nestinitih informacija od strane promotora fonda koja se izvjesno dogodila u Francuskoj, francuski sud bi vrlo teško mogao otkloniti svoju nadležnost. Možemo samo spekulirati o tome je li, s obzirom na to da je luksemburška presuda prethodila francuskoj, francuski sud ocijenio odabir vlastite jurisdikcije kao *forum shopping* i stoga odbio o tome raspravljati.

Summary

Edita Čulinović Herc*
Nikolina Grković**

THE IMPACT OF MADOFF INVESTMENT SCANDAL ON LITIGATION IN EU MEMBER STATES – THE EXAMPLE OF LUXALPHA SICAV FUND

Bernard Madoff's Ponzi scheme began to unravel in December 2008 when the general market downturn accelerated. Since then, investors of so-called "Madoff feeder funds" brought a large number of legal actions against such funds and their custodians in various jurisdictions. Managers of these funds, as well as their depositaries delegated their duties to Madoff's BLMIS which has, contrary to European rules (the UCITS Directive), led to the accumulation of their functions. None of that was mentioned in the fund's prospectus nor reported to the competent authorities.

⁷¹ Mjesto u kojem je osoba (tužitelj) djelovala pouzdajući se u neistinite informacije bilo bi relevantno u slučaju kada bi se tužitelj pozivao na uspostavu nadležnosti na temelju kriterija mjesta nastanka štete.

* Edita Čulinović Herc, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka.

** Nikolina Grković, Research Assistant, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka.

The scandal had a huge impact on the EU mutual fund market. Diverging regulatory approaches in national laws of EU member states opened political controversies, especially those between Luxembourg and France. This paper analyzes two cases regarding Luxalpha SICAV fund, domiciled in Luxembourg as UCITS fund. These cases were decided before courts in Luxembourg and France, respectively. Two procedural problems emerged in those proceedings. One is the issue of jurisdiction: whether it is possible to establish jurisdiction towards respondent who is not resident in the member state where the claim is brought, on the basis of forum loci delicti commissi (Art 5 para 1 of the Brussels I Regulation). The other issue was whether investors, as shareholders of the fund, have right to sue custodian bank directly, even though the fund itself has legal personality.

Luxembourg court rejected investors' direct cause of action against the custodian on the grounds that investors were able to pursue their claims through the liquidator of their fund. The court found that legal personality of the fund disables investors/shareholders to pursue a direct cause against depositary, unless they prove they suffer special damage, independent of the damage of the corporation (fund). Although Luxembourg law generally grants to investors (residual) right to sue custodians if the fund is founded as UCITS common fund (i.e. the one without legal personality), the court rejected the petition to extend this right to shareholders/investors of the funds with legal personality. Relying on the principles of the company law, for the funds with legal personality, Luxembourg court rejected to grant the shareholders a direct right to sue custodian. It found that Luxembourg company law does not grant actio pro socio for shareholders against persons outside the company (custodian being marked as such).

Although the same results would have occurred under Croatian company law, in the opinion of the authors the special nature of the SICAV fund deserves slightly different treatment. Namely, an investment company with variable capital (SICAV) by definition is to be distinguished from a joint stock company because its investors/shareholders are entitled at all times to request the redemption of their units/shares. This is not the feature of the common joint stock company, while it is essential for all UCITS funds, no matter whether they have legal personality or not. Since position of SICAV shareholders is more similar to position of the investors in other UCITS (common) funds, than to position of the shareholders of joint stock company, authors see no reason not to grant the shareholders residual direct action, the one investors of the UCITS common funds have. The latter are entitled to individual action against the custodian/depositary after formal notification that the management company (who has principal right and duty to sue) has not filed a claim. The same solution is adopted in German doctrine: investors/shareholders are entitled to actio pro socio under same conditions as investors in common funds.

The authors see a second reason for granting a direct claim for shareholders of UCITS funds in the necessity to provide the same level playing field to all investors in UCITS funds, regardless of the form in which the funds have been established (contractual/statutory). This because the key feature of UCITS fund is the right to redeem the share, and investor's decision to invest in it is likely to be based on this feature and not on the legal form of the fund.

In a case before French court, the plaintiff (investor) tried to establish a jurisdiction of French court by alleging that harmful acts of promoter of the fund took place in France. The promoter (and a custodian) of the fund was a bank with a registered office in Switzerland. Plaintiff's allegations in the first instance proceedings were that the damage occurred in Luxembourg, where subscription of SICAV shares took place. First instance court accepted the plaintiff's claim. Upon respondent's complaint, second instance court rejected the plaintiff's claim on the grounds that courts in France had no jurisdiction in that case, because the damage did not occur in France. In second instance proceedings, plaintiff was arguing that promotion of the fund in France was done without prior authorization and that important information were not conferred to investors during promotion campaign. Supreme Court rejected plaintiff's attempt to sustain jurisdiction of the French court on "the place of harmful event" criterion, since it was firstly introduced in the second stage of the proceedings, and as such found it as "inadmissible novelty". On the other hand, Art 5 para 3 of Bruxelles I Regulation (in that case Lugano convention) grants jurisdiction to the courts of the place where the harmful event occurred (or could occur), and ECJ decisions confirmed the principle of ubiquity (the place where the harmful event giving rise to the damage occurred, as well as the place where the damage itself occurred). Therefore, it is strange that French courts refused to grant jurisdiction solely on the basis of inadmissible novelty doctrine. We conclude that French investor lost the case due to his relaxed procedural strategy in the early stage of proceedings: he should have invoked the application of the principle of ubiquity already before the first instance court.

Authors conclude that "full scale" EU substantive law harmonization of UCITS funds, although many times revised, still shows serious weakness in some points. Those might seem technical and of minor importance, but only at the first glance. Leaving to national legislator the decision on the right of investor(s) to sue directly seems like the most natural solution depending on the legal nature of the fund. In the cited cases, legal nature of the fund was the principal excuse for not granting the right to sue. Investors in the Madoff's funds were faced with difficult barriers in pursuing their claims, wondering between friendlier and less friendly EU jurisdictions. Had the UCITS funds been designed as true EU products, enabled to circulate widely within the EU, there should have been

a mechanism to prevent dismissal of investors' claims based on the peculiarities of procedural laws in EU member states. In particular, this should be the case when grounds for dismissal substantially depart from universally accepted principles set in EU harmonized procedural regulations, such as the principle of ubiquity for establishing jurisdiction under Brussels Regulation I.

Keywords: Madoff, UCITS funds, Luxalpha, liability of depositaries, protection of investors, damage compensation.

ZADRŽAVANJE DUŠEVNO BOLESNIH OSOBA U ZDRAVSTVENOJ USTANOVI PREMA PRAVNOM UREĐENJU U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

*Prof. dr. sc. Jozo Čizmić**

Prisilna (civilna) hospitalizacija složen je društveni fenomen koji otvara brojne medicinske, etičke, pravne, ekonomske, čak i političke probleme. Služi da bi se zdravstveno stanje osobe s trajnim ili privremenim duševnim smetnjama poboljšalo ili da bi se društvo zaštitilo od osoba s duševnim smetnjama, odnosno da bi se one same zaštitile od vlastitoga ponašanja. Zbog toga je prisilna hospitalizacija neodvojiva od problema temeljnih ljudskih prava i mora biti razmatrana i u tom kontekstu. U radu je autor, nakon naznake predmeta raspravljanja i odlučivanja u postupku zadržavanja duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi, upozorio i na problematiku primanja duševno bolesnih osoba u zdravstvenu ustanovu, obavijesti sudu o primanju duševno bolesne osobe, naknadna pacijentova opoziva suglasnosti na ostanak u zdravstvenoj ustanovi, dužnosti obavještanja suda u postupku za oduzimanje poslovne sposobnosti ili u kaznenom, odnosno prekršajnom postupku, pokretanja postupka po službenoj dužnosti, pregleda medicinskog vještaka, utvrđivanja činjeničnog stanja i izvođenja dokaza, hitnosti odlučivanja, određivanja trajanja zadržavanja, produženja trajanja prisilne hospitalizacije, puštanja zadržane osobe prije isteka roka određenog za zadržavanje, rješenja o produženju trajanja zadržavanja i prijevremenom puštanju prisilno zadržane osobe, žalbe i troškova postupka.

Ključne riječi: izvanparnični postupak, prisilna hospitalizacija.

* Dr. sc. Jozo Čizmić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, Domovinskog rata 8, Split.

1. UVOD

Postupak zadržavanja duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi u Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: FBiH) uređen je Zakonom o vanparničnom postupku FBiH¹ (Službene novine FBiH, br. 2/98, 39/04, 73/05; dalje u tekstu: ZIZVP). ZIZVP je propis kojim se na prostoru Federacije cjelovito utvrđuju pravila prema kojima sudovi postupaju i odlučuju o osobnim, obiteljskim, imovinskim i drugim pravima i pravnim interesima koji se po zakonu rješavaju u izvanparničnom postupku. Odredbe ZIZVP-a primjenjuju se i u drugim pravnim stvarima iz nadležnosti sudova za koje zakonom nije izričito određeno da se rješavaju u izvanparničnom postupku, a ne odnose se na zaštitu povrijeđena ili ugrožena prava i ne mogu se zbog karaktera pravne stvari ili svojstva stranaka u postupku primijeniti odredbe zakona kojim je uređen parnični postupak. ZIZVP je jedan od procesnih zakona koje u okviru svojih ustavnih ovlasti donosi Federacija propisujući pravila postupka koja će na jednak i jedinstven način jamčiti ostvarenje i zaštitu subjektivnih prava građana i pravnih osoba pred sudovima u Federaciji.²

Nesporno je da je ZIZVP unio niz pozitivnih novina i rješenja u izvanparnični postupak Federacije koja znatno pridonose ostvarenju načela procesne ekonomije i efikasnosti vođenja postupka. Pozitivnim smatramo i to što se izradi zakona o izvanparničnom postupku pristupilo približno istovremeno u obama entitetima u Bosni i Hercegovini (FBiH i Republici Srpskoj) te da je u konačno usvojenom tekstu u entitetima postignut visok stupanj harmonizacije. Mogli bismo kazati da je time izvanparnični postupak na razini Bosne i Hercegovine *de facto* uređen na jedinstven način uz manje razlike koje su posljedica različitosti entitetskog i pravosudnog ustrojstva.³

U općim odredbama ZIZVP-a dana su opća, zajednička načela koja se primjenjuju u svim posebnim postupcima u izvanparničnom području. Međutim, ako bi pojedina pitanja odredbama drugog dijela ZIZVP-a (posebni postupci) bila uređena drukčije od pravila koja su dana u općim odredbama, na konkret-

¹ Iako je taj zakon federalan, objavljen je u jednom jezičnom obliku pa naziv zakona radi točnosti navodimo na bošnjačkom jeziku, a dalje ćemo se koristiti hrvatskim nazivom - izvanparnični postupak.

² Više kod Čizmić, J., *Novo građansko procesno pravo Federacije Bosne i Hercegovine*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 50, br. 1-2, 2000., str. 143 - 181.

³ Tako i šire o tome kod Čizmić, J.; Tajić, H., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku*, Sarajevo, 2011., str. 9.

ne slučajeve trebalo bi primjenjivati odredbe tih posebnih postupaka, a opće odredbe samo u slučaju da odredaba o posebnim postupcima nema.⁴

2. PREDMET RASPRAVLJANJA I ODLUČIVANJA U POSTUPKU ZADRŽAVANJA DUŠEVNO BOLESNIH OSOBA U ZDRAVSTVENOJ USTANOVI

Odredbom čl. 45. ZIZVP-a određen je predmet raspravljanja i odlučivanja u postupku zadržavanja duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi. Sukladno odredbi čl. 45., st. 1. ZIZVP-a u postupku zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi sud odlučuje o zadržavanju duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi kada je zbog prirode bolesti nužno da ta osoba bude ograničena u slobodi kretanja ili kontaktiranja s vanjskim svijetom kao i njezinu otpuštanju kad prestanu razlozi zbog kojih je zadržana.

Prisilna (civilna) hospitalizacija složen je društveni fenomen koji otvara brojne medicinske, etičke, pravne, ekonomske, čak i političke probleme.⁵ Iako je uglavnom općenito zauzeto stajalište da društvo ima pravo zaštite od osoba koje ga ugrožavaju, javljaju se različita mišljenja o tome kako provesti postupak prisilne hospitalizacije. Riječ je, prije svega, o dilemi trebaju li o tome odluke donositi sami liječnici ili bi za to trebala biti nadležna tijela izvan zdravstva, primjerice, sudovi. Najvažniji argument u korist sudske kontrole prisilne hospitalizacije jest da je riječ o oduzimanju slobode, što je u načelu dopušteno samo na temelju sudske odluke. Kako je civilna prisilna hospitalizacija psihijatrijskih bolesnika ili psihički poremećenih osoba svojevrsno oduzimanje slobode, nužno moraju u procesu njezine realizacije biti poštovani pravni postulati koji se općenito postavljaju u svezi s lišenjem slobode. Stoga, svaka privremena ili trajna hospitalizacija protivna zakonom predviđenim uvjetima pravno bi se morala kvalificirati i sankcionirati kao protupravno oduzimanje slobode, kao ozbiljno kazneno djelo.⁶ Do prisilne hospitalizacije dolazi u trima slučajevima: da bi se osobe s trajnim ili privremenim duševnim smetnjama podvrgle liječenju, dakle

⁴ Tako Ristić, V.; Ristić, M., *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 1985., str. 8.

⁵ Vidi Draškić, M., *Staranje o licima pod posebnom društvenom zaštitom u vanparničnom postupku*, Pravni život, vol. XXXX, br. 1, 1990., str. 44.

⁶ Vidi Turković, K.; Dika, M.; Goreta, M.; Đurđević, Z., *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama s komentarom i prilogima*, Zagreb, 2001., str. 142.

da bi se njihovo zdravstveno stanje poboljšalo (tzv. medicinska indikacija); da bi se društvo od njih zaštitilo (socijalna indikacija) i da bi se one same zaštitile od vlastitoga ponašanja, primjerice samoubojstva, samopovređivanja i sl. (vitalna indikacija).⁷ Prisilna hospitalizacija neodvojiva je od problema temeljnih ljudskih prava i mora biti razmatrana i u tom kontekstu. Tako je Skupština Vijeća Europe svojom Preporukom o psihijatriji i ljudskim pravima 1235 (1994.) predvidjela da prisilni smještaj (*compulsory admission, placement non volontaire*) može biti određen u iznimnim slučajevima ako postoji ozbiljna opasnost za pacijenta ili druge osobe. Kao dopunski kriterij pritom služi okolnost da bi nesmeštavanje pacijenta u zdravstvenu ustanovu moglo dovesti do pogoršanja njegova zdravlja ili bi onemogućilo da pacijent dobije prikladan tretman.⁸

Cilj postupka je skrb o osobama koje se smještaju u zdravstvenu ustanovu za liječenje psihičkih bolesti, ali i sprečavanje da druge osobe, čak i same zdravstvene ustanove zlorabe taj postupak jer se osobe s duševnim smetnjama u ustanove smještaju najčešće protivno svojoj volji, katkad u takvu stanju u kojem ih nije bilo nužno izdvajati iz sredine u kojoj žive. Budući da je ovdje riječ o znatnom ograničenju slobode kretanja tih osoba, ZIZVP je detaljno regulirao postupak primanja tih osoba u zdravstvenu ustanovu i u slučaju kada one dolaze svojevolumno radi liječenja i u slučaju kada se one smještaju bez njihove suglasnosti, odnosno bez odluke suda (čl. 45. - 59. ZIZVP-a).

Treba napomenuti da je čl. 46. Zakona o pravima, obvezama i odgovornostima pacijenata (Službene novine FBiH, br. 40/10; dalje u tekstu: ZOP) određeno da pacijent tijekom boravka u stacionarnoj zdravstvenoj ustanovi ima pravo primanja posjetitelja u skladu s kućnim redom zdravstvene ustanove te pravo zabrane posjeta određene osobe ili određenih osoba. Kućni red bi morao biti postavljen na vidljivo mjestu u zdravstvenoj ustanovi. Navedena odredba u skladu je s točkom 5.9. Deklaracije Svjetske zdravstvene organizacije o promicanju prava pacijenata u Europi iz 1994. godine.⁹ Novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 15.000,00 KM kaznit će se za prekršaj zdravstvena ustanova ako pacijentu ne omogući održavanje osobnih kontakata. Za navedeni prekršaj kaznit će se novčanom kaznom u iznosu od 500,00 do 3.000,00 KM i odgovorna osoba u zdravstvenoj ustanovi (čl. 76., st. 2. ZOP-a). Uz novčanu

⁷ *Ibid.*, str. 128.

⁸ *Ibid.*, str. 146.

⁹ Tako Mujović-Zornić, H., *Pacijentova prava – univerzalnost i evropski koncept*, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 3, 2005., str. 261.

kaznu, počinitelju toga prekršaja može se izreći zabrana obavljanja djelatnosti u razdoblju do šest mjeseci, a s ciljem sprečavanja budućeg činjenja prekršaja (*arg. ex čl. 76., st. 4. ZOP-a*).¹⁰

Sud je dužan odmah obavijestiti *organ starateljstva* da bi se osobi s duševnim smetnjama postavio privremeni skrbnik, odnosno sud može takvoj osobi postaviti privremenog zastupnika.¹¹ Kao i u drugim postupcima u kojima se odlučuje o osobnim i obiteljskim stvarima, i u postupku zadržavanja duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi javnost je isključena (*arg. ex čl. 9., st. 2. ZIZVP-a*).¹²

Postupak u kojemu sud odlučuje o zadržavanju duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi mora se završiti što prije, a najkasnije u roku od sedam dana (čl. 45., st. 1. ZIZVP-a). Riječ je o dosta kratkim rokovima kako bi se zaštitila osobnost i prava osobe koja je prisilno smještena u zdravstvenu ustanovu i koja je time protivno svojoj volji ograničena u slobodi kretanja i/ili kontaktiranja s vanjskim svijetom. Inače je tendencija suvremenih procesnih sustava opće skraćivanje rokova za poduzimanje procesnih radnja. Vremensko ograničavanje prava na poduzimanje procesnih radnja osigurava relativnu brzinu pružanja pravne zaštite i pridonosi ostvarenju pravne sigurnosti.¹³

U V. poglavlju (Obavezno upućivanje u psihijatrijsku ustanovu) Zakona o zdravstvenoj zaštiti FBiH (Službene novine FBiH, br. 46/10; dalje u tekstu: ZOZZ) regulirani su postupanje s osobama oboljelima od duševne bolesti

¹⁰ Detaljnije o tome u: Bodnaruk, S.; Čizmić, J.; Hrabač, B.; Huseinagić, S., *Komentari zdravstvenih zakona, Knjiga 1., Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o pravima, obavezama i odgovornostima pacijenata, Zakon o apotekarskoj djelatnosti*, Sarajevo, 2011., str. 419 - 420.

¹¹ Vidi Zečević, E., *Komentar Zakona o vanparničnom postupku sa obrascima za praktičnu primjenu*, Sarajevo, 2001., str. 49.

¹² "U situaciji kada je medicinska ekspertiza tima vještaka neuropsihijataru pouzdano pokazala da je optuženi osoba sa duševnim smetnjama, da ga priroda i stepen mentalnog poremećaja čine opasnim za okolinu i nesposobnim da učestvuje u sudskom postupku, onda sve navedeno, po ocjeni ovog suda, ukazuje na opravdanost ukidanja mjere pritvora, te se čini razumnim i opravdanim da se u smislu odredbe člana 22. Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama, odredi mjera privremenog zadržavanja optuženog u navedenoj zdravstvenoj ustanovi najviše do 30 dana kako bi u vanparničnom postupku, koji je po svom karakteru hitan postupak, bila donesena odgovarajuća odluka o smještaju i prinudnoj hospitalizaciji optuženog." (Izvod iz rješenja Kantonalnog suda u Sarajevu, br. 009-0-K-06-000056 od 10. 4. 2007., Domaća i strana sudska praksa, br. 21, 2007., str. 12).

¹³ Usp. Triva, S.; Dika, M., *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 379.

koja predstavlja opasnost za njihov život, život građana i imovinu kao i način, postupak, organizacija i uvjeti liječenja tih osoba. U skladu s odredbama čl. 30. ZOZZ-a osobe oboljele od duševne bolesti koja predstavlja opasnost za njihov život, život građana i imovinu u hitnim slučajevima smjestit će se na privremeno bolničko liječenje u odgovarajuću zdravstvenu ustanovu. U javnoj raspravi o nacrtu ZOZZ-a određen broj primjedaba bio je usmjeren na poboljšanje pravnih rješenja koja se odnose na zaštitu osoba s duševnim smetnjama iako je u čl. 30. ZOZZ-a utvrđeno da se način, postupak, organizacija i uvjeti liječenja osoba oboljelih od duševnih bolesti provodi u skladu s odredbama posebnog Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (Službene novine FBiH, br. 37/01 i 40/02). Osim toga, pojedini su sudionici javne rasprave predlagali i odgovarajuće izmjene propisa koji se odnose na provođenje mjere obveznog psihijatrijskog liječenja počinitelja kaznenog djela u stanju bitno smanjene ubrojivosti, odnosno rješenja koja se odnose na utvrđivanje ustanove u kojoj će se izvršavati ta mjera, što je u nadležnosti Federalnog ministarstva pravde i preciziranje koja institucija snosi troškove bolničkog liječenja privedenih duševno oboljelih osoba jer ZIZVP predviđa samo troškove zadržavanja, a ne i bolničkog liječenja. Odbor za zdravstvo, osvrćući se na primjedbe, istaknuo je da se akutna hospitalizacija duševnih bolesnika obavlja u zdravstvenoj ustanovi i provodi u skladu sa Zakonom o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama koji je regulirao postupak prema osobama s duševnim smetnjama koji se hospitaliziraju u zdravstvenim ustanovama neovisno o tome je li riječ o dobrovoljnoj ili prisilnoj hospitalizaciji i da se primjenjuju odredbe čl. 45. - 59. Zakona o vanparničnom postupku. To se, naime, smatra redovitim liječenjem. Donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku FBiH (Službene novine FBiH, br. 9/09) forenzična psihijatrija uvodi se u Zakon o vanparničnom postupku. Stoga je Federalno ministarstvo zdravstva iniciralo da Federalno ministarstvo pravde pristupi hitnoj dopuni Zakona o vanparničnom postupku kojom bi se reguliralo postupanje suda u izvanparničnom postupku za izricanje "mjere prisilnog smještaja počinioca krivičnog djela u stanju neuračunljivosti". U pitanju su, dakle, procedure suda u izvanparničnom postupku koje ne mogu biti predmet Zakona o zaštiti osoba s duševnim smetnjama, a ni Zakona o zdravstvenoj zaštiti.¹⁴

¹⁴ Bitno je naglasiti da se Vlada Federacije BiH usuglasila sa Sporazumom o smještaju i naknadi troškova za izvršenje mjera sigurnosti izrečenih u krivičnom postupku i u drugom postupku u kojem se izriče mjera liječenja (br. 594-1/09 od 23. 7. 2009.). Vijeće ministara BiH na svojoj je 91. sjednici od 17. lipnja 2009. usvojilo taj Sporazum koji je objavljen

3. PRIMANJE DUŠEVNO BOLESNIH OSOBA U ZDRAVSTVENU USTANOVU

Odredbama čl. 46. ZIZVP-a uređen je način primanja duševno bolesnih osoba u zdravstvenu ustanovu uz njihovu suglasnost. Zdravstvena ustanova može primiti na liječenje duševno bolesnu osobu uz njezinu suglasnost ako je prema prirodi bolesti ta osoba u stanju dati takvu suglasnost (*arg. ex* čl. 46., st. 1. ZIZVP-a). Dobrovoljno se može u psihijatrijsku ustanovu smjestiti samo osobu s duševnim smetnjama koja je sposobna razumjeti svrhu i posljedice smještaja u psihijatrijsku ustanovu, koja je na temelju toga sposobna donijeti slobodnu odluku o tome i koja je k tomu na to usmeno pristala. To može biti samo osoba s poslovnom sposobnošću jer se smještajem bez pristanka smatra smještaj osobe koja nije sposobna dati pristanak pa pristanak umjesto nje daje zakonski zastupnik ili *organ starateljstva* (čl. 3., t. 13. ZIZVP-a).¹⁵

u Službenom glasniku BiH, br. 89/09. U tom smislu potrebno je naglasiti da je u proceduri i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama. Razlog za donošenje zakona je potreba usklađivanja određenih odredaba navedenog zakona s Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (ECHR), Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku, Preporukama Komiteta ministara Vijeća Europe 10E iz 2004. koje se tiču zaštite ljudskih prava i dostojanstva osoba sa psihičkim smetnjama te Preporukom (99) 4 koja se tiče pravne zaštite poslovno nesposobnih odraslih osoba, Zakonom o ravnopravnosti spolova u Bosni i Hercegovini kao i odgovarajućim rješenjima iz zajedničkog projekta Europske unije i Vijeća Europe pod nazivom Efikasno upravljanje zatvorima u Bosni i Hercegovini koja je obuhvaćala i sljedeću aktivnost – “pomoć u sačinjavanju novog zakona o mentalnom zdravlju ili dopunama postojećih”. Ovim se zakonom među ostalim omogućava da se mjera sigurnosti obveznog psihijatrijskog liječenja izrečena uz kaznu zatvora počinitelju kaznenog djela u stanju smanjene ili bitno smanjene ubrojivosti izvršava u specijalnoj zdravstvenoj ustanovi za forenzičku psihijatriju Sokolac, a na osnovi Sporazuma o smještaju i naknadi troškova za izvršenje mjera sigurnosti izrečenih u krivičnom postupku i u drugom postupku kojem se izriče mjera liječenja. Tako i detaljnije o tome u: Bodnaruk, *op. cit.* u bilj. 10, str. 92 - 98.

¹⁵ Shvaćanje pojma dobrovoljne hospitalizacije vrlo se razlikuje od pravnog sustava do pravnog sustava. U nekim sustavima dobrovoljnom hospitalizacijom smatra se samo onaj smještaj u psihijatrijsku ustanovu za koji je osoba s duševnim smetnjama dala izričit pristanak, u drugima se pak dobrovoljnim smatra svaki smještaj kojem se osoba s duševnim smetnjama nije izričito protivila, a u trećima za dobrovoljni smještaj uzima se dostatnim ili pristanak osobe s duševnim smetnjama ili njezina zakonskog zastupnika. Vidi Turković i dr., *op. cit.* u bilj. 6, str. 119.

Da bi bilo važeće, dobrovoljno liječenje i zadržavanje duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi mora ispunjavati zakonom predviđene uvjete. Između ostaloga, osoba koja stupa u tu ustanovu radi liječenja mora dati svoju suglasnost. Suglasnost za liječenje u zdravstvenoj ustanovi duševno bolesna osoba treba dati u pisanom obliku pred ovlaštenim organom zdravstvene ustanove uz prisutnost dviju punoljetnih osoba koje su poslovno sposobne i pismene, a nisu zaposlene u toj zdravstvenoj ustanovi i nisu krvni srodnici primljene osobe u pravoj liniji bilo kojeg stupnja, a u pobočnoj liniji zaključno s četvrtim stupnjem srodstva, po tazbini do drugog stupnja. Svjedok ne smije biti ni bračni drug osobe s duševnim smetnjama kao ni osoba koja ju je dovela u zdravstvenu ustanovu (čl. 46., st. 2. ZIZVP-a). Dakle, ZIZVP je odredio krug osoba koje ne mogu biti svjedoci davanja suglasnosti kako bi se izbjegla svaka sumnja u vjerodostojnost dane suglasnosti i o stvarnoj potrebi smještaja i liječenja u zdravstvenoj ustanovi.

Ako je duševno bolesnoj osobi ograničena sloboda kretanja ili kontaktiranja s vanjskim svijetom, zdravstvena ustanova je dužna u roku od 24 sata o tome obavijestiti sud na čijem se području nalazi ta ustanova podnošenjem pismene obavijesti koja mora sadržavati podatke o primljenoj osobi i osobi koja ju je dovela u zdravstvenu ustanovu te po mogućnosti podatke o prirodi i stupnju bolesti s raspoloživom medicinskom dokumentacijom (čl. 46., st. 3. ZIZVP-a). Na temelju takve obavijesti sud je dužan po službenoj dužnosti pokrenuti izvanparnični postupak radi donošenja rješenja kojim će odlučiti hoće li se takva osoba zadržati ili pustiti iz zdravstvene ustanove.¹⁶

4. OBAVIJEST SUDU O PRIMANJU DUŠEVNO BOLESNE OSOBE

Odredbom čl. 47. ZIZVP-a nalaže se zdravstvenoj ustanovi koja primi na liječenje duševno bolesnu osobu bez njezine suglasnosti ili bez odluke suda da o tome obavijesti nadležni sud.

Sudski postupak mora se uvijek voditi kada nisu ispunjeni uvjeti za dobrovoljno stupanje u zdravstvenu organizaciju.¹⁷ Tako kad zdravstvena ustanova

¹⁶ Tako Zečević, *op. cit.* u bilj. 11, str. 50.; vidi i Čizmić, Tajić, *op. cit.* u bilj. 3, str. 126 - 127.

¹⁷ Milijević, N. i dr., *Modul 8, Građanska oblast - Vanparnični postupak*, Sarajevo, 2006., str. 39.

primi na liječenje duševno bolesnu osobu bez njezine suglasnosti ili bez odluke suda, dužna je o tome odmah, a najkasnije u roku od 24 sata, pisanim putem obavijestiti sud na čijem se području nalazi ta zdravstvena ustanova.

Prema ZIZVP-u vođenje postupka je u mjesnoj nadležnosti suda na čijem se području nalazi zdravstvena ustanova koja je primila na liječenje duševno bolesnu osobu bez njezine suglasnosti ili bez odluke suda. Ta odredba predstavlja iznimku od općeg pravila o mjesnoj nadležnosti u statusnim stvarima prema kojem je u postupku u kojemu se odlučuje o osobnim i obiteljskim stanjima sudionika mjesno nadležan sud na čijem području osoba u čijem se interesu postupak vodi ima prebivalište, a, ako nema prebivalište, sud na čijem području ta osoba ima boravište (*arg. ex* čl. 13., st. 1. ZIZVP-a). Odredba je razumljiva s obzirom na to da taj postupak treba provesti u što kraćem roku, da sud potrebne dokaze, a posebno saslušanje te osobe i vještačenje treba izvesti neposredno na sudu i/ili u zdravstvenoj ustanovi, što se ne bi moglo uvijek postići ako bi bila primijenjena opća pravila o mjesnoj nadležnosti suda.¹⁸

Nadležnom sudu ne dostavlja se nikakva formalna odluka jer takvu odluku psihijatar (ustanova) ne donosi nego samo obavijest na propisanom obrascu o tome da je on odlučio neku osobu zadržati. Obavijest psihijatrijske ustanove o prisilnom zadržavanju nema značenje prijedloga za pokretanje izvanparničnoga postupka, dakle akta stranke legitimirane na pokretanje postupka, nego ima karakter onoga što kaže sam njezin naziv – puke obavijesti o tome da je neka osoba prisilno zadržana, dakle prijave (denuncijacije) na temelju koje nadležni sud i druga tijela pokreću odgovarajuće postupke po službenoj dužnosti.¹⁹

Zakonodavac je odredbom čl. 47., st. 2. ZIZVP-a propisao nužne sastojke te obavijesti: podatke o primljenoj osobi i osobi koja ju je dovela u zdravstvenu ustanovu. Ti su podaci važni i nužni zbog okolnosti na koje sud treba obratiti pozornost (pa i *ex officio*) prije pokretanja i tijekom vođenja postupka, primjerice, u pogledu ocjenjivanja nadležnosti (v. čl. 13. ZIZVP-a), obavještavanja i pozivanja *organa starateljstva* (v. čl. 5. ZIZVP-a), postavljanja privremenog zastupnika (v. Obiteljski zakon, Službene novine FBiH, br. 35/05, čl. 270.), pravilnosti dane suglasnosti duševno bolesne osobe za ostanak u zdravstvenoj ustanovi, kvalificiranosti svjedoka tog čina (v. čl. 46., st. 2. ZIZVP-a) i dr.

Dakle, zdravstvena ustanova koja je primila na liječenje duševno bolesnu osobu bez njezine suglasnosti ili odluke suda u obavijesti nadležnom sudu

¹⁸ Tako Ristić, *op. cit.* u bilj. 4, str. 96.

¹⁹ Usp. Turković i dr., *op. cit.* u bilj. 6, str. 159.

dužna je dati podatke o primljenoj osobi i osobi koja ju je dovela u zdravstvenu ustanovu. S druge strane, zdravstvena ustanova uz obavijest koju dostavlja sudu može, odnosno po mogućnosti treba dostaviti i podatke o prirodi i stupnju bolesti s raspoloživom medicinskom dokumentacijom o pregledu osobe s duševnim smetnjama i s obrazloženjem razloga za prisilno zadržavanje (čl. 47., st. 3. ZIZVP-a).

Sve psihijatrijske dijagnoze koje se postavljaju u bilo kojoj fazi primanja, prisilnog zadržavanja ili prisilnog smještaja moraju odgovarati kriterijima Međunarodne klasifikacije bolesti i srodnih zdravstvenih problema koju je dala Svjetska zdravstvena organizacija. Terapijski postupci koji će se primjenjivati tijekom procedure primanja pacijenata za koje postoji veća razina vjerojatnosti da će biti prisilno zadržani najčešće će se svoditi na psihofarmakološku terapiju usmjerenu na razrješavanje akutne uznemirenosti, straha, halucinacija, sumanute produkcije, agresivnosti, suicidalnosti i sl.²⁰

Medicinska dokumentacija je dokument o tijeku pacijentove bolesti i liječenja, odnosno o zdravstvenom stanju pacijenta, načinu rada na mjestu pružanja zdravstvene zaštite te uputa danih u svrhu ostvarivanja pacijentovih prava na zdravstvenu zaštitu koji je nastao u zdravstvenoj ustanovi i koji je potpisao ovlašteni zdravstveni radnik (najčešće liječnik).²¹ Medicinska dokumentacija ima višestruku svrhu. U prvom redu zadatak joj je omogućiti pravilno liječenje pacijenta i znanstveno istraživanje pa mora biti tako vođena da može u svakom trenutku drugim liječnicima i pacijentu dati točne podatke o poduzetim dijagnostičkim i terapijskim mjerama, a ti su podaci važni i onima koji u konačnici snose troškove liječenja.²² Cilj medicinske dokumentacije je, dakle, praćenje i utvrđivanje tijeka bolesti u postupku liječenja bolesnika koje provode određeni zdravstveni djelatnici i zdravstvene ustanove odgovorne za liječenje konkretnog pacijenta.²³ Na temelju medicinske dokumentacije pišu se dnevna i periodična izvješća za potrebe evidencija, a izdaju se i financijski dokumenti za plaćanje zdravstvenih usluga.²⁴ Medicinska dokumentacija (bilješke i prilozi) liječniku

²⁰ *Ibid.*, str. 152.

²¹ Vidi Čizmić, J., *Pravo na pristup podacima u medicinskoj dokumentaciji*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, br. 1, 2009., str. 91 - 134.

²² Tako Radišić, J., *Medicinsko pravo*, Beograd, 2004., str. 144 - 145.

²³ Vidi Operderbecke, H. W.; Weissauer, W., *Aerztliche Dokumentation und Pflegedokumentation*, Medizinrecht, br. 6, 1984., str. 211.

²⁴ Tako i detaljnije kod Jakšić, Ž., *Medicinska dokumentacija*, u: Jakšić, Ž. i dr., *Socijalna medicina, Praktikum II.*, 5. izd., Zagreb, 1989., str. 355 - 372.

služi da bi se podsjetio na rezultate pretraga, situaciju, svoja razmišljanja i namjere kad se sretne s istim bolesnikom nakon nekog vremena.²⁵ Uredno vođena dokumentacija ne služi samo kao oslonac liječniku za podsjećanje nego je i u interesu pacijenta da ima urednu medicinsku dokumentaciju.²⁶ Naime, zbog loše, odnosno nepravilno vođene medicinske dokumentacije pacijenti često ne mogu dokazati i ostvariti svoja prava.²⁷ Uredno vođena medicinska dokumentacija osobito je važna za zaštitu prava pacijenata pred sudom,²⁸ ali isto tako ona može poslužiti i liječnicima za obranu njihovih prava ako pacijent protiv njih pokrene sudski postupak. Svakako, dopušteno je dokazivati da su u medicinskoj dokumentaciji neistinito utvrđene činjenice ili da je nepravilno sastavljena, a ako sud posumnja u autentičnost medicinske dokumentacije, odnosno pojedinih njezinih dijelova, može zatražiti da se o tome izjasni zdravstvena ustanova i/ili zdravstveni djelatnik od kojega bi ona trebala potjecati.²⁹ Prema stajalištu sudske prakse “zdravstveno stanje i pregled u bolnici ili drugoj zdravstvenoj ustanovi ne mogu se dokazivati izjavom svedoka, već samo odgovarajućim pismenim dokazima iz zdravstvene ustanove”.³⁰ ZOZZ-om je zdravstvenim ustanovama, privatnim praksama i zdravstvenim radnicima naložena obveza točnog, urednog i pravovremenog vođenja medicinske dokumentacije (čl. 139.). Ponašanje suprotno navedenom regulirano je kao prekršaj za zdravstvenu ustanovu, odgovornu osobu u zdravstvenoj ustanovi, privatnu praksu i za zdravstvenog radnika. I ZOP definira obveze zdravstvene ustanove i ovlaštenog zdravstvenog radnika u točnom, urednom i pravovremenom vođenju medicinske dokumentacije te regulira da se medicinska dokumentacija i podaci ne smiju koristiti u pacijentu nepoznate svrhe i/ili bez njegove suglasnosti. Iz-

²⁵ *Ibid.*, str. 355 - 372.

²⁶ Potanje o tome kod Mujović-Zornić, H.; Sjeničić, M., *Kodeks lekarske etike kao izraz staleške samoregulative u medicini*, Pravni informator, 2003., str. 6.

²⁷ Vidi Čukić, D., *Pravo na medicinsku istinu preko medicinske dokumentacije – teškoće, greške, predlog mjera za njihovo otklanjanje*, Pravni život, vol. LI, br. 9, 2002., str. 259.; Nikolić, K., *Krivično-pravna odgovornost ljekara zbog neurednog vođenja medicinske dokumentacije*, Pravni život, br. 9, 1998., str. 268.

²⁸ Usp. Bošković, Z., *Zakon o zaštiti prava pacijenata – Reforma zdravstvenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, Pravo u gospodarstvu, vol. 44, br. 1, 2005., str. 90.

²⁹ Podrobnije o tome kod Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 512 - 515.

³⁰ Odluka Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž-8158/08 od 23. 1. 2009., Domaća i strana sudska praksa, br. 37, 2010., str. 89.

nimka od toga pravila obuhvaća statistička istraživanja u zdravstvu sukladno propisima o evidencijama u zdravstvu. Podaci iz medicinske dokumentacije pacijenta, odnosno iz zdravstvene evidencije mogu se dostavljati i bez pacijentove suglasnosti na uvid u obliku bilježaka, odnosno izvoda iz medicinske dokumentacije na zahtjev suda ili drugog tijela kada je to propisano zakonom, kada to zahtijeva zaštita života, tjelesna sigurnost i zdravlje drugih ljudi kao i u drugim slučajevima predviđenima propisima o zaštiti osobnih podataka koji reguliraju iznimke u obradi osobnih podataka, odnosno posebne kategorije osobnih podataka, ali se ti podaci adresatu moraju dostavljati kao službena tajna (čl. 35. ZOP-a).³¹

5. NAKNADNI PACIJENTOV OPOZIV SUGLASNOSTI NA OSTANAK U ZDRAVSTVENOJ USTANOVI

Odredbama čl. 48. ZIZVP-a uređeno je postupanje zdravstvene ustanove u slučaju kada osoba koja je primljena u tu zdravstvenu ustanovu uz svoju suglasnost kasnije tu suglasnost opozove. Kad zdravstvena ustanova primi na liječenje duševno bolesnu osobu uz njezinu suglasnost pa ta osoba naknadno opozove danu suglasnost, a ovlaštena osoba ili organ te zdravstvene ustanove smatra da je potrebno njezino dalje zadržavanje, zdravstvena ustanova dužna je o tome odmah, a najkasnije u roku od 24 sata, pisanim putem obavijestiti sud na čijem se području nalazi ta ustanova (čl. 48., st. 1. ZIZVP-a). Obavijest treba sadržavati podatke o primljenoj osobi, a uz obavijest zdravstvena ustanova treba sudu po mogućnosti dostaviti i podatke o prirodi i stupnju bolesti s raspoloživom medicinskom dokumentacijom (*arg. ex* čl. 47. ZIZVP-a). *A contrario*, ako ta osoba nakon dane suglasnosti kasnije istu opozove, zdravstvena ustanova je može otpustiti ako ovlaštena osoba ili organ te zdravstvene ustanove smatra da nije potrebno njezino dalje zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi.

Rok od 24 sata u kojemu je zdravstvena ustanova dužna obavijestiti nadležni sud o pacijentu koji je naknadno opozvao danu suglasnost za liječenje u zdravstvenoj ustanovi teče od dana opoziva dane suglasnosti (čl. 48., st. 2. ZIZVP-a). Čim sud zaprimi prijavu, treba dalje voditi postupak po službenoj dužnosti.³²

³¹ Tako Čizmić, Tajić, *op. cit.* u bilj. 3, str. 127 - 130.

³² *Ibid.*, str. 130 - 131.

6. DUŽNOST OBAVJEŠTAVANJA SUDA U POSTUPKU ZA ODUZIMANJE POSLOVNE SPOSOBNOSTI ILI U KAZNENOM, ODNOSNO PREKRŠAJNOM POSTUPKU

Odredbom čl. 49. ZIZVP-a određuje se iznimka od dužnosti zdravstvene ustanove da o zadržavanju duševno bolesne osobe bez njezine suglasnosti obavijesti nadležni sud. Obavijest nadležnom sudu da je osobi koja je primljena u zdravstvenu ustanovu uz njezinu suglasnost ograničena sloboda kretanja ili kontaktiranja s vanjskim svijetom kao i obavijest da je zdravstvena ustanova primila na liječenje duševno bolesnu osobu bez njezine suglasnosti ili bez odluke suda ili, konkretnije, da je neka osoba prisilno hospitalizirana, zdravstvena ustanova ne podnosi ako je duševno bolesna osoba zadržana u zdravstvenoj ustanovi na temelju odluke donesene u postupku za oduzimanje poslovne sposobnosti ili u kaznenom, odnosno prekršajnom postupku (čl. 49. ZIZVP-a).

Naime, u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti sud može privremeno, a najduže tri mjeseca smjestiti osobu u zdravstvenu ustanovu radi promatranja i utvrđivanja činjenica relevantnih za ocjenu njezina duševnog stanja (*arg. ex* čl. 37., st. 1. ZIZVP-a). U kaznenom postupku sud može donijeti mjeru sigurnosti obveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi počinitelju koji je kazneno djelo izvršio u stanju neubrojivosti ili bitno smanjene ubrojivosti ako se utvrdi da bi puštanjem na slobodu mogao izvršiti teška kaznena djela protiv života i tijela, seksualnog integriteta ili imovine. Osim toga, u prekršajnom postupku može se izreći zaštitna mjera liječenja alkoholičara i narkomana prema počinitelju prekršaja koji se odao uživanju alkohola i/ili opojnih droga i zbog toga počinio prekršaj, a postoji opasnost da će ponoviti prekršaje.³³

7. POKRETANJE POSTUPKA PO SLUŽBENOJ DUŽNOSTI

Odredbom čl. 50. ZIZVP-a određuju se slučajevi kada je sud po službenoj dužnosti dužan pokrenuti postupak za zadržavanje duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi. Ako primanje u zdravstvenu ustanovu nije izvršeno na temelju odluke nadležnog suda (na osnovi odluke donesene u postupku za oduzimanje poslovne sposobnosti ili u kaznenom, odnosno prekršajnom postupku), sud na čijem se području nalazi zdravstvena ustanova dužan je odmah

³³ Vidi Zečević, *op. cit.* u bilj. 11, str. 51.

po primitku obavijesti da je osobi koja je primljena u zdravstvenu ustanovu uz njezinu suglasnost ograničena sloboda kretanja ili kontaktiranja s vanjskim svijetom kao i obavijesti da je zdravstvena ustanova primila na liječenje duševno bolesnu osobu bez njezine suglasnosti ili kada na drugi način sazna za boravak duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi bez njezine suglasnosti po službenoj dužnosti pokrenuti postupak za zadržavanje te osobe u zdravstvenoj ustanovi (čl. 50. ZIZVP-a).

Pokretanje i vođenje izvanparničnog postupka po službenoj dužnosti propisano je zbog značenja koji takav postupak ima na ograničenje slobode kretanja osobe prema kojoj se postupak vodi.³⁴ Sud bi na drugi način mogao saznati o prisilnom zadržavanju, primjerice, na temelju obavijesti koju bi dobio od zadržane osobe, njezina zakonskog zastupnika, neke treće osobe i sl. Premda bi s obzirom na način na koji su utvrđeni slučajevi u kojima sud smije pokrenuti postupak, bilo moguće tvrditi da ga *a contrario* on ne bi bio ovlašten pokrenuti i u kojem drugom slučaju, trebalo bi, s ciljem zaštite interesa osoba s duševnim smetnjama, optirati za interpretaciju prema kojoj bi sud postupak mogao pokrenuti i u drugim slučajevima u kojima bi posumnjao da postoje razlozi za prisilni smještaj neovisno o tome je li određeno prisilno zadržavanje u psihijatrijskoj ustanovi ili ne, npr., u povodu provedbe postupka za lišenje poslovne sposobnosti i sl. Samo bi tako sud mogao potpunije ostvariti svoju pravozaštitnu misiju u psihijatrijskim stvarima. Premda se u ZIZVP-u izričito ne kaže koji postupak sud pokreće po službenoj dužnosti – postupak radi nastavka zadržavanja ili postupak radi smještaja određene osobe u psihijatrijsku ustanovu, treba uzeti da se rješenjem treba pokrenuti postupak radi smještaja određene osobe u psihijatrijsku ustanovu u okviru kojeg se donosi i rješenje o nastavku zadržavanja.³⁵

³⁴ Usp. *ibid.*, str. 52.

³⁵ Tako Turković i dr., *op. cit.* u bilj. 6, str. 178. Vidi i sljedeću sudsku odluku: “Postupak radi smještaja i zadržavanja lica u odgovarajućoj zdravstvenoj organizaciji radi lečenja vodi sud po službenoj dužnosti prvenstveno kada primi prijavu od zdravstvene organizacije, ili isto tako kada primi prijavu o smještaju takvog lica u bolnicu od bilo kog lica, pa i bivše supruge obolelog.” (Četvrti opštinski sud u Beogradu, Os-1362/82, Čosić, R.; Krsmanović, T., *Aktuelna sudska praksa iz građanskoprocenog prava*, Beograd, 2003., str. 214, odl. 2102).

8. PREGLED MEDICINSKOG VJEŠTAKA

Odredbom čl. 51. ZIZVP-a nalaže se sudu da nakon pokretanja postupka o zadržavanju duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi poduzme sve mjere da tu osobu odmah pregleda vještak medicinske struke. Vještak medicinske struke odgovarajuće specijalnosti (psihijatar) dužan je dati nalaz i mišljenje o duševnom stanju i sposobnosti za rasuđivanje duševno bolesne osobe. Takvo vještačenje obavlja se u zdravstvenoj ustanovi bez prisutnosti suca (*arg. ex* čl. 36., st. 2. ZIZVP-a) iako sud nakon toga može pozvati na ročište vještaka kako bi usmeno, u cijelosti ili djelomično, objasnio nalaz i mišljenje.

Za psihijatrijske vještake vrijedila bi inače opća pravila o vještačenju u parničnom postupku uključujući i pravila o njihovu izuzeću. Ako bi za vještaka bio određen psihijatar koji je zaposlen u zdravstvenoj (psihijatrijskoj) ustanovi u kojoj je duševno bolesna osoba zadržana, sudu bi bilo prepušteno da ocijeni diskvalificira li ga ili u kojoj mjeri utječe *in concreto* ta okolnost na obavljanje vještačenja. Psihijatrijski vještak treba dati mišljenje o tome je li prisilni smještaj u psihijatrijsku ustanovu prijeko potreban. Dajući takvo svoje mišljenje trebao bi dati mišljenje je li riječ o osobi s težim duševnim smetnjama za koju zbog toga postoji vitalna i/ili socijalna indikacija te je li prisilni smještaj prijeko potreban (praktično jedini način) da se otkloni opasnost izazvana njezinim stanjem. Svoj nalaz i mišljenje vještak mora dati u pisanom obliku nakon što osobno pregleda zadržanu osobu.³⁶

9. UTVRĐIVANJE ČINJENIČNOG STANJA I IZVOĐENJE DOKAZA

Odredbom čl. 52. ZIZVP-a nalaže se sudu da potpuno utvrdi činjenično stanje. U tom smislu sud je dužan ispitati sve okolnosti koje su važne za donošenje rješenja i saslušati sve osobe koje imaju saznanje o bitnim činjenicama, a, ako je to moguće i ako to ne bi štetno utjecalo na zdravlje duševno bolesne osobe, sud bi trebao saslušati i tu osobu.

³⁶ “Odluku o vremenu zadržavanja obolelog lica u zdravstvenoj organizaciji radi lečenja sud donosi na osnovu mišljenja vještaka i vodeći računa da to bude najkraće potrebno vreme da se stanje njegovog zdravlja poboljša. U odluci o zadržavanju lica u zdravstvenoj organizaciji sud određuje i vreme zadržavanja koje ne može biti duže od godinu dana ni u kom slučaju.” (Četvrti opštinski sud u Beogradu, Os-2318/83, Ćosić, R.; Krsmanović, T., *Aktuelna sudska praksa iz građanskoprocenog prava*, Beograd, 2003., str. 214 - 215, odl. 2104).

Vidljivo je kako je, za razliku od Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine FBiH, br. 53/03, 73/05; dalje u tekstu: FZPP) koji je propisao kao temeljno raspravno načelo, ZIZVP i dalje zadržao kao temeljno načelo materijalne istine. FZPP, dakle, napušta načelo utvrđivanja materijalne istine jer su stranke dužne iznijeti sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve, a sud je ovlašten utvrditi i činjenice koje stranke nisu iznijele samo onda ako iz rezultata postupka proizlazi da stranke idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati.³⁷ Raspravno načelo koje je u građanskom postupku uvedeno u modernim pravnim sustavima mnogih europskih zemalja predstavlja koncept na kome se temelji FZPP, a čije je polazište težnja da se u parničnom postupku poveća efikasnost suđenja i da se izbjegne nepotrebno odugovlačenje postupka i smanji velik broj neriješenih predmeta iz ranijih godina. To načelo podrazumijeva koliko činjenica – toliko i prava, a samim time oslobodilo je sud obveze da po službenoj dužnosti prikuplja dokaze i potpuno i istinito utvrđuje sporne činjenice.³⁸ Sud je tu pasivan jer su stranke dužne iznijeti sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahtjeve i izvoditi dokaze kojima se utvrđuju te činjenice.³⁹ Zakonodavac je smatrao da će pasivna uloga suda doprinijeti njegovu rasterećenju i da će tako sud moći pružati pravnu zaštitu brzo i efikasno.⁴⁰ Dakle, sada sud nema ovlaštenje da činjeničnu građu prikuplja po službenoj dužnosti nego samo onu koju stranke prezentiraju tako svojim antagonističkim stajalištima sudu daju relevantne informacije o bitnim elementima spora. Tu činjenicu svakako treba imati u vidu u onim slučajevima kada se u izvanparničnom postupku na odgovarajući način primjenjuju odredbe FZPP-a.⁴¹

Pretpostavka je da bi “osobe koje imaju saznanje o bitnim činjenicama” mogle, primjerice, biti osobe koje su sudjelovale u davanju suglasnosti duševno bolesne osobe za ostanak na liječenju u zdravstvenoj ustanovi, osoba koja je duševno bolesnu osobu dovela u zdravstvenu ustanovu, njezini srodnici i bračni drug, (privremeni) skrbnik, privremeni zastupnik (ako ga je sud postavio) i dr.

³⁷ Usp. *Prijedlog Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Obrazloženje*, Sarajevo, kolovoz 2003., str. 99.

³⁸ Vidi presudu Kantonalnog suda u Mostaru, br. 007-0- Pž-07. 000 008 od 11. lipnja 2007., Domaća i strana sudska praksa, vol. V, br. 30, str. 47.

³⁹ Vidi Todorović, LJ.; Hadžimusić, M., *Parnični postupak*, Sarajevo, 2003., str. 11.

⁴⁰ Tako Račić, R., *Primjena Zakona o parničnom postupku, II. savjetovanje iz građanske oblasti u Bosni i Hercegovini*, Jahorina, 2007., str. 114.

⁴¹ Vidi detaljnije o tome kod Čizmić, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2009.

Što se tiče odredbe čl. 52., st. 2. ZIZVP-a prema kojoj bi sud, ako je to moguće i ako to neće štetno utjecati na zdravlje duševno bolesne osobe, trebao saslušati i duševno bolesnu osobu, pod tim bi trebalo razumjeti dolazak suca u psihijatrijsku ustanovu i u prostoriju u kojoj se zadržana osoba nalazi. To je pretpostavka da bi sudac pokušao osobno uspostaviti kontakt s njome i eventualno razgovarati. Po potrebi sudac bi mogao zatražiti da mu se omogući razgovor bez sudjelovanja drugih osoba, osobito predstavnika psihijatrijske ustanove. Nema zapreke da sudac posjet obavi uz sudjelovanje psihijatrijskog vještaka izvan ustanove u kojoj se zadržana osoba nalazi.⁴² Dakle, sud se ne bi smio zadovoljiti izjavom liječnika ili koje druge osobe nego bi duševno bolesnu osobu morao vidjeti i o njoj stvoriti vlastito mišljenje.⁴³

10. HITNOST DONOŠENJA ODLUKE

Odredbom čl. 53. ZIZVP-a nalaže se sudu hitno donošenje odluke o daljnjem zadržavanju duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi. Tako je sud po završenom postupku dužan odmah, a najkasnije u roku od tri dana donijeti rješenje kojim odlučuje može li se osoba zadržana u zdravstvenoj ustanovi i dalje zadržati ili se treba pustiti iz zdravstvene ustanove (čl. 53., st. 1. ZIZVP-a).

Načelo hitnosti je primarno načelo u postupku odlučivanja o smještaju i zadržavanju duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi. Hitnost postupanja posljedica je toga što je riječ o osobi čija su sloboda kretanja i kontakti izvan zdravstvene ustanove, dakle neka od temeljnih osobnih prava i sloboda, uvelike suspendirana, a uz to zadržavanjem je ta osoba faktički (ne još i *de iure*) lišena poslovne sposobnosti jer ne može kontaktirati s vanjskim svijetom ni poduzimati pravne poslove.⁴⁴

Kratak rok za donošenje odluke propisan je u interesu prisilno zadržane osobe, ali i prekratek rok može imati za nju negativne posljedice. Budući da zadržanog treba otpustiti ako se odluka ne donese u propisanom roku, prekratek rok može dovesti do prebrzog i površnog odlučivanja. Treba naglasiti da sudska

⁴² Usp. Turković i dr., *op. cit.* u bilj. 6, str. 181.

⁴³ Tako Wedam-Lukić, D., *Prisilna hospitalizacija psihijatrijskih bolesnika*, Pravni život, vol. XXXX, br. 1, 1990., str. 61.

⁴⁴ Vidi Todorović, *op. cit.* u bilj. 39, str. 458.

kontrola prisilne hospitalizacije ima smisla samo u slučaju ako sud temeljito i produbljeno prouči svaki pojedini slučaj.⁴⁵

O odluci hoće li osobu prisilno zadržanu u zdravstvenoj ustanovi i dalje prisilno zadržavati ili će je pustiti iz zdravstvene ustanove sud je dužan obavijestiti *organ starateljstva* (čl. 53., st. 2. ZIZVP-a). Sud bi navedenu odluku, odnosno rješenje trebao dostaviti i zdravstvenoj ustanovi, zadržanoj osobi, njezinu privremenom skrbniku, odnosno privremenom zastupniku, drugim osobama i tijelima za koje smatra da je to potrebno.⁴⁶

11. ODREĐIVANJE TRAJANJA ZADRŽAVANJA

Odredbom čl. 54. ZIZVP-a nalaže se sudu da, kada odluči da se primljena osoba zadrži u zdravstvenoj ustanovi, odredi istovremeno i trajanje zadržavanja koje ne može biti duže od jedne godine, a također se nalaže i zdravstvenoj ustanovi da sud po potrebi izvještava o promjenama zdravstvenog stanja prisilno zadržane osobe. Jedan od bitnih elemenata koje mora sadržavati rješenje izvanparničnog suda o prisilnom zadržavanju u zdravstvenoj ustanovi jest i trajanje tog zadržavanja koje sud određuje po svojoj ocjeni i uz savjetovanje s liječnikom specijalistom (psihijatrom), ali može trajati najviše jednu godinu. Prisilna hospitalizacija trebala bi trajati samo onoliko vremena koliko je to zaista potrebno, zato propisi koji uređuju prisilnu hospitalizaciju uglavnom određuju da sud određuje rok zadržavanja koji u pravilu ne smije biti duži od jedne godine. U onim državama u kojima se hospitalizacija određuje na neodređeno vrijeme treba povremeno (svakih šest mjeseci) preispitivati postoje li još uvjeti za zadržavanje. Time se želi spriječiti da netko bude “zaboravljen” i zauvijek zatvoren u psihijatrijskoj bolnici.⁴⁷

Iako je to na temelju odredbe čl. 54., st. 2. ZIZVP-a njezina zakonska obveza, sud bi navedenim rješenjem trebao obvezati zdravstvenu ustanovu u kojoj je smještena duševno bolesna osoba da sudu povremeno (npr., petnaestodnevno, mjesečno, tromjesečno i sl.) dostavlja izvještaj o zdravstvenom stanju te osobe radi praćenja njegove hospitalizacije i stanja duševnog zdravlja. U skladu s tim, ako ocijeni da se zdravstveno stanje te osobe toliko popravilo da je daljnje za-

⁴⁵ Usp. Wedam-Lukić, *op. cit.* u bilj. 43, str. 62.

⁴⁶ Vidi Čizmić, Tajić, *op. cit.* u bilj. 3, str. 136.

⁴⁷ Tako Wedam-Lukić, *op. cit.* u bilj. 43, str. 63.

državanje suvišno, sud treba zadržanu osobu otpustiti iz ustanove i prije isteka određenog roka.⁴⁸

12. PRODUŽENJE TRAJANJA PRISILNE HOSPITALIZACIJE

Odredbom čl. 55. ZIZVP-a propisuje se da je zdravstvena ustanova, ako ocijeni da zadržana osoba treba ostati na liječenju i nakon isteka vremena određenog rješenjem suda (ako se stanje njezina duševnog zdravlja nije popravilo ili se čak pogoršalo), dužna 30 dana prije isteka vremena koje je odredio sud u svom rješenju predložiti sudu produženje zadržavanja. Okolnost da je zdravstvena ustanova izričito (jedina) predviđena kao ovlašteni inicijator/predlagatelj donošenja odluke o produženju smještaja ne bi trebala isključivati mogućnost da i sud odlučuje o tome po službenoj dužnosti.

Da bi donio rješenje o produženju zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi, sud je dužan utvrditi činjenice i izvesti potrebne dokaze, a posebno medicinsko vještačenje i saslušanje prisilno zadržane osobe kako bi utvrdio treba li zadržana osoba i dalje ostati na liječenju u zdravstvenoj ustanovi. U rješenju o eventualnom produženju zadržavanja sud je dužan odrediti novo vrijeme zadržavanja koje ne može biti duže od jedne godine. Kako ne postoji zakonsko ograničenje, zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi može se produžiti i više puta ako se ostvare uvjeti iz toga članka.

Ako sud ne donese odluku o nastavku zadržavanja u zakonskom roku, zadržanu bi osobu trebalo pustiti jer samo sud smije odlučiti o nastavku njezina prisilnog zadržavanja. Postoji mišljenje da bi, s obzirom na to da bi zbog nereagiranja suda mogle za zadržanu osobu, ali i druge, nastupiti ozbiljne štetne posljedice, eventualno produženo zadržavanje te osobe u (psihijatrijskoj) ustanovi bez odgovarajuće odluke suda, trebalo promatrati i s aspekta krajnje nužde. Zapravo bi psihijatrijska ustanova za takvu osobu nakon isteka roka do kojega je smije zadržati morala ponoviti postupak prisilnoga zadržavanja (v. čl. 47. ZIZVP-a). S obzirom na to da se u tom zakonskom članku koristi termin "predložiti", treba uzeti da u ovom slučaju nije riječ o svojevrsnoj pukoj obavijesti (denuncijaciji) o postojanju razloga za produženje smještaja nego o prijedlogu kao radnji kojom se u postupku postavlja zahtjev u pravozaštitnom smislu.⁴⁹

⁴⁸ Usp. Todorović, *op. cit.* u bilj. 39, str. 459.

⁴⁹ Vidi Turković i dr., *op. cit.* u bilj. 6, str. 189.

Rješenje o nastavku prisilnoga zadržavanja trebalo bi biti obrazloženo zato što je ono nepovoljno za zadržanu osobu i stoga što je to potrebno da bi se protiv njega mogla izjaviti argumentirana žalba, a rješenje bi trebalo dostaviti svim onim osobama kojima treba dostaviti i rješenje o smještaju u zdravstvenu ustanovu.⁵⁰

13. PUŠTANJE ZADRŽANE OSOBE PRIJE ISTEKA ROKA ODREĐENOG ZA ZADRŽAVANJE

Odredbom čl. 56. ZIZVP-a ovlašćuje se sud da može i prije isteka vremena određenog za zadržavanje odlučiti o puštanju zadržane osobe iz zdravstvene ustanove. Sud tako može, po službenoj dužnosti ili na prijedlog zadržane osobe, njezina skrbnika, *organa starateljstva*, bračnog druga, djeteta i roditelja zadržane osobe, djeda, bake, brata, sestre, unuka i drugih osoba ako trajno žive u istom obiteljskom domaćinstvu sa zadržanom osobom i drugih osoba ako je to predviđeno zakonom, odlučiti o puštanju zadržane osobe iz zdravstvene ustanove ako utvrdi da se njezino zdravstveno stanje poboljšalo u tolikoj mjeri da su prestali razlozi za daljnje zadržavanje.

Prije donošenja rješenja o puštanju zadržane osobe iz zdravstvene ustanove sud je dužan utvrditi činjenice i izvesti potrebne dokaze, a posebno medicinsko vještačenje i saslušanje prisilno zadržane osobe kako bi utvrdio jesu li prestali razlozi za njezino daljnje zadržavanje na liječenju u zdravstvenoj ustanovi. Samom prisilnom hospitalizacijom zadržana osoba ne gubi poslovnu sposobnost nego, kad je to potrebno, treba provesti postupak za lišenje poslovne sposobnosti. I onome koji nema poslovne sposobnosti treba priznati pravo da sam poduzima radnje radi otpuštanja iz zdravstvene ustanove.⁵¹

O prijerevremenom puštanju prisilno zadržane osobe po službenoj dužnosti sud najčešće odlučuje na temelju izvještaja koji mu dostavlja zdravstvena ustanova u koju je ta osoba smještena (v. čl. 54., st. 2. ZIZVP-a).

⁵⁰ Tako Čizmić, Tajić, *op. cit.* u bilj. 3, str. 138.

⁵¹ Usp. Wedam-Lukić, *op. cit.* u bilj. 43, str. 63.

14. RJEŠENJE O PRODUŽENJU TRAJANJA ZADRŽAVANJA I PRIJEVREMENOM PUŠTANJU PRISILNO ZADRŽANE OSOBE

Odredbom čl. 57. ZIZVP-a određeni su uvjeti i postupak donošenja rješenja o produženju prisilnog zadržavanja duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi (čl. 55. ZIZVP-a) kao i rješenja o njezinu otpuštanju iz zdravstvene ustanove prije isteka vremena (čl. 56. ZIZVP-a) određenog u rješenju o zadržavanju te osobe u zdravstvenoj ustanovi (čl. 54. ZIZVP-a).

Tako je propisano da rješenje o produženju prisilnog zadržavanja duševno bolesne osobe u zdravstvenoj ustanovi i rješenje o njezinu otpuštanju iz zdravstvene ustanove prije isteka vremena određenog u rješenju o zadržavanju te osobe u zdravstvenoj ustanovi sud donosi na temelju ponovnog pregleda zadržane osobe i u postupku provedenom na isti način kao i kad je vođen postupak za zadržavanje u zdravstvenoj ustanovi.

15. ŽALBA

Odredbama čl. 58. ZIZVP-a uređen je institut žalbe protiv rješenja o zadržavanju u zdravstvenoj ustanovi i puštanju iz te ustanove. Tako protiv rješenja o zadržavanju u zdravstvenoj ustanovi i puštanju iz te ustanove žalbu mogu izjaviti zdravstvena ustanova koja je zadržala duševno bolesnu osobu, zadržana osoba, njezin skrbnik, odnosno privremeni zastupnik i *organ starateljstva*, i to u roku od osam dana od dana primitka rješenja o zadržavanju u zdravstvenoj ustanovi, odnosno o puštanju iz zdravstvene ustanove (čl. 58., st. 1. ZIZVP-a). Pod rješenjem o zadržavanju u zdravstvenoj ustanovi podrazumijeva se i rješenje o produženju zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi (*arg. ex* čl. 55. ZIZVP-a). Žalba u hospitalizacijskom postupku jednostrani je pravni lijek jer se ne dostavlja na odgovor drugim osobama ovlaštenim za izjavljivanje žalbe.

Općim odredbama ZIZVP-a propisano je da žalba zadržava ovrhu rješenja ako zakonom nije drukčije određeno (*arg. ex* čl. 19., st. 1. ZIZVP-a). Upravo u postupku prisilnog zadržavanja duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi ZIZVP propisuje da žalba ne zadržava ovrhu, ali istovremeno daje ovlaštenje sudu da može iz opravdanih razloga drukčije odlučiti (čl. 58., st. 2. ZIZVP-a). Dakle, mogli bismo kazati da je žalba protiv navedenih rješenja uvjetno nesuspendivan pravni lijek. Moglo bi biti dvojbeno je li nesuspendivna samo žalba protiv rješenja kojim se određuju smještaj i produženje smještaja ili je nesuspendivna i ona

kojom se određuje otpust. *De lege lata* trebalo bi uzeti da bi bila nesuspendivna i žalba protiv rješenja o otpustu, tim više što osnovom za zadržavanje ili smještaj neke osobe može biti samo rješenje o zadržavanju, odnosno smještaju.⁵²

Zakonsko rješenje je prirodna posljedica okolnosti da se odluka o prisilnoj hospitalizaciji faktički provodi i prije nego što je postupak pokrenut, tj. kada osoba koju treba prisilno hospitalizirati bude zadržana na liječenju protivno svojoj volji. Postoji mišljenje da, bez obzira na to što je zakonom izričito propisano da žalba protiv rješenja o smještaju u zdravstvenu organizaciju ne zadržava ovrhu rješenja, u primjeni te odredbe treba biti posebno obazriv. Naime, smatra se da u tom slučaju žalbi treba oduzeti suspendivni učinak samo ako postoje zdravstveni razlozi da se osoba izolira iz sredine u kojoj živi i smjesti u zdravstvenu ustanovu.^{53 54}

Postupak u kojemu sud odlučuje o zadržavanju duševno bolesnih osoba u zdravstvenoj ustanovi mora se završiti što prije, a najkasnije u roku od sedam dana (čl. 45., st. 1. ZIZVP-a). Riječ je o relativno kratkim rokovima kako bi se zaštitila osobnost i prava osobe koja je prisilno smještena u zdravstvenu ustanovu i time protivno svojoj volji ograničena u slobodi kretanja i/ili kontaktiranja s vanjskim svijetom.

⁵² Usp. Turković i dr., *op. cit.* u bilj. 6, str. 196.

⁵³ Odredba koja ovlašćuje sud da odluči da žalba zadržava ovrhu predstavlja konkretizaciju ustavnog načela o posebnoj zaštiti maloljetnih osoba i fundamentalnog izvanparničnog procesnog načela o posebnoj zaštiti nesposobnih osoba. Krug osoba koja nisu sposobne same skrbiti o svojim pravima i interesima obuhvaća i osobe koje su duševno bolesne. Tako Mandić, LJ., *Neblagovremena žalba u vanparničnom postupku*, Beograd, 2001., str. 40.

⁵⁴ "Ovisno od slučaja, dakle, stepena duševnog oboljenja zadržane osobe, a konstatovanog mišljenjem i nalazom tima ljekara zdravstvene ustanove obavezno treba koristiti ovlaštenje iz člana 58. stav 2. Zakona o vanparničnom postupku, jer izostavljanje konstatacije da 'žalba ne zadržava izvršenje rješenja' može prouzrokovati neželjene posljedice puštanjem takvog lica koje je potencijalno opasno za okolinu. Međutim, stupanjem na snagu Zakona o zaštiti osoba sa duševnim smetnjama (Službene novine FBiH, br. 37/01 od 15. 08. 2001.) primjenjuju se odredbe istog počev od članova 29. do 40. pri čemu ostaje važna odredba člana 37. stav 2., odnosno da žalba ne zadržava izvršenje izuzev kada sud iz opravdanih razloga drukčije ne odredi. To se cijeni od slučaja do slučaja pojedinačno (npr., preporuka ljekarskog tima uz garanciju porodice i sl.)." (Pravno shvaćanje Kantonalnog suda u Sarajevu, Domaća i strana sudska praksa, br. 32, 2009., str. 66; Bilten sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu, br. 3, 2001., str. 28 - 29.).

U tom smislu ZIZVP je s proklamiranim načelom hitnosti uskladio i odredbe o žalbi protiv rješenja u tom posebnom izvanparničnom postupku tako da je opću odredbu prema kojoj je prvostupanjski sud dužan žalbu zajedno sa spisima dostaviti drugostupanjskom sudu na odlučivanje (čl. 20., st. 2. ZIZVP-a) konkretizirao i prilagodio zahtjevu hitnosti odredbom čl. 58., st. 3. ZIZVP-a prema kojoj je prvostupanjski sud dužan žalbu sa spisima bez odlaganja dostaviti drugostupanjskom sudu koji je opet dužan donijeti odluku u roku od tri dana od dana primitka žalbe.⁵⁵

16. UMJESTO ZAKLJUČKA – TROŠKOVI POSTUPKA

Odredbom čl. 59. ZIZVP-a određeno je tko konačno snosi troškove postupka zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi. U načelu o troškovima izvanparničnog postupka u stvarima koje se odnose na osobno stanje sudionika sud odlučuje po slobodnoj ocjeni vodeći računa o okolnostima slučaja i o ishodu postupka s tim što se u pogledu troškova postupka koji su prouzročeni sudjelovanjem *organa starateljstva* u izvanparničnom postupku primjenjuju odredbe FZPP-a (*arg. ex* čl. 28., st. 1. ZIZVP-a). Međutim, ZIZVP izrijekom propisuje da troškove postupka zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi snosi općina na čijem području zadržana osoba ima posljednje prebivalište, a, ako nema prebivalište na teritoriju FBiH ili je ono nepoznato, onda troškove snosi općina na čijem području zadržana osoba ima boravište (čl. 59. ZIZVP-a).

Osim troškova koje ima sama zdravstvena ustanova troškove postupka zadržavanja u zdravstvenoj ustanovi čine i izdaci koje je imao *organ starateljstva*, troškovi poduzimanja procesnih radnja, troškovi vještaka medicinske struke, trošak objavljivanja oglasa o postavljanju privremenog zastupnika itd. Odluku o troškovima sud u pravilu donosi u rješenju kojim meritorno rješava izvanparničnu stvar i unosi je u dispozitiv toga rješenja.⁵⁶

⁵⁵ Tako Čizmić, Tajić, *op. cit.* u bilj. 3, str. 139 - 140.

⁵⁶ *Ibid.*, str. 141.

KEEPING MENTALLY ILL PATIENTS INSTITUTIONALISED. LEGAL REGULATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Forced (private law) institutionalisation of mentally ill people is a complex matter, which opens up numerous medical, ethical, legal, economic and political problems. Its purpose is to help treatment of persons with permanent or temporary mental disorders, to protect society from them, or to protect them from hurting themselves by their own behaviour. Forced hospitalisation is intrinsically tied to the fundamental human rights issues and must be considered from that perspective.

The procedure for keeping mentally ill people institutionalised in Bosnia and Herzegovina is regulated by the 1998 Act on Non-Contentious Procedure of the Federation of Bosnia and Herzegovina. Indisputably, that act has brought about a number of positive novelties, contributing significantly to procedural economy and effective conduct of the proceedings. Simultaneous passing of similar legislation in the second entity of Bosnia and Herzegovina (Republic Srpska) led to a high degree of harmonisation, so that it may be argued that at the level of Bosnia and Herzegovina the non-contentious procedure is regulated in a uniform way, with only slight organisational differences.

In this paper, the author presents in detail the procedure for keeping mentally ill patients institutionalised. Various problem areas in the process of institutionalization are highlighted, such as: notification of the court about admitting the mentally ill to the hospital; patient's revocation of consent to remain in the institution; the obligation to inform the court in the procedure of deprivation of legal capacity; summary procedure in which legal proceedings are commenced ex officio; examination by expert medical witnesses; establishing the facts and evaluating evidence; reaching decisions according to their urgency; determining the length of forced hospitalization; extending forced hospitalisation; early discharge of patients in forced hospitalised; as well as appeals and legal costs in this process.

Keywords: non-contentious proceedings, forced institutionalization, forced hospitalization, mentally ill patients.

* Jozo Čizmić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, Split.

DOSTAVA PREMA ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU REPUBLIKE MAKEDONIJE I NJEGOVIH NOVELAMA

*Prof. dr. sc. Arsen Janevski**

U radu se nastoje obraditi određena pitanja instituta dostave u makedonskom parničnom pravu prema Zakonu o parničnom postupku iz 2005. godine i njegovim novelama iz 2008. i 2010.¹ Prikazana je dostava prema ZPP-u iz 2005., a zatim i nova rješenja tog instituta prema Noveli iz 2008. godine, a nakon toga i prema Noveli iz 2010. godine. Na samom početku određuju se pojam, značenje i osnova za dostavu, a zatim se objašnjava tko obavlja dostavu. Izložena je dostava poštom, preko javnog bilježnika, preko ovršitelja, preko poštanskog pretinca i elektroničkim putem. Posebno su izloženi pitanje vremena i mjesta dostave, dostava pravnim i fizičkim osobama koje obavljaju registriranu djelatnost, dostava fizičkim osobama,

* Dr. sc. Arsen Janevski, profesor Pravnog fakulteta Justinijana Prvog Sveučilišta svetih Ćirila i Metoda, Bull. Goce Delčev 9b, Skopje (Makedonija).

¹ Zakonot za parničnata postupka donesen je 13. rujna 2005. godine, objavljen u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 79/2005, a stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja. U skladu s čl. 477. Zakon o parničnom postupku (dalje u tekstu: ZPP) počeo se primjenjivati nakon isteka roka od tri mjeseca od dana njegova stupanja na snagu. Nakon donošenja ZPP iz 2005. nekoliko je puta mijenjan i dopunjavan. Zakon za izmjenjivanje i dopolnivanje na Zakonot za parničnata postupka (ZIDZPP 2008) objavljen u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 110/2008 (dalje u tekstu: Novela iz 2008.); Zakon za dopolnivanje na Zakonot za parničnata postupka (ZDZPP 2009) objavljen u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 83/2009 i Zakon za izmjenjivanje i dopolnivanje na Zakonot za parničnata postupka (ZIDZPP 2010) objavljen u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 116/2010 (dalje u tekstu: Novela iz 2010.). Novela iz 2010. godine primjenjuje se od isteka godine dana od njegova stupanja na snagu (9. 9. 2011.) izuzev odredbe čl. 96. koje su se počele primjenjivati 1. 7. 2011. godine. U siječnju Zakonodavno-pravna komisija Skupštine Republike Makedonije utvrdila je pročišćeni tekst Zakona o parničnom postupku koji je objavljen u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 7 od 20. siječnja 2011. godine (dalje u tekstu: pročišćeni tekst ZPP-a).

obična i osobna dostava, dostava oglasom i dr. Posebno se obrazlažu zakonska rješenja koja predviđa Novela iz 2008. i Novela iz 2010. godine. Problematiziraju se određena rješenja ZPP-a iz 2005. kao i određena novelirana rješenja. Zaključno se daju određene sugestije i prijedlozi za poboljšanje stanja u zakonodavstvu koje bi utjecale na ubrzanje parničnog postupka.

Ključne riječi: dostava, javni bilježnik, ovršitelj, pošta, elektronička dostava.

1. UVOD

Jedna od osnovnih pretpostavaka za brz i efikasan parnični postupak je uredna dostava. Dostava u parničnom postupku predstavlja zakonski propisanu aktivnost nadležnih tijela i osoba koja je usmjerena na to da se adresatima pruži mogućnost da saznaju sadržaj pismena koja im se upućuju.² Bit dostave je u prenošenju pismena s jednog mjesta na drugo i u predaji tog pismena adresatu.³ Kod dostave postoji određena vremenska i prostorna distancija između mjesta odašiljanja pismena te mjesta i vremena predaje pismena adresatu. Ako te vremenske i prostorne distancije nema, riječ je samo o uručanju pismena, a ne o dostavi.

Dostava može biti prava ili može biti riječ o zamjeni dostave. Dostava je prava kad se ona obavlja neposredno adresatu. U svim drugim slučajevima smatra se da je adresat obaviješten i ta fikcija o dostavi zamjena je dostave.

Dostava je uređena zakonom. U ZPP-u je točno predviđeno koja se pismena dostavljaju strankama i drugim sudionicima u postupku. Za pismena za koja u ZPP-u nije izrijeком predviđeno da se trebaju dostavljati osobno strankama i drugim sudionicima u postupku sud sam odlučuje hoće li određeno pismo dostavljati i kome će ga dostavljati. Za određena pismena ZPP izričito predviđa način njihove dostave.

² Tako i Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, VII. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004., str. 367; Poznić, B.; Rakić-Vodinelić, V., *Građansko procesno pravo*, 16. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2010., str. 228; Janevski, A.; Zoroska-Kamilovska, T., *Građansko procesno pravo. Knjiga prva. Parnično pravo*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Skopje, 2012., str. 276, 277; Georgievski, S., *Građansko procesno pravo*, Skopje, 2000., str. 261. Opširnije o pojmu dostave vidi Dika, M., *Građansko parnično pravo. Parnične radnje. V. knjiga*, Zagreb, 2008., str. 174 sqq.

³ Tako i Stanković, G., *Građansko procesno pravo. Prva sveska. Parnično procesno pravo*, Niš, 2007., str. 290.

Iako je dostava uređena zakonom, ona je u sudskoj praksi već duže vrijeme identificirana kao jedan od razloga zbog kojeg se rasprave odgađaju više puta, što, svakako, bitno utječe na trajanje postupka. O trajanju postupka u parničnim stvarima mora se voditi računa i zato što je Republika Makedonija ratificirala Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴ Tim aktom stvorena je obveza implementacije međunarodno priznatih standarda za suđenje i u građanskim stvarima kao i za primjenu standarda o suđenju u razumnom roku.

I pored toga što je i ZPP iz 1998. godine⁵ u dovoljnoj mjeri normirao dostavu tako da se ne može reći da je neadekvatno funkcioniranje dostavne službe rezultat nedovoljno reguliranih odnosa, nezaobilazna je bila konstatacija da su ipak bila potrebna određena nova zakonska rješenja i preciznije reguliranje dotadašnjih rješenja. To je i bio jedan od razloga pristupu izmjenama i dopunama ZPP-a iz 1998. godine te donošenju novog ZPP-a 2005. godine.

ZPP iz 2005. u dijelu koji se odnosi na dostavu uveo je dosta drugačijih zakonskih rješenja u odnosu na ZPP iz 1998., ali je i uz ta rješenja dostava ostala jednim od najvećih razloga neažurnosti sudova. Zato su odredbe o dostavi predmetom i daljnjih novela ZPP-a. U tekstu koji slijedi bit će izložena pravila o dostavi prema ZPP-u iz 2005. i njegovim novelama iz 2008. i 2010. godine.

2. OSNOVE ZA DOSTAVU

Dostava pismena kao aktivnost suda vrlo je važna jer predstavlja bitnu kariku u lancu svih radnja suda, stranaka i drugih sudionika u postupku kojima se

⁴ Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda potpisana je 4. 11. 1950. godine od strane 12 država članica Vijeća Europe, a stupila je na snagu 3. 9. 1953. godine ratificirana u 8 zemalja. U Republici Makedoniji ratificirana je 1997. godine. Zakon o ratifikaciji objavljen je u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 11/97, a stupio je na snagu 19. 3. 1997.

⁵ ZPP iz 1998. godine objavljen je u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 33/1998, a njegove izmjene i dopune u br. 44/2002 ZPP iz 1998. godine je u vrijeme donošenja bio ocijenjen od međunarodnih eksperata iz Vijeća Europe kao “moderan zakon na visokom tehničkom nivou koji je dobro organiziran i obuhvaća sva neophodna osnovna načela u skladu s temeljnim europskim standardima za građanski sudski postupak”. Usprkos tomu, on je mijenjan i dopunjavan, a 2005. godine donesen je novi Zakon o parničnom postupku.

parnični postupak pokreće, vodi i završava.⁶ Imajući u vidu činjenicu da je jedno od osnovnih načela parničnog postupka načelo saslušanja stranaka, prema kojem je sud dužan strankama omogućiti izjašnjavanje o zahtjevima, prijedlozima i navodima protivne stranke, dostava se mora obaviti da bi se moglo ostvariti to osnovno postupovno načelo. Neovisno o tome reagira li stranka uopće i kako reagira povodom parničnih radnja njena parničnog protivnika, ona treba biti pravodobno obaviještena o obliku i sadržaju aktivnosti suprotne stranke i odlučiti kako će manifestirati svoju procesnopravno relevantnu volju.⁷

Propuštanjem obavljanja dostave bilo kojoj stranci ta je stranka onemogućena raspravljati pred sudom pa ZPP takav propust suda kvalificira kao apsolutno bitnu povredu odredaba postupka (čl. 343., st. 2., t. 7. ZPP-a iz 2005.), što predstavlja razlog za izjavljivanje žalbe i izvanrednih pravnih lijekova. O tome kakvo značenje ima ta povreda govori i činjenica što propust u pogledu dostave predstavlja poseban razlog za izjavljivanje prijedloga za ponavljanje postupka koji nije vezan za rok u kojem se taj izvanredni pravni lijek može izjaviti. Kad je propušteno obavljanje dostave, stranci je uskraćena mogućnost raspravljanja pred sudom pa se prijedlog za ponavljanje postupka može podnijeti bez obzira na to što je istekao rok od pet godina od dana kad je odluka postala pravomoćna (čl. 394., st. 3. ZPP-a).

Načelo saslušanja stranaka nije jedina osnova za dostavu. Činjenica je da sudski postupci traju dugo. Dugo trajanje postupka u izravno je suprotnosti s međunarodno prihvaćenim standardom suđenja u razumnom roku. Od načina kako će se u nekom postupku obaviti dostava u velikoj mjeri zavisi hoće li načelo suđenja u razumnom roku biti ostvareno. Odugovlačenje s pružanjem pravne zaštite često je rezultat neuredne dostave, a to može nanijeti štetu čak i onoj stranci koja je nakon dugog i skupog parničenja uspjela u parnici.⁸ Brza i pravilna dostava utječe ne samo na suđenje u razumnom roku nego utječe, nema sumnje, i na kvalitetu pravne zaštite i na smanjenje parničnih troškova, odnosno ekonomičnost postupka.⁹

⁶ Tako i Sessa, Đ, *Dostava*, u: Novote u parničnom postupku, Zagreb, 2003., str. 151.

⁷ Tako i Zoroska-Kamilovska, T., *Dostavuvanjeto - uslov za efikasna parnična postapka*, Sudska revija, br. 2/2004, str. 177.

⁸ Tako i *ibid.*, str. 179.

⁹ Tako i Kušević, P., *Dostavljanje u parničnom postupku*, Hrvatska pravna revija, listopad 2001., str. 122.

3. TKO OBAVLJA DOSTAVU

Obavješćavanje stranaka u parnici može se organizirati na dva načina. Skrb o dostavi može biti zadatak samih stranaka ili suda uz pomoć nekih drugih tijela ili osoba.¹⁰ U Republici Makedoniji organizacija dostavne službe tradicionalno je bila u nadležnosti sudske uprave. Međutim, u ZPP-u iz 2005. prihvaćena su i neka nova pravila o dostavi. Nova pravila o dostavi predviđaju i Novele ZPP-a iz 2008. i 2010. godine. U tekstu koji slijedi ta će pravila biti detaljno izložena.

U organizaciji dostavne službe potrebno je voditi računa o tome da se ostvare suprotstavljeni interesi. S jedne strane, potrebno je poduzeti sve mjere da bi adresat zaista stekao mogućnost upoznati se sa sadržajem pismena koje mu se dostavlja. S druge strane, treba spriječiti da adresat ometa dostavu i normalno funkcioniranje pravosuđa. Zbog toga je katkad neophodno pribjeći i fikciji da je dostava obavljena iako pismeno do adresata nije ni stiglo. Da bi se pismeno adresatu dostavilo, ne znači da je neophodno i da mu se pismeno uruči, a još manje da se upozna sa sadržajem pismena koje mu se dostavlja.

U ZPP-u su odredbe o dostavi pismena predviđene u posebnoj glavi. Deseta glava zakona nosi naslov Dostavljanje pismena i razgledanje spisa. Prema odredbi čl. 125. ZPP-a iz 2005. pismena se dostavljaju na nekoliko načina, i to poštom (sud sam upućuje pismena do pošte); preko službene osobe suda; neposredno u sudu; preko javnog bilježnika ili druge osobe koja je određena zakonom.¹¹ Novelom iz 2008. godine uvodi se dostava elektroničkim putem¹², a Novelom iz 2010. godine uvodi se dostava preko ovršitelja.¹³

Katkad je sud primoran zbog specifičnih prilika u kojima se nalazi adresat koristiti u ulozi dostavnih tijela i neka druga tijela, odnosno pravne osobe. U takvim slučajevima smatra se da je dostava obavljena kada tijelo, odnosno pravna osoba koja treba obaviti dostavu poduzme sve radnje propisane za dostavu, a ne onda kad je pismeno predano tom tijelu, odnosno pravnoj osobi da bi oni obavili dostavu. Dostava preko drugih tijela, odnosno pravnih osoba prema ZPP-u iz 2005. predviđena je kad se dostava treba obaviti vojnim osobama, osobama

¹⁰ Tako i Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 367.

¹¹ ZPP iz 1998. kao način dostave poznavao je samo dostavu poštom, dostavu preko ovlaštenog radnika u sudu, preko nadležnog tijela općine ili neposredno u sudu. Novina u ZPP-u iz 2005. je dostava preko javnog bilježnika ili druge osobe koja je određena zakonom, s tim što u ZPP-u nema više odredbe o dostavi preko nadležnog tijela općine.

¹² Čl. 3. Novele iz 2008. godine.

¹³ Čl. 24. Novele iz 2010. godine.

zaposlenima u policiji i osobama zaposlenima u kopnenom, vodnom i zračnom prometu. Dostava poziva navedenim osobama može se obaviti preko njihova zapovjedništva, odnosno preko njihova neposrednog zapovjednika, a, ako za to ima potrebe, tako se može obaviti dostava i drugih pismena (čl. 130. ZPP-a).

Kad treba obaviti dostavu osobama ili ustanovama u inozemstvo ili strancima koji uživaju pravo imuniteta, ona se obavlja diplomatskim putem ako međunarodnim ugovorom ili ZPP-om nije drugačije predviđeno (čl. 131., st. 1. ZPP-a). Ako se dostava pismena treba obaviti državljanima Republike Makedonije u inozemstvo, dostava se može obaviti preko nadležnog konzularnog predstavnika ili preko diplomatskog predstavnika Republike Makedonije koji obavlja konzularne poslove u odnosnoj stranoj državi (čl. 131., st. 2. ZPP-a).

Dostava pravnoj osobi koja ima sjedište u inozemstvo može se obaviti preko njena predstavništva ili zastupništva u Republici Makedoniji (čl. 131., st. 3. ZPP-a).

Dostava osobama koje su osuđene, odnosno osobama koje su lišene slobode obavlja se preko uprave zatvora, kazneno-popravne ustanove ili odgojno-popravnog doma (čl. 132. ZPP-a).

4. DOSTAVA POŠTOM

Dostava poštom uobičajen je i najčešći način dostave sudskih pismena. Dostava poštom obavlja se preporučenom pošiljkom na adresi osobe kojoj je pismeno upućeno. Smatra se da je dostava obavljena kada pismeno bude uručeno adresatu, odnosno, ako je on bio pozvan da preuzme pismeno, a to nije učinio, u roku od osam dana od dana kada je bio pozvan da to učini, odnosno da preuzme pismeno (čl. 125. pročišćenog teksta ZPP-a). Iako je u posljednje vrijeme dostava poštom prilično poboljšana, ipak izaziva dosta problema. Problemi su što pošta to u velikom broju slučajeva radi nepravilno. Često se događa da pismeno bude ostavljeno u poštanski sandučić iako nitko nije potvrdio primitak. U drugim situacijama pismeno se vraća s naznakom da se adresat odselio, da ne živi na toj adresi, da je otputovao, da je nepoznat i sl.

5. DOSTAVA PREKO JAVNOG BILJEŽNIKA

Dostava preko javnog bilježnika prvi je put uvedena u čl. 128. ZPP-a iz 2005.¹⁴ Taj način dostave trebalo bi koristiti u onim slučajevima kad se tuženik

¹⁴ Dostava preko javnog bilježnika u pročišćenom tekstu ZPP-a uređena je u čl. 129.

ne može pronaći, a tužitelj je preuzeo obvezu njegova traženja i da će dostavu obaviti preko javnog bilježnika i u slučaju kada tuženik izbjegava dostavu poštom pa ga je potrebno “iznenaditi” javnobilježničkom pošiljkom.¹⁵

Dostavu preko javnog bilježnika određuje sud samo na zahtjev ovlaštene osobe ili tijela, odnosno kada to traži stranka. Sud nije ovlašten takvu dostavu odrediti po službenoj dužnosti.¹⁶ Na zahtjev stranke koja izjavljuje (u podnesku ili usmeno na zapisnik na ročištu) pred sudom da je suglasna predujmiti (platiti) troškove i nagradu zbog dostave preko javnog bilježnika sud može donijeti rješenje protiv kojeg nije dopuštena žalba¹⁷ o tome da se dostava nekog pismena povjeri javnom bilježniku koga je predložila sama stranka. U tom slučaju sud koji je donio rješenje kojim je odredio da dostavu obavlja javni bilježnik staviti će u posebnu omotnicu rješenje i pismeno koje treba dostaviti i predat će ga javnom bilježniku.

Javni je bilježnik dužan obaviti dostavu u skladu s odredbama ZPP-a. Za dostavu pismena javni bilježnik ima prava i dužnosti koji mu pripadaju u skladu sa ZPP-om, što znači da javni bilježnik u tom slučaju ima ista prava i dužnosti koje ima i sudski dostavljač. U obavljanju poslova dostave javnog bilježnika može zamijeniti i njegov javnobilježnički prisjednik.¹⁸ Javni bilježnik dostavu pismena može obaviti poštom ili neposredno. Javni je bilježnik dužan sastaviti zapisnik o primitku pismena radi dostave i zapisnik o poduzetim radnjama radi dostave uz odgovarajuću primjenu pravila o sastavljanju javnobilježničkog zapisnika. Ovjereni prijepis zapisnika o primitku pismena radi dostave te potvrdu o obavljenoj dostavi zajedno s ovjerenim prijepisom zapisnika o dostavi, odnosno nedostavljeno pismeno zajedno s ovjerenim prijepisom zapisnika o poduzetim radnjama javni bilježnik dužan je dostaviti sudu bez odlaganja. Troškove potrebne za dostavu preko javnog bilježnika snosi stranka koja je tražila od suda da javni bilježnik obavi dostavu. Javni bilježnik ima pravo na

¹⁵ Tako i Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 368.

¹⁶ ZPP iz 2005. u čl. 128., st. 1. i 2. izrijekom predviđa da se dostava preko javnog bilježnika obavlja samo kada to traži ovlaštena osoba ili tijelo, odnosno kada to traži stranka. Tako i Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 220 i Sessa, *op. cit.* u bilj. 6, str. 154.

¹⁷ To rješenje ima značenje odluke kojom se upravlja postupkom, u protivnom bi morala biti dopuštena žalba.

¹⁸ U Republici Hrvatskoj javnog bilježnika u obavljanju poslova dostave može zamjenjivati i javnobilježnički prisjednik, savjetnik ili vježbenik, ali povjeravanje poslova tim osobama *in concreto* treba biti konstatirano u zapisnicima koje će javni bilježnik sastaviti povodom dostave. Tako Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 221.

nagradu za poduzete radnje. Javni bilježnik kojem nisu predujmljena sredstva za troškove i nagradu nije dužan obaviti dostavu. U tom slučaju sastavit će zapisnik i o tome obavijestiti sud koji mu je povjerio dostavu. Troškovi dostave preko javnog bilježnika ulaze u parnične troškove ako sud ocijeni da je takva dostava bila nužna.¹⁹

6. DOSTAVA PREKO POŠTANSKOG PRETINCA I U POSEBAN PRETINAC U SUDU

U parničnom postupku sud može dostavljati pismena i preko poštanskog pretinca. Pismena koja se dostavljaju preko poštanskog pretinca ne smiju biti dostupna osobama kojima se dostavljaju prije nego što potpišu dostavnicu. Pismena se dostavljaju u zatvorenim omotnicama u kojima se dostava obavlja poštom. Kada se pismena preuzimaju, moraju se preuzeti sva pismena koja su ostavljena u poštanskom pretincu (čl. 127., st. 4. pročišćenog teksta ZPP-a). Na svako pismo koje se dostavlja preko poštanskog pretinca naznačit će se dan kada je pismo položeno u poštanski pretinac osobe kojoj se dostava tako obavlja. Ako pismo u roku od osam dana od dana kada je položeno u

¹⁹ Za dostavu preko javnog bilježnika gotovo identične odredbe sadrži Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske objavljen u Narodnim novinama, br. 117/03, (dalje u tekstu: Novela hrvatskog ZPP-a iz 2003.), s tom razlikom što u hrvatskom zakonu nije izrijekom rečeno da dostavu preko javnog bilježnika javni bilježnik može obaviti poštom. Slažemo se s autorima koji smatraju da nema nikakvih ozbiljnih razloga da javni bilježnik ne bi mogao dostavu obaviti i poštom kad ocijeni da bi to bilo svrsishodno, isto kao što može obaviti dostavu svojih pismena. Tako i Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 368. Novela hrvatskog ZPP-a iz 2003. nije ostala samo na tom rješenju. U njoj su predviđeni i drugi načini dostave. Tako je predviđena mogućnost da sud odluči, ako se stranke dogovore u tijeku postupka, da one neposredno jedna drugoj upućuju podneske i druga pismena, i to preporučenom poštom s povratnicom, što u nekoj mjeri znači i djelomično napuštanje tradicionalnog sustava sudske organizacije dostavne službe. Predviđena je i mogućnost da se pismenim sporazumom dogovori dostava na točno određenu adresu ili određenoj osobi, a ako se tu osobu ne može pronaći, onda dostavom na oglasnu ploču u sudu, čime se smatra da je dostava uredno obavljena. Ta nova rješenja znatno poboljšavaju dostavljanje. Prava je šteta što i makedonski ZPP nije prihvatio poboljšanja načina dostave koja predviđa hrvatsko pravo. Opširnije o javno-bilježničkoj, sporazumnoj, pretinačkoj i mimosudskoj dostavi kao posebnim metodama dostave vidi Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 219 - 236.

poštanski pretinac ne bude podignuto, smatra se da je dostava uredno obavljena (čl. 127., st. 5. pročišćenog teksta ZPP-a). Smatramo da, ako pismeno koje je položeno u poštanski pretinac nije podignuto u roku od osam dana, treba još jednom pokušati dostavu stavljanjem pismena na oglasnu ploču suda pa tek nakon proteka osmog dana od dana stavljanja pismena na oglasnu ploču suda smatrati da je dostava uredno obavljena.²⁰

U ZPP-u iz 2005. bilo je predviđeno da se dostava može obaviti i u poseban pretinac u sudu.²¹ Taj način dostave, nakon što je bio uveden, nikada nije bio primijenjen. Odredba čl. 127., st. 5. ZPP-a iz 2005. koja je propisivala taj način dostave brisana je Novelom ZPP-a iz 2010. (čl. 28. Novele iz 2010. godine). Smatramo da je brisanje te odredbe izbrzano rješenje. Za to je rješenje trebalo stvoriti uvjete za primjenu i sačekati rezultate pa da se nakon toga ocijeni je li to dobro ili ne.

7. VRIJEME I MJESTO DOSTAVE

O vremenu kada će se dostava obaviti, mjestu gdje će se obaviti i kako će se obaviti odlučuje sud u okviru ovlaštenja utvrđenih u ZPP-u. S ciljem otklanjanja nedostataka ZPP-a iz 1998. godine koji su se odnosili na dostavu i mogućnosti dostavljača da legitimira osobe koje zatekne na mjestu gdje treba obaviti dostavu kao i da zatraži pomoć policije radi utvrđivanja identiteta osobe koje su se zatele na mjestu gdje treba obaviti dostavu ZPP je predvidio dosta novih rješenja. Tako se u skladu s čl. 135. ZPP-a iz 2005. dostava obavlja svakog dana od 6 do 21 sat u stanu ili radnom mjestu osobe kojoj treba obaviti dostavu ili u sudu kada se ta osoba zatekne tamo ili na bilo kojem drugom mjestu. Određivanje vremena u kojem se može obaviti dostava rješenje je koje može bitno promijeniti i poboljšati dosadašnje stanje u pogledu dostave.

Određivanjem vremena kada se može obaviti dostava ZPP otklanja sve dileme koje je stvarala odredba čl. 129., st. 1. ZPP-a iz 1998. godine prema kojoj se dostava obavljala u radne dane, i to danju. Ta je odredba stvarala dileme

²⁰ Takvo je rješenje predvidio ZPP Republike Hrvatske. Vidi čl. 134.b, st. 5. ZPP-a RH.

²¹ Ako se za određene osobe, na njihov zahtjev i uz odobrenje suda, dostava obavlja u sudu, pismena koja upućuje sud stavljaju se u poseban pregradak u određenoj prostoriji u sudu. Dostavljanje obavlja službena osoba suda. Pri preuzimanju pismena moraju se preuzeti sva pismena koja su ostavljena u sudskom pregradku (čl. 127., st. 5. ZPP-a iz 2005.).

osobito prilikom određivanja vremenskih granica termina *danju*. Treba li ga shvatiti u astronomskom (geografskom) značenju kao dijela dana u kojem, za razliku od noći, postoji prirodna svjetlost, koja je promjenjiva u zavisnosti od godišnjeg doba, ili on označava vremensko razdoblje u kojem se uobičajeno odvijaju životna i radna aktivnost u nekoj sredini.²² Prema drugim autorima, uputno je da se terminom *danju* označava vrijeme od 7 sati ujutro do 20 sati navečer, bez obzira na to što zimi ranije pada mrak, a ljeti je i poslije 20 sati navečer još uvijek dan.²³ U situaciji kada nije bilo precizno određeno vrijeme dostave, prema mišljenju nekih autora, dostava je bila uredna ako je obavljena u okviru radnog vremena onoga koji obavlja dostavu.²⁴ Novo rješenje u ZPP-u bilo je i to što se dostava može obavljati svakog dana, a ne samo radnim danom kao što je to bilo u ZPP-u iz 1998. godine.

U pogledu mjesta gdje se obavlja dostava odredba čl. 135., st. 1. ZPP-a iz 2005. fleksibilnija je od odredbe čl. 129., st. 2. ZPP-a iz 1998. godine. Rješenje koje je prihvaćeno u čl. 135., st. 1. ZPP-a predviđa mogućnost da se dostava obavlja u stanu ili na radnom mjestu osobe kojoj treba obaviti dostavu ili u sudu kada se ta osoba zatekne tamo bez obzira na razlog zbog kojega se ondje nalazi. Odredba postaje osobito fleksibilna time što je dana mogućnost da se dostava obavi i na bilo kojem drugom mjestu gdje se nađe osoba kojoj treba obaviti dostavu. Tako predviđena rješenja u čl. 135., st. 1. ZPP-a ne samo da otklanjaju nepreciznost koju je imao ZPP iz 1998. godine nego i bitno utječu na poboljšanje dotadašnjeg stanja u praktičnom obavljanju dostave.

Novina u ZPP-u bila je i ta što su se osobe koje dostavljač zatekne u mjestu gdje treba obaviti dostavu na njegov zahtjev dužne legitimirati (čl. 135., st. 2. ZPP-a). Ako je potrebno, radi utvrđivanja identiteta osobe koja se zatekla na mjestu gdje treba obaviti dostavu ili radi poduzimanja drugih radnja povezanih s dostavom dostavljač je ovlašten zatražiti pomoć policije. S tako redigiranim odredbama u velikoj je mjeri smanjena mogućnost adresata da izbjegne dostavu.

²² Sasvim ispravno smatra T. Zoroska-Kamilovska kada kaže da se prihvaćanje tog tumačenja čini apsurdnim. Organizacija dostavne službe treba se prilagoditi astronomski varijabilnom pojmu dana. Vidi Zoroska-Kamilovska, *op. cit.* u bilj. 7, str. 182.

²³ Tako Čavdar, K., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Skopje, 1998., str. 178.

²⁴ Tako Pavlović, M., *Značaj i novine odredbi o dostavljanju u postupcima pred sudom*, Pravo u gospodarstvu, vol. 37, 1998., str. 842.

8. DOSTAVLJANJE PRAVNIM I FIZIČKIM OSOBAMA KOJE OBAVLJAJU REGISTRIRANU DJELATNOST

Prema odredbama čl. 129. ZPP-a dostava se pravnoj osobi koja je upisana u trgovački ili drugi registar obavlja na adresu koja je navedena u tužbi. Ako dostava na adresu koja je navedena u tužbi ne uspije, onda se dostava obavlja na adresu sjedišta te osobe koja je upisana u trgovački ili drugi registar.²⁵ Ako dostava ne uspije ni na tu adresu, dostava se obavlja objavljivanjem pismena na oglasnoj ploči suda. Smatra se da je dostava uredno obavljena nakon isteka osam dana od dana objavljivanja pismena na oglasnoj ploči suda.

Izložena pravila koja se odnose na dostavu pravnim osobama primjenjuju se i na fizičke osobe koje obavljaju određenu djelatnost koja se upisuje u trgovački ili drugi registar (odvjetnici, javni bilježnici, ovršitelji, liječnici, trgovci pojedinci, stečajni upravitelji i dr.) kada im se obavlja dostava koja se odnosi na djelatnost koju oni obavljaju.

Ako dostava pismena ne uspije na adresu koja je navedena u tužbi ni na adresu sjedišta koje je upisano u trgovački ili drugi registar pa je zbog toga dostava obavljena objavljivanjem pismena na oglasnoj ploči suda, to ne znači da će se i sve kasnije dostave obavljati objavljivanjem na oglasnoj ploči suda. Naprotiv, kod svake je daljnje dostave potrebno pokušati dostavu obaviti na adresu koja je navedena u tužbi, odnosno na adresu sjedišta koja je upisana u trgovački ili drugi registar, a tek ako to ne uspije, dostava će se obaviti objavljivanjem na oglasnoj ploči suda. Navedena nova pravila definitivno rješavaju problem dostave za pravne i fizičke osobe koje obavljaju registriranu djelatnost, zato što se u krajnjoj liniji, ako nije moguća, odnosno nije uspjela dostava na adresi koja je označena u tužbi, odnosno na adresi gdje je sjedište te osobe upisano u trgovački ili drugi registar, smatra da je dostava uredno obavljena objavljivanjem na oglasnoj ploči suda. Smatramo da najveći broj subjekata neće imati potrebu dopustiti da se dovede u situaciju da mu se dostava obavlja objavljivanjem pismena na oglasnoj ploči suda. Takav način dostave u svakom slučaju adresata lišava mogućnosti korištenja prava u postupku koja mu po zakonu pripadaju.

²⁵ Počevši od 1. 1. 2006. godine registracija trgovačkih društava u Republici Makedoniji obavlja se u Centralnom registru Republike Makedonije pa je, stoga, dobro što je ZPP predvidio mogućnost da se, ako dostava na adresu koja je navedena u tužbi ne uspije, dostava obavi na adresu sjedišta te osobe upisanu u trgovački ili drugi registar (u slučajevima kada su u pitanju trgovačka društva, to će biti adresa koja je upisana u Centralni registar Republike Makedonije).

9. DOSTAVA FIZIČKIM OSOBAMA

ZPP predviđa razliku u pogledu načina na koji se obavlja dostava u zavisnosti od vrste subjekata kojima se dostava obavlja - je li adresat fizička ili pravna osoba, a katkad su posebno važna i specifična svojstva određenih adresata. ZPP predviđa dva načina dostave fizičkim osobama, i to običnu dostavu i osobnu dostavu.

Obična dostava. Dostava se obavlja s ciljem da se pismeno preda adresatu. Kod obične dostave, ako se pismeno ne može predati adresatu iz različitih razloga (dostavljač nije pronašao adresata u stanu, na radnom mjestu i sl.), dostavljač može pismeno predati nekom trećem koji kao faktički primatelj pismena ima dužnost predati pismeno adresatu. U takvu slučaju, iako pismeno nije dostavljeno neposredno adresatu, smatra se kao da mu je dostavljeno od trenutka kada je faktička dostava obavljena trećoj osobi koja je primila pismeno za adresata.

Kod obične dostave dostavljač nije dužan pokušati dostavu s ciljem da se pismeno neposredno preda adresatu. Obična se dostava obavlja kad se adresat ne zatekne u svom stanu. Tada se dostava obavlja predajom pismena nekom od punoljetnih članova obitelji koji su dužni primiti pismeno (čl. 136., st. 1. ZPP-a iz 2005.).²⁶ Ako se dostava obavlja na radnom mjestu gdje adresat radi, a on se tamo ne zatekne, dostava se može obaviti osobi koja radi na istom radnom mjestu ako ta osoba pristane primiti pismeno (čl. 136., st. 2. ZPP-a iz 2005.). Predaja pismena drugoj osobi nije dopuštena ako ta osoba sudjeluje u postupku kao protivnik adresata kojem treba obaviti dostavu (čl. 136., st. 3. ZPP-a).

U navedenim slučajevima, kada je zbog toga što adresat nije bio prisutan pismeno dostavljeno drugoj osobi, pravni učinci dostave pismena prema adresatu nastupaju od trenutka kada je dostava obavljena drugoj osobi, a ne od trenutka kada je pismeno faktički primatelj uručio adresatu ili ga je o tome izvijestio. U slučajevima kada je faktički primatelj primio pismeno, jer je prema samom zakonu bio dužan primiti ga ili je pristao primiti pismeno, dužan ga je predati adresatu (čl. 136., st. 4. ZPP-a iz 2005.). U tom slučaju ZPP izričito predviđa dužnost faktičkog primatelja da preda pismeno adresatu, ali nije predvidio posljedice za njega ako primljeno pismeno uopće ne preda. Iako posljedice nisu izričito predviđene, u teoriji postoje autori koji smatraju da u takvu slučaju fak-

²⁶ U ZPP-u iz 1998. godine bila je predviđena mogućnost da se pismeno, ako se u stanu ne zatekne ni adresat ni bilo koji drugi punoljetni član obitelji, preda nastojniku ili susjedu ako su oni suglasni primiti pismeno (čl. 130., st. 1. ZPP-a iz 1998. godine). Ta odredba u ZPP-u iz 2005. nije predviđena jer je u praksi bila veoma često zloupotrebjavana.

tički primatelj pismena odgovara za prouzrokovanu štetu adresatu.²⁷ Smatramo da bi bilo bolje da je ZPP izričito predvidio odgovornost faktičkog primatelja pismena za štetu, kao što je to izričito predviđeno u hrvatskom, slovenskom i bugarskom zakonodavstvu.

Ako se utvrdi da je osoba kojoj treba obaviti dostavu pismena odsutna i da osobe koje su po zakonu dužne primiti pismeno ili koje pristanu primiti pismeno ne mogu pismeno na vrijeme predati adresatu, u tom se slučaju pismeno vraća sudu s naznakom gdje se adresat nalazi.

Osobna dostava. Pravila o običnoj dostavi ne jamče da će pismeno zaista biti i uručeno adresatu. Zbog toga je ZPP izričito predvidio osobnu dostavu kad su u pitanju određena pismena. Osobna dostava je posebna mjera dostave koja se poduzima radi omogućavanja da određeno pismeno bude uručeno adresatu. Osobna dostava ne znači da će pismeno biti predano isključivo stranci. Osobna je dostava obavljena i kada je pismeno predano zastupniku stranke, a ako stranka ima punomoćnika, onda se dostava i mora obaviti punomoćniku stranke. Osobna se dostava obavlja prema zakonu i ako dostavljač, nakon prvog neuspješnog pokušaja, pokuša dostavu drugi put.

Prema ZPP-u iz 2005. osobna je dostava predviđena za sljedeća pismena: tužba, platni nalog, izvanredni pravni lijek, presuda, rješenje doneseno u postupku za smetanje posjeda kao i rješenje protiv kojeg je dopuštena posebna žalba. Druga se pismena dostavljaju osobno ako to zakon izričito određuje ili kad sud smatra da je, zbog priloženih isprava u izvorniku ili iz nekog drugog razloga, potrebna veća opreznost (čl. 137., st. 1. ZPP-a).

Ako se osoba kojoj treba pismeno dostaviti osobno ne zatekne tamo gdje treba obaviti dostavu, dostavljač će se obavijestiti kada i na kojem bi mjestu mogao zateći tu osobu i ostavit će joj kod jedne od osoba koje su po zakonu dužne primiti pismeno (čl. 136., st. 1. ZPP-a iz 2005.) ili su pristale primiti pismeno (čl. 136., st. 2. ZPP-a iz 2005.) pismenu obavijest da radi primitka pismena treba biti određenoga dana i u određeno vrijeme u svom stanu, odnosno na svom radnom mjestu. Ako i nakon toga dostavljač ne zatekne adresata kojem pismeno treba osobno dostaviti, on će postupiti prema pravilima o običnoj dostavi, odnosno predat će pismeno punoljetnom članu njegove obitelji ili ovlaštenoj osobi ili radniku državnog tijela ili pravnoj osobi, a ako i ovi, bez razloga predviđenih u zakonu, odbiju primiti pismeno, onda će dostavljač ostaviti pismeno u stanu ili u prostoriji gdje adresat radi ili će pismeno prikazati

²⁷ Tako Georgievski, S., *op. cit.* u bilj. 2, str. 262.

na vrata stana ili prostorije gdje adresat radi. U tom će slučaju dostavljač na povratnici zabilježiti dan i vrijeme kada je dostava obavljena, razlog odbijanja primitka kao i mjesto gdje je pismeno ostavljeno. Time se smatra da je dostava obavljena (čl. 139. ZPP-a iz 2005.).

Novina u ZPP-u iz 2005. bila je i odredba čl. 129., st. 5. ZPP-a prema kojoj se dostava fizičkoj osobi obavlja na adresu koja je navedena u tužbi. Ako dostava na tu adresu ne uspije, onda se dostava obavlja na adresu koja je upisana u osobnu iskaznicu.

Dostava tužbe, platnog naloga, izvanrednog pravnog lijeka, presude, rješenja donesenog u postupku za smetanje posjeda kao i rješenja protiv kojeg je dopuštena posebna žalba, državnom tijelu ili pravnoj osobi obavlja se predavanjem pismena osobi koja je ovlaštena za primanje pismena ili radniku koji se zatekne u uredu, odnosno poslovnoj prostoriji (čl. 127., st. 1. ZPP-a).

10. DOSTAVA OGLASOM

Dostava oglasom najnesigurniji je način dostave pismena i zato se primjenjuje samo iznimno. Dostava oglasom predviđena je u ZPP-u u sljedećim slučajevima: a) kada stranka promijeni adresu, a o tome nije izvijestila sud (čl. 140. ZPP-a iz 2005.); b) kada je sud odredio privremenog zastupnika tuženiku čije boravište nije poznato, a on nema punomoćnika (čl. 76., st. 2. ZPP-a iz 2005.) i c) kada je sud odredio privremenog zastupnika tuženiku, a tuženik ili njegov zakonski zastupnik koji nemaju punomoćnika u Republici Makedoniji nalaze se u inozemstvu, a dostava se nije mogla obaviti.

U prvom slučaju dostava se obavlja samo preko oglasne ploče suda, a u preostalim slučajevima oglašava se u Službenom vesniku Republike Makedonije i na oglasnoj ploči suda, a, ako je potrebno, i na drugi prikladan način (čl. 78., st. 1. ZPP-a iz 2005.). Dostava se smatra obavljenom nakon isteka osmog dana od dana kada je pismeno oglašeno na oglasnoj ploči suda. Prije isteka tog roka ne mogu se poduzimati nikakve sudske radnje u postupku. Rokovi za stranke počinju teći prvog dana nakon isteka osmog dana.

11. DOSTAVA PRAVNIM OSOBAMA

Da bi se onemogućila zloupotreba u dostavi, u čl. 127., st. 1., 2., 3. i 4. ZPP-a iz 2005. predviđene su odredbe koje reguliraju dostavu pravnim osobama. Dostava

se državnom tijelu ili pravnoj osobi obavlja predavanjem pismena osobi koja je ovlaštena za primanje pismena ili radniku koji se zatekne u uredu, odnosno poslovnoj prostoriji (član 127., st. 1. ZPP-a). Tom je odredbom riješeno pitanje kojim se osobama treba obaviti dostava i gdje se dostava može obaviti. U pitanju je službena adresa pravne osobe. Službena adresa pravne osobe je adresa njezina ureda, odnosno poslovne prostorije. Uredom, odnosno poslovnom prostorijom smatraju se one prostorije u kojima se nalazi sjedište pravne osobe.

Osoba koja je ovlaštena za primanje pismena je osoba kojoj je povjeren taj posao u pravnoj osobi i koja radi u prijamnom uredu kao i radnik koji se zatekne u uredu, odnosno u njegovoj poslovnoj prostoriji ako je zaposlen u toj pravnoj osobi.²⁸ Dostava se pravnoj osobi može obaviti i preko njegove poslovne jedinice ako spor proizlazi iz pravnog odnosa te poslovne jedinice (čl. 127., st. 2. ZPP-a iz 2005.).

Kada se pismeno treba dostaviti državnom tijelu ili državnom pravobranitelju, dostava se obavlja predajom pismena u njegovu pisarnicu. Kao dan dostave uzima se dan kada je pismeno predano pisarnici (čl. 127., st. 3. ZPP-a iz 2005.).

Dostava se prema navedenim pravilima obavlja i kada su stranke za svog punomoćnika odredile osobu koja je njihov radnik (čl. 127., st. 4. ZPP-a iz 2005.).

Dostava se može obaviti i preko pošte u poštanski pretinac. O tom načinu dostave već je bilo riječi u ovom tekstu.

12. DRUGE NOVINE U ZAKONU O PARNIČNOM POSTUPKU IZ 2005. KOJE SE ODOSE NA DOSTAVU

Osim navedenih, ZPP predviđa još nekoliko novih rješenja koja se odnose na dostavu koja su predviđena s ciljem poboljšanja dostave. Jedno od tih rješenja (novina) koje je uvedeno u ZPP po uzoru na bugarsko zakonodavstvo je i ono predviđeno u čl. 126. ZPP-a iz 2005. Prema odredbama tog članka stranku koja je uredno pozvana na ročište ili je obaviještena o poduzimanju određene radnje, a ne odazove se sudu, sud nije dužan dalje pozivati. To pravilo vrijedi samo pod uvjetom da stranka bude uredno pozvana, a da se nije odazvala pozivu suda (tzv. *pravilo jednom pozvan, uvijek pozvan*). Iako u ZPP-u to izričito

²⁸ Tako i Dika, *op. cit.* u bilj. 2, str. 237.

nije bilo propisano, bilo je racionalno smatrati da sud može tako postupiti samo ako stranka svoj izostanak nije opravdala. Na zahtjev stranke koja je propustila ročište, odnosno poduzimanje određene radnje sud je dužan toj stranci u sudu uručiti poziv s naznakom dana i vremena kada će se održati novo ročište. Ako je stranka opravdala svoje izostanak, smatramo da je sud obvezan ponovo pozvati tu stranku. Ako stranka nije opravdala svoje izostanak, onda je ona dužna obavijestiti se o tijeku postupka i o parničnim radnjama koje je sud poduzeo na ročištu na kojem ona nije bila prisutna, a nije ni opravdala svoj izostanak. U protivnom ona snosi sve pravne posljedice toga.

Da bi se onemogućile sve moguće zloupotrebe prilikom dostave odvjetnicima, u čl. 134. ZPP-a predviđeno je da se dostava odvjetniku kao punomoćniku može obaviti i predavanjem pismena osobi koja obavlja bilo kakve poslove u njegovu odvjetničkom uredu.

Novina u ZPP-u iz 2005. je i odredba čl. 129., st. 5. ZPP-a prema kojoj se dostava, kada dostava fizičkim osobama nije obavljena na adresi koja je navedena u tužbi, obavlja na adresi koja je upisana u osobnu iskaznicu.

13. NOVINE U DOSTAVI PREMA NOVELI ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU IZ 2008.

Uz do tada poznate načine dostave Novela iz 2008. uvodi i nov način dostave, dostavu elektroničkim putem (čl. 3., st. 1., 4. i 5.; čl. 4. i 5. Novele iz 2008.). To zaslužuje posebnu pažnju i poštovanje. Prema Noveli ZPP-a iz 2008. godine dostava elektroničkim putem za određeni krug subjekata je obavezno, a u ostalim je dana mogućnost da se uz ostale načine dostava obavlja i elektroničkim putem.

Stranka može zatražiti od suda da sud dostavu obavlja elektroničkim putem u sigurnosni elektronički sandučić na adresu koju je ona označila u zahtjevu. Stranka je dužna bez odlaganja izvijestiti sud o promjeni adrese elektroničke pošte ili o opozivu zahtjeva da joj se dostava obavlja elektronički.

Dostava pismena u elektronički sandučić obavlja se državnim tijelima, osobama s javnim ovlastima i odvjetnicima. Ako sud utvrdi da dostava elektroničkim putem u sandučić nije moguća ili ima poteškoća, dostava se obavlja na drugi način, odnosno na jedan od načina koji su predviđeni u ZPP-u.

Dostavu elektroničkim putem sud obavlja preko informatičkog sustava suda na adresi elektroničkog sigurnosnog sandučića primatelja dostave. Informatički

sustav suda istovremeno kada šalje pismeno do primatelja dostave na njegovu elektroničku adresu šalje i obavijest da je preko informacijskog sustava poslan pismeni dokument koji se mora preuzeti. Elektronička pošta iz elektroničkog sandučića mora se preuzeti najkasnije osmog dana od dana kada je poslana. Ako ne bude preuzeta iz sandučića u predviđenom roku, smatrat će se da je dostava obavljena, za što će primatelj dostave biti upozoren u obavijesti informatičkog sustava suda.

Primatelj elektroničke pošte svoj identitet dokazuje svojim elektroničkim potpisom. Taj primatelj pregledava svoj elektronički sandučić i elektronički potpisuje pismeno koje šalje sudu, odnosno potvrđuje primanje elektroničke pošte. Dostava elektroničkim putem u sigurnosni elektronički sandučić smatra se obavljenom kada se dobije povratni signal da je elektronički sandučić otvoren i potvrda s elektroničkim potpisom primatelja pošiljke da je elektronička pošta preuzeta.

U Noveli iz 2008. predviđene su i dopune koje se odnose na načine dostave koji su bili uređeni ZPP-om iz 2005. Prema čl. 3., st. 3. Novele iz 2008. sud je dužan u roku od 15 dana od dana kada se utvrdi potreba za dostavom dva puta uzastopce pokušati obaviti urednu dostavu na jedan od načina koji su predviđeni u ZPP-u. Ako dostava ne uspije, onda se pismeno objavljuje na oglasnu ploču suda i nakon proteka osmog dana od dana njegova objavljivanja smatra se da je dostava obavljena.

Kad se dostava obavlja preporučenom poštanskom pošiljkom na adresu osobe kojoj se ona dostavlja, smatra se da je dostava obavljena kada pismeno bude uručeno, odnosno ako osoba ne preuzme pismeno u roku od osam dana iako je bila pozvana to učiniti.

Kod dostave fizičkim osobama u čl. 6. Novele iz 2008. predviđeno je da se dostava, ako dostava koja je obavljena preporučenom pošiljkom na adresi koja je upisana u osobnu iskaznicu ne uspije, obavlja objavom pismena na oglasnoj ploči suda. Smatra se da je dostava obavljena nakon isteka osam dana od dana objavljivanja pismena na oglasnoj ploči suda.

Zadnja novina u vezi s dostavom koju je uvela Novela iz 2008. odnosi se na osobnu dostavu. Pismeno koje je prema zakonu potrebno osobno dostaviti predaje se neposredno osobi kojoj je upućeno. Ako se osoba kojoj se pismeno mora osobno dostaviti ne zatekne tamo gdje se dostava treba obaviti, osoba koja obavlja dostavu, ostavit će, kada se ta osoba ne zatekne u stanu, nekome od punoljetnih članova obitelji ili nekoj osobi koja radi na istom mjestu pismenu obavijest da dođe određenog dana i u određeno vrijeme na sud da bi primio pismeno. Ako osoba ne dođe primiti pismeno, a dolazak ne opravda u roku

od tri dana od dana kada je pozvana da dođe u sud primiti pismeno, pismeno će biti poslano preporučeno poštom. Ako pismeno ne bude preuzeto u roku od osam dana od dana kada je osoba obaviještena da pismeno treba preuzeti, smatra se da je dostava uredno obavljena (čl. 7. Novele iz 2008.)²⁹

14. NOVINE U DOSTAVI PREMA NOVELI ZAKONA O PARNIČNOM POSTUPKU IZ 2010.³⁰

Novine u dostavi prema Noveli iz 2010. odnose se na 1) proširenje liste subjekata koji mogu obavljati dostavu; 2) novu redakciju pravila *jednom pozvan, uvijek pozvan*; 3) novine u osobnoj dostavi; 4) dostavu objavljivanjem na oglasnoj ploči suda; 5) novine u elektroničkom načinu dostave.

Dostava preko ovršitelja. Dostava preko ovršitelja uvedena je Novelom iz 2010. (čl. 24., st. 1.). Dostava preko ovršitelja uređena je u čl. 129. pročišćenog teksta ZPP-a. U Zakonu o izvršenju³¹ u čl. 40., st. 1., alineji 2. bila je predviđena mogućnost da ovršitelj obavlja dostavu sudskih pismena. Tu je odredbu trebalo protumačiti tako da ovršitelj obavlja dostavu sudskih pismena koja su u funkciji i u vezi s ovrhom. Dostava sudskih pismena koja nisu u vezi s konkretnom ovrhom koju provodi ovršitelj trebala je biti posebno uređena, što je i učinjeno Novelom iz 2010. Ovršitelj dostavu sudskih pismena za potrebe parničnog postupka obavlja u skladu s odredbama ZPP-a i pritom ima prava i dužnosti u skladu s tim zakonom. Dostava preko ovršitelja uređena je kao i dostava preko javnog bilježnika i u istom, čl. 129. pročišćenog teksta ZPP-a. Različito u odnosu na dostavu preko javnog bilježnika je to što ovršitelj umjesto zapisnika sastavlja službenu zabilješku. Sve ono što je izloženo za dostavu preko javnog bilježnika, vrijedi i za dostavu preko ovršitelja.

²⁹ Ovim je člankom promijenjen čl. 137., st. 2. ZPP-a.

³⁰ O Noveli ZPP-a iz 2010. vidi detaljnije Janevski, A.; Zoroska-Kamilovska, T., *Izmenite vo parničnoto, vonparničnoto i izvršnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija vo svetloto na aktuelnite trendovi za zabrzuvanje na postapkite*, Delovno pravo, br. 24, 2011., str. 15 - 62; Janevski, A.; Zoroska-Kamilovska, T., *Izmenite vo parničnoto i izvršnoto zakonodavstvo na Republika Makedonija, predizvicite i problemite vo nivnata primena so predlozi za podobruvanje na sostojbite de lege ferenda*, Delovno pravo, br. 26, 2012., str. 7 - 52.

³¹ Zakonot za izvršuvanje je objavljen u Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 35/2005, 50/2006, 129/2006, 8/2008, 83/2009, 50/2010, 83/2010, 88/2010, 171/2010, 148/2011.

Nova redakcija pravila *jednom pozvan, uvijek pozvan*. Jedna od novina ZPP-a za koju se zakonodavac nadao da će doprinijeti brzini i efikasnosti parničnog postupka bilo je uvođenje pravila prema kojem sud stranku koja se, iako je uredno pozvana na ročište ili pak obaviještena o poduzimanju određene radnje, ne odazove sudu, nakon toga nema obvezu dalje pozivati. Na zahtjev stranke koja se nije odazvala pozivu sud je dužan u sudu joj uručiti poziv za dan i sat kada će se održati ročište. Iako u ZPP-u to izričito nije bilo propisano, bilo je racionalno smatrati da sud može tako postupiti samo ako stranka svoj izostanak nije opravdala. To je rješenje u praksi sudova izazvalo različito tumačenje, što je i bio razlog da se iznova redigira čl. 126. ZPP-a iz 2005.

Novelom iz 2010. taj je članak izmijenjen i dopunjen tako što sada sud nema obvezu pozivati stranku, nakon što je bila uredno pozvana na ročište ili pak obaviještena o poduzimanju određene radnje, a nije se pojavila pred sudom, bez obzira na razloge. Tako redigirana odredba čl. 126., st. 1. ZPP-a nesporno olakšava rad suda, a vjerojatno je da će utjecati i na brzinu i efikasnost parničnog postupka. Međutim, osnovano se postavlja pitanje ne vrijeda li se takvim ubrzanjem postupka jedno od osnovnih načela parničnog postupka i procesnih prava stranaka, pravo stranke da bude saslušana u postupku. Smatramo da redakcija pravila *jednom pozvan, uvijek pozvan* nije dobra jer bi sud, ako stranka koja je uredno pozvana i uredno se odazvala pozivu suda iako nije došla, ali je pravovremeno i uredno izvijestila sud da se iz opravdanih razloga ne može javiti, odnosno doći u sud ili poduzeti određenu radnju, trebao odgoditi zakazano ročište i ponovo pozvati tu stranku, naravno, samo ako ocijeni da su razlozi na koje se poziva stranka opravdani. Nema razloga sumnjati da će se ta stranka odazvati na sljedeći poziv suda. Pravilo *jednom pozvan, uvijek pozvan* trebalo bi vrijediti samo kada se stranka koja je uredno pozvana nije javila na poziv sudu ili kad razlozi njezina izostanka nisu opravdani. Tada ta stranka zloupotrebljava procesna prava i trebala bi tako biti sankcionirana.

Da bi se osiguralo pravo stranke da bude saslušana u postupku, u ZPP-u iz 2005. bilo je propisano da je sud na zahtjev te stranke dužan u sudu joj uručiti poziv za dan i sat kada će biti održano ročište, a prema Noveli iz 2010. sud je dužan stranci predati i jedan primjerak zapisnika u pismenom ili elektroničkom obliku, odnosno u obliku tonskog zapisa s prethodno održanog ročišta. Ta su rješenja dobra i opravdana.

Novelom iz 2010. u čl. 126. ZPP-a dodan je nov st. 2. koji glasi: “Ako sud iz bilo kojeg razloga ne radi na dan kada je zakazano ročište, dužan je to objaviti na svojoj internetskoj stranici i na vidljivo mjesto u sudu kao i dan i sat kada

će se održati novo ročište, a stranka se dužna o tome obavijestiti.” Imajući u vidu da Novela iz 2010. dostavu preko oglasne ploče suda izjednačava s dostavom na internetskim stranicama suda, osnovano se postavlja pitanje je li to zakonsko rješenje održivo ako se ima u vidu praksa Europskog suda za ljudska prava u Strasbourg u pogledu prava stranke da bude obaviještene, što je uvjet za realizaciju njena prava da bude saslušana u postupku. Tako je Europski sud u predmetu *Frette v. France*³² zauzeo stajalište da nadležni sud mora obavijestiti stranku o terminu ročišta i da nije dovoljno da ga stranka može saznati iz popisa zakazanih ročišta koji se nalazi na oglasnoj ploči suda. Od stranke se ne može tražiti da sama na oglasnoj ploči suda prati kada će za njen predmet biti zakazano ročište.

Izmjene koje se odnose na osobnu dostavu. Novelom iz 2010. uvedene su bitne novine u pogledu osobne dostave. Tako je čl. 137., st. 1. ZPP-a³³ redakcijski bitno nadopunjen time što su dodane riječi “koja je fizička osoba” i time je otklonjena dilema odnosi li se osobna dostava kako je uređena ZPP-om samo na fizičke osobe. Dostava pravnim osobama uređena je posebnim odredbama.

Prema novom zakonskom uređenju osobne dostave “pismo za koje je ovim zakonom određeno da se treba osobno dostaviti predaje se neposredno osobi kojoj je poslano. Ako se osoba kojoj se pismo treba osobno dostaviti ne zatekne tamo gdje treba obaviti dostavu, pismo se šalje preporučenom poštanskom pošiljkom. Ako pismo ne bude podignuto u roku od osam dana od dana kada je osoba obaviještena da treba podignuti pismo, računa se da je dostava uredno obavljena.” (čl. 137., st. 2. pročišćenog teksta ZPP-a). Takvim uređenjem, nema sumnje, osobna dostava gubi svoje značenje. Naime, nakon prvog neuspješnog pokušaja osobne dostave dostavljač uopće ne obavještava adresata o pokušaju dostave i ne obavještava adresata da postoji pismo koje adresat treba primiti. Dostavljač odmah nakon neuspješnog pokušaja dostave pismo šalje preporučenom poštanskom pošiljkom, čime osobna dostava prema Noveli iz 2010. gubi značenje kvalificirane dostave fizičkim osobama. Ako se ima u vidu da je cilj osobne dostave smanjenje rizika od neupoznavanja sa

³² Vidi *Frette v. France*, br. 36515/97, presuda 26. 2. 2002.

³³ Čl. 137., st. 1. ZPP-a prije Novela iz 2010. godine glasi ovako: “Tužba, platen nalog, vonreden praven lek, presuda, rešenje doneseno vo postapka poradi smećavanje na vladenie, kako i rešenje protiv koe e dozvolena posebna žalba, će se dostavat lično do strankata (*koja e fizičko lice*), odnosno do nejziniot zakonski zastapnik, odnosno polnomošnik. Dru-gite pismena će se dostavat lično koga toa so ovoj zakon izrično e opredeleno ili koga sudot smeta deka poradi priloženite ispravi vo orginali ili od nekoja druga pričina e potrebna pogolema pretpazlivost.” Istaknuti dio teksta uveden je Novelom iz 2010.

sadržajem pismena koja imaju posebno značenje za položaj i ulogu stranke u postupku, diskutabilno je može li se to rješenje smatrati unapređenjem sustava pravne zaštite. Nema sumnje da navedeno rješenje nije dobro i da ga što prije treba promijeniti. Iako je riječ o osobnoj dostavi koja je daleko stroži režim od obične dostave, proizlazi da obična dostava više jamči da će stranke u postupku biti obaviještene nego kada je u pitanju osobna dostava prema Noveli iz 2010. Ako nema boljeg rješenja, trebalo bi vratiti staro rješenje koje je bilo sadržano u čl. 7. Novele iz 2008. prema kojem se pismeno koje je prema zakonu potrebno osobno dostaviti predaje neposredno osobi kojoj je upućeno. Ako se osoba kojoj se pismeno mora osobno dostaviti ne zatekne tamo gdje se dostava treba obaviti, osoba koja obavlja dostavu, ostavit će, kada se ta osoba ne zatekne u stanu, nekome od punoljetnih članova obitelji ili nekoj osobi koja radi na istom mjestu pismenu obavijest da dođe određenog dana i u određeno vrijeme na sud da bi primio pismeno. Ako osoba ne dođe primiti pismeno, a dolazak ne opravda u roku od tri dana od dana kada je pozvana da dođe u sud primiti pismeno, pismeno će biti poslano preporučeno poštom. Ako pismeno ne bude preuzeto u roku od osam dana od dana kada je osoba obaviještena da pismeno treba preuzeti, smatra se da je dostava uredno obavljena.

Dostava objavljivanjem na oglasnoj ploči suda. Novina je uvođenje mogućnosti da se uz oglasnu ploču u sudu pismeno objavi i na internetskoj stranici suda tako da se nakon isteka roka od osam dana od objavljivanja računa da je pismeno uredno dostavljeno. U redakciji te odredbe zakonodavac nije bio precizan, zato što u primjeni ta odredba stvara zabunu pri određivanju trenutka kada je obavljena uredna dostava. Tako je u čl. 128., st. 2. pročišćenog teksta ZPP-a u prvoj rečenici predviđeno da se objava kumulativno obavlja i na oglasnoj ploči suda i na internetskoj stranici suda, a prema drugoj rečenici istog stavka računa se da je dostava uredno obavljena nakon isteka osmog dana od dana objavljivanja pismena na oglasnoj ploči suda ili na internetskoj stranici suda. U pitanju je redakcijska pogreška koju treba ispraviti jer zbunjuje. Ili treba brisati kumulativno objavljivanje da bude alternativno ili treba veznik *ili* zamijeniti veznikom *i* da ne bi bilo nedoumice. Do tada će, prema našem mišljenju, dostava biti uredna nakon isteka osmog dana od dana objave pismena na oglasnoj ploči suda ili nakon objave na internetskoj stranici suda.

U vezi s tom dostavom može se postaviti pitanje može li se tzv. prva dostava u parničnom postupku, a to je dostava kojom se tuženik prvi put obavještava o parnici, kao i dostava pismena za koja se vezuje vremenski ograničeno pravo na pravni lijek obaviti objavljivanjem putem oglasa. Na taj zaključak kao da

upućuje odredba iz čl. 125., st. 2. pročišćenog teksta ZPP-a prema kojoj je sud dužan u roku od 15 dana od dana kada se utvrdi potreba za dostavom dva puta uzastopno pokušati urednu dostavu na jedan od načina predviđenih u st. 1. toga članka.³⁴ Ako dostava ne uspije, onda se pismeno objavljuje na oglasnoj ploči suda i nakon isteka osmog dana od dana njegova objavljivanja smatra se da je dostava obavljena.

Ako se ima u vidu način na koji je uređena osobna dostava prema Noveli iz 2010., ne postoji mogućnost da se osobna dostava fizičkim osobama obavi objavljivanjem putem oglasa, ali postoji mogućnost da se tzv. prva dostava kao i dostava pismena za koja se vezuje vremenski ograničeno pravo na pravni lijek za pravne osobe koje su upisane u trgovački ili drugi registar obavi objavljivanjem putem oglasa. Tako se prema čl. 128., st. 1. i 2. pročišćenog teksta ZPP-a, “kada nema tehničkih uvjeta za registraciju elektroničkog sandučića, dostava za pravnu osobu koja je upisana u trgovački ili drugi registar obavlja na adresi koja je upisana u trgovački ili drugi registar. Ako dostava ne uspije na toj adresi, onda se dostava obavlja objavljivanjem pismena na oglasnoj ploči suda i na internetskoj stranici suda. Računa se da je dostava uredno obavljena nakon isteka osmog dana od dana objavljivanja pismena na oglasnoj ploči suda ili na internetskoj stranici suda.” Dostava objavljivanjem putem oglasne ploče suda prilično je nesiguran način dostave koji omogućava zloupotrebe, osobito ako se zna da oglasne ploče suda nisu posebno zaštićene, da su dostupne svima, čak i običnim prolaznicima i zlonamjernim osobama. Oglasne ploče sudova kakve su danas u većini sudova u Republici Makedoniji ne jamče da će pismena koja su stavljena na oglasnoj ploči ostati na njoj onoliko koliko je predviđeno zakonom. Zato se može zaključiti da dostava objavljivanjem na oglasnoj ploči suda stvara pravnu nesigurnost stranaka u parničnom postupku, a osobito tuženika.

Izmjene u elektroničkom načinu dostave. Elektronički način dostave uveden je Novelom iz 2008., a njegova je primjena bila odgođena za godinu dana od dana stupanja Novele na snagu. Međutim, nesporna je činjenica da taj sustav, iako je prošlo dosta vremena od predviđene implementacije, do danas nije operativan, a već je Novela iz 2010. predvidjela njegove izmjene. U biti, te izmjene stvaraju privid da se mijenja čl. 126.a Novele iz 2008. iako je riječ samo o njegovoj dopuni trima novim stavcima (2., 7. i 8.). U pitanju je tehnička neizve-

³⁴ Čl. 125., st. 1. pročišćenog teksta ZPP-a glasi ovako: “Pismenata se dostavuuvaat po pošta, po elektronski pat, preku službeno lice na sudot, neposredno vo sudot, preku notar, izvršitel ili drugo lice opredeleno so zakon.”

divost nekih rješenja za koja su potrebna novčana sredstva i vrijeme. U prilog tomu je i odredba čl. 27. Novele iz 2010. kojom se mijenja član 126.a i u kojem je, između ostaloga, navedeno da “ako pismeno koje se dostavlja elektroničkim putem ima priloge za koje nema tehničke mogućnosti da se dostave elektronički, sud će u pismenu koje dostavlja obavijestiti primatelja čije se sjedište, prebivalište ili boravište nalazi u sjedištu suda da priloge trebaju podignuti neposredno kod suda u roku od tri dana od dana kada su obaviješteni, a ako ih u tom roku ne podignu, smatra se da su prilozima dostavljeni.” (čl. 126.a, st. 7. Novele iz 2010.). Dostava priloga primatelju čije je sjedište, prebivalište ili boravište izvan sjedišta suda obavlja se na jedan od načina određenih u čl. 125., st. 1. Novele iz 2010. Iz tih je odredaba sasvim jasno da na uvođenju elektroničkog načina dostave treba raditi kako bi se stvorile tehničke mogućnosti za njegovu implementaciju i normiranje koje će omogućiti praktičnu operacionalizaciju. Zato bi bilo dobro da se primjena odredaba o elektroničkoj dostavi koje se sada ne mogu primijeniti odgodi do stvaranja tehničkih i drugih mogućnosti za njihovu implementaciju. Ovako one samo stvaraju privid da postoji dostava elektroničkim putem, a u stvarnosti je nema. Osobito to vrijedi za dostavu pismena odvjetnicima, državnim tijelima, odnosno tijelima državne uprave, jedinicama lokalne samouprave, pravnim osobama i osobama s javnim ovlaštenjima za koje je Novelom iz 2010. predviđeno da se dostava obavlja isključivo elektroničkim putem, za što još nema tehničkih mogućnosti.

15. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iz izloženog se vidi da je ZPP dostavu pismena detaljno uredio. U funkciji poboljšanja dostave ZPP iz 2005. sadrži niz novih odredaba u odnosu na ZPP iz 1998. Tako je, uz već tada postojeće načine dostave, u njemu predviđena mogućnost dostave preko javnog bilježnika, preko posebnog pregratka u određenoj prostoriji u sudu, redigirane su odredbe o dostavi pravnim i fizičkim osobama koje obavljaju registriranu djelatnost i dr. Iako je nakon primjene ZPP-a iz 2005. dostava u izvjesnoj mjeri poboljšana, nije onoliko koliko su bila očekivanja. Prava je šteta što za neke od načina dostave koji su bili predviđeni u ZPP-u (dostava preko posebnog pretinca u sudu) nisu stvoreni uvjeti za primjenu da bi se vidjeli rezultati.

Novela iz 2008. uvodi nov način dostave, dostavu elektroničkim putem. Taj način dostave zaslužuje posebnu pažnju. Međutim, nesporna je činjenica da taj

sustav, iako je prošlo dosta vremena od u Noveli iz 2008. predviđene implementacije, do danas nije operativan. Očigledno je da taj način dostave treba uvoditi stupnjevito tako da se obuhvati određen krug subjekata koji imaju tehničke mogućnosti za njegovu primjenu, a u međuvremenu treba stvarati uvjete za širu primjenu. Nesporno je da na implementaciji elektroničkog načina dostave treba još raditi kako bi se stvorile tehničke mogućnosti za njegovu primjenu, a do tada bi trebalo odgoditi njegovu primjenu.

Novelom iz 2010. ovršiteljima je proširena lista subjekata koji mogu obavljati dostavu. Smatramo da je to dobro rješenje. Redakcija pravila *jednom pozvan, uvijek pozvan* posljedica je toga što se prijašnje pravilo u praksi sudova različito tumačilo. Nesporno je da nova redakcija tog pravila olakšava rad suda, a vjerojatno utječe i na brzinu i efikasnost parničnog postupka, ali se osnovano postavlja pitanje ne vrijeđa li takvo ubrzanje postupka jedno od osnovnih načela parničnog postupka i procesnih prava stranaka, pravo stranke da bude saslušana. Smatramo da redakcija pravila *jednom pozvan, uvijek pozvan* nije dobra jer nema razloga da ponovo ne bude pozvana stranka koja je već jednom uredno pozvana i koja je uredno odgovorila na poziv da se iz opravdanih razloga ne može javiti, odnosno doći u sud ili poduzeti određenu radnju. Samo zbog toga ne treba trpjeti štetne posljedice.

Izmjene koje unosi Novela iz 2010. koje se odnose na osobnu dostavu, prema našem mišljenju, nisu dobre. Osobna dostava fizičkim osobama uređena Novelom iz 2008. bolje je rješenje u odnosu na rješenje koje predviđa Novela iz 2010. Naime, potonje rješenje ne jamči da će osobna dostava biti obavljena. Osobna je dostava svedena gotovo na običnu dostavu, što svakako nije dobro rješenje i treba ga što prije promijeniti. Kod dostave putem oglasa novina je uvođenje mogućnosti da se pismeno, osim na oglasnu ploču suda, objavi i na internetskoj stranici suda, ali treba otkloniti redakcijske propuste koji zbunjuju u primjeni. Treba urediti je li u pitanju kumulativno ili alternativno objavljivanje i treba precizirati kada se smatra da je dostava obavljena.

Smatramo da ZPP nakon Novele iz 2008. i 2010. treba izmijeniti i dopuniti kako bi se otklonila sva rješenja koja nisu u funkciji dok se ne stvore uvjeti za njihovu primjenu, kako bi se redigirala pravila koja stvaraju probleme u primjeni i kako bi se po uzoru na druge pravne sustave uvele tzv. sporazumna (dostava na temelju sporazuma stranaka) i mimosudska dostava te kako bi se vratile odredbe o pretinačkoj dostavi u sudu.

Summary

Arsen Janevski *

SERVICE OF PROCESS PURSUANT TO MACEDONIAN LAW ON LITIGATION PROCEDURE AND ITS AMENDMENTS

This paper analyzes some issues concerning service of process in Macedonian civil litigation. First, service of process according to 2005 Law on Litigation Procedure and its amendments are presented and contrasted to the Law on Litigation Procedure of 1998. Further, new provisions on service of process under 2008 and 2010 amendments are outlined. The paper attempts to define the notion, meaning and grounds for service of process, as well as the means to perform service of process. The service per post, by a notary public, by an enforcement agent, through postal box and by electronic means are described. The issue of time and place of service, the service of process to legal persons and individuals who perform registered activity, the service to individuals, the common and personal service, the service by notice, the representative for receiving letters, the rejection of reception and the service receipt document are particular points of interest. In conclusion, the author presents some suggestions and proposals for improvement of legislation with a view to contribute to acceleration of civil litigation.

Keywords: service of process, public notary, enforcement agent, enforcement officer, postal delivery, electronic delivery of communications.

* Arsen Janevski, Ph. D., Professor, Faculty of Law Justinianus Primus, Ss. Cyrilus and Methodius University, Bull. Goce Delčev 9b, Skopje (Macedonia).

ODGOVORNOST ZA OPASNOST ŠTETE

*Prof. dr. sc. Gale Galev**

U okvirima ovog izlaganja u vezi s odgovornošću za opasnost štete bit će osobito naglašene tri stvari: prva, razlozi (promatrani kroz povijesnu dioptriju) što odgovornost za opasnost štete uz stvarnopravnu ima i obveznopravnu zaštitu; druga, osobitosti te vrste odgovornosti i, treća, pitanje pravne prirode te po mnogočemu specifične građanskopravne odgovornosti.

Ključne riječi: opasnost štete, objektivna odgovornost, odgovornost, makedonski Zakon o obligacionim odnosima.

1. RAZLOZI KOJI SU UVJETOVALI PRAVNO UREĐENJE ODGOVORNOSTI ZA OPASNOST ŠTETE

Odgovornost za opasnost štete novijega je datuma. Naime, ona je u makedonsko pravo po prvi put uvedena donošenjem ranijega jugoslavenskog Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO) iz 1978.¹ godine, a koji je 2001. godine prihvaćen kao makedonski.² Potreba za uvođenjem odgovornosti za

* Dr. sc. Gale Galev, profesor Pravnog fakulteta Justinijana Prvog Sveučilišta svetih Ćirila i Metoda, Bull. Goce Delčev 9b, Skopje (Makedonija).

¹ Povijesno ishodište tog zakona, kao što je poznato, nalazi se u radu *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* prof. dr. sc. Mihaila Konstantinovića objavljenu 1969. godine, a ponovno 2006. u izdanju Službenog lista SCG iz Beograda.

² V. čl. 156. saveznog ZOO-a (Službeni list SFRJ, br. 29/78), odnosno čl. 143. makedonskog ZOO-a (Službeni vesnik na Republika Makedonija, br. 18/01). U već citiranoj Skici to je pitanje uređeno u čl. 125. U tom kontekstu v. još i čl. 1047. hrvatskog ZOO-a (Narodne novine, br. 35/05), čl. 156. srpskog ZOO-a (Službeni list SRJ, br. 31/93) kao i čl. 169. u: *Prednact. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Beograd, 2009.

opasnost štete pojavila se kao rezultat sve češće ugroženosti čovjeka i njegove prirodne okoline zbog ubrzana tehničkog i tehnološkog razvoja (zasnovanog na otkrivanju novih prirodnih zakona koji sve više pronalaze svoju praktičnu primjenu). Razvoj je odavno nadišao samo opasnost klasičnih imisija (dim, galama, neugodni mirisi, toplina i sl.)³ za koje je bila dovoljna tradicionalna susjedska zaštita izrasla u okvirima susjedskog prava zasnovanog na teoriji o zabrani zloupotrebe prava.⁴ Susjedska zaštita najprije se sastojala u zaštiti od smetanja posjeda do kojeg je dolazilo zbog prekomjernih imisija koje su prouzrokovali susjedi, a kasnije se oblikovala kao stvarnopravna zaštita od tih i njima sličnih imisija zbog kojih je dolazilo do povrede prava vlasništva u smislu smanjivanja uporabne vrijednosti, na primjer, poljoprivrednog zemljišta od zagađenja tla zbog suviše prašine, dima, fekalija i sl. Ne osporavajući i nadalje potrebu za takvom na početku 20. stoljeća uspostavljenom susjedskom zaštitom pokazala se potreba i za mnogo širom zaštitom postavljenoj na obveznopravnoj osnovi, i to u odnosu prema predmetu zaštite, u odnosu prema subjektima koji traže zaštitu i, što je osobito važno, u odnosu prema načinu na koji se postiže ta zaštita (uključujući i pravni instrumentarij za njeno ostvarivanje). Da je to točno, najbolje se vidi uspoređi li se sa stvarnopravnom zaštitom iz vremena bivše Jugoslavije pa sve do danas. Ta se zaštita najprije ostvarivala tzv. negatornom tužbom predviđenom u Zakonu o osnovnim vlasničkopravnim odnosima iz 1980. godine⁵, a danas istom tom tužbom, ali prema novom Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz 2001. godine.⁶ Potonja zaštita, gleda li se kroz prizmu rješenja u citiranim zakonima i u hrvatskom zakonu, svodi

³ Potvrde za to nalazimo, na primjer, u Austrijskom građanskom zakoniku (§ 364. ABGB-a) i Njemačkom građanskom zakoniku (§ 906. BGB-a).

⁴ Više o tome v. Galev, G.; Dabović-Anastasovska, J., *Obligaciono pravo*, 2009., Skopje, str. 67 – 73; Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, Zagreb, 2008., str. 232 - 243 i elaboracije sudske prakse u: Maksimovski, R., *Građansko pravo – statii, praktika*, Skopje, 2011., str.114 - 116.

⁵ V. čl. 42. u vezi s čl. 5. tog Zakona (Službeni list SFRJ, br. 6/80) kao i komentar tih članka u: Georgiev, D. P.; Stojanović, D.; Maksimovski, R.; *Komentar na Zakonot za osnovnite sopstvenosopravni odnosi (so sudska praktika)*, Skopje, 1982., str. 33 - 37 i 139 - 144.

⁶ V. čl. 161. u vezi s čl. 11. tog Zakona (Služben vesnik na RM, br. 18/01). Takvu tužbu poznaje i hrvatsko zakonodavstvo. V. osobito čl. 110. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 114//01, 79/06 i 141/06). Do donošenja tog zakona, kao i u Makedoniji, važio je federalni Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima iz 1980. koji je bio preuzet iz zakonodavstva bivše SFRJ 1991. (Narodne novine, br. 53/91).

se na to da vlasnik i presumirani vlasnik neke nekretnine, kakav je legatar ili nasljednik (ali ne i tko drugi koji ne ulazi u krug presumiranih vlasnika), uznemiravani načinom kako vlasnik susjedske nekretnine koristi svoju nekretninu, mogu negatornom tužbom tražiti prestanak tog uznemiravanja, a, ako je njime prouzrokovana i šteta, mogu tražiti i naknadu štete prema općim pravilima za njenu naknadu. Vidljivo je da je ta vrsta zaštite relativno usko postavljena jer se ostvaruje isključivo u okvirima susjedskog odnosa koji proizlazi iz lokacije nekretnina. Naime, nositelj prava na zaštitu je susjed vlasnika s čije nekretnine dolazi uznemiravanje (dim, prašina, otpadne vode i sl.). On je i strana od koje se može zahtijevati i naknada štete ako je nastala kao krajnja posljedica djelovanja tog susjeda kad se koristio svojom (susjedskom) nekretninom. Susjed je, dakle, strana na kojoj je isključiva obveza da prestane s uznemiravanjem, a u slučaju štete i da je nadoknadi.⁷ Međutim, on je često i izbjegavao tu obvezu jer se uzimalo da je “svako dužan do izvesne mere da sam snosi teret i posljedice napretka društva izražen u tehničkom i tehnološkom napretku”.⁸ Unatoč tomu, ZOO, prvo savezni (čl. 156.), a zatim i makedonski (čl. 143.)⁹ radikalno su proširili zaštitu, i to ne vlasničku, koja se i dalje ostvarivala negatornom tužbom, nego, prije i iznad svega, obveznopravnu¹⁰ ne isključujući pritom još i upravnuopravnu i kaznenopravnu zaštitu.¹¹ Naime, prema pravnim rješenjima

⁷ Koliko će i hoće li uopće podnositelj negatorne tužbe uspjeti u sporu ovisi o tome je li druga strana (tuženik) povrijedila zakonsku obvezu otklanjanja uzroka tih imisija kojima je korištenje nekretninom tužitelju bilo prekomjerno tegotno s obzirom na prirodu i namjenu nekretnine te mjesne prilike ili kojima je nastala znatnija šteta (v. čl. 5. već u bilj. 5 citiranog saveznog zakona i čl. 11. makedonskog, odnosno čl. 110. hrvatskog u bilj. 6 citiranog zakona).

⁸ V. Salma, J., *Odgovornost za opasnost od štete*, Pravni život, br. 1, 1989., str. 28.

⁹ Isto i hrvatski ZOO (v. čl. 1047.). Pritom v. i komentar s priloženom sudskom praksom uz taj članak u: Gorenc, V., *Komentar zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005., str. 167 - 1621.

¹⁰ Prema profesoru D. Stojanoviću uvođenje negatornog zahtjeva, inače karakterističnog za stvarno pravo, u područje obveznog prava pod utjecajem je prakse francuskih sudova koji su uz novčanu naknadu u okvirima imisijske zaštite osiguravali i posebnu vrstu naknade štete. V. Morait, B., *Uklanjanje opasnosti u sistemu jugoslovenskog obligacionog prava*, Pravni život, br. 1, 1989., str. 45. *Za actio negatoria* v. još i Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 4, str. 300 - 303.

¹¹ Upravnuopravna zaštita postaje osobito aktualna kada je, kao rezultat tehničkog i tehnološkog razvoja, sve češće i u velikoj mjeri dolazilo do ugrožavanja zraka, tla i vode koji utječu na materijalna dobra, ali i na čovjeka kao biološko, prirodom uvjetovano biće. Na ljudima ili, bolje rečeno, na njihov psihički integritet taj se utjecaj manifestirao

citiranih članaka obveznopravna zaštita, za razliku od stvarnopravne koja za svoj središnji objekt ima vlasništvo susjeda od imisija koje dolaze od nekretnine drugog susjeda, kao svoj osnovni cilj ima sprečavanje predstojeće (realne) štete. To još znači i da je ta vrsta obveznopravne zaštite različita i od klasične (opće) obveznopravne zaštite jer prema klasičnoj zaštiti osnovni cilj nije sprečavanje nastanka štete nego njezina naknada. Kao što ćemo vidjeti, to ovdje imamo, ali ne kao redovnu pojavu nego samo onda kad preventivne mjere za uklanjanjem opasnosti štete nisu dale očekivan rezultat (da uopće ne dođe do štete) kao i kada šteta nastane u tijeku obavljanja općekorisne djelatnosti za koju je dobiveno dopuštenje nadležnog tijela. U tom slučaju može se tražiti samo naknada štete koja je prešla uobičajene granice. Koliko ponuđeno rješenje ZOO-a naglašava preventivnu zaštitu, najbolje se može vidjeti iz sadržaja i pravne formulacije stavka 1. citiranih članaka. Iz njega se nedvojbeno vidi da "(S)vako može tražiti od drugog da odstrani izvor opasnosti iz kojeg preči značajnija šteta njemu ili neodređenom broju lica, kao i da se suzdrži delatnosti iz koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost od štete, ukoliko nastanak uznemiravanja ili štete se ne može sprečiti odgovarajućim merama."¹²

u obliku genetskih posljedica nastalih u genetskom inženjeringu, posljedica od radio-aktivnog zračenja, od upotrebe lijekova i pesticida i sl., a na tjelesni integritet u obliku tzv. somatskih posljedica. U svakom slučaju, na upravnompravnoj razini zaštitne mjere osiguravane su aktom kojim se daje koncesija za obavljanje određene djelatnosti (na primjer, proizvodnja električne energije iz nuklearne elektrane). Kaznenopravna zaštita osigurava se kvalificiranjem same opasnosti od koje fizičkoj ili pravnoj osobi prijeti povreda određenog pravnog dobra kao posebnog kaznenog djela. Prema kaznenopravnoj teoriji opasnost se definira kao "...situacija u kojoj na osnovu objektivno postojećih okolnosti može doći do povrede pravnih dobara nekom fizičkom ili pravnom licu" ili kao "...stanje u kome postoji bliska i neposredna mogućnost za nastajanje povrede" ili "...stanje koje prema objektivnim okolnostima date situacije predstavlja opasnost za nastajanje štete pravnog dobra". Pritom ćemo za tako određen pojam opasnosti (podignut na razinu kaznenog djela) pročitati da "ne predstavlja nikakvu fluidnu kategoriju ili teoretsku konstrukciju već realnu kategoriju na što ukazuje životno iskustvo". U tom kontekstu pročitat ćemo još da "(R)ealnost pojma izvodi se od objektivnih elemenata: opće životno iskustvo i objektivno poznavanje zakona o zbivanjima". O tome v. osobito u: Bačić, F., *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 1987., str. 156; Babić, M., *Krajnja nužda u krivičnom pravu*, Banja Luka, 1987., str. 81, 83, 85; Čejović, B., *Krivično-pravni aspekti apstraktne opasnosti kod krivičnih dela bezbednosti javnog saobraćaja*, *Pravni život*, br. 10, 1980., str. 36; Morait, B., *Uklanjanje opasnosti u sistemu jugoslovenskog obligacionog prava*, *Pravni život*, br. 1, 1989., str. 42 i 43 (prema čemu su i citati u tekstu).

¹² Identično rješenje nalazimo i u čl. 1047. hrvatskog ZOO-a.

Citirano rješenje nedvojbeno potvrđuje preventivni karakter obveznopravne zaštite. Ona se, kao što se može vidjeti iz tog rješenja, postiže a) otklanjanjem izvora opasnosti (imisije) od koje prijeti nastanak veće štete ili b) suzdržavanjem od djelatnosti od kojih dolazi do uznemiravanja, odnosno opasnosti štete. U svakom slučaju, otklanjanje izvora opasnosti štete kao i suzdržavanje od djelatnosti od kojih dolazi do uznemiravanja, odnosno opasnosti štete obveza su osobe (fizičke ili pravne) koja je stvorila izvor opasnosti iz kojeg prijeti veća šteta, odnosno osobe koja obavlja djelatnosti od kojih dolazi do uznemiravanja ili opasnosti od štete neovisno o tome predstoji li njemu osobno ili neodređenom broju osoba opasnost od veće štete, odnosno uznemiravanje ili opasnost od štete. Prizma obveznih odnosa dovodi nas do strana tog odnosa (nositelja prava zaštite od nastanka štete i nositelja obveze da se osigura tražena zaštita da ne bi došlo do štete). Ono bitno što ovdje pada u oči je to što se tu napušta djelovanje *inter partes* karakteristično za obvezne odnose. Prvi slučaj (djelovanje *inter partes*) imamo kada je podnositelj zahtjeva (ovlaštenik) sama osoba kojoj prijeti veća šteta, a s druge strane je obveznik, osoba od koje dolazi prijetnja od štete, odnosno uznemiravanje ili opasnost štete. Njegova obveza odnosi se, odnosno djeluje samo u odnosu prema podnosiocu zahtjeva za zaštitu od nastanka štete. Drugi slučaj imamo kada je podnositelj zahtjeva mogao, ali nije morao biti osobno pogođen prijetnjom štete, odnosno uznemiravanjem ili opasnošću štete. U takvu slučaju obveza osobe od koje dolazi prijetnja štetom, odnosno uznemiravanje ili opasnost štete širi se prema neodređenu broju osoba kojima prijeti opasnost veće štete, uznemiravanje ili opasnost štete. Time se po prvi put uvodi, reklo bi se na velika vrata, tzv. popularni (narodni) zahtjev (ako je izvansudski), odnosno popularna (narodna) tužba (*actio popularis*) shvaćena u materijalnom smislu riječi (ako se zaštita zatraži sudskim putem). U svakom slučaju, ako izvansudski zahtjev ostane bez rezultata, njegova alternativa postaje podnošenje zahtjeva na sudu, odnosno korištenje popularnom tužbom.¹³ Tomu u prilog govori rješenje iz čl. 156., st. 2. saveznog, odnosno čl. 143., st. 2. makedonskog ZOO-a. Prema njemu “(S)ud, na zahtjev zainteresiranog lica, narediće da se preuzmu sve odgovarajuće mere sprečavanja nastanka štete ili uznemirenja, ili da se odstrani izvor opasnosti” ako, kao što se kaže u nastavku, “on sam ne učini to” (misli se na nositelja obveze prema kojem je upućen tužbeni

¹³ Više o popularnoj tužbi vidi kod Cigoj, S., *Otkodinsko varstvo okolja v jugoslovenskem pravu (s posebnim pogledom na varstvo okolja v Sloveniji)*, Ljubljana, 1981. i Danilović J., *Popularna tužba*, u: Enciklopedija imovinskog prava. Tom III, Beograd, 1978., str. 1004.

zahtjev i na koga pada trošak uklanjanja opasnosti štete).¹⁴ Pritom treba naglasiti da je opredjeljenje zakonodavca za proširenjem kruga osoba koje mogu tražiti sudsku zaštitu u vezi s gore navedenim okolnostima u interesu građanskopravne zaštite i da se, uz (imovinska i osobna) građanska prava podnosilaca, još više zaštite i zajednička opća dobra (voda, zemlja i zrak) koji podjednako pripadaju svima (i to sadašnjim i budućim generacijama).¹⁵ U uvjetima sve agresivnijeg razvoja novih tehnologija i tehnoloških postrojenja i proizvoda koji, s jedne strane, vode k napretku, ali, s druge strane, predstavljaju neposrednu prijetnju, i to ne samo pojedincu i njegovim individualnim pravima nego, u vremenskoj perspektivi, ljudskom rodu i prirodi uopće, takva vrsta zaštite čini se nužnom. Ona zadržava svoj građanskopravni karakter, ali dobiva i javnopravni karakter. Koliko je to opravdano reći, govori i činjenica što je sve veći broj djelatnosti pod stalnim nadzorom šire društvene zajednice, a nemali njihov broj uvjetovan je i dobivanjem prethodnog dopuštenja za njihovo obavljanje i određivanjem uvjeta prema kojima se mogu obavljati. Međutim, upućivanje na javnopravni karakter te vrste djelatnosti, a osobito koncesioniranih, kod kojih je javnopravni režim osobito izražen, ne smije se shvatiti kao da je taj režim sam po sebi dovoljan za osiguranje cjelovite zaštite pa da građanskopravna zaštita nije dovoljna. Naprotiv, kao što se može videti iz st. 3. i 4. citiranih članaka saveznog i makedonskog zakona o obveznim odnosima i kod njih je dana pravna mogućnost “da se traži preuzimanje društveno opravdanih mera za sprečavanje nastanka štete ili njeno sniženje” (st. 4.) i “da se traži” i naknada štete ako je do nje došlo tijekom obavljanja te vrste djelatnosti, ali samo ako ona, kao što kaže zakon, “prevazilazi normalne granice” (st. 3.).¹⁶ To je više od potvrde da se u tom po-

¹⁴ Vidi Odluku br. 73 u vezi s troškovima otklanjanja opasnosti štete u časopisu *Sudska praksa*, br. 2, 1988., str. 43.

¹⁵ Karakterističan primjer za to predstavlja poznata opasnost od ispuštanja relativno povećanog postotka štetnih kemijskih tvari u atmosferu koje sve više oštećuju ozonski omotač oko našeg planeta (Zemlje) zbog čega se stvara tzv. staklenički efekt. Njegove posljedice u obliku naglih promjena klimatskih uvjeta (s izuzetno visokim temperaturnim amplitudama) svakoga dana postaju sve vidljivije i to djeluje štetno ne samo na zdravlje i život ljudi nego i na opstanak biljnog i životinjskog svijeta na planetu. Poznate su i mjere Protokola iz Kyota osam najrazvijenih zemalja i ekonomija u svijetu, ali i mjere Ujedinjenih naroda. Međutim, na žalost može se konstatirati da zbog, prije svega, egoističkih interesa Sjedinjenih Američkih Država u sferi ekonomije i ukupnog razvoja one još uvijek nisu potpisnice Protokola iz Kyota, zbog čega on u odnosu na njih nije primjenjiv.

¹⁶ Hrvatski ZOO u svom čl. 1047., st. 3. kaže: “...štete koja prelazi uobičajene granice (prekomjerna šteta)”.

druću u kojem je opće dobro (prirodna ljudska sredina) nužna pretpostavka za ostvarivanje zajedničkih općih, ali istovremeno i pojedinačnih (imovinskih i osobnih) interesa fizičkih i pravnih osoba, javnopravna i građanskopravna zaštita ne samo uzajamno ne isključuju nego se i nadopunjavaju.

2. OSOBITOSTI ZAHTJEVA ZA OTKLANJANJE OPASNOSTI ŠTETE

Ne osporavajući građanskopravni karakter zahtjeva za otklanjanje izvora opasnosti iz kojeg prijeti veća šteta, odnosno zahtjeva za suzdržavanje od radnje od koje dolazi do uznemiravanja ili opasnosti štete, preostaje nam da se u nastavku rada pobliže upoznamo s tim zahtjevom kako bismo odgovorili na pitanje odstupa li taj zahtjev od pravila za građanskopravnu deliktnu odgovornost za nastalu štetu u okviru koje je i normativno uređen ili ne. Kratak odgovor na to pitanje je da u osnovi odstupa. Jedna od razlika odnosi se na strane. Naime, za razliku od općih pravila deliktne odgovornosti prema kojima su strane štetnika i oštećenika točno određene i između kojih djeluje odnos *inter partes*, ovdje, kao što smo već vidjeli, to nije slučaj.¹⁷ Nadalje, nasuprot potrebi nastanka štete kao općeg uvjeta da bi uopće moglo doći do nastanka obveznog odnosa, a zatim i do odgovornosti za njenu naknadu, nastanak štete prema pravilu kod te vrste odgovornosti nije uvjet (ne traži se) da bi moglo doći do nastanka obveznog odnosa i da bi se zbog toga mogao podnijeti i zahtjev, odnosno popularna tužba za otklanjanje opasnosti štete. Umjesto toga, ovdje je dovoljno samo postojanje izvora opasnosti iz kojeg prijeti nastanak veće štete. Iako još uvijek predstavlja samo mogućnost nastanka štete, ipak, s obzirom na opće životno iskustvo i objektivno poznavanje zakonitosti događaja, očito je i neizbježno da će do nje doći. Pretpostavlja se kao da je i došlo do njena nastanka ili, drugim riječima, fingira se da je nastala. Tako shvaćena opasnost štete izjednačuje se s ulogom štete koju ona ima kao opći uvjet potreban za nastanak deliktne obvezne odnosa. Opasnost štete poprimajući svojstvo općeg uvjeta (kakav je i šteta) omogućava da se i bez stvarnog nastanka štete uspostavi uzročna veza između

¹⁷ To je, štoviše, uvjetovano prirodom i značenjem dobara za opću upotrebu, ugrožavanjem kojih se ne ugrožavaju samo pojedinačna prava pojedinaca. Stoga i svatko zainteresiran ima pravo postaviti zahtjev za zaštitom i stvoriti obvezu drugoj strani (štetniku) prema podnositelju zahtjeva kao i prema širem krugu ljudi koji su izvan kruga subjekata sa susjedskim pravom.

nje i izvora opasnosti (na primjer, imisije otrovnih tvari u zrak i u tlo), što omogućava i nastanak deliktne obvezne odnose, a time i odgovornosti koja iz tog odnosa proizlazi. Kada smo kod opasnosti štete shvaćene kao općeg uvjeta koji je potreban za nastanak deliktne odnose, treba naglasiti da opasnost štete uz to svojstvo ima, odnosno istodobno s njim ima svojstvo osnove za odgovornost kao što je slučaj i s rizikom opasne stvari ili obavljanja opasne djelatnosti kod klasične vrste objektivne odgovornosti za štetu. Ovdje je ona, iako je opasnost štete izjednačena s rizikom štete od opasne stvari, odnosno obavljanja opasne djelatnosti, ipak, ako se tako može reći, različita osnova od one kod odgovornosti za štetu od opasne stvari i od opasne djelatnosti gleda li se na nju kroz prizmu sankcija preko kojih se realizira konkretna vrsta odgovornosti.¹⁸ Naime, dok je sankcija kod odgovornosti za štetu od opasnih stvari i opasnih djelatnosti uvijek reparatorna (naturalno se ili vrijednosno sanira šteta do koje je došlo od opasnih stvari, odnosno djelatnosti), kod opasnosti štete ona je u pravilu preventivna u tom smislu što se uzročnik opasnosti štete sankcionira prije nego nastane sama šteta. Konkretno, on nakon podnošenja zahtjeva da se otkloni opasnost štete nije samo dužan nego je i odgovoran za poduzimanje odgovarajućih društvenih mjera i radnja za otklanjanje opasnosti štete koja, ne bude li otklonjena, prijeti nastankom veće štete (na primjer, ugraditi pročišćivač za tvorničke dimnjake, za otpadne vode i sl.). Koliko je ovdje naglašena preventivnost, kazuje i činjenica što u slučaju propuštanja otklanjanja štete od strane nosioca izvora opasnosti, sud je na zahtjev zainteresirane osobe, ne čekajući da dođe do nastanka štete, ovlašten narediti (i drugom) poduzimanje odgovarajućih mjera za sprečavanje nastanka štete, uznemiravanja ili otklanjanja izvora opasnosti na trošak samog posjednika izvora opasnosti.¹⁹ Ako se ima u vidu do kakvih je posljedica moglo doći još u vrijeme donošenja prijašnjeg Zakona o obveznim odnosima (1978.), u uvjetima suvremenog tehničkog, tehnološkog i općeg civilizacijskog razvoja koji sam po sebi svakodnevno stvara velik rizik štete koju teško da bi i bilo moguće kvalitetno otkloniti²⁰ postaje razumljiv preventivni karakter odgovornosti posjednika izvora opasnosti štete koja se prema makedonskom

¹⁸ Uopće za pravnu osnovu odgovornosti za štete i u tom kontekstu za opasnost štete kao opći uvjet potreban za odgovornost za štete opširnije v. Klarić, P., *Odštetno pravo*, Zagreb, 2003., str. 1 - 168.

¹⁹ V. čl. 156., st. 1. i 2. saveznog i čl. 141., st. 1. i 2. makedonskog ZOO-a kao i iste stavke čl. 1047. hrvatskog ZOO-a.

²⁰ O tome v. u: Mahnič, M., *Odškodinsko varstvo okoliša u primenu onesnaženja reke Krupa in podtalnice s polikoriranimi bifenil*, Pravnok, br. 1-2, 1986.

pravu, a i šire²¹ ostvaruje novouređenim pravnim institutom, zahtjevom da se ukloni opasnost štete.²² Međutim, potonje ne treba razumjeti tako kao da je preventivna sankcija pravilo bez izuzetka. Naprotiv, ako i nakon preventivnog djelovanja, ali i bez njega, dođe do nastanka štete, može se tražiti njeno otklanjanje, odnosno naknada. U prilog tomu govori i pravno rješenje iz čl. 143., st. 3. iz ZOO-a²³, a odnosi se na obavljanje koncesionirane djelatnosti. U pravnoj teoriji postoji i mišljenje da se uz materijalnu štetu (ako je nastala) može tražiti i nematerijalna. To bi prema tom mišljenju bilo onda kad od nekih vrsta imisija dođe do povrede psihičkog integriteta čovjeka.²⁴ Pritom se, priznajući da ne postoji izričito pravno rješenje ni stvorena sudska praksa za naknadu nematerijalne štete od određene vrste imisija, upućuje na moguću primjenu odredaba iz ZOO-a koje uređuju pitanje zahtjeva da se prestane s povredama prava osobnosti i one za pravo materijalne naknade za nematerijalnu štetu u slučaju pretrpljenih duševnih boli zbog povrede prava osobnosti (v. čl. 157. i čl. 200., st. 1. citiranog saveznog zakona).²⁵

²¹ V. Zakon o zaštiti (prirodne) sredine u SAD-u iz 1970. godine. Sukladno tom zakonu, a na zahtjev pojedinaca, više gospodarskih projekata u SAD-u bilo je spriječeno prije realizacije. Kao primjer toga navodi se slučaj u Marulandu gdje je došlo do prekida izgradnje velike nuklearne elektrane. V. o tome: Johnson, N. K., *Environmental litigation. Lessons from the court*, Civil Engineering ASCE, br.1, 1972.; Gradanski zakonik Socijalističke Republike Čehoslovačke, čl. 417., st. 2. i Gradanski zakonik Njemačke Demokratske Republike, čl. 323., 325., 328. i 329. Posljednja dva zakonika, kao i američki i makedonski, naglašavaju preventivnu, a ne reparatornu zaštitu.

²² Preventivnost kao karakteristika instituta zahtjeva da se otkloni opasnost štete obilježje je i kaznenih djela ugrožavanja kod kojih se pretpostavlja povreda prava zaštićenih dobara i prije negoli do nje dođe. O tome v. Čejović, *op.cit.* u bilj. 11, str. 36 - 37; Babić, *op. cit.* u bilj. 11, str. 85 i 100 - 101. Kada je riječ o opravdanosti preventivnosti umjesto čekanja da nastane šteta pa da štetnik tek onda odgovara, u pravnoj se teoriji kaže da "(D)ogmatsko insistiranje na čistoću principa odštetnog prava i čekanje nastanka štete, pa da bi usledilo odgovornost, u savremenim društvenim uvjetima bilo bi pravno-politički promašaj i značilo bi svojevidan mazohizam". (Morait, *op. cit.* u bilj 10, str. 41).

²³ Sadržaj spomenutog rješenja iz čl. 143., st. 3. može se vidjeti u nastavku ovog rada. Isto se to odnosi i za rješenje iz čl. 1047., st. 3. hrvatskog ZOO-a.

²⁴ U vezi s tim posebice se upućuje na različite vrste genetskih posljedica "u dometu genetskog inženjeringa, delovanje zračenja lekova, pesticida i slično". (Salma, *op. cit.* u bilj. 8, str. 33).

²⁵ Citirane članke istoga sadržaja, ali s promijenjenom numeracijom sadrži i makedonski ZOO iz 2001. godne. Prvi od njih numeriran je kao čl. 144., a drugi kao čl. 189. Novelom ZOO-a iz 2008. godine izmijenjen je sadržaj tih dvaju članaka. Radi novina koje

Što se pak tiče protupravnosti štetne radnje u slučaju da iz izvora opasnosti prijete nastanak veće štete, treba naglasiti da se njen limit, kao što ćemo susresti u pravnoj teoriji, "...pomera od linije zabrane snižavanja tuđe imovine prema zabrani ugrožavanja fizičkog ili imovinskog integriteta sa imisijom nezavisno od granica utvrđenih pojedinačnom administrativnom dozvolom".²⁶ Iako je jasno rečeno da pojedinačna administrativna dozvola za obavljanje određene djelatnosti sama po sebi ne isključuje odgovornost imitenta u pogledu ugrožavanja do kojeg bi došlo od imisija kao izvora opasnosti veće štete, ipak i u teoriji i u praksi još uvijek postoje dvojbe što isključuje protupravnost, a time i odgovornost imitenta kad se poziva na dopuštenost obavljanja djelatnosti. U prilog tomu uzima se argumenat o "...postojanju dužnosti za podnošenje općih (imisionih) posledica progressa sa strane svih subjekata društva".²⁷ Unatoč tomu, kao što kaže isti autor, postoji izgrađena "...teorija i praksa (nejasnim konturama) za tolerantnu i netolerantnu meru imisija". Pritom on postavlja pitanje:

donose u nastavku ih prenosimo u integralnom obliku. "Sekoj ima pravo da bara od sud ili drug nadležan organ da naredi prestanovanje na dejstvie so koe se povreduva negoto lično pravo i da naredi otstranuvanje na psledicite nastanati so ova dejstvie." (člen 144.).

"(1) Vo slučaj na povreda na ličnite prava sudot, ako nekoj najde deka težinata na povredata i okolnostite na slučajot go opravduvaat toa, ke dosudi spravedliv parničen nadomestok, nezavisno od nadomestokot na materijalnata šteta, kako i vo nejjino otsustvo.

(2) Pri odlučuvanjeto za baranjeto za spravedliv parničen nadomestok sudot ke vodi smetka za silinata i traenjeto na povredata so koja bile predizvikani fizički bolki, duševni boki i strav, kako i za celta za koja služi nadomestokot, no i za toa nadomestokot da ne e vo sprotivnost so stremežite koi ne se spojilivi so negovata priroda i opštstvena cel.

(3) Za provreda na pravoto na ugled i drugite lični prava na pravnite lica sudot, ako najde deka težinata na povredata i okolnostite na slučajot go opravduvaat toa, ke dosudi spravedliv parničen nadomestok, nezavosno od nadomestokot na materijalnata šteta, kako i vo nejjino otsustvo.

(4) Pokraj ovie pravila, vo oddelni slučaji, koga toa so drug zakon poinaku e uredeno ke se primenuvaat i pravilata od toj zakon."

Kada je riječ o sadržaju citiranih članaka, može se reći da je on gotovo identičan onom iz hrvatskog ZOO-a iz 2005. godine. U tom smislu v. čl. 1048. i 1100. toga zakona. Što se pak tiče srpskog Prednacrta građanskog zakonika (*op. cit.* u bilj. 2) može se reći da on predlaže nov sadržaj starijeg čl. 157. iz saveznog ZOO-a koji je u osnovi sličan onom iz makedonskog i hrvatskog ZOO-a (v. čl. 170.) dok čl. 200., sada u Zakoniku kao čl. 225., ostaje isti u svom sadržaju.

²⁶ Salma, *op. cit.* u bilj. 8, str. 31.

²⁷ *Ibid.*

“Da li netolerantna mera emisije se uvek pojavljuje u pojmu prekoračavanja administrativne dozvole ili u pojmu ugrožavanja sredine van mera u krugu uvjetima u administrativnom aktu dozvoljenih imisija?” Prema njemu, što je i za nas prihvatljivo, “pojam protupravnosti mora da se pomeri od granica individualnih upravnih aktova na terenu (često egzistencionalnom) ugrožavanja u širem smislu, imajući u vidu i sudelovanje dozvoljenog imisionog ponašanja sa drugim dozvoljenim imisionim radnjama, odnosno njihovo ukupno ugrožavanje pravno zaštićenih dobara društva.”²⁸ U skladu s tim treba tumačiti i rješenje iz makedonskog ZOO-a da “ukoliko šteta nastane u iskorišćavanju općekorisne delatnosti za koju je dobijena dozvola od nadležnog organa, može se tražiti samo naknada štete koja prelazi normalne granice” (čl. 143., st. 3.), odnosno iz hrvatskog ZOO-a “šteta koja prelazi uobičajene granice ...” (čl. 1047., st. 3.) kao i “preuzimanje društveno opravdanih mera za sprečavanje nastanka štete ili za njeno sniženje” (čl. 143., st. 4. makedonskog ZOO-a, odnosno čl. 1047., st. 4. hrvatskog ZOO-a). To praktično znači da sud u procjeni je li u konkretnoj situaciji šteta nastala obavljanjem općekorisne djelatnosti u okvirima uobičajenih (očekivanih, odnosno tolerantnih) posljedica i jesu li poduzete mjere za njeno sprečavanje, odnosno smanjenje bile odgovarajuće, odnosno je li šteta koja je nastala prešla “normalne”, odnosno “uobičajene” granice treba imati u vidu ne samo pojedinačan slučaj nego treba konkretnu situaciju postaviti u odnos s drugim takvim i sličnim situacijama (zbirne imisije) koje su postojale u isto vrijeme i na istom prostoru, ali i šire. Samo se tako i može ocijeniti jesu li i koliko su nastale posljedice i poduzete mjere bile u okvirima uobičajenih granica ili pak su prešle te granice pa je zbog toga došlo ili je moglo doći do nastanka pojedinačnih pravnih posljedica, ali i do zbirnog ugrožavanja imovinskih i osobnih prava neodređenog kruga subjekata (ugrožavanje tla, vode i zraka, zajedno ili pojedinačno).²⁹ Međutim, to što je izneseno ne treba shvatiti tako da su odgovorni za pojedinačno nastale slučajeve opasnosti štete i, ako postoje, konkretno nastale štete izuzeti od odgovornosti. Naprotiv, odgovornost

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Kada smo kod toga, zaslužuje da bude spomenuto da se otvara dilema od koga se može tražiti odgovornost: od jednog od počinitelaca ili od svih imitenata štetnih stvari. U takvim slučajevima jedni se zalažu za solidarnu odgovornost svih imitenata, a drugi pak predlažu uvođenje posebne vrste osiguranja koje bi pokrivalo područje imisija. O tome v. osobito Salma, J., *O imisijama i naknadi štete od imisija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Novom Sadu, br. VIII, 1974.; Vorgić, N.; Salma, J., *Vodno pravo*, u: Enciklopedija imovinskog prava. Tom III, str. 789.

postoji i za svaki pojedinačni slučaj, ali se njihovo postojanje i odgovornost procjenjuju pojedinačno.

3. PRAVNA PRIRODA ODGOVORNOSTI ZA OPASNOST ŠTETE

Privodeći kraju izlaganje o odgovornosti za opasnost štete preostaje nam samo još odgovoriti na pitanje o pravnoj prirodi te vrste odgovornosti, odnosno pitanje prema kojim će se pravilima odgovarati u slučaju opasnosti štete, prema općim pravilima koja vrijede za objektivnu odgovornost za štetu ili opet prema njima, ali modificiranim sukladno ciljevima koji se žele postići uvođenjem te vrste odgovornosti. Odgovor na to pitanje je da se načelno polazi od općih pravila objektivne odgovornosti da bi se zatim ona modificirala sadržajem ovdje više puta citiranih odredaba čl. 143. makedonskog ZOO-a, odnosno čl. 1047. iz hrvatskog ZOO-a. Ako se te odredbe pobliže promotri (što je, uostalom, i učinjeno u prethodnom poglavlju), jasno je vidljivo da je oštećeniku, da bi se po toj osnovi moglo tražiti otklanjanje opasnosti štete, što i jest odgovornost imitenta opasnosti, kod opasnosti veće štete dovoljno (kao i u slučaju štete od opasne stvari ili opasne djelatnosti) samo dokazati da u danom slučaju postoji izvor opasnosti (uzrok) od kojeg se realno može očekivati nastanak veće štete (posljedica). To pak praktično znači da je i u tom slučaju odgovornost imitenta opasnosti štete, kao i kod štete od opasnih stvari ili opasne djelatnosti, neovisna o njegovoj krivnji. Drugim riječima, to znači da je ta odgovornost objektivna. Međutim, ipak, usporedi li se s objektivnom odgovornošću do koje dolazi prouzrokovanjem štete od opasnih stvari ili opasne djelatnosti, ona je posebna, modificirana vrsta te odgovornosti³⁰, što je obrazloženo u prethodnom poglavlju ovoga rada. Radi podsjećanja i zbog konteksta ponovit ćemo neke od specifičnosti. Jedna od njih svakako je tijesna povezanost s preventivnim djelovanjem odgovornosti za opasnost štete. Naime, sama činjenica što ta vrsta odgovornosti u osnovi ima preventivni, a ne reparatorni cilj, dakle cilj joj je sprečavanje nastanka veće štete koja prijeti, a ne naknada već nastale štete (što je inače uvijek slučaj kod osnovne vrste objektivne odgovornosti, ali i šire), dovodi do toga da se zahtjev za otklanjanjem opasnosti štete (izvora opasnosti) može podnijeti i prije nego dođe do nastanka štete iz tog izvora opasnosti. Na

³⁰ V. više kod Galev, Dabović Anastasovska, *op. cit.* u bilj. 4, str. 685 – 722 i kod Gorenc, *op. cit.* u bilj. 9, str. 1617 - 1622 i 1643 - 1663.

taj se način zapravo dolazi do tzv. presretanja štete³¹ koja bi, u protivnom, prema redovnom tijeku stvari sigurno nastala ili štete posljedice koje s ozbirom na njen obujam i nesagledive razmjere možda i nikad ne bi mogle biti otklonjene. Dobar primjer za to je havarija nastala u drugoj polovici 20. stoljeća u nuklearnoj elektrani Černobil u Ukrajini, a sličan je i primjer nuklearne elektrane Kozloduj u Bugarskoj koja je zbog prijetnje nastankom posljedica većih razmjera na zahtjev Europske unije isključena iz upotrebe.³² Osim što je preventivne naravi, tu odgovornost karakterizira i više pojava oblika građanske sankcije koje ovise o vrsti izvora opasnosti koji prijeti prouzrokovanjem veće štete ili o vrsti uznemiravanja koje u krajnjoj liniji isto tako može dovesti do nastanka određenih štetnih posljedica. Tako će sud ovisno o vrsti izvora opasnosti koji prijeti prouzrokovanjem veće štete ili o vrsti uznemiravanja, a sukladno odredbi čl. 143. ZOO-a odrediti i konkretnu vrstu građanske sankcije. U tom slučaju on može narediti da se poduzmu odgovarajuće mjere za sprečavanje nastanka štete ili uznemiravanja (u primjerima postavljanja pročišćivača tvorničkih dimnjaka ili pročišćivača industrijskih i otpadnih voda). U drugom slučaju može narediti da se ukloni izvor opasnosti na trošak posjednika izvora opasnosti ako ovaj sam to ne učini (u primjeru Černobila i Kozloduja). U trećem slučaju, kod koncesioniranih općekorisnih djelatnosti (djelatnosti koje se obavljaju na temelju dobivenog odobrenja nadležnog tijela) može se narediti, odnosno tražiti poduzimanje društveno opravdanih mjera da se spriječi nastupanje štete ili da se ona smanji³³ (na primjer, poduzimanje odgovarajućih zaštitnih i sigurnosnih mjera prilikom iskopavanja rude u podzemnim uvjetima u rudniku Zletovo u Probištipu, Sasa u Makedonskoj Kamenici ili Toranica u Krivoj Palanci ili na

³¹ U kontekstu toga v. čl. 181. makedonskog, čl. 1092. hrvatskog i čl. 192. saveznog ZOO-a. Osim toga, v. Galev, Dabović Anastasovska, *ibid.*, str. 750 – 753; Gorenc, *ibid.*, str. 1695 - 1697.

³² Dobar primjer predstavlja i slučaj iz 1945. godine kada je SAD po prvi put u povijesti čovječanstva na vojne ciljeve u japanskim gradovima Hirošimi i Nagasakiju bacio dvije atomske bombe. Poznato je da je na licu mjesta poginulo stotinu tisuća ljudi, oba su grada bila posve razrušena, štetu su pretrpjele tisuće ozračenih građana, a tlo, voda i zrak bili su dugotrajno jako kontaminirani. Osim toga, došlo je i do tzv. genetske štete koju je zbog mutacije gena ozračenih osoba (skoro do danas) trpjelo buduće potomstvo (u smislu da su se rađala djeca s tjelesnim oštećenjima, bez ruke ili noge, s dvjema glavama pa su se rađala čak i kao nakaze).

³³ V. čl. 1047. hrvatskog ZOO-a. Rješenje iz tog članka je isto s onim iz čl. 143. makedonskog ZOO-a.

otvorenom prostoru (Bučin u Radovišu ili Suvodol u Bitoli) uključujući u te mjere čak i privremenu zabranu obavljanja djelatnosti (topionica olova i cinka Zletovo u Velesu)).³⁴ Kod tih djelatnosti u pravilu se izbjegava izricanje trajne mjere prestanka obavljanja djelatnosti, ali je i to moguće u izuzetnim slučajevima (nuklearna elektrana Kozloduj u Bugarskoj). Osim tih sankcija, u slučajevima kada poduzete mjere nisu polučile očekivane rezultate ili kad one uopće nisu ni bile poduzete, a zbog čega je došlo do nastanka i određene vrste štete (materijalne ili nematerijalne), oštećenik ima pravo, osim neke od gore navedenih građanskopravnih sankcija (koje, kako smo rekli, i nisu uvijek samo građanske nego i administrativne, npr. kod koncesioniranih djelatnosti), tražiti da mu bude nadoknađena pretrpljena šteta od izvora povećane opasnosti ili od samog uzne- miravanja. U potonjem slučaju riječ je o odgovornosti i naknadi za štetu koje se rješavaju prema općim pravilima koja vrijede za objektivnu odgovornost kao i prema općim pravilima naknade materijalne i nematerijalne štete, ali, svakako, u skladu sa specifičnostima konkretnog slučaja. Tako, na primjer, kada je riječ o šteti od obavljanja općekorisne (koncesionirane) djelatnosti, "...može da se traži samo naknada štete koja prelazi normalne granice" (čl. 143., st. 3. makedonskog ZOO-a), odnosno "šteta koja prelazi uobičajene granice (prekomjerna šteta)" (čl. 1047., st. 3. hrvatskog ZOO-a). Kad je riječ o takvu slučaju činjenično je pitanje koje treba sagledavati od slučaja do slučaja i rješavati u skladu s njegovim specifičnostima.³⁵ Na kraju, samo da još upozorimo na činjenicu da se ovdje ne zadržavamo na ostalim modifikacijama te vrste odgovornosti s obzirom na to što je o njima već bilo dovoljno elaborirano u prethodnom poglavlju. Međutim, kada se izvan konteksta ovog izlaganja govori o različitostima koje ona ima u

³⁴ Kao slični primjeri mogu se pobrojati i tvornice izvan Makedonije, pa i one u Hrvatskoj.

³⁵ U kontekstu izloženog o opasnosti štete kao posebnoj vrsti objektivne odgovornosti upućujemo na sljedeću sudsku praksu: rješenje Vrhovnog suda Republike Makedonije G33, br. 23/81 od 16. 4. 1981.; presuda Vrhovnog suda Republike Makedonije rev. br. 35/82 od 31. 8. 1982.; presuda Vrhovnog suda Republike Makedonije rev. br. 19/84 od 8. 5. 1984.; presuda Vrhovnog suda Republike Makedonije rev. br. 1258/93 od 3. 2. 1994.; presuda Vrhovnog suda Republike Makedonije rev. br. 1185/96 od 4. 2. 1996.; presuda Vrhovnog suda Republike Makedonije rev. br. 406/97 od 12. 11. 1998.; rješenje Vrhovnog suda Republike Makedonije rev. br. 1080/97 od 4. 3. 1999.; rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske rev. br. 1253/83 od 30. 6. 1984. i rješenje Vrhovnog suda BiH Gž 157/85 od 14. 11. 1985. (cit. prema: Galev, G.; Dabovič-Anastovska, J., *Obligaciono pravo. Praktikum. Knjiga prva*, Skopje, 2001., str. 109 - 111 i 305) i sudsku praksu uz čl. 1047. hrvatskog ZOO-a u: Goerenc, *op. cit.* u bilj. 9, str. 1619 - 1621.

odnosu na opći tip objektivne odgovornosti (odgovornost bez obzira na krivnju), upućujemo da i njih uvijek treba imati u vidu.

4. ZAKLJUČAK

Na samom kraju izlaganja o odgovornosti za opasnost štete kao posebne modificirane vrste objektivne odgovornosti (koja je, kao što je rečeno, starijega datuma) preostaje nam samo da radi cjelovitosti napomenemo da izvan okvira općeg tradicionalnog tipa objektivne odgovornosti za prouzrokovanu štetu kao posebni oblici te odgovornosti postoje i odgovornost za štete izazvane motornim vozilom u pogonu³⁶, odgovornost za neispravan proizvod³⁷, odgovornost za štetu koju su prouzročile životinje i odgovornost za štetu od građevinskog objekta. U Makedoniji posljednja dva tipa odgovornosti za štetu do donošenja posljednje Novele ZOO-a iz 2008. godine nisu bila pravno uređena, a u njoj je prva od njih uređena pod naslovom “Odgovornost na šteta od životni” u člancima 165-ж, 165-з, 165-с, 165-и, a druga od njih pod naslovom “Odgovornost za šteta od gradež” u čl. 156-j.³⁸

Uza sve to, kad smo kod pitanja posebnih slučajeva objektivne odgovornosti za štetu, zaslužuje pažnju spomenuti i to da je u Noveli ZOO-a iz 2008. godine kod posebnih slučajeva odgovornosti za štetu pod naslovima “Odgovornost radi terorističkih akata, javne demonstracije ili manifestacije” i kod “Odgovornosti organizatora priredbi” izrijekom predviđena objektivna odgovornost, odnosno

³⁶ V. čl. 164. makedonskog ZOO-a, čl. 1068. – 1072. iz hrvatskog ZOO-a i čl. 178. saveznog ZOO-a iz 1978. godine.

³⁷ V. čl. 179. saveznog ZOO-a iz 1978.; čl. 165. makedonskog ZOO-a (Služben vesnik na RM, br.18/01) i izmjene tog članka i njegova dopuna s još sedam članaka numeriranih kao 165-a, 165-б, 165-в, 165-г, 165-д, 165-е, 165-ф, 165-г, 165-д, 165-е (Služben vesnik na RM, br. 84/08) i čl. 1073. – 1080. hrvatskog ZOO-a (Narodne novine, br. 35/05). Makedonski i hrvatski zakon usuglašeni su s pravom EU-a. U Prednactu Građanskog zakonika Republike Srbije (*op. cit.* u bilj. 2) nema nikakvih izmjena i dopuna jugoslavenskog rješenja iz čl. 179. ZOO-a.

³⁸ Uvođenjem u makedonski pravni sustav posljednjih dvaju oblika odgovornosti za štetu makedonsko se pravo u biti samo vratilo na *Skicu zakonika o obligacijama i ugovorima* profesora Konstantinovića iz daleke 1968. godine. U tom smislu v. čl. 142. – 144. (odgovornost za štetu od životinja) i čl. 145. (odgovornost za štetu od građevina).

odgovornost bez obzira na krivnju³⁹ osim kod prve od njih ako nešto drugačije nije predviđeno zakonom.

Summary

Gale Galev *

LIABILITY FOR EMERGING DAMAGE

In the article, the author elaborates the liability for emerging damages as a particular form of strict liability. The article analyses different aspects and problems related to the liability for emerging damages. The starting notion of the author is that the emergence of this form of liability results from the more frequent imperilments to the human and the nature produced by the rapid technical and technological development. Further, the author examines the particular attributes of the claim for disposing the emerging damage. Last but not least, the author analyses the legal nature of the liability for emerging damages. In that sense, a conclusion is made that the liability for emerging damages represents a distinct type of strict liability, to which the general rules of the strict liability are to be applied with adequate modifications due to its distinctiveness.

Keywords: emerging damage, strict liability, liability, Law on Obligations.

³⁹ V. izmijenjene članke, čl. 166. (izmijenjen čl. 53. Novele iz 2008.) i čl. 170. (izmijenjen čl. 54 iste Novele).

* Gale Galev, Ph. D., Professor, Faculty of Law Justinianus Primus, Ss. Cyrilus and Methodius University, Bull. Goce Delčev 9b, Skopje (Macedonia).

VIDEOKONFERENCIJA U NJEMAČKOM GRAĐANSKOM PROCESNOM PRAVU

*Doc. dr. sc. Aleksandra Maganić**

Primjena različitih oblika informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku iziskuje i istraživanje posebnog oblika komunikacije suda i sudionika u postupku videokonferencijskom vezom. Kada bi se trebalo dopustiti korištenje videokonferencije u parničnom postupku i na koji se način mogu ostvariti određene prednosti, ovisi o nacionalnom zakonodavstvu svake pojedine zemlje. Njemačka je relativno rano uspostavila normativni okvir za primjenu videokonferencije u parničnom postupku, ali su izostali očekivani rezultati. Stoga se planiraju određene zakonske izmjene usmjerene na intenziviranje primjene videokonferencijske tehnike u sudskim postupcima. U radu se prikazuju osnovna obilježja njemačkog uređenja videokonferencije u parničnom postupku, njezine pravne i provedbene, tehničke pretpostavke. Pokušavaju se utvrditi razlozi neuspjeha primjene slikovnog i tonskog prijenosa u parničnom postupku i prezentiraju osnovni pravci reformskih nastojanja. Iznose se doktrinarna stajališta o utjecaju videokonferencije na pojedina procesna načela, osobito načelo usmenosti, neposrednosti i javnosti. Predlažu se određena okvirna rješenja de lege ferenda za Hrvatsku.

*Ključne riječi: videokonferencija, parnični postupak, videodokazivanje, videora-
sprava, videoslušanje, audiovideosnimanje.*

* Dr. sc. Aleksandra Maganić, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

1. UVOD

Različiti oblici primjene informacijsko-komunikacijske tehnologije u građanskom parničnom postupku, elektronička komunikacija¹ sudionika i sudova (podnesak u elektroničkom obliku i elektronička dostava), e-spis, arhiviranje isprava u elektroničkom obliku višestruko se razlikuju u normativnim, provedbeno-tehničkim i razvojnim okvirima pojedinačnih nacionalnih zakonodavstava. Primjerice, već komparativna analiza zemalja germanskog pravnog kruga, Austrije, Njemačke i Švicarske upućuje na bitne razlike u normativnom smislu počevši od toga kada je započela pravna regulacija elektroničkanije sudskih procedura uopće, posebno građanskog parničnog postupka², zatim kojom je vrstom pravnog akta uređena³ i koji su aspekti primjene informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnoj proceduri obuhvaćeni. Ti pak pokazatelji mogu jako utjecati na razvoj, prihvaćenost i uspješnost odabranih modela.

¹ Elektronička komunikacija shvaćena u najširem smislu riječi svaki je oblik komuniciranja elektroničkim sredstvima.

² U Njemačkoj je prvi korak u primjeni informacijsko-komunikacijske tehnologije poduzet 2001. donošenjem Zakona o usklađivanju s propisima forme (Formvorschriftenanpassungsgesetz, BGBl, I, str. 1542). Primjena informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku najranije je započela u Austriji gdje je podnošenje pismena u elektroničkom obliku bilo moguće još 1989. Holin, C., *Der elektronische Ablauf des Zivilprozesses*, Sierke, Göttingen, 2009., str. 198. U Švicarskoj je elektronička komunikacija omogućena tek od 1. 1. 2011. stupanjem na snagu švicarskog Zakonika o građanskom parničnom postupku (Schweizerische Zivilprozessordnung od 19. 12. 2008., SR 272, AS 2010 1739, dalje u tekstu: schZPO).

³ U Njemačkoj su osnovni izvor odredbe Zakonika o građanskom parničnom postupku (Zivilprozessordnung idF Bekanntmachung od 15. 12. 2005., BGBl, I, 3202 (2006., I, str. 431) (2007., I, str. 1781), dalje u tekstu: dZPO.) U Austriji se primjenjuje § 277. Zakonika o građanskom parničnom postupku (Zivilprozessordnung, RGBl 113/1895, dalje u tekstu: öZPO) i Uredba savezne ministrice pravosuđa o elektroničkom pravnom prometu (Verordnung der Bundesministerin für Justiz über den elektronischen Rechtsverkehr, BGBl, II, br. 481/2005, dalje u tekstu: ERV 2006). U Švicarskoj su u primjeni odredbe schZPO-a i Uredba o prijenosu u elektroničkom obliku u okviru građanskog i kaznenog postupka kao i ovršnom postupku na novčanim tražbinama i konkursu (Verordnung von 18. Jun 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs und Konkursverfahren, AS 2010 3105, dalje u tekstu: VeÜ-ZSSchK).

U svjetlu navedenog, Njemačka je u primjeni novih tehnologija u parničnom postupku s normativnim uređenjem započela relativno rano⁴, no unatoč tomu nije postigla osobite rezultate ni ostvarila prednosti koje komunikacija u virtualnom svijetu osigurava.⁵ Za elektronički pravni promet^{6 7} kao prvi korak u primjeni tehnoloških sredstava u građanskom parničnom postupku iznimno je važno osiguranje brze i jednostavne komunikacije suda i stranaka te ostalih sudionika postupka. Stoga je predmet izučavanja ovog rada upravo videokonferencija⁸, odnosno njezino uređenje prema § 128.a dZPO-a. Međutim, kako te zakonske odredbe nisu potaknule primjenu videokonferencije u parničnom

⁴ 2001., v. bilj. 2.

⁵ U prilog tomu je i Nacrt Zakona o poticanju elektroničkog pravnog prometa u pravosuđu (Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs in Justiz od 8. 1. 2012., http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP17/E/e_rechtsverkehr.html, 15. travnja 2013., dalje u tekstu: Diskussionsentwurf), kojim se planiraju ostvariti prednosti koje elektronička komunikacija u pravosuđu donosi, a koja se s obzirom na ovlasti koje pokrajinske vlade imaju do sada nisu realizirale. Uvode se profesionalni obvezatni sudionici elektroničkog pravnog prometa koji će morati imati siguran elektronički poštanski pretinac, a pokrajinskim vladama dodjeljuje se ovlast za uvođenje elektroničkih obrazaca s obvezatnom primjenom za sve profesionalne sudionike elektroničkog pravnog prometa. Planira se da će pokrajinske vlade biti ovlaštene donijeti propise kojima će se odrediti obvezatno sudjelovanje u elektroničkom pravnom prometu za profesionalne sudionike. U svrhu daljnjih poticaja u elektroničkom pravnom prometu se sudionicima namjerava omogućiti i podnošenje pismena bez potpisivanja kvalificiranim elektroničkim potpisom ako se identitet podnositelja i integritet sadržaja isprave može dokazati i na neki drugi siguran način, korištenje e-oglasne ploče sudova, omogućavanje uvida u e-spis i arhiviranje elektroničkih spisa uz mogućnost njihova opoziva.

⁶ Viefhues elektronički pravni promet definira kao pravno obvezujuću elektroničku komunikaciju između sudionika postupka i sudova. Viefhues u: Kilian, W.; Heussen, B., *Computerrecht*, München, 2011., br. 68.

⁷ Elektronički pravni promet u užem smislu obuhvaća podnošenje tužbe i drugih procesnopравnih izvjava kao i dostavu sudskih odluka i obavijesti. Osim toga, sadrži i sudsko vođenje spisa te arhiviranje. Elektronički pravni promet u širem smislu odnosi se i na *online* informacijske sustave i elektroničku zemljišnu knjigu te druge registre. Hähnchen, S., *Elektronischer Rechtsverkehr. Ein praktischer Leitfaden für Rechtsanwälte, Notare, Studierende & andere Interessierte*, Norderstedt, 2007., str. 15 - 16.

⁸ Videokonferencija je jedan od oblika komunikacije koja se uspostavlja između osoba ili grupa, služi izmjeni informacija putem telekomunikacijskih mreža ili videotehnologija, pri čemu sudionici imaju dojam istovremenog sudjelovanja na zajedničkom sastanku u obliku žive videoveze. Taj komunikacijski oblik omogućava povezivanje prostorno udaljenih sudionika koji se istovremeno mogu vidjeti i čuti.

postupku, u Njemačkoj je u zakonodavnoj proceduri Nacrt Zakona za intenziviranje primjene videokonferencijske tehnike u sudskim i državnoodvjetničkim postupcima.⁹ Na koji se način namjerava postići intenziviranje primjene videokonferencije u građanskom parničnom postupku i kakvi su izgledi za uspjeh toga Nacrta, bit će predmet posebnog dijela ovoga rada. Iskustva Njemačke u tom smislu mogu biti korisna i za primjenu videokonferencije u Hrvatskoj *de lege ferenda*. Konačno, primjena informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku mijenja dosad uobičajeno poimanje parnice i procesnih načela. Stoga je jedno od pitanja na koje svakako treba dati odgovor i pitanje utječe li primjena videokonferencije na pojedina procesna načela. Ako utječe, valja odgovoriti o kojim je načelima riječ te, konačno, jesu li određena odstupanja od pojedinih procesnih načela moguća i dopuštena.

2. VIDEOKONFERENCIJA PREMA § 128.a DZPO-a

U njemačkom se procesnom pravu saslušanje svjedoka primjenom videotehnologije prvi put provelo 1995. u kaznenom postupku Zemaljskog suda u Mainzu koji se vodio zbog seksualnog zlostavljanja djeteta. U tom je slučaju vijeće kaznenog odjela, uz suglasnost sudionika postupka, provelo saslušanje djeteta tako da ga je saslušao predsjednik vijeća u zasebnoj prostoriji koja je direktnom videovezom bila povezana s dvoranom za sjednice u kojoj se na platnu za projekciju moglo uživo pratiti saslušanje. Pored toga, postojala je i telefonska linija kojom se predstavniku predsjednika vijeća moglo postaviti pitanja svjedoku. Svrha takva načina saslušanja svjedoka bila je zaštita djeteta. Takav način razdvojene glavne rasprave, poznat po nazivu "Mainzer model"¹⁰, uskoro je uređen § 247.a Zakonika o kaznenom sudskom postupku.^{11 12} U skladu s tim,

⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren, BT-Drucks, 17/1224, 24. 3. 2010., dalje u tekstu: Nacrt Zakona o intenziviranju primjene videokonferencijske tehnike u sudskim i državnoodvjetničkim postupcima.

¹⁰ LG Mainz NJW 1996, 208 (208), u: Nissen, U. A., *Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess*, Frankfurt am Main, 2004., str. 27.

¹¹ Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. 4. 1987. (BGBl, I, str. 1074, 1319), dalje u tekstu: StPO.

¹² Ako postoji prijeteća opasnost od ozbiljnih štetnih posljedica za dobrobit svjedoka koji bi trebao biti saslušan na glavnoj raspravi u prisutnosti sudionika, sud može odrediti

osnovni cilj primjene videokonferencije u kaznenom postupku bila je zaštita svjedoka kojeg treba saslušati od mogućih utjecaja okrivljenika i traumatičnih iskustava u slučaju iskazivanja u njegovoj prisutnosti.

Ubrzo nakon toga, 1997. godine, u sudskom se postupku pred Financijskim sudom u Baden-Württembergu proveo pilot projekt s ciljem primjene videokonferencije. Rezultati primjene pokazali su da je korištenje videotehnologije u postupku pred sudom moguće, s tim da je primjena videokonferencija ubrzala proceduru uz zadržavanje jednake kvalitete postupka.¹³ Bio je to poticaj za uvođenje videokonferencije i u parnični postupak.¹⁴

2.1. Pretpostavke za primjenu videokonferencije u parničnom postupku

§ 128.a dZPO-a koji je u njemačkom građanskom procesnom pravu u primjeni od 1. siječnja 2002., odnosno od stupanja na snagu Zakona o usklađivanju s propisima forme¹⁵ primjenu videokonferencije propisuje i tijekom usmene rasprave (*Videoverhandlung*, § 128.a, st. 1.) i tijekom postupka dokazivanja koji se provodi saslušanjem (*Videovernehmung*, § 128.a, st. 2.). S obzirom na to da između tih dvaju slučajeva primjene videokonferencije postoje određene sličnosti i razlike te da se u komparaciji s nekim drugim sustavima primjena videokonferencije uglavnom ograničava na postupak dokazivanja saslušanjem svjedoka¹⁶, vještaka

da se svjedok tijekom saslušavanja nalazi na nekom drugom mjestu; takvo određenje je dopušteno i prema pretpostavkama § 252., st. 2. ako je to potrebno za utvrđenje istine. Odluka suda se ne može pobijati. Iskaz svjedoka će se istovremeno slikom i tonom prenositi u sudnici. Iskaz se mora snimati ako postoji opasnost da se svjedok na kasnijem ročištu neće moći saslušati i da je snimanje potrebno za utvrđivanje istine. § 58., st. 2. primijenit će se na odgovarajući način (§ 247.a StPO-a).

¹³ Usp. BT-Drucks, 14/4594, str. 11 u: Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 31.

¹⁴ Prema izvješću Pravnog odbora primjena modernih komunikacijskih sredstava u parničnom postupku nužna je za modernizaciju pravosuđa i postizanje većeg stupnja djelotvornosti postupka. Naglašava se da svi sudionici postupka (stranke, odvjetnici, svjedoci, vještaci) mogu sudjelovati na raspravi primjenom videokonferencije te da je za njihovo uključivanje u videovezu potrebna suglasnost svih sudionika. BT-Drucks, 14/6036, str. 116.

¹⁵ Vidi bilj. 2.

¹⁶ Primjena videokonferencije u građanskom sudskom postupku u Japanu moguća je samo radi saslušanja svjedoka. Tako prema čl. 204. japanskog Zakona o građanskom postupku

i samih stranaka¹⁷, potrebno je zasebno prezentirati svaki od njih. Međutim, kako je u primjeni videotehnologije osim određenog zakonskog okvira potrebno prezentirati i njegov tehnički tijek, dakle njegovu pravno-tehničku provedbu, u nastavku ćemo prikazati i pravne i tehničke pretpostavke za primjenu videokonferencije.

2.1.1. Pravne pretpostavke

Za razliku od cilja koji je primjena videokonferencije imala u kaznenom postupku, primjena audiovizualnog prijenosa u građanskom parničnom po-

“sud može saslušati svjedoka prema pravilima Vrhovnog suda metodom koja omogućava komunikaciju s drugima tijekom njihova povezivanja audiovezom i vizualnom simultanom vezom u sljedećim slučajevima: 1) svjedok ostaje na udaljenom mjestu, 2) zbog prirode slučaja, starosti ili psihološkog stanja svjedoka, odnosa svjedoka i stranke i njezina postojećeg ili nekog drugog predmeta može se pretpostaviti da bi svjedok mogao biti podvrgnut psihološkim pritiscima prilikom saslušavanja na mjestu na kojem se nalaze sudac i stranke. Na temelju navedenog zaključuje se da je primjena videokonferencije u građanskom sudskom postupku moguća samo radi zaštite svjedoka. Nova odredba može se razmatrati kao posebno uređenje koje se odnosi na saslušanje svjedoka, odnosno kao određena pogodnost za svjedoka. Kawano, M., *Electronic Technology and Civil Procedure – Applicability of Electronic Technology in the Course of Civil Procedure*, u: Kengyel, M.; Nemesanyi, Z. (ur.), *Electronic Technology and Civil Procedure, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law of Justice*, Springer, 2012., str. 22 - 23.

¹⁷ Odredba o primjeni videokonferencije u austrijskom građanskom procesnom pravu smještena je u zakonski dio koji uređuje postupak dokazivanja (Beweisufnahme). Prema § 277. öZPO-a koji je naslovljen Primjena tehničkih uređaja za prijenos riječi i slike pri dokazivanju (Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung bei der Beweisufnahme) sud prema tehničkim mogućnostima može odrediti da se provede neposredno dokazivanje primjenom tehničkih uređaja za prijenos riječi i slike umjesto da saslušanje provede zamoljeni sudac, osim ako je saslušanje koje provodi zamoljeni sudac, uzimajući u obzir procesnu ekonomiju, svrsishodnije ili zbog posebnih razloga potrebno. Prema austrijskom sustavu je, dakle, primjena videokonferencije ograničena samo na saslušanje koje se provodi u dokaznom postupku. Daljnje njegove karakteristike su da odluku o tome hoće li odrediti primjenu videotehnologije ili ne ovisi o ocjeni suda, pri čemu su zakonom propisane pretpostavke za njegovu primjenu: 1) tehničke mogućnosti suda i 2) odluka o tome hoće li svjedoka saslušati zamoljeni sudac ili će se primijeniti videokonferencija. Prijenos riječi i tona primjenom tehničkih uređaja neće se provoditi ako bi za to postojali razlozi procesne ekonomije zbog kojih je svrsishodnije da saslušanje provede zamoljeni sudac ili je to zbog posebnih razloga potrebno.

stupku bila je inspirirana razlozima procesne ekonomije. Odredba predstavlja svojevrsnu novinu jer omogućava da stranke i njihovi punomoćnici ne moraju biti fizički prisutni u sudnici.

2.1.1.1. Videorasprava

Prema § 128.a, st. 1. dZPO-a, uz suglasnost stranaka, sud može strankama kao i njihovim punomoćnicima i pomoćnicima na njihov zahtjev dopustiti da se tijekom rasprave nalaze na nekom drugom mjestu i da tamo poduzimaju parnične radnje. Rasprava će se istovremeno prenositi slikovno i tonski na mjestu na kojem se stranke, punomoćnici i pomoćnici nalaze i u sudnici.

Smatra se da se izraz rasprava odnosi ne samo na usmenu raspravu nego i na raspravu u svrhu zaključenja nagodbe (§ 278., st. 2. dZPO-a).¹⁸ Videorasprava će se tako provesti na zahtjev osobe koja traži da se sasluša uključenjem s mjesta koje je različito od sudnice. Stoga bi njezin zahtjev istovremeno trebao sadržavati i mjesto na kojem će se ona u tom trenutku nalaziti. Zahtjev bi se mogao postaviti već u tužbi. Prema zakonskoj formulaciji, osim stranke, dakle tužitelja ili tuženika, zahtjev bi mogli postaviti i punomoćnici ili pomoćnici (*Beistand*)¹⁹ stranke. Iako to nije izrijekom uređeno zakonom, zahtjev za primjenu videokonferencije mogao bi postaviti i umješač.²⁰

Pored zahtjeva ovlaštenika potrebno je da su se s provedbom videokonferencije suglasile stranke. Smatra se da pristanak mora obuhvaćati i mjesto s kojeg se uključivanje u videokonferenciju obavlja.²¹ Postojala je dvojba o tome moraju li se s provedbom videokonferencije suglasiti svi sudionici u postupku s obzirom na

¹⁸ Schultzy, H., *Videokonferenzen im Zivilprozess*, Neue Juristische Wochenschrift, br. 5, 2003, str. 313.

¹⁹ *Beistand* (pomoćnik, specifični umješač) je onaj tko pored stranke ili njena zastupnika nastupa tijekom usmene rasprave kako bi na njoj izlagao. *Beistand*, prema povijesnom razvoju, nije zastupnik jer on ne može pored i zajedno sa strankom poduzimati radnje. Stranka se može suglasiti s njegovim izlaganjem šutnjom ako njegovo izlaganje ne opozove ili ispravi. Ona je ta koja postupa i zbog toga su mjerodavna određena osobna stanja stranke (zabluda, krivnja), a ne njezina pomoćnika. Rosenberg, L.; Schwab, K. H.; Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, München, 2010., str. 291.

²⁰ Zöller, R.; Greger, R., *Zivilprozessordnung. Kommentar*, Köln, 2012., str. 636.

²¹ Von Selle u: Vorwerk, V.; Wolf, Ch., *Beck Online-Kommentar ZPO* (30. 10. 2012.), § 128.a, br. 6.

to da su i oni obuhvaćeni slikom i tonom te da se time mogu povrijediti njihova prava osobnosti ili pravo na vlastitu sliku prema čl. 1. i 2. njemačkog Ustava.²² Ograničenja suglasnosti su ipak nužna jer zakonska formulacija obuhvaća samo stranke. Osim toga, smatra se da pristanak prema § 24. Zakona o autorskom pravu na djela umjetnosti i fotografije²³ nije potreban ako prikazivanje fotografija služi pravnoj skrbi, što je ovdje slučaj.²⁴ Ne postoji suglasje o tome može li se suglasnost dati samo izrijeком ili i konkludentno. Za razliku od nekih autora koji smatraju da je suglasnost moguće dati i konkludentno i izrijeком²⁵, drugi ističu da bi suglasnost stranaka morala biti jasna te da sama šutnja ne znači izjavu volje, odnosno da se uskrata suglasnosti ne može tumačiti kao odbijanje, osobito ako je uskrata odraz zloupotrebe procesnih ovlaštenja.²⁶

U njemačkoj procesnoj doktrini suglasnost ne postoji ni u odnosu na mjesto na kojem se stranke, punomoćnici ili njihovi pomoćnici mogu nalaziti pri uključanju u videoraspravu. Tako se prema Gregeru videokonferencija ne može shvatiti tako da bi se sudska rasprava dijelom mogla održavati i u djelomičnom privatnom području, primjerice, ako bi se odvjetnici, stranke, svjedoci ili vještaci nalazili u svojim uredima ili stanovima.²⁷ No, unatoč tomu ipak je pretežno stajalište da bi "neko drugo mjesto" trebale moći odabrati osobe ovlaštene zahtijevati uključivanje u videokonferenciju, odnosno da ograničenja u smislu da bi uključenje moglo uslijediti samo iz neke prostorije suda ili studija koji je sud iznajmio nije u skladu sa zakonskom formulacijom.²⁸ Isto tako, ne može se slijediti ni ideja da bi se videorasprava mogla održavati samo ako je to neko drugo mjesto u dovoljnoj mjeri udaljeno da bi opravdalo korištenje videokonferencije.²⁹ Naime, čini se da se ne smije zanemariti da cilj uvođenja videokonferencije nije bio ograničen samo na njezinu upotrebu u slučaju velike udaljenosti svjedoka i drugih sudionika u postupku nego da se strankama i njihovim zastupnicima omogućiti modernizacija građanskog sudskog postupka

²² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland od 23. 5. 1949. (BGBl, I, str. 1748), dalje u tekstu: GG.

²³ Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie od 9. 1. 1907., RGBL, I, str. 7, dalje u tekstu: KunstUrhG.

²⁴ Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 152.

²⁵ Schultzkzy, *op. cit.* u bilj. 18, str. 315.

²⁶ Vorwerk, Wolf, *op. cit.* u bilj. 21, § 128.a, br. 4.

²⁷ Zöller, Greger, *op. cit.* u bilj. 20, str. 636.

²⁸ Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 152 - 153. Tako i Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 62 - 65.

²⁹ Hartmann u: Nissen, *ibid.*, str. 65.

primjenom novih modernih tehnologija, njegovo ubrzanje bez pada dotadašnje kvalitete te povećanje njegove ukupne djelotvornosti. S druge strane, sve dok su troškovi održavanja videokonferencije visoki, teško je očekivati da će se videokonferencija primjenjivati ako se uredi odvjetnika nalaze u blizini sudnice. Povrh toga, jedan od osnovnih problema primjene informacijsko-komunikacijske tehnologije uopće je da ulaganja u skupu tehničku opremu mogu imati svoje financijsko opravdanje samo ako se ona učestalo koristi, odnosno ako je njezina primjena dobro prihvaćena i rasprostranjena. Mjesto s kojeg se stranke i njihovi zastupnici uključuju u postupak mora biti u Njemačkoj. Svako saslušanje stranaka koje bi sud proveo videokonferencijskom vezom s nekom stranom zemljom predstavljao bi nedopušten akt strane vlasti na području druge zemlje, svojevrsan utjecaj na njezin suverenitet. Ipak, primjena videokonferencije moguća je u okvirima pravne pomoći na temelju Haške konvencije o izvođenju dokaza u inozemstvu u građanskim i trgovačkim stvarima.^{30 31} Osim toga, videokonferencija u inozemstvu može se provoditi između država članica Europske unije na temelju Uredbe o zajedničkoj suradnji država članica u izvođenju dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima.³² Tako bi, prema čl. 10., st. 4. EUBewVO, njemački sud mogao zatražiti neposredno od suda druge države članice da provede dokaz i pri dokazivanju sudjelovati pomoću videokonferencijske veze. Isto tako, njemački sud bi mogao na temelju čl. 17. EUBewVO od zamoljene države zatražiti neposredno izvođenje dokaza na dobrovoljnoj osnovi u okviru koje bi se dokaz mogao izvesti istovremenim audiovizualnim prijenosom.

³⁰ Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivilsachen und Handelssachen od 18. 3. 1970., BGBl, 1977., II, str. 1472, dalje u tekstu: HBÜ.

³¹ Tako prema čl. 9., st. 2. HBÜ-a tijelo koje traži izvršenje zamolnice može zatražiti da se primijeni neki poseban način ili postupak ako to nije protivno unutarnjem pravu države izvršenja, odnosno ako to nije nemoguće provesti zbog njezine unutarnje prakse i postupka ili zbog poteškoća praktične naravi. Prema tome, njemački sudovi bi putem pravne pomoći primjenjujući HBÜ mogli od zamoljene države zatražiti da se saslušanje svjedoka provede videokonferencijom, a zamoljena država bi provedbu saslušanja svjedoka na taj način mogla odbiti iz razloga propisanih u čl. 9., st. 2. Moguće bi bilo zamisliti različite situacije u kojima bi zamoljena država mogla odbiti provedbu saslušanja svjedoka na taj način, a jedan od čestih mogao bi biti i tehničke (praktične prirode) zbog tehničke neopremljenosti tijela koje bi zamolnicu trebalo provesti.

³² Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. 5. 2001 über die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (ABl EG Nr. L 174/1 vom 27. 6. 2001), dalje u tekstu: EuBewVO.

Sud će o primjeni videokonferencije u parničnom postupku odlučiti rješenjem prema svojoj slobodnoj procjeni. U pravilu će morati odlučiti između osobnog sudjelovanja i prezentacije stranaka i procesne ekonomije postupka prema § 128.a dZPO-a. U početnoj fazi sudionici postupka morat će se naviknuti na audiovizualno snimanje, ali rezultati nekih pilot projekata pokazali su da se nakon faze privikavanja svi sudionici ponašaju uobičajeno.³³

Protiv rješenja suda pravni lijek nije dopušten (§ 128.a, st. 3. dZPO-a). Stranke bi tu odluku ipak mogle pobijati pravnim lijekom protiv glavne stvari u kojem bi mogle isticati da su zbog tehničkih poteškoća tijekom usmene rasprave i naknadne neupotrebljivosti tako dobivenih rezultata povrijeđena pravila o održavanju usmene rasprave i pravo na saslušanje.³⁴ Rasprava se istovremeno i obostrano slikovno i tonski prenosi i u sudnici i na mjestu s kojeg se stranke i njihovi punomoćnici i pomoćnici uključuju.

2.1.1.2. Videosaslušanje

Prema § 128., st. 2. dZPO-a, uz suglasnost stranaka, sud može odrediti da se svjedok, vještak ili stranka tijekom saslušanja nalaze na nekom drugom mjestu. Saslušanje će se provesti istovremeno tonski i slikovno na mjestu na kojem se nalazi svjedok ili vještak tijekom saslušanja i u sudnici. Ako je strankama, punomoćnicima ili pomoćnicima prema st. 1. dopušteno da se nalaze na nekom drugom mjestu, saslušanje će se provesti istovremeno slikovno i tonski na tom mjestu.³⁵

³³ Heckel u: Stadler, A., *Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik*, Zeitschrift für Zivilprozess, vol. 111, br. 4, 2002., str. 438.

³⁴ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 70 - 71; Schultzky, *op. cit.* u bilj. 18, str. 318.

³⁵ Prvobitno uređenje videosaslušanja nije propisivalo da će se saslušanje istovremeno slikovno i tonski provoditi i na mjestu na kojem se nalaze svjedok ili vještak i u sudnici, nego se ono prenosilo samo u sudnici, pri čemu svjedok ili vještak nije imao mogućnost slikovno i tonski pratiti zbivanja u sudnici. Stoga je Zakon o komunikaciji u pravosuđu (Justizkommunikationsgesetz od 22. 3. 2005., BGBl, I, str. 837) otklonio taj nedostatak koji je, među ostalim, bio i povreda pravičnog postupanja prema svjedoku koji, pored toga što nije uopće mogao utjecati na to hoće li se saslušanje provesti videokonferencijom ili ne, nije mogao pratiti ni reakcije prisutnih u sudnici tijekom njegova saslušanja. Mogući razlozi za prvobitno uređenje videosaslušanja prema kojem svjedok nije mogao istovremeno slikovno i tonski pratiti tijek postupka u sudnici tiču se nekritičke primjene pravila o saslušanju svjedoka videokonferencijom u kaznenom postupku u kojem se,

S obzirom na to da zakon za provedbu saslušanja svjedoka i vještaka propisuje samo suglasnost stranaka, pristanak svjedoka ili vještaka za provedbu saslušanja videokonferencijom nije nužan. Ipak, svjedok ili vještak bi videokonferenciju mogao opstruirati tako što bi se pojavio na ročištu pred sudom koji bi ga bio dužan saslušati. U tom slučaju sud ne bi mogao ni izreći sankcije na koje bi inače prema §§ 380., st. 1. i 409., st. 1. dZPO-a bio ovlašten (dužnost snošenja troškova, novčana kazna, a u slučaju svjedoka i zatvorska kazna). Ipak, svjedok ili vještak će sami snositi troškove puta i izostanka s posla, odnosno neće imati pravo na njihovu naknadu jer nisu bili nužni.³⁶ Sudjelovanje stranke u saslušanju treba razlikovati od slučaja sudjelovanja stranke na raspravi jer se na videoraspravu primjenjuju pravila § 128.a, st. 1. dZPO-a, a na videosaslušanje, koje je zapravo jedno od dokaznih sredstava koje se provodi saslušanjem stranke, primjenjuje se § 128.a, st. 2. dZPO-a.

Odluku o tome hoće li se svjedok, vještak ili stranka saslušati videokonferencijom ili ne, sud donosi po svojoj slobodnoj procjeni. Sud će se prilikom donošenja odluke o videosaslušanju rukovoditi razlozima procesne ekonomije ili, primjerice, potrebom da svjedok zbog sumnje na njegovu vjerodostojnost iskazuje neposredno pred sudom. Prema shvaćanju zauzetom u sudskoj praksi, prijedlog stranke da se dokaz izvede saslušanjem svjedoka ne može se odbiti zbog njegove nedostupnosti ako postoji mogućnost da se on sasluša slikovnim i tonskim prijenosom.³⁷

Izbor suda između saslušanja svjedoka pomoću zamoljenog suca i videokonferencije u pravilu je u prilog videokonferencije, što proizlazi iz § 375., st. 1., t. 2. i 3. prema kojem se saslušanje provodi pomoću zamoljenog suca samo ako je svjedok spriječen ili je zbog prevelike udaljenosti od sudnice njegov osobni dolazak pred sud neprihvatljiv i videokonferencija se prema § 128.a, st. 2. ne može provesti.

npr., dijete željelo zaštititi od utjecaja zbivanja u sudnici i viđenja optuženika za kazne-
no djelo zbog seksualnog zlostavljanja djeteta. Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 155.

³⁶ Schultzky, *op. cit.* u bilj. 18, str. 316.

³⁷ BGH Beschluss od 1. 7. 2010. – V ZR 238/09 Tz 7 u: Vorwerk, Wolf, *op. cit.* u bilj. 21, § 128.a, br. 11.

2.1.1.3. Teleuvidaj

Izvođenje dokaza uz primjenu videokonferencije prema § 128.a, st. 2. dZPO-a ograničeno je samo na saslušanje svjedoka, vještaka i stranaka. Dvojbeno je može li se videokonferencijska tehnika primijeniti i u slučaju uviđaja. Prema nekim autorima primjena videokonferencije propisana zakonom ima značenje uređenja iznimnih slučajeva, stoga drugi dokazi time nisu obuhvaćeni.³⁸ Drugi su pak mišljenja da je teleuviđaj u njemačkom građanskom procesnom pravu moguć i dopušten. Takvo stajalište argumentiraju nepostojanjem posebnih pravila o primjeni audiovizualnog prijenosa u okviru pravila o uviđaju i mogućnošću suda da po svojoj slobodnoj ocjeni o tome sam odluči. Ipak, upozoravaju da posebno treba voditi računa o načinu na koji će se uviđaj provesti kako slikovni prijenos ne bi doveo do pada kvalitete i povećao mogućnost krivotvorenja u odnosu na neposredno promatranje.³⁹ Izneseno je i stajalište da je videouviđaj dopušten u skladu s općim načelima (§ 371. dZPO-a) ako sudac smatra da je prikladan i ako nijedna od stranaka ne iznese obrazložen prigovor.⁴⁰ Nesporno je da se u njemačkom procesnom pravu izvođenje dokaza podnošenjem isprava ne može provesti pomoću videotehnologije.⁴¹

2.1.2. Tehničke pretpostavke

Koji tehnički preduvjeti moraju biti ispunjeni za provedbu videokonferencije, dZPO ne propisuje. Detalji su prepušteni praksi jer se i ona zbog stalnih tehničkih unapređenja neprestano mijenja. Osnovna tehnička oprema koja treba zadovoljiti zakonom propisane uvjete istovremenog slikovnog i tonskog prijenosa obuhvaća kamere, mikrofone, prijenosni sustav (Codec)⁴², monitore, videoprojektor, platno za videoprojekciju i zvučnike. Telefonska konferencija s isključivo tonskim prijenosom između suda i sudionika postupka nije dopuštena

³⁸ Stadler u: Musielak, H.-J., *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München, 2012., str. 653.

³⁹ Schultzy, *op. cit.* u bilj. 18, str. 316.

⁴⁰ Zöller, Greger, *op. cit.* u bilj. 20, str. 636.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Kodek (eng. *codec*) je kratica od koder-dekoder ili kompresor-dekompresor, a odnosi se na hardverski uređaj za kodiranje videosignala i/ili audiosignala ili na softverski modul s istom funkcijom, <http://hr.wikipedia.org/wiki/Kodek> (15. travnja 2013.).

jer ne ispunjava zakonom propisane uvjete o istovremenom audiovizualnom prijenosu.⁴³

Kamera je neophodna za slikovni prijenos i može biti instalirana tako da se pokreće prema osobi koja u sudnici govori. Prilikom odabira mikrofona treba voditi računa o veličini prostorije u kojoj je postavljen. Tako će za mjesta s kojeg se sudionici uključuju u postupak u pravilu biti dovoljan stolni mikrofon, za razliku od sudnice u kojoj treba instalirati granični mikrofon. Odabir između monitora ili platna za projekciju također će ovisiti o veličini prostorije i potrebama vizualizacije većeg ili manjeg broja sudionika. U slučaju da se u postupak u sudnici uključuje više osoba (*multi-point* videokonferencija), sliku je moguće podijeliti na više dijelova tako da je više osoba ili položaja kamere istovremeno vidljivo. U tom slučaju tako dobiveni prikazi manji su no što je uobičajeno. Kombinirani sustavi pak omogućavaju različite sustave prijenosa kao i međusobno usklađene sustave snimanja i reproduciranja.^{44 45}

Osobama koje se u videokonferenciju uključuju s mjesta izvan sudnice mora se omogućiti audiovizualni prijenos tijekom postupka, one moraju vidjeti ne samo suca nego i protivnu stranu, odnosno ostale sudionike postupka.⁴⁶ Sudionicima postupka koji se nalaze u sudnici također se mora osigurati audiovizualni prijenos osobe koja se u postupak uključuje videokonferencijskom vezom. Nasuprot tomu, ne postoji dužnost da se osobama koje prisustvuju raspravi osigura vizualizacija sudionika koji se u postupak uključuje, dovoljno je da im je omogućen njegov tonski prijenos.⁴⁷ Razloge treba potražiti u sličnostima između uobičajenog tijeka parnice i videokonferencija. Naime, u slučaju postupka koji se odvija na uobičajeni način, bez provedbe videokonferencije, osobe koje prisustvuju raspravi ne moraju vidjeti svjedoka koji iskazuje. Dapače, on može biti strankama okrenut leđima tako da ga one vizualno uopće ne mogu pratiti. Osim toga, ako se u sudnici nalazi veći broj osoba, praćenje tijekom postupka u vizualnom smislu od strane osoba koje prisustvuju raspravi, ovisit će, među ostalim, i o mjestu na kojem se one nalaze. Zbog toga se ističe da svrha koja se javnošću postupka nastoji osigurati (kontrola rada suda i

⁴³ Schultzy, *op. cit.* u bilj. 18, str. 315.

⁴⁴ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 198 - 199.

⁴⁵ Tako su u ponudi različiti videokonferencijski sustavi – sobni videokonferencijski sustavi, desktop HD sustavi, mobilni videokomunikacijski sustavi, infrastrukturne videoplatforme i sl.

⁴⁶ Zöller, Greger, *op. cit.* u bilj. 20, str. 636.

⁴⁷ *Ibid.*

jačanje povjerenja građana u postupanje sudova) nije ugrožena nemogućnošću vizualizacije prijenosa tijekom postupka osobe koja prisustvuje raspravi i osiguravanjem samo tonskog prijenosa osobe koja se u postupak uključuje s nekog drugog mjesta.⁴⁸ Javnost, naravno, treba biti osigurana u sudnici, ne i na mjestu s kojeg se sudionici u parnični postupak uključuju.

2.2. Provedba videokonferencije

S obzirom na to da se u primjeni videokonferencije u njemačkom parničnom postupku, za razliku od američkog ili australskog sustava, nisu prikupila gotovo nikakva posebna praktična iskustva, nisu se mogla ni iskristalizirati pravila za postupanje sudova u primjeni videokonferencije i ostala detaljnija pitanja. Posebice se dosad nije uspjela oblikovati odgovarajuća sudska praksa o primjeni videokonferencije, stoga se u odnosu na njezinu primjenu u njemačkom građanskom parničnom postupku može govoriti o očekivanoj primjeni u praksi na temelju određenih pretpostavaka (*Mutmaßliche Anwendungspraxis*).⁴⁹

Kamera u sudnici mora biti usmjerena na osobu koja komunicira s drugog mjesta, neovisno o tome je li riječ o videoraspravi (stranka, punomoćnik, pomoćnik) ili videosaslušanju (svjedok, vještak, stranka). Ako više osoba komunicira s osobom koja se nalazi na mjestu različitom od sudnice, kamera mora pratiti osobu koja govori ili prikazivati sve osobe istovremeno. Kamera koja je instalirana na mjestu s kojeg se osoba uključuje u videovezu sa sudnicom također mora obuhvaćati sve osobe koje se nalaze u prostoriji. To je pravilo u skladu s načelom saslušanja (§ 128.a, st. 1. dZPO-a) i s načelom javnosti (§ 128.a, st. 2. dZPO-a). Poseban problem videokonferencije je što se s osobom s kojom se komunicira ne ostvaruje kontakt očima jer ona, u pravilu, gleda u nekom drugom pravcu (često u kameru), što sugovorniku djeluje neobično.⁵⁰

Sud će stranke, punomoćnike, svjedoke i vještake koji će se u videokonferenciju uključiti s nekog drugog mjesta pozvati da na tom mjestu budu prisutni u određeno vrijeme i upozoriti ih na eventualne posljedice njihova izostanka. Rješenje suda o načinu na koji će se videokonferencija provesti sud će donijeti

⁴⁸ *Schultzky, op. cit.* u bilj. 18, str. 315.

⁴⁹ Glunz, B., *Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik*, Tübingen, 2012., str. 51.

⁵⁰ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 192 - 194.

tek nakon što je odredio termin jer je donošenje tog rješenja uvjetovano tehničkim mogućnostima suda (raspoloživošću videokonferencijske opreme u tom vremenu). Time što pozvane osobe u tom slučaju neće biti prisutne u sudnici, nego na drugom mjestu ne utječe se na zakonom propisane pretpostavke za pozivanje na ročište. Zbog toga treba zaključiti da se u pozivu za ročište u osnovi ništa ne mijenja.⁵¹

Identifikacija osobe u parničnom postupku u kojem se primjenjuje videokonferencija provodi se na uobičajen način. S obzirom na to da zapisnik prema § 160., st. 1., t. 4. dZPO-a sadrži i ime i prezime prisutnih stranaka, umješaka, zastupnika, punomoćnika, pomoćnika, svjedoka i vještaka te mjesta s kojeg se stranke uključuju prema § 128.a te da je davanje netočnih podataka kažnjivo, ta bi pravila bila dovoljna za identifikaciju sudionika u postupku. Ipak, u utvrđivanju identiteta osobe mogu pomoći i dodatna pitanja kojima se mogu provjeriti identitet i vanjski izgled osobe koja se uključuje u postupak. Tek u slučaju opravdane sumnje sud bi mogao od osobe koja se u postupak uključuje s nekog drugog mjesta zatražiti da podnese putovnicu. Međutim, kako u tom slučaju vizualni prijenos putovnice zbog višestrukih mogućnosti falsificiranja nije dopušten, videokonferenciju bi trebalo prekinuti i osobu ponovno pozvati.⁵² Dvojbeno je bi li u nastavku postupka bilo opravdano ponovno dopustiti uključivanje te stranke u postupak videokonferencijom.

Nije potpuno jasno ni može li predsjednik vijeća prema osobama koje se videokonferencijom uključuju u postupak izricati mjere za održavanje reda u sudu. Neki autori ističu da bi se to pravilo trebalo primjenjivati i u slučaju da se neka osoba u parnični postupak uključuje s mjesta koje pripada u njezinu privatnu domenu i da se ovlast suda da izriče mjere za održavanje ne odnose samo na sudnicu nego i na druge prostore ako je to potrebno za održavanje reda. Smatra se da bi predsjednik vijeća mogao odrediti da se uključivanje provodi uz prisutnost pravosudnog policajca. Njegovo sudjelovanje bilo bi korisno ako bi se uključenje neke osobe u audiovizualni prijenos u parničnom postupku provodilo s nekog drugog suda ili ako bi trebao osigurati stručnu upotrebu videokonferencije ili spriječiti moguće manipulacije pri iskazivanju svjedoka, stranaka ili vještaka.⁵³ Drugi pak ističu da je sudjelovanje sudskog službenika tijekom uključivanja stranke u parnični postupak prema § 128.a, st. 1. dZPO-a

⁵¹ Cf. *ibid.*, str. 107.

⁵² Cf. *ibid.*, str. 108.

⁵³ Schultzky, *op. cit.* u bilj. 18, str. 316 - 317.

posve nepotrebno.⁵⁴ Konačno, izraženo je i stajalište prema kojem to pravilo, kao i pokušaj ograničenja mjesta s kojeg se ovlaštene osobe videokonferencijskom vezom mogu uključiti u postupak, uopće nije prihvaćeno u praksi.⁵⁵

Snimanje tijekom videokonferencije u parničnom postupku nije dopušteno (§ 128.a, st. 3. dZPO-a). Nasuprot tomu, dopušteno je tonsko snimanje ročišta primjenom pravila o privremenom zapisniku koje se može sastaviti stenografski ili na nositelju zvuka ili podataka (§ 160.a, st. 1. dZPO-a).

2.3. Razlozi slabe primjene videokonferencije

Njemačka je vrlo ambiciozno i relativno rano osigurala zakonske pretpostavke za višestruku primjenu moderne tehnologije u parničnom postupku. Ipak, unatoč tomu izostao je očekivani uspjeh njihove primjene⁵⁶, napose primjene videokonferencije.⁵⁷ Razlozi se mogu svesti na nekoliko ključnih faktora čije je uzajamno djelovanje dovelo do prilično loših rezultata.⁵⁸ Najvažniji su u tom

⁵⁴ Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 153.

⁵⁵ Glunz, *op. cit.* u bilj. 49, str. 53 - 54.

⁵⁶ Prema obrazloženju Nacrta Zakona o poticanju elektroničkog pravnog prometa u pravosuđu (*Diskussionsentwurf*, vidi bilj. 5) “primjena elektroničkog pravnog prometa sa sudovima u Njemačkoj do sada se nije provela u željenu opsegu. Nasuprot izvanprocesnom pravnom prometu u elektroničkom obliku (*online* kupovina, *online* bankarstvo), komunikacija između sudova i građana te odvjetnika i građana provodi se isključivo u papirnatom obliku. Kao razlog za to ističe se u pravilu nedostatna prihvaćenost kvalificiranog elektroničkog potpisa nužnog za podnošenje isprava u elektroničkom obliku. Njegovu neprihvaćenost uzrokovala je nepraktična upotreba, osobito u usporedbi s računalnim faksom. S druge strane, nisu dovoljne ni stvarne ni pravne mogućnosti podnošenja isprava u elektroničkom obliku. Iako već nekoliko godina postoji elektronički pretinac suda i uprave (*elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach* – EGVP) koji teorijski omogućava svim odvjetnicima korištenje sigurnog komunikacijskog puta sa sudovima, podnošenje isprava u elektroničkom obliku nije posvuda moguće.”, str. 18.

⁵⁷ U uvodnom dijelu Nacrta Zakona o intenziviranju primjene videokonferencijske tehnike u sudskim i državnoodvjetničkim postupcima ističe se da se u sudskoj praksi primjena videokonferencijske tehnike još nije značajnije provela (*op. cit.* u bilj. 9), str. 1.

⁵⁸ Tako se, primjerice, ističe da je pravosuđe skeptično u odnosu na svaku novinu te da za njihovu primjenu mora proteći nekoliko desetljeća. U njemačkoj pokrajini Nordrhein-Westfalen EGVP je u primjeni od 2004. Unatoč tomu, većina sudova ga ne koristi. Zanimljivo je da su financijski sudovi iznimka u tom smislu, svi financijski sudovi komuniciraju putem EGVP-a i za to su tehnički opremljeni. Međutim, u priopćenjima medija

smislu odabrana zakonska rješenja, nedovoljna tehnička opremljenost i potreba za nemalim financijskim ulaganjima.

2.3.1. Zakonska rješenja

Pored § 128.a dZPO-a kojim je uređena primjena videokonferencije u parničnom postupku i koji s obzirom na sadržaj uređenja može neposredno utjecati na korištenje i poticanje korištenja videokonferencije u parničnom postupku ili pak predstavljati kočnicu u njezinoj primjeni, pravni okvir za primjenu videokonferencije u parničnom postupku posredno je određen i drugim odredbama koje se odnose na uređenje primjene novih informacijsko-komunikacijskih tehnologija.

Šire promatrano, korištenje videokonferencije ovisit će o razvijenosti i učestalosti primjene ostalih oblika informacijsko-komunikacijske tehnologije u pojedinim pokrajinama. Tako je za očekivati da će u pokrajinama u kojima je elektronički pravni promet razvijeniji videokonferencija biti češće u primjeni.⁵⁹ Zapravo, jedan od faktora neuspjeha provedbe elektronifikacije u Njemačkoj

ističe se da se s Financijskim sudom u Münsteru može komunicirati računalnim faksom, što je svakako korak unazad u odnosu na komunikaciju elektroničkim putem. Prema provedenu ispitivanju odvjetnici i ostali sudionici ističu da EGVP nije praktičan za upotrebu i da podnošenje isprava u elektroničkom obliku traje dulje od otpreme telefaksom. S druge strane, primjena videokonferencije u parničnom postupku je u potpunosti izostala. Na temelju slobodnog obračuna jedan odvjetnički ured trebao bi za fiksne troškove komunikacije audiovizualnim putem i telefonsku liniju izdvojiti 200,00 eura mjesečno. Kao jedan od razloga neprimjenjivanja videokonferencijske tehnike u sudovima ističe se i nepopustljivost sudaca u odnosu prema strankama koje često moraju putovati s velikih udaljenosti te prisustvovati katkad nesvršishodnim ročištima. <http://blog.random-coil.de/2012/06/die-steinzeit-justiz-das-egvp-verkommt-zur-lachnummer-die-videokonferenz-ist-tot/> (17. travnja 2013.).

⁵⁹ Primjerice, jednu od vodećih pozicija u primjeni informacijsko-komunikacijske tehnologije ima pokrajina Rheinland-Pfalz. Posebnu tehničku inovaciju predstavlja i obnova videokonferencijske tehnike. Svi zemaljski sudovi i kaznene ustanove raspolažu modernim videokonferencijskim sustavima koji omogućavaju HD kvalitetu slike i zvuka (eng. *High Definition Television*) ne samo u posebnim virtualnim konferencijskim prostorijama (u okviru kojih se može uključiti do 12 sudionika) nego i posredstvom jednostavnih stolnih sustava (eng. *Desktop System*) izravno s radnog mjesta s računalom. EDV-Länderbericht Rheinland-Pfalz, Stand Juni 2012. http://www.justiz.de/BLK/laenderberichte/rheinland_pfalz.pdf (17. travnja 2013.).

bila je posvemašnja pokrajinska različitost, neujednačenost i nejedinstvenost elektroničkog pravnog prometa u cijeloj Njemačkoj. Korijeni tih problema sežu u § 130.a, st. 2. dZPO-a kojim je propisano da Savezna vlada i pokrajinske vlade za njihovo područje uredbom određuju vrijeme od kojeg će se isprava moći podnijeti u elektroničkom obliku i oblik prikladan za njezinu obradu. Pokrajinske vlade mogu svoje ovlasti prenijeti pokrajinskim sudskim upravama. Dopusštenost elektroničkog oblika može se ograničiti samo na pojedine sudove ili pojedine postupke. U skladu s tim, na portalu pravosuđa nalazi se lista mjesta, telefonskih brojeva i e-adresa osoba za kontakt u sudovima različitih njemačkih pokrajina kao i tehničkih podataka koji su dostupni za svakoga.⁶⁰

Važnom zaprekom u široj primjeni videokonferencije smatra se i odredba § 128.a, st. 1. i 2. dZPO-a prema kojoj je za provedbu videorasprave ili videosaslušanja nužna suglasnost stranaka u postupku.⁶¹ Tako, primjerice, u slučaju da se tuženik ne suglasi s primjenom videokonferencije koju je predložio tužitelj koji je spriječen doći pravovremeno na ročište (zbog velike udaljenosti, bolesti i sl.), do njezine primjene neće doći neovisno o tome što bi sud (da suglasnost stranaka nije potrebna) njezinu primjenu odobrio. Drugačije je u Austriji koja primjenu videokonferencije nije vezala uz suglasnost stranaka i koja bilježi velik uspjeh u primjeni videokonferencije u sudskim postupcima uopće pa i u parničnom postupku.⁶²

2.3.2. Nedovoljna tehnička opremljenost i financijska ulaganja

Popis pokrajinskih sudova u kojima je videokonferencija u Njemačkoj moguća, osim što otkriva velike pokrajinske razlike, upućuje i na nedovoljnu rasprostranjenost videokonferencijske tehnike. Tako korištenje tehničke opreme

⁶⁰ Usp. http://www.justiz.de/verzeichnis/zwi_videokonferenz/videokonferenzenanlagen.pdf (17. travnja 2013.). Popis odražava značajne pokrajinske razlike u odnosu na broj sudova koji raspolažu videokonferencijskom tehnikom, osobe za kontakt i sl.

⁶¹ Obrazloženje Nacrta Zakona o intenziviranju primjene videokonferencijske tehnika u sudskim i državnoodvjetničkim postupcima, *op. cit.* u bilj. 9, str. 1.

⁶² Prema § 277. öZPO-a primjena videokonferencije ograničena je samo na izvođenje dokaza saslušanjem, a sud odluku donosi prema vlastitoj procjeni na zahtjev stranaka (vidi bilj. 17). Dobru prihvaćenost videokonferencije pokazuje neprestan porast broja održanih videokonferencija. Tako je 2011. održano više od 2000 videokonferencija, <http://www.justiz.gv.at> (18. travnja 2013.).

za videokonferenciju u nekim pokrajinama uopće nije moguće, u drugima je moguće samo pri višim sudovima, a tek u rijetkima je moguće i pri prvostupanjskim sudovima.⁶³ Iz odredaba § 128.a dZPO-a ne proizlazi da su sudovi obvezni osigurati određenu tehničku opremu kako bi se videokonferencija mogla provesti.⁶⁴

Troškovi nabave tehničke opreme za videokonferenciju procjenjuju se od 5.000 do 12.000 eura po pojedinačnom uređaju.⁶⁵ Sudovi određene sudbenosti trebali bi svoje videokonferencijske uređaje staviti na raspolaganje sudovima drugih sudbenosti, a to bi bili obvezatni i okviru pružanja pravne pomoći. Konačno, postoji i mogućnost iznajmljivanja videokonferencijske tehnike.⁶⁶ Pojedini autori preispituju opravdanost visokih troškova tehničke opreme za videokonferenciju u odnosu na njezino relativno rijetko korištenje.⁶⁷ Unatoč tomu, neki komparativni modeli pokazuju da je ostvarivanje ušteta realno i moguće te, u skladu s tim, planiraju daljnje korake u primjeni videokonferencije.^{68 69}

⁶³ Primjerice, pokrajine Bremen, Thüringen i Mecklenburg-Vorpommern uopće nemaju nikakvih podataka (treba pretpostaviti da ne postoje nikakvi tehnički preduvjeti). Za pokrajinu Mecklenburg-Vorpommern je ipak dana e-adresa osobe za kontakt kojoj se zainteresirane osobe mogu obratiti. U većini pokrajina videokonferencijskom tehnikom raspolažu viši sudovi (Berlin, Brandenburg, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein). Najveći broj prvostupanjskih sudova koji raspolažu videokonferencijskom tehnikom je u pokrajini Saarland (10), znatno manji broj imaju ostale pokrajine Baden-Württemberg (3), Bayern (3), Hessen (3), Niedersachsen (2), Nordrhein-Westfalen (3), http://www.justiz.de/verzeichnis/zwi_videokonferenz/video-konferenzenanlagen.pdf (18. travnja 2013.).

⁶⁴ Zöller, Greger, *op. cit.* u bilj. 20, str. 636.

⁶⁵ Obrazloženje Nacrta Zakona ..., *op. cit.* u bilj. 9, str. 3.

⁶⁶ Glunz, *op. cit.* u bilj. 49, str. 45.

⁶⁷ Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 157.

⁶⁸ U Austriji se 2002. korištenjem 11 videokonferencijskih jedinica u kaznenim ustanovama ostvarila ušteta od 100.000 eura. Posljedica toga bila je da je prošireno područje primjene videokonferencije u pružanju pravne pomoći. Primjerice, umjesto da svjedoka saslušati zamoljeni sudac, saslušati će ga sudac videokonferencijskom vezom. Osim toga, financijske uštete mogu se ostvariti time što otpada potreba da se svjedoku naknađuju troškovi. Konačno, omogućava se brža provedba postupka. U Austriji je moguće videokonferencijsko uključivanje vještaka i tumača u raspravu, a saslušanje od strane zamoljenog suca je od 2011. moguće samo iznimno, <http://www.justiz.gv.at> (18. travnja 2013.).

⁶⁹ Za zakazivanje videokonferencijskog saslušanja suci mogu pravosudnim intranetom (zastvorena mreža registriranih korisnika u pravosuđu) rezervirati prostorije za održavanje videokonferencije. To omogućava rezerviranje svih prostorija za konferenciju unaprijed,

3. NACRT ZAKONA O INTENZIVIRANJU PRIMJENE VIDEOKONFERENCIJE U SUDSKIM POSTUPCIMA

Nedovoljna afirmacija videokonferencije u sudskim postupcima utjecala je na reformska nastojanja njemačkog zakonodavca u cilju otklanjanja mogućih prepreka za njezinu primjenu. Prema Nacrtu Zakona o intenziviranju primjene videokonferencijske tehnike u sudskim i državnoodvjetničkim postupcima kao osnovni uzroci slabe primjene videokonferencije ističu se loša tehnička opremljenost sudova, pravosudnih tijela i odvjetničkih ureda te postojanje suglasnosti sudionika u postupku kao pretpostavke za njezinu primjenu. Napominje se da prednosti primjene videokonferencije nisu iskorištene iako bi odvjetnicima i strankama ona mogla omogućiti sudjelovanje u postupku iz vlastitih ureda ili drugih mjesta opremljenih odgovarajućom tehničkom opremom. Vremenske uštede bi strankama u postupku i sudovima omogućavale lakše određivanje ročišta za raspravu kojima bi se utjecalo na ubrzanje postupka i povećanje produktivnosti.⁷⁰

Nacrt Zakona u dijelu kojim se mijenjaju odredbe dZPO-a⁷¹ propisuje da sud može na zahtjev odlučiti o primjeni videokonferencije, čime otklanja pretpostavku kojom se za primjenu videokonferencije propisivala prethodna suglasnost stranaka.⁷² Osim toga, predviđa se da snimanje (slikovno i tonsko)

pri čemu osobe koje su uključene automatski e-poštom dobivaju potvrdu rezervacije i relevantne informacije. Trenutno se ispituju zakonske i infrastrukturne pretpostavke za proširenje primjene videokonferencijske tehnologije na rasprave (primjerice na zastupničke stranaka). Schneider, M., *E-Justiz in Österreich – Umsetzung der IT-Strategie*, EDV-Gerichtstag Saarbrücken, 2010., str. 27.

⁷⁰ Obrazloženje Nacrta Zakona ..., *op. cit.* u bilj. 9, str. 1.

⁷¹ Nacrtom Zakona predviđena je promjena odredaba drugih zakona, prije svega Zakona o ustrojstvu sudova (Gerichtsverfassungsgesetz idF der Bekanntmachung od 9. 5. 1975., BGBl, I, str. 1077, dalje u tekstu: GVG), Zakonika o financijskim sudovima (Finanzgerichtsordnung idF der Bekanntmachung od 28. 3. 2001., BGBl, I, str. 442, 2262, 2002, I, str. 679, dalje u tekstu: FGO), Zakonika o upravnim sudovima (Verwaltungsgerichtsordnung idF der Bekanntmachung od 19. 3. 1991., BGBl, I, str. 686, dalje u tekstu: VwGO), Zakona o socijalnim sudovima (Sozialgerichtsgesetz idF der Bekanntmachung od 23. 9. 1975., BGBl, I, str. 2535, dalje u tekstu: SGG), Zakonika o kaznenom postupku (StPO), Zakona o kaznenim ustanovama (Strafvollzugsgesetz od 16. 3. 1976., BGBl, I, str. 581, 2088, 1977., I, str. 436).

⁷² Tako se umjesto formulacije § 128.a, st. 1. i 2. dZPO-a koja glasi “uz suglasnost stranaka sud može na zahtjev ...odrediti ...” u Nacrtu Zakona u § 128.a, st. 1. i 2. dZPO-a koristi formulacija “Sud može na zahtjev ...odrediti ...”.

videokonferencije može biti iznimno dopušteno ako bi postojala opasnost da svjedok, vještak ili stranka na kasnijem ročištu za raspravu neće moći biti saslušani, a snimanje je potrebno radi utvrđivanja činjeničnog stanja (§ 128.a, st. 3. Nacrta Zakona).

Izmjene GVG-a odnose se na mogućnost suda da dopusti slikovno i tonsko uključanje tumača tijekom rasprave i saslušanja u svim sudskim i državnoodvjetničkim postupcima (novi § 185., st. 1.a).

Konačno, s aspekta parničnog postupka važne su izmjene koje se odnose na propise o troškovima. Tako bi se izmjenom propisa o troškovima trebalo omogućiti obračunavanje primjene videokonferencije kao troška postupka. Prema Nacrtu Zakona predviđaju se fiksno utvrđeni paušali u iznosu od 15 eura za svakih započetih pola sata videokonferencije kojim bi se trebali pokriti troškovi rada pravosudnih tijela zbog korištenja osoblja i troškova nastalih zbog uspostavljanja veza.

4. VIDEOKONFERENCIJA I PROCESNA NAČELA

Jedno od vrlo zanimljivih pitanja koja se vezuju uz primjenu videokonferencije u parničnom postupku jest utječe li njezina primjena na pojedina procesna načela, odnosno mijenja li se primjenom videokonferencije parnični postupak i u kojoj je mjeri njegovo preoblikovanje (ako to uopće jest) moguće i dopušteno. Naime, unatoč tomu što su granice primjene videokonferencijske tehnike uređene dZPO-om, odnos s nekim drugim procesnim načelima time nije određen, stoga će u pokušaju rješenja ovoga problema, osim doktrine, važnu ulogu imati i sudska praksa. Najčešća načela koja se s tim problemom dovode u vezu su načelo usmenosti, neposrednosti i javnosti parničnog postupka.

4.1. Načelo usmenosti

Povijesno promatrano, načelo usmenosti razvijalo se kao predodžba o zajedničkom usmenom raspravljanju uz fizičku prisutnost sudionika i kao takvo je bilo prihvaćeno u dZPO-u.⁷³ Međutim, razvoj tehnologije ipak je neminovno utjecao i na parnični postupak. Omogućavanjem uključanja stranaka, puno-

⁷³ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 138.

moćnika ili pomoćnika u parnični postupak kao i omogućavanjem slikovnog i tonskog prijenosa uključenja svjedoka i vještaka odstupilo se od zahtjeva fizičke prisutnosti osoba koje u postupku raspravljaju ili se saslušavaju. Tako je u obrazloženju Zakona o usklađivanju s propisima forme istaknuto da je § 128.a, st. 1., prema kojem stranke mogu usmeno raspravljati, prekršen u interesu procesne ekonomije.⁷⁴ Ipak, smatra se da se pritom mislilo na načelo neposrednosti.⁷⁵

Dvojbeno je odnosi li se usmenost samo na usmeno raspravljanje stranaka prema § 128.a, st. 1. i/ili § 128.a, st. 2. dZPO-a. Pojedini autori načelo usmenosti ograničavaju samo na § 128.a, st. 1., odnosno na raspravljanje stranaka pred sudom i s tim u svezi potrebu fizičke prisutnosti stranaka.⁷⁶ Čini se da taj problem treba razmatrati ovisno o tome na koji se način definira usmenost rasprave. Naime, usmenost rasprave može se definirati u užem i širem smislu. U užem smislu usmenost rasprave obuhvaća podnošenje zahtjeva, iznošenje činjeničnog stanja i razjašnjenje spora od strane stranaka pred sudom. U širem smislu pod pojmom usmene rasprave shvaća se ukupna rasprava pravnog spora između stranaka i suda na ročištu, zaključno s izvođenjem dokaza i objavom odluke.⁷⁷

Nesporno je da je provedba parničnog postupka primjenom videokonferencije ipak odstupanje od pojedinih zahtjeva na kojima se procesna načela temelje. Međutim, procesna načela, odnosno njihova beziznimna primjena nisu sama sebi svrha. Važnije je u tom smislu je li takvo odstupanje moguće (u pravilu je moguće ako je dopušteno zakonskom odredbom) te je li ono opravdano, odnosno je li svrha koja se tim odstupanjima želi postići važnija od beziznimne primjena tog načela.

Ako ta pravila primijenimo na načelo usmenosti, nedostatak audiovizualnog uključenja ovlaštenih osoba u parnični postupak može biti izostanak njihove stvarne fizičke prisutnosti, time i izostanak neposredne komunikacije sudionika licem u lice. S druge strane, osiguranjem određene kvalitete slikovnog i tonskog prijenosa stječe se dojam prisutnosti te osobe na ročištu te je nesmetana komunikacija s njom moguća. Uzevši u cjelini, čini se da je svrha koja se primjenom videokonferencije omogućava (saslušanje udaljenog svjedoka, uključenje u po-

⁷⁴ BT-Drucksache, 14/6036, str. 119.

⁷⁵ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 139.

⁷⁶ Tako Glunz, *op. cit.* u bilj. 49, str. 291.

⁷⁷ Rosenberg, Gottwald, Schwab, *op. cit.* u bilj. 19, str. 416.

stupak teško bolesnog tužitelja, saslušanje spriječenog vještaka i sl.), inspirirana procesnom ekonomijom, važnija od beziznimnog poštivanja načela usmenosti. Time što se odstupilo od fizičke prisutnosti sudionika u postupku nije se odstupilo od načela usmenosti jer je ono audiovizualnim praćenjem uključenog sudionika ipak omogućeno. Osim toga, prema postojećem zakonskom uređenju primjena videokonferencije ograničena je brojnim pretpostavkama koje moraju biti prethodno ispunjene, ona se zasad još uvijek nije ustalila kao uobičajeni oblik komunikacije sudionika u parničnom postupku. Ona je iznimno pravilo koje uz primjenu određenih tehničkih uređaja služi ostvarivanju ekonomičnosti, bez većeg odstupanja od uobičajene kvalitete načela usmenosti. Stoga se smatra da videokonferencija u parničnom postupku u osnovi nije protivna načelu usmenosti.⁷⁸

4.2. Načelo neposrednosti

Utjecaj videokonferencije na načelo neposrednosti jedno je od doktrinarno najviše raspravljanih tema.⁷⁹ Razloge različitih stajališta autora procesne doktrine treba potražiti, prije svega, u različitom definiranju načela neposrednosti, odnosno razlikovanja formalne i materijalne neposrednosti i njezina značenja u parničnom postupku.

Načelo neposrednosti u parničnom postupku vezuje se uz § 128., st. 1. dZPO-a⁸⁰ i § 355., st. 1., reč. 1. dZPO-a.⁸¹ Dok se prva zakonska odredba odnosi na neposrednost raspravljanja (*Verhandlungsunmittelbarkeit*), druga se odnosi na neposrednost dokazivanja (*Beweisunmittelbarkeit*). Smatra se da se načelo neposrednosti treba shvaćati dvojako, s obzirom na odluku i s obzirom na usmeno raspravljanje i dokazivanje. Neposrednost u odnosu na odluku znači da odluku može donijeti samo sudac koji je tijekom cijelog postupka bio prisutan na raspra-

⁷⁸ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 142; Glunz, *op. cit.* u bilj. 49, str. 294.

⁷⁹ Bachmann, G., *Allgemeines Prozessrecht. Eine kritische Untersuchung am Beispiel von Videovernehmung und Unmittelbarkeitsgrundsatz*, Zeitschrift für Prozessrecht, vol. 118, br. 2, 2005., str. 133 – 159; Völmann-Stickelbrock, B., *Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteipflicht – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente Zivilprozesses*, Zeitschrift für Zivilprozess, vol. 118, br. 3, 2005., str. 359 - 384.

⁸⁰ Stranke usmeno raspravljaju o pravnom sporu pred sudom pred kojim se provodi rasprava (§ 128., st. 1. dZPO-a).

⁸¹ Postupak dokazivanja se provodi pred procesnim sudom (§ 355., st. 1., reč. 1. dZPO-a).

vi. S druge strane, neposrednost u odnosu na usmenu raspravu i dokazivanje znači da se rasprava i dokazivanje neposredno provode pred sudom tako da između suda i izvora informacija nema posrednika. Nesporno je da je u tom slučaju riječ o formalnoj neposrednosti koja prema procesnopravnoj doktrini postoji u parničnom postupku.⁸²

Nasuprot tomu, smatra se da materijalna neposrednost, kako se ona poima u kaznenom postupku, u smislu da sud po službenoj dužnosti prilikom izvođenja i odabira dokaza prednost treba dati onim dokaznim sredstvima koja su neposrednija, odnosno čija je dokazna vrijednost veća, ne postoji u parničnom postupku. To stajalište obrazlaže se vrijednošću i primjenom pojedinih načela u različitim sudskim postupcima. Tako je sud u kaznenom postupku zbog primjene istražnog načela ovlašten izvoditi i one dokaze koje stranke nisu predložile pa u skladu s tim primjenjivati i načelo materijalne neposrednosti. U građanskom parničnom postupku ovlasti suda su zbog primjene raspravnog načela sužene, on se može kretati samo u granicama dokaza koje su predložile stranke. Zbog toga je stajalište njemačke procesne doktrine da se načelo materijalne neposrednosti u parničnom postupku ne primjenjuje.⁸³

Doktrinarna stajališta o utjecaju primjene videokonferencije na načelo neposrednosti obuhvaćaju različite ideje autora o tome na koji način pristupiti tom problemu (ako to on uopće jest!). Najzastupljenije je stajalište da primjena videokonferencije u parničnom postupku ne ugrožava načelo formalne neposrednosti. Tako Nissen, temeljeći svoje teze na Pantleovim razlikovanju personalnog i stvarnog posrednika, smatra da primjena videokonferencije u parničnom postupku ne znači uključenje "personalnog sredstva" (osobe posrednika) u spoznajnom procesu suda, nego da je riječ o "stvarnom sredstvu" posredstvom kojeg se sudu omogućava spoznaja osobe koja iskazuje, a koju se slikovnim i tonskim prijenosom može vidjeti i čuti. On ističe da se samim tim što se u spoznajnom prijenosu koriste tehnička pomagala, usmena rasprava, odnosno dokazivanje se ne mogu smatrati formalno posrednim.⁸⁴

Slične su ideje Völmann-Stickelbrock koja § 128.a dZPO-a ne vidi kao povredu već kao poseban oblik izvođenja dokaza. Iznoseći stajališta autora koji

⁸² Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 143; Stadler, *op. cit.* u bilj. 33, str. 440; Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 159.

⁸³ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 146; Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 159; Völmann-Sticklebrock, *op. cit.* u bilj. 79, str. 367.

⁸⁴ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 147 - 148.

smatraju da je primjenom videokonferencije u parničnom postupku očuvano načelo formalne neposrednosti prema § 355. dZPO-a⁸⁵ i onih koji smatraju da neposrednost izvođenja dokaza može biti sačuvana samo ako je osigurana nužna istovremena fizička prisutnost suca i dokaznih sredstava na mjestu na kojem treba uslijediti izvođenje dokaza⁸⁶, ističe da se za izvođenje dokaza prema § 355. dZPO-a traži samo da se dokazivanje provodi pred procesnim sudom. Smatra da zbog toga treba postaviti pitanje je li pri slikovnom i tonskom prijenosu nužna fizička prisutnost stranaka i dokaznih sredstava. Osim toga, konstatira da i u slučaju provedbe videokonferencije sud može steći osobni dojam o dokaznom sredstvu, bez posredovanja treće osobe. Zaključno iznosi stajalište da to što svjedoci nisu fizički prisutni, nego ih se može pratiti na zaslonu pa se ponašanje osobe koja iskazuje ne može tako dobro prosuđivati, nije povreda načela neposrednosti, nego je znatno problematičnije je li takvo izvođenje dokaza povezano s gubitkom kvalitete u odnosu na osobno ispitivanje.⁸⁷

Holin neposrednost promatra kroz prizmu §§ 309. i 310. dZPO-a, odnosno prema tome je li u donošenju odluke sudjelovao sudac koji je raspravu provodio i koja je vremenski donesena neposredno nakon zaključenja glavne rasprave. U svezi s tim ističe da obveza suca koji je proveo postupak da donese odluku nije povrijeđena dopuštenjem videokonferencije jer se ona provodi samo u odsustvu stranke, a ne suca. Smatra da s obzirom na to da videokonferencija omogućava da se dokazivanje provede bez sudjelovanja posrednika (npr., zamoljenog suca) ona ne ugrožava načelo neposrednosti, već da ga, dapače, unapređuje.⁸⁸

Nešto drugačiji je pristup Glunza koji smatra da videokonferencija prema §§ 128., st. 1. i 355. dZPO-a nije neposredna jer su se stranke pristankom na njezinu primjenu odrekle primjene toga načela. Posljedica toga može biti da će sud nedostatak neposrednosti uzeti u obzir prilikom donošenja odluke o dopuštanju videokonferencije, ali i ne mora. S obzirom na to predstavnicima u biti pravilnog stajališta da formalna neposrednost u videokonferenciji nije očuvana moglo bi se prigovoriti da bi se moglo dogoditi da se videokonferencija neće provesti zbog nedostatka neposrednosti ako bi neposredan osobni dojam o osobi koja iskazuje bio odlučan. Prema Glunzu dvostruki prigovor mogao bi se

⁸⁵ Stadler, *op. cit.* u bilj. 33, str. 440.

⁸⁶ Stein, Jonas, Berger, *ZPO*, § 355, br. 10. u: Völmann-Sticklebrock, *op. cit.* u bilj. 79, str. 372.

⁸⁷ Völmann-Sticklebrock, *op. cit.* u bilj. 79, str. 372.

⁸⁸ Holin, *op. cit.* u bilj. 2, str. 159.

uputiti onim autorima koji smatraju da formalna neposrednost videokonferencijom nije ugrožena zajedno s načelom neposrednosti, ali istovremeno priznaju da određene restrikcije nastupaju prilikom videodokazivanja.⁸⁹

4.3. Načelo javnosti

Svrha načela javnosti postulirana u § 169. GVG-a, prema kojem je rasprava pred sudom uključujući i objavu presuda i rješenja javna, usmjerena je na osiguranje nesmetane mogućnosti prisustvovanja raspravljanju pred sudom neograničenu broju osoba koje unaprijed nisu individualno određene⁹⁰ i praćenje tijeka postupka u svrhu kontrole postupanja sudova. S obzirom na to da se u slučaju primjene videokonferencije rasprava održava u pravilu pred sudovima, pri čemu su neke osobe ovlaštene uključiti se u postupak slikovnim i tonskim prijenosom, osnovno pitanje koje se u svezi s primjenom načela javnosti i videokonferencije javlja je treba li javnost biti prisutna na objema lokacijama, u sudnici i na mjestu s kojeg se ovlaštena osoba uključuje u parnični postupak. O pravu osoba koje su u sudnici prisutne na nesmetano audiovizualno praćenje bilo je riječi već u okviru pravila o provedbi videokonferencije⁹¹, stoga, da kratko rezimiramo prezentirano, praćenje tijeka postupka osobama prisutnim u sudnici kao promatračima ograničeno je uobičajenim ograničenjima kojima su izložene i osobe koje prate tijek postupka u kojem su fizički prisutne sve osobe koje u postupku sudjeluju. Tako ne postoji dužnost da se u slučaju videokonferencije prisutnim građanima osigura i audiovizualno praćenje tijeka postupka jer ono i pri uobičajenom tijeku stvari može biti podložno određenim vizualnim ograničenjima (npr., mjestu gdje sjedi) tako da će biti dovoljno osigurati tonsko praćenje uključena ovlaštene osobe.

S obzirom na to da se javnost prema § 169., reč. 1. GVG-a odnosi na javnost rasprave pred sudom, postulirano načelo javnosti ne odnosi se i na javnost nekog drugog mjesta s kojeg se ovlaštene osobe putem videokonferencije uključuju u postupak. Dapače, § 169., reč. 2. GVG-a određuje da su televizijski i radijski prijenos kao i tonsko i filmsko snimanje javne rasprave ili javna objava njezina sadržaja nedopušteni pa bi se ta odredba mogle shvatiti i tako da je javnost u

⁸⁹ Glunz, *op. cit.* u bilj. 49, str. 304 - 305.

⁹⁰ Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 195.

⁹¹ Vidi *ad* 2.1.2 i 2.2.

tom slučaju nužno isključena. Iako njemački Savezni ustavni sud u svezi s § 169., reč. 2. GVG-a smatra da se to pravilo odnosi na medijsku javnost (*Medienöffentlichkeit*), a ne na javnost prostora u kojem se rasprava održava (*Saalöffentlichkeit*)⁹², osobe koje bi pratile tijekom rasprave s nekog drugog mjesta, a ne u sudnici, zapravo bi značile proširenje kruga osoba koje se nalaze u prostoru u kojem se rasprava održava.

Ipak, ostvarenje mogućnosti da na mjestu s kojeg se ovlaštena osoba audiovizualnim prijenosom uključuje u postupak sudjeluje publika koja treba pratiti tijekom rasprave u svrhu osiguranja javnosti ne samo prostora u kojem se rasprava odvija nego i javnosti tog drugog mjesta mogu spriječiti različiti razlozi. Primjerice, na tom drugom mjestu sud nema mogućnost kontrole nesmetana tijekom ročišta. Moguće da je predstavnici medija pokušaju taj nedostatak iskoristiti radi pribavljanja snimljenog materijala koji inače, u sudnici, ne bi mogli pribaviti. Sud bi morao posebnu pažnju posvetiti i publici koja se nalazi na nekom drugom mjestu kako ne bi utjecala na iskaze osoba koje se saslušavaju šaptanjem ili na neki drugi način. Međutim, smatra se da je najveća smetnja za sudjelovanje publike na nekom drugom mjestu s kojeg se ovlaštena osoba može audiovizualnim prijenosom uključiti u parnični postupak nepovredivost doma. Naime, sudjelovanje publike u tom smislu ovisilo bi o tome bi li osoba ovlaštena na audiovizualno uključanje u postupak s nekog drugog mjesta bila spremna drugim osobama dopustiti da budu prisutne na tom mjestu. Smatra se da općenita odluka suda kojom bi se zabranilo sudjelovanje publike na nekom drugom mjestu nije dopuštena jer bi se time *a priori* utjecalo na slobodnu odluku suda koji je ovlašten odlučivati o tome kako će se uključanje tonskim i slikovnim prijenosom ovlaštenih osoba u parnični postupak provesti, ona bi djelovala ograničavajuće na slobodnu ocjenu suda (*ermessensreduzierend*). S druge strane, ako se u prostoru s kojeg se neka osoba uključuje u parnični postupak nalazi publika, sud može, u slučaju da je to neophodno, prekinuti postupak.⁹³

Slijedom navedenog treba konstatirati da unatoč nešto drugačijem perceptivnom doživljaju i mogućnostima praćenja tijekom parničnog postupka, osnovni postulati načela javnosti nisu povrijeđeni. Naime, javnost je i nadalje prisutna u sudnici i omogućeno joj je praćenje tijekom postupka i rada suda. Što se pak prisutnosti publike s mjesta s kojeg se ovlaštena osoba tonskim i slikovnim prijenosom uključuje u postupak tiče, ono je ograničeno u mjeri nužnoj za

⁹² NJW, 2001., 1633 (1635).

⁹³ Nissen, *op. cit.* u bilj. 10, str. 158 - 162.

osiguranje nesmetana tijeka postupka i poštivanja prava nepovredivosti doma, pri čemu će konačnu odluku o tome donijeti sud koji je uključen u postupak primjenom videokonferencije i dopustio.

5. VIDEOKONFERENCIJA U HRVATSKOJ *DE LEGE FERENDA*

Njemačka iskustva u primjeni videokonferencije u parničnom postupku upozoravaju na moguće probleme koji mogu biti uzrokovani odabirom određenog normativnog rješenja. S obzirom na to da se u Njemačkoj radi poticanja primjene videokonferencije u sudskim postupcima predlaže odstupanje od prvotnog uređenja propisanog § 128.a dZPO-a, osobito napuštanje rješenje prema kojem je potrebno da se sudionici postupka suglase s primjenom videokonferencije, a koje se pokazalo kao svojevrсна zapreka za njezinu širu primjenu, hrvatska bi rješenja svakako trebala voditi računa o tome. Drugi aspekti poput tehničke opremljenosti i troškova financiranja određeni su mogućnostima svake zemlje ponaosob i nisu nužno (iako mogu biti) odraz odabranog zakonskog okvira, nego su više određeni pravno-političkim ciljevima. U tom je smislu zanimljivo pitanje bi li Hrvatska mogla učiniti određene korake u pravcu primjene videokonferencije u parničnom postupku.

Polazeći od općih okvira primjene informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku, u Hrvatskoj su Zakonom o parničnom postupku⁹⁴ normativno osigurane pretpostavke za tonsko snimanje⁹⁵ i elektroničku komunikaciju u postupku pred trgovačkim sudovima⁹⁶, propisana je i mogućnost da sud može strankama naložiti da jedna drugoj izravno upućuju pismena elektroničkim putem⁹⁷ te su određene pretpostavke za primjenu e-oglasne ploče sudova.⁹⁸ Osim toga, u hrvatskim je sudovima u primjeni e-spis⁹⁹ koji je

⁹⁴ Zakon o parničnom postupku (Narodne novine, br. 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/3, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 124/08, 57/11, 148/11, 25/13, dalje u tekstu: ZPP).

⁹⁵ Čl. 126.a – 126.c ZPP-a.

⁹⁶ Čl. 492.a - 492.d ZPP-a.

⁹⁷ Čl. 499., st. 1. ZPP-a.

⁹⁸ Čl. 335., st. 10. ZPP-a.

⁹⁹ E-spis je informacijsko-komunikacijski sustav koji ne uključuje mogućnost komunikacije i zaprimanje podnesaka u elektroničkom obliku od strane “vanjskih” sudionika u postupku, a sve odluke i pismena koji se kreiraju na samom sudu pohranjuju se u elektroničkom obliku u sustav. To ga na određeni način čini nekom vrstom hibridnog sustava

detaljnije uređen Sudskim poslovníkom.¹⁰⁰ Primjena videokonferencije u Hrvatskoj moguća je prema pravilima Zakona o kaznenom postupku iz 2008.,¹⁰¹ a primjenjivala se i prema Zakonu o kaznenom postupku iz 1997. od stupanja na snagu posljednje Novele toga Zakona.¹⁰² U skladu s tim, treba istaknuti da primjena informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku u Hrvatskoj nije apsolutna nepoznanica iako navedena normativna rješenja uglavnom još nisu doživjela svoju verifikaciju u praksi. S druge strane, čini se da su iskustva sudova u primjeni videokonferencije u kaznenom postupku u Hrvatskoj već dulje vrijeme vrlo dobra.¹⁰³

U prilog tom stajalištu je da je ZKP iz 2008. preuzeo odredbe ZKP-a iz 1997. o primjeni audiovideokonferencije i snimanju audiovideouređajem. Naime, ZKP iz 2008. višestruko propisuje snimanje audiovideouređajem¹⁰⁴ i ostvarivanje komunikacije audiovideokonferencijom¹⁰⁵, zbog čega bi sudovi u kaznenom po-

za praćenje sudskih spisa ili eng. *case tracking system*, koji čini samo dio cjelovitog sustava za upravljanje sudskim spisima. Lisičar, H., *Mogućnosti uporabe elektroničke isprave i elektroničkih dokumenata u parničnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 60, br. 3, 2010., str. 1407.

¹⁰⁰ E-spis je jedinstveni informatički sustav za upravljanje sudskim predmetima koji se sastoji od standardne aplikacije, računalne i telekomunikacijske opreme i infrastrukture, sistemske programske opreme i alata te svih podataka koji se tim sustavom unose, pohranjuju i prenose iz svih vrsta upisnika i na svim vrstama te razinama sudova (čl. 3., st. 1. Sudskog poslovníka, Narodne novine, br. 158/09, 3/11, 34/11, 100/11, 123/11, 1387/11, 38/12, 111/12, 39/13 i 48/13, dalje u tekstu: SP).

¹⁰¹ Zakon o kaznenom postupku (Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, dalje u tekstu: ZKP/08). Primjena audiovideokonferencije uređena je u okviru odredaba o pravnoj pomoći (čl. 192 - 194) koje sadrže i odredbe o telefonskoj konferenciji.

¹⁰² Zakon o kaznenom postupku iz 1997. (Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 115/06., dalje u tekstu: ZKP/97). Odredbe o audiovideokonferenciji u tekst ZKP/97 unesene su Novelom iz 2006. (Narodne novine, br. 115/06).

¹⁰³ Kos, D., *Mogućnost korištenja videokonferencijske veze u tzv. prekograničnim svjedočenjima*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, 2006., http://www.vsrh.hr/CustomerPages/Static/HRV/Files/DKos_Mogucnost-koristenja-videokonferencijske-veze-svjedocjenja_2006.pdf (30. travnja 2013.).

¹⁰⁴ Prvo ispitivanje okrivljenika snima se uređajem za audiovideosnimanje. Uređajem rukuje stručna osoba. Daljnja ispitivanja se mogu snimati prema odluci tijela koje provodi ispitivanje (čl. 275., st. 2. ZKP/08).

¹⁰⁵ Svjedoci koji se zbog starosti, zdravstvenog stanja, tjelesnih mana ili duševnog stanja ne mogu odazvati pozivu mogu se ispitati u svojem stanu ili drugom prostoru u kojem bo-

stupku trebali raspolagati određenom audiovideotehnikom.¹⁰⁶ Stoga bi svakako bilo zanimljivo pitanje bi li kazneni sudovi u okviru pravne pomoći bili dužni pružiti pravnu pomoć građanskim sudovima ustupanjem tehničke opreme za audiovizualni prijenos. Prethodno bi, naravno, trebalo osigurati dopuštenost videokonferencije u parničnom postupku pravilima ZPP-a. Prilikom uređivanja primjene videokonferencije u parničnom postupku prvotno bi trebalo razmisliti o tome bi li se ona koristila samo u svrhu dokazivanja ili i u svrhu uključenja stranaka u parnični postupak. Postupnosti primjene moderne tehnologije u parničnom postupku odgovarala bi opcija prema kojoj bi videokonferenciju svakako trebalo omogućiti za saslušanje (svjedoka, stranaka, vještaka). To bi pravilo bilo u skladu s već iznesenim komparativnim iskustvima.¹⁰⁷ Osim toga, primjenu videokonferencije ne bi se trebalo uvjetovati suglasnošću stranaka, nego bi odluku o tome trebao donositi sud.

Ovisno o tome na koji je način tehnička oprema sudovima stavljena na raspolaganje (fiksna oprema instalirana u jednoj prostoriji iz koje se ostvaruje videokonferencija ili prijenosna oprema u sudnicama) čini se da su vrlo korisna i ekonomična austrijska rješenja prema kojima bi u okviru unutarne komunikacije sudova postojala mogućnost unaprijed osigurati (rezervirati) prostoriju ili tehničku opremu za potrebe provedbe videokonferencije. Osim ekonomičnosti, ta rješenja idu u prilog većoj iskorištenosti tehničke infrastrukture kojom sudovi raspolažu, čime se otvara mogućnost za njezinu proširenu primjenu.

Svakako, prilikom uređenja primjene videokonferencije trebalo bi voditi računa o tome da izabrani model bude poticaj za njezinu daljnju primjenu, ne smetnja ili zapreka. O tehničkoj provedivosti i jednostavnosti njezine primjene mogla bi ovisiti i učestalost njezina korištenja. Eventualne detalje tehničke provedbe trebalo bi urediti odgovarajućim pravilima po uzoru na već spomenuti Pravilnik.¹⁰⁸

rave. Te se svjedoke može ispitati putem audiovideouređaja kojima rukuje stručna osoba (čl. 292., st. 3. ZKP/08).

¹⁰⁶ Pravilnik o snimanju dokazne ili druge radnje u prethodnom i kaznenom postupku (Narodne novine, br. 92/09, 15/10, 120/11, dalje u tekstu: Pravilnik).

¹⁰⁷ Austrijsko i japansko rješenje vidi u bilj. 16 i 17.

¹⁰⁸ Vidi bilj. 106.

6. ZAKLJUČAK

Primjena videokonferencije u parničnom postupku u Njemačkoj bremenita je poteškoćama koje su na normativnoj razini rezultat posvemašnje pokrajinske šarolikosti općih rješenja za primjenu elektroničkog medija u parnici, a time i jedna od prepreka za videokonferenciju. Iako je dZPO u § 128.a propisao primjenu videokonferencije u parničnom postupku, odabrano zakonsko rješenje koje slikovni i tonski prijenos vezuje uz prethodnu suglasnost stranaka ograničilo je njezinu širu primjenu. Pored toga, primjenu videokonferencije kao i primjenu drugih oblika informacijsko-komunikacijske tehnologije kao da je zakočio oprez njemačke procesne doktrine te time utjecao na nepovjerenje i suzdržanost sudske prakse. Nedovoljna raspoloživost tehničkih uređaja za potrebe videokonferencije povezana s financijskim poteškoćama i slaba prihvaćenost i iskorištenost postojećih kapaciteta dodatno su doprinijeli slabim ili gotovo nikakvim rezultatima primjene videokonferencije u parničnom postupku. U takvim se okolnostima kao jedina opcija za poticanje, odnosno intenziviranje primjene videokonferencijske tehnike vidi izmjena postojećeg zakonskog rješenja. Međutim, sam zakonodavni okvir nije jedini element o kojem ovisi uspješnost primjene videotehnike pa će odgovarajuće mjere poticaja trebati osigurati i na širem financijskom, tehničkom i organizacijskom planu. U primjeni informacijsko-komunikacijske tehnologije u parničnom postupku Hrvatska je u provedbenom smislu na samom početku. Kako su normativne pretpostavke za provedbu prvih elektronifikacijskih koraka već osigurane odredbama ZPP-a i s obzirom na vrlo dobre rezultate ostvarene u kaznenom postupku, *de lege ferenda* trebalo bi se razmisliti o mogućnostima uvođenja videokonferencije i u hrvatsko parnično procesno pravo. Pritom se ne bismo trebali libiti preuzeti neke dobre ideje komparativne prakse.

Summary

Aleksandra Maganić*

**VIDEOCONFERENCING IN GERMAN LAW
OF CIVIL PROCEDURE**

The paper deals with the use of videoconferences as a means of communication between a civil court and participants in civil proceeding under German law. National legislation of each country determines when and where the use of videoconferencing is allowed in litigation, and in what form. Germany has established its normative framework for the use of videoconferences in litigation relatively early, but the expected results have not been reached. Therefore, more change in legislation is expected with a view to intensify the use of videoconference technology in court proceedings. The author presents the main features of the German regulation regarding the use of videoconferencing in litigation proceedings, and attempts to find the reasons for the failure of this concept in practice. Main directions of the reform efforts are presented as well. The doctrinal views on the impact of videoconferencing on the application of several procedural principles, in particular the principle of orality, immediacy and publicity, are also discussed. After an analysis of German situation, the author proposes certain legislative interventions in the regulation of videoconferences in Croatian civil procedure.

Keywords: videoconference, litigation, video evidence, video discussion, video hearings, audio and video recording.

* Aleksandra Maganić, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

KOMPARATIVNOPRAVNI OSVRT NA ZAKONE TRIJU DRŽAVA O AUTORSKIM I SRODNIM PRAVIMA

*Prof. dr. sc. em. Krešo Puharić**

U radu se želi komparativnopravnom metodom istražiti što je zajedničko, a u čemu se razlikuju odredbe zakona o autorskom i srodnim pravima Republike Crne Gore, Hrvatske i Slovenije, prije svega u pogledu pravnih norma kojima se osiguravaju imovinska prava autora, bitnih odrednica ugovornog autorskog prava, obilježja uređenja računalnih programa i specifičnosti kolektivnog ostvarivanja autorskih i srodnih prava. Zaključno se daju i određene sugestije de lege ferenda.

Ključne riječi: autorsko pravo, srodna prava, kolektivno ostvarivanje prava.

1. UVOD

U ovom radu želimo ponajprije istražiti reflektiraju li se u zakonima Crne Gore, Hrvatske i Slovenije¹ kojima se uređuje u naslovu našeg priloga spomenuta tematika u okviru pravnih sustava triju spomenutih suverenih država u očekivanoj mjeri odrednice pravne države i vladavine prava, prije svega zbog različite dinamike okončanja procesa postizanja statusa punopravnih članica EU-a i Slovenije kao članice EU-a. Sve se to analizira, prije svega, cjelovitim

* Dr. sc. Krešo Puharić, profesor Ekonomskog fakulteta u Ljubljani, Kardeljeva ploščad 17, Ljubljana; Europskog pravnog fakulteta u Novoj Gorici, Delpinova ulica 18b, Nova Gorica; Fakulteta za državne i europske studije, Predoslje 39, Kranj (Slovenija).

¹ Zakon o autorskom i srodnim pravima, Službeni list (dalje u tekstu Sl. l.) CG, br.1/11, dalje u tekstu: ZCG; Zakon o autorskom i srodnim pravima, pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 167/03, 79/07, 80/11, dalje u tekstu: ZRH; Zakon o avtorski in sorodnih pravica, službeni pročišćeni tekst ZASP-UPB3, Uradni list (dalje u tekstu Ur. l.) RS, br. 16/07, dalje u tekstu: ZASP.

poimanjem značenja analiziranog područja s dvaju gledišta, gledišta ustavnih jamstava² ostvarivanja prava na stvaralaštvo uz osiguravanje materijalnih i moralnih prava uokvirenih u zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te analize značenja dostizanja odgovarajuće razine pravne zaštite spomenutih prava.³

Posebice ćemo se osvrnuti na uređenje ostvarivanja kolektivnih prava i značenje udruga za kolektivno ostvarivanje spomenutih prava⁴ kao posebnog oblika i načina ostvarivanja analiziranih prava.⁵ Ta specifičnost autorskog prava u sustavu prava intelektualnog vlasništva⁶ kao nedvojbeno jednog od najharmoniziranijih pravnih područja⁷ autorima i drugim nositeljima prava omogućava jednostavniji i efektivniji put ostvarivanja prava u masovnom korištenju njihovih radova, a potencijalnim korisnicima omogućava

² V. Ustav Crne gore, Sl. l. CG, br. 1/07, čl. 76., st. 1., 2. kojim se “jamči sloboda naučnog, kulturnog i umjetničkog stvaralaštva (...) i sloboda objavljivanja naučnih i umjetničkih djela, naučnih otkrića i tehničkih izuma, a njihovim stvaraocima moralna i imovinska prava.” Ustav Republike Hrvatske, pročišćeni tekst, Narodne novine, br. 85/10, čl. 69., st. 1., 4. određuje: “Jamči se sloboda znanstvenoga, kulturnog i umjetničkog stvaralaštva. Jamči se zaštita moralnih i materijalnih prava, koja proistječu iz znanstvenoga, kulturnog, umjetničkog, intelektualnog i drugog stvaralaštva.” Ustav Republike Slovenije, Ur. l. RS, br. 33/91 do 68/06, čl. 59. (Svoboda znanosti in umetnosti) i 60. (Pravice iz ustvarjalnosti): “Zagotovljena je svoboda znanstvenega in umetniškega ustvarjanja. Zagotovljeno je varstvo avtorskih in drugih pravic, ki izvirajo iz umetniške, znanstvene, raziskovalne in izumiteljske dejavnosti.”

³ V. Oman, B., *Predpisi o avtorskih in sorodnih pravicah*, Ljubljana, 1995., str. 5.

⁴ V. čl. 146. - 182. ZCG; čl. 154. - 185.c ZRH; čl. 142. - 176. ZASP-a.

⁵ Usp. <http://www.uil-sipo.si/uil/dejavnosti/avtorska-in-sorodne-pravice/kolektivno-upravljanje> (10. 11. 2012.).

⁶ Intelektualno vlasništvo je generički (skupni) naziv suštinski areal kojeg obuhvaća prava industrijskog vlasništva te autorsko i srodna prava kao subjektivnih prava na intelektualnim tvorevinama i u svezi s njima. V. više u: Sporazum o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine (TRIPS), Ur. l. RS, MP, 10/95, posebice tekst preambule i čl. 1. - 9.

⁷ V. više, npr., u Europe agreement between the EC and their member States acting within the framework of the EU, of the one part, and the Republic of Slovenia, of other part. The Agreement with its Annexes, the Protocols, Final Act was published in OG of the RS, br. 44 IA, 13/97. Čl. 68., st. 1.: “Pursuant to the provisions of this Article and Annex X, the Parties confirm the importance that they attach to ensure adequate and effective protection and enforcement of *intellectual, industrial and commercial property rights*.” (istaknuo K. P.).

jednostavniji pristup i pravno korektnu upotrebu mnogobrojnih autorskih tvorevina.^{8 9}

Bit će komparativnopravno analizirana i usklađenost rješenja u nacionalnim pravnim sustavima s odrednicama konvencijskog prava¹⁰, a i bitnim obilježjima i rješenjima iz primarnog i sekundarnog prava EU-a.

Na teritorijima citiranih država bilo je uređenje i zaštita autorskog prava na prostoru poslijeratne Jugoslavije do razdruženja republika od bivše zajedničke države najprije uređeno Zakonom o zaštiti autorskog prava (Službeni list FNRJ, br. 45/46), a zatim Zakonom o autorskom pravu (Službeni list SFRJ, br. 36/57; Službeni list SFRJ, br. 30/68, 19/78, 21/90).¹¹ Potonji je bio preuzet u nabrojenim državama na temelju saveznih zakona iz područja prosvjete i kulture koji su se u njima po raspadu SFRJ primjenjivali kao republički zakoni.¹²

Priprema novih zakona koji su u analiziranim trima državama u različitom vremenskom rasporedu zamijenili Zakon o autorskom pravu (Službeni list SFRJ, br. 30/68, 19/78, 21/90), a koji se, npr., u Hrvatskoj i Sloveniji upotrebljavao kao republički propis, bila je potrebna djelomično i zbog prelaska od društvenog vlasništva na oblike privatnog i državnog vlasništva uvažavajući jasnu poruku odredbe čl. 48., st. 2. Ustava Republike Hrvatske prema kojoj “vlasništvo obvezuje”. Prije svega, prema našem mišljenju, potreba za novim zakonima o autorskom i srodnim pravima u svim je trima suverenim državama bila nedvojbeno zbog nužnosti uređenja odnosa između autorskog prava i prava vlasništva te uvođenja pravnih norma glede novih materijalnih autorskih prava i preciznijih odredaba o računalnim programima i kolektivnom ostvarivanju prava.¹³

⁸ Više o tome: Verilli, A., *Diritto dell' Unione Europea*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2002., str. 223 *sqq.*; Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights i dr.

⁹ Ta pravno važna materija nije bila uređivana odredbama ZAP-a, Sl. l. SFRJ, br. 19/78, 24/86 i 21/90 na potrebnoj razini kakvoće nego samo okvirno, v. čl. 91.

¹⁰ Npr., Bernska konvencija za zaštitu književnih i umjetničkih djela (9. 9. 1886. do 28. 9. 1979.), Svjetska (univerzalna) konvencija o autorskom pravu (24. 7. 1971.) i dr.

¹¹ Vidjeti Spaić, V., *Osnovi građanskog prava*, Sarajevo, 1957., str. 84 *sqq.*; Štempihar, J., *Avtorsko pravo*, Ljubljana, 1960., str. 17 *sqq.*; Janjić, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd, 1973., str. 266 *sqq.*

¹² Vidjeti: Oman, *op. cit.* u bilj. 3, str. 5 *sqq.*; Trampuž, M., *Avtorsko pravo v praksi*, Ljubljana, 1991., str. 16 *sqq.*

¹³ Vidi čl. 208. ZCG, čl. 207. ZRH, čl. 194. ZASP-a.

2. VAŽNIJE RAZLIKE U SUSTAVU, SUŠTINSKIM I NOMOTEHNIČKIM OBILJEŽJIMA ZCG, ZRH I ZASP-a

U okviru ovog poglavlja našeg priloga sumarno ćemo se i komparativnopravno osvrnuti samo na nekoliko odredaba zakona o autorskim i srodnim pravima triju država. Dva su kriterija za tu našu odluku. Ponajprije, razumno limitiran opseg priloga u publikacijama objavljenima uz određene prigodne događaje¹⁴ i pokušaj naglašavanja nekih, prema našem mišljenju, otvorenih nomotehničkih i suštinskih pitanja autorskih i srodnih prava. Uz to ćemo analizirati i neke otvorene dileme u svezi s približavanjem svih triju zakona najnovijem razvoju u okviru odrednica sekundarnih pravnih izvora EU-a.

U sljedećim poglavljima predmetom naše obrade bit će autorskopravni ugovori, posebne odredbe za računalne programe, kolektivno ostvarivanje prava i moguće šire značenje poruka predložene novele ZASP-a.

Glede sustava i broja članaka u zakonodavnim pristupima triju pravnih sustava nema važnijih razlika. Sadržaj pravnih norma ZCG je raspoređen na XII glava i 209 članaka. ZRH ima VIII poglavlja i 208 članaka. ZASP ima deset poglavlja i, prema *ex lege* numeraciji, 194 članaka, ali zbog noveliranja čl. 32. ima dodatno članak a); čl. 47. dodatno članak a); čl. 49. dodatno članak a); čl. 141. dodatno članke od a) do g); čl. 157. dodatno članke od a) do f); članak 162. članak a); a članak 166. članke od a) do c), što znači da zbog citiranih dodataka i nadopuna ZASP ima među proučavanim zakonima ukupno najveći broj članaka, i to 214.

2.1. Predmet zakona

Definicije predmeta citiranih zakona razlikuju se više formalno nego suštinski. Iz dikcije čl. 1. ZCG, prema kojoj se tim zakonom utvrđuju i definiraju autorsko te srodna prava, proizlazi da se glede suštinskog areala ne nabrajaju sve karakteristike predmeta tog zakona.

Suprotno tome, ZRH u čl. 1. u Uvodnim odredbama i Predmetu Zakona u pet se stavaka taksativno određuje što sve potpada pod okvir autorskog prava (st. 1.) i što pripada srodnim pravima (st. 2. u alinejama a) do f)), a u stavicima 3. - 5. područja ostvarivanja i zaštite nabrojanih prava te područje primjene Zakona.

¹⁴ Vidjeti više u: Zbornik radova u spomen prof. dr. Miodraga Trajkovića, Beograd, 2006.

Glede načina i suštine definiranja predmeta Zakona nomotehnički je pristup u čl. 1., st. 1. ZASP-a sličan pristupu u čl. 1. ZCG. Držimo pak da je čl. 1. ZASP-a s pravnom normom sadržanom u st. 2. najsadržajniji između analiziranih zakona jer je potpuno jasno vidljiva veza između pravnog sustava Republike Slovenije i ispunjenja obveza iz europskog pravnog poretka te usklađenosti sa sekundarnim pravom EU-a. Naime, u pravnoj normi čl. 1., st. 2. eksplicitno se nabrajaju osam (Direktiva) Vijeća i Europskog parlamenta zajedno s njihovim izmjenama.¹⁵

2.2. Približavanje zakonodavstva

Grosso modo može se tvrditi da je zbog ispunjavanja Europskim sporazumom o pridruženju¹⁶ prihvaćenih obveza Republika Slovenija kod koncipiranja promjena i dopuna ZASP-a morala poštovati sve svoje obveze iz važećeg sekundarnog prava EU-a.¹⁷ Na neka trenutačna odstupanja u predmetnom zakonskom uređenju autorskog i srodnih prava u Republici Sloveniji s obzirom na to da se prilagodba nacionalnih pravnih sustava u državama članicama EU-a smatra trajnim obvezatnim procesom posebno ćemo i konkretno upozoriti u 3. poglavlju našeg priloga.

U koncipiranju ZCG u određenoj su mjeri bila poštovana pravila iz Direktive EU-a o zaštiti računalnih programa ("računarskih programa" prema dikciji čl. 110. i čl. 111. - 114.), Direktive Vijeća 91/250/EGS od 14. 5. 1991. i Direktive 2001/84/ES o pravu slijeđenja itd. Na uvažavanje procesa usklađivanja s pravnim sustavom EU-a – prema našem mišljenju dovoljno jasno – upućuje i, npr., promjena u čl. 157., st. 2., t. a) ZRH i odredba čl. 2. Zakona o izmjeni Zakona o autorskom i srodnim pravima (1. srpnja 2011.) da "ovaj Zakon stupa na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji."¹⁸

¹⁵ Vidjeti citirani čl. 1., st. 2. ZASP-a u kojem se nabrajaju smjernice (direktive) EU-a od godine 1991. do 2004.

¹⁶ Čl. 70. (*op. cit.* u bilj. 7) određuje: "The Parties recognize that the major precondition for Slovenia's economic integration into the Community is the approximation of Slovenia's existing and future laws to that of the Community. Slovenia shall endeavour to ensure that its laws will be gradually made compatible with that of the Community." (istaknuo K. P.).

¹⁷ Prije svega mislimo na Direktive br. 2011/77/EU o promjeni Direktive 2006/116/ES, 2001/84/ES i 2001/29/ES i na obvezu koja sve tri države očekuje na temelju prijedloga nove Direktive. Vidjeti više <http://eur-lex.europa.eu> (14. 10. 2012.).

¹⁸ Vidi Narodne novine, br. 80/11.

2.3. Značenje izraza

S nomotehničkog se gledišta čl. 3. ZCG kao sustavni dio osnovnih odredaba čini najprihvatljivijim jer je u četirima točkama jasno odredio značenje pojedinih ključnih pojmova koji su upotrebljeni u analiziranom Zakonu, npr., javan, javnost, objavljivanje, izdavanje itd. U čl. 3., st. 2. primjereno je i upozorenje da svi izrazi za fizičke osobe koji se u ZCG koriste u muškom rodu obuhvaćaju iste izraze i u ženskom rodu.

U Uvodnim odredbama ZRH upotrebljava se drugačiji pristup i značenju izraza. U čl. 3., st. 3. i 4. citiranog Zakona riječ je o arealu izraza “javnost” i “javno korištenje”, a u istom članku, st. 1. i 2. izrazi “objavljivanje” i “izdavanje” posredno su definirani uključenošću u opis pravnog instituta autorskog djela i predmeta srodnog prava. Sličan je pristup i u ZASP-u, ali je, za razliku od teksta ZRH, značenje četiriju izraza definirano u dvama člancima. U čl. 2. “javno” i “javnost”, a u čl. 3., st. 1. i 2. izraza “objavljivanje” i “izdavanje”.

2.4. Značenje izraza autorsko djelo

Definicija autorskog djela jezično je osebujna, npr. u čl. 4., st. 1. ZCG upotrebljava se dikcija “...individualna duhovna tvorevina”¹⁹, a u čl. 5., st. 1. ZRH “originalna intelektualna tvorevina”.

Usporedimo li gore spomenuta u biti egzemplifikativna nabranja što se osobito smatra autorskim djelima ili što se osobito ubraja među autorska djela²⁰, uočavamo određene sličnosti: u sva tri zakona je primjerično nabrojen broj autorskih djela gotovo jednak. U čl. 4., st. 2. ZCG i u čl. 5., st. 2. ZRH određen je u jedanaest točaka ili alineja, a u čl. 5., st. 2. ZASP-a su autorska djela razvrstana u 12 točaka. Brojčana razlika nastaje samo zbog pristupa u nabranju. U ZASP-u su u dvije točke posebno nabrojena jezična i pisana djela, a u pravnoj normi ZRH se u jezična djela primjerično ubrajaju pisana djela, govorna djela i računalni programi.²¹

¹⁹ Slično i u čl. 5., st. 1. ZASP-a: “Avtorska dela so individualne intelektualne stvaritve ...”

²⁰ Čl. 4., st. 2. ZCG upotrebljava dikciju “Autorskim djelima, ako ispunjavaju uslove iz stava 1 ovog člana, smatraju se naročito ...” Čl. 5., st. 2. ZRH: “Autorska djela su osobito ...”, a čl. 5., st. 2. ZASP-a određuje: “Za avtorska dela veljajo zlasti: ...”, što je suštinski identično s pristupom u citiranoj odredbi ZRH.

²¹ Poredba sustava nabranja u čl. 5., t. 1. i 2. ZASP-a i u prvoj alineji čl. 2. ZRH dopušta tvrdnju da je riječ samo o razlici u nomotehničkom pristupu.

Veće razlike između pristupa zakonodavaca, iako nemaju posebno pravno značenje, možemo uočiti u primjerima za potpunije razumijevanje značenja upotrebljenih izraza. U čl. 4., t. 2. i 10. ZCG među pisana su djela svrstani romani, poezija, članci, priručnici, studije, monografije i računalni programi, a u kartografska djela turističke karte, autokarte, topografske karte, tematske karte i sl. Areal izraza “pisana djela” u zagradi čl. 5., st. 2., prve alineje ZRH nema primjera, a računalni programi i govorna djela su u funkciji ilustracije areala izraza jezična djela. Izraz kartografska djela²² nije obrazložen kao u nabranjanju uz pravnu normu ZCG.

2.5. Imovinska prava autora. Uvod.

Autorsko pravo prema općeprihvaćenim gledištima pravne teorije²³ sadržava autorova moralna i imovinska prava,²⁴ a i druga prava autora iz njegova autorskog djela, npr. pravo na naknadu za reproduciranje ili za javnu posudbu²⁵, pravo na pristup djelu, pravo slijeđenja i pravo na naknadu iz prava slijeđenja.²⁶

Možemo i ustvrditi da u analiziranim zakonima o autorskom i srodnim pravima, razumljivo²⁷, nisu uočljive bitne razlike u pojedinim pristupima u svezi

²² Čl. 5., st. 2., t. 2. ZASP-a u pristupu je slična čl. 4., st. 2. ZCG u definiciji govornih i pisanih djela, a kod kartografskih djela (čl. 5., st. 2., t. 11.) u cijelosti je identična s alinejom 10. u čl. 5., st. 2. ZRH.

²³ To je jasno vidljivo iz domaće i strane pravne literature, od domaće starije više od pola stoljeća do modernije i iz drugih pravnih sustava. Tako, npr., Štempihar, *op. cit.* u bilj. 11, str. 51 *sqq.*; Janjić, *op. cit.* u bilj. 11, str. 314 *sqq.* Iz anglosaksonske doktrine možemo spomenuti Brainbridge, D. I., *Intellectual Property*, 9. izd., London, 2012., str. 126 *sqq.* koji uz uobičajene naznake o sustavu autorskog prava dodaje i pravilnu dodatnu tvrdnju: “Autorship and ownership are, in relation to copyright, two distinct concepts, each of which attract their own peculiar rights, the author having moral rights and the owner of the copyright possessing economic rights.”

²⁴ Vidjeti čl. 13., st. 2. ZCG; čl. 13., st. 1. ZRH i čl. 15. ZASP-a.

²⁵ Tako, npr., u čl. 32. i čl. 33. ZRH; čl. 33. - 35. ZCG; čl. 34. - čl. 37. ZASP-a.

²⁶ Čl. 34. ZCG; čl. 34. ZRH i čl. 35. ZASP-a.

²⁷ Države članice Bernske unije moraju zaštititi autorska prava na temelju čl. 6. *bis* Bernske konvencije koji određuje da “neovisno o imovinskim pravima autora, čak i nakon ustupanja tih prava, autor zadržava pravo na priznanje autorstva djela i pravo protiviti se svakom iskrivljavanju, sakaćenju ili drugoj izmjeni toga djela ili svakoj drugoj povredi toga djela, koje bi štetile njegovoj časti ili njegovu ugledu.”

s moralnim pravima autora. Iz biti pravnih norma koje su u trima citiranim zakonima namijenjene zaštiti imovinskih prava autora uočljive su određene razlike²⁸, od različitih pristupa definiranju i redosljedu određivanja predmeta pojedinih vrsta imovinskih prava, a djelomično i glede sustava tih prava.²⁹

Jednu od važnijih razlika vidimo u odnosu prema osnovnoj namjeni svih zakona - ne samo analiziranih - o autorskom i srodnim pravima³⁰ koja nije samo u utvrđivanju prava autora na i iz njihovih djela nego i načelna i konkretna podloga za pravnu zaštitu njihovih imovinskih interesa i prava na primjerene naknade u vezi s raznim oblicima upotrebe autorskih djela, a i, npr., pojedinih oblika njihova priopćavanja.³¹

Čl. 21., st. 1. ZASP-a određuje u čemu je bit autorskih imovinskih prava i njihove zaštite.³² Držimo da je nomotehnički i suštinski najbliži ostvarivanju onoga što je *ratio legis* ZCG u kojem se na proučavanu problematiku odnosi pravna norma čl. 19., st. 1. i 4. Prema citiranoj se odredbi imovinskim autorskim pravima štite *gospodarski (ekonomski) interesi autora* (istaknuo K. P.).³³

²⁸ Vidjeti više u čl. 19. – 32. ZCG; čl. 18. - 31. ZRH i čl. 21. – 33 ZASP-a.

²⁹ Tako, npr., čl. 19. ZCG.

³⁰ U kontekstu našega priloga po našem je sudu zanimljiva poruka koja nedvojbeno proizlazi iz geneze Copyright Act u SAD-u u godinama 1790., 1909. i 1976. Tako je Copyright Act iz 1790. “gave authors copyright protection for 14 years, renewable for another 14 years, after which time the work then entered the public domaine.” “Copyright Act of 1909 ...extending the term of protection from 14 to 28 years (renewable for second 28 year term ...)”. “A major revision of U.S. copyright law (Copyright Act of 1976), ...extending the term of protection to the life of the author plus 50 years ...” Uz to je definicija izraza *copyright* ovakva: “... a property right in an original work of authorship (including literary, musical, dramatic ... giving the holder exclusive right to reproduce, adapt, distribute, perform and display the work.” Vidjeti više: Garner, B. A., *Black's Law Dictionary*, 8. izd., St. Paul, 2004., str. 361 - 362.

³¹ Stoga nije najprimjerenija pravna norma u prvoj rečenici čl. 18., st. 1. ZRH prema kojoj “autor ima isključivo pravo sa svojim autorskim djelom i koristima od njega činiti što ga je volja, te svakoga drugoga od toga isključiti, ako zakonom nije drugačije određeno.”

³² Čl. 21., st. 1. ZASP-a u izvornom tekstu jasno određuje da “materijalne avtorske pravice varujuje premoženjske interese avtorja s tem, da avtor izključno dovoljuje ali prepoveduje uporabo svojega dela in primerkov svojega dela.”

³³ Prema odredbi čl. 19., st. 4. ZCG autoru “za svako iskorišćavanje autorskog dela od strane drugog lica pripada autorski honorar ...odnosno pravična naknada ...ako ovim zakonom ili ugovorom nije drukčije određeno.” Na te drugačije mogućnosti se, npr., odnosi čl. 51. ZCG koji uređuje da se bez plaćanja naknade u svrhu obrazovanja mogu javno priopćavati emitirane školske radio i TV emisije.

S nomotehničkog su gledišta, npr., vidljive i određene razlike u koncipiranju odredaba koje se u ZCG, ZRH i ZASP-u odnose na sustav imovinskih prava autora i njihove definicije.³⁴

Dikcija pravnih norma koje se odnose na radiodifuzno emitiranje, reemitiranje, javno priopćavanje i stavljanje na raspolaganje javnosti razlikuju se samo u nebitnim elementima.³⁵

Razlike postoje u odredbama koje uređuju pravo prerade autorskog djela koje je tretirano kao isključivo pravo na prevođenje, prilagođavanje, glazbenu obradu ili koju drugu preinaku autorskog djela. Prema odredbama ZCG i ZASP-a³⁶ umjesto formulacije “druge preinake”³⁷ dodaje se da pravo prerade autorskog djela obuhvaća i njegovo uključenje u novo djelo u nepromijenjenu obliku³⁸ i da autor zadržava isključivo pravo upotrebe svog rada u prerađenom obliku, osim ako odredbama ZASP-a ili na temelju ugovora nije drugačije određeno.³⁹

3. OPĆI DIO UGOVORNOG AUTORSKOG PRAVA

Razlike u koncipiranju, strukturiranju, pretpostavkama i bitnim odrednicama tog važnog dijela autorskog ugovornog prava dosta se jasno razlikuju prema opsegu, pretpostavkama za ustupanja ugovornih prava, broju kogentnih norma, norma kojima se uređuje ništavost autorskopравnih ugovora i u elementima zahtjeva glede određivanja minimalnog sadržaja autorskopравnih ugovora.

Opsegom je najkraći ZRH⁴⁰, a najviše odredaba ima ZCG.⁴¹ Odredbe ZASP-a su pretežito dispozitivne naravi, osim odredaba čl. 82., st. 1. i 2. i čl. 83. U vezi

³⁴ U odredbi čl. 18. ZRH primjerično su nabrojane četiri grupe imovinskih prava autora, i to prava (1) reproduciranja (umnožavanja), (2) distribucije (stavljanja u promet), (3) priopćavanja autorskog djela javnosti i (4) prerade. U ZCG se u čl. 20. nabroja 12 vrsta imovinskih prava podijeljenih u tri skupine, a predmet odredbe čl. 21. je pravo umnožavanja, dakle ukupno je izneseno 13 vrsta imovinskih prava autora, što je jednako pristupu u čl. 22. ZASP-a prema kojem također postoji 13 vrsta imovinskih prava autora.

³⁵ Vidjeti čl. 28. - 31. ZCG; čl. 27. - 30. ZRH i čl. 30. - 32.a. ZASP-a.

³⁶ Prema odredbama čl. 32. ZCG; čl. 31. ZRH i čl. 33. ZASP-a.

³⁷ Tako čl. 31. ZRH.

³⁸ Tako čl. 32., st. 2. ZCG i čl. 33., st. 2. ZASP-a.

³⁹ Vidjeti čl. 333., st. 3. ZASP-a.

⁴⁰ To proizlazi iz odredaba čl. 51. - 55. ZRH.

⁴¹ Vidjeti odredbe čl. 74 - 85. ZCG.

s pretpostavkama za ustupanja autorskih prava moramo posebice upozoriti na zaštitnu funkciju čl. 79., st. 1. ZCG prema kojoj se u slučaju sumnje o sadržaju i opsegu ustupljenih prava smatra da je ustupljeno manje prava. Kogentne norme odnose se na isključivu upotrebu pisanog oblika u kojem moraju biti sklopljeni svi ugovori na temelju kojih se stječe pravo iskorištavanja autorskog prava, osim ako je *ex lege* predviđeno drugo rješenje.⁴² Odnose se, npr., i na minimalan obavezan sadržaj ugovora⁴³ koji moraju sadržavati barem tri ugovorna elementa: 1. djelo na koje se autorskopравни ugovor odnosi, 2. način korištenja i 3. korisnika, što podrazumijeva osobu ovlaštenu za korištenje autorskog djela. Kao ništave određene su sve one odredbe autorskopравниh ugovora na temelju kojih bi se osnivalo pravo iskorištavanja na svim autorovim budućim djelima.⁴⁴ U krug ništavih odredaba autorskopравниh ugovora se u okvirima općeg dijela autorskog prava ubrajaju i odredbe na temelju kojih bi se ustupala autorska moralna prava i pravo iskorištavanja djela nepoznatim sredstvima i oblicima.⁴⁵ ZRH u svom sustavu ima u čl. 55. odredbu koju nemaju ni ZCG, a ni ZASP. Ona upućuje na primjenu odgovarajućih odredaba zakona kojima se uređuju obvezni odnosi⁴⁶ glede pitanja koja nisu uređena u ZRH.

4. POSEBNE ODREDBE ZA RAČUNALNE PROGRAME

Odredbama koje se odnose na *sedes materiae* pravne zaštite računalnih programa dano je posebno značenje u pravnim normama koje su uključene u sustav univerzalnih multilateralnih konvencija, npr. Bernske konvencije i TRIPS-a,⁴⁷ što su otvoreno slijedili zakonodavci u definiranju u odredbama ZCG, ZRH i ZASP-a.⁴⁸

Predmet računalnih programa je u bitnim odrednicama harmonizirano uređen i obuhvaća izražaj računalnog programa u bilo kojem obliku uključujući

⁴² Ta pravna norma je uključena u čl. 51. ZRH i čl. 81. ZCG.

⁴³ Tako čl. 52., st. 1. ZRH.

⁴⁴ To je određeno u čl. 80., t. 2. ZCG i čl. 53., st. 3. ZRH.

⁴⁵ Tako čl. 80., t. 1. i 3. ZCG.

⁴⁶ Prije svega, npr., Zakon o obveznim odnosima, pročišćeni tekst zakona, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/2011.

⁴⁷ Čl. 1. - 21. Bernske konvencije i prilog uz nju uvažavajući *ratio* odredbe čl. 9., st. 1. TRIPS-a.

⁴⁸ Tako, npr., čl. 111., st. 1. ZCG; čl. 107. ZRH; čl. 11., st. 1. ZASP-a.

i pripremni dizajnerski materijal.⁴⁹ Ideje, načela, postupci i metode na kojima se zasnivaju bilo koji elementi računalnog programa, uključujući i one na kojima se zasnivaju njegova sučelja, nisu zaštićeni autorskim pravom.⁵⁰

Isključiva prava autora računalnih programa korektno su i cjelovito zaštićena odredbama citiranih zakona.⁵¹ Slično je definiran i krug iznimaka,⁵² a i primjena drugih propisa⁵³ pa se tako upozorava da odredbe ZCG, ZRH i ZASP-a koje se odnose na računalne programe ne utječu na primjenu propisa koji uređuju zaštitu izuma patentima, žigove, nepošteno tržišno natjecanje, zaštitu poslovne tajne, ugovorne obveze i zaštitu planova rasporeda poluvodičkih proizvoda.⁵⁴

5. KOLEKTIVNO OSTVARIVANJE PRAVA

5.1. Uvodna razmatranja

Materija kolektivnog ostvarivanja prava, za razliku od individualnog ostvarivanja prava koje se odnosi na pojedinačno korištenje određenog predmeta zaštite, izaziva u pravnoj teoriji mnogo veće zanimanje⁵⁵, i u pogledu broja pravnih norma u nacionalnim pravnim sustavima⁵⁶ i sekundarnom prava EU-a⁵⁷, i u pogledu potrebnih promjena i prilagodbe u nacionalnim pravnim sustavima.⁵⁸

⁴⁹ Čl. 111., st. 1. ZCG.; čl. 107., st. 1. ZRH i čl. 111., st. 1. ZASP-a.

⁵⁰ Predmeti koji se nabrajaju u čl. 9., st. 2. TRIPS-a i koji su isključeni iz mogućnosti autorskopravne zaštite u okviru računalnih programa dio su pravnih norma u odredbama čl. 111., st. 2. ZCG; čl. 107. ZRH. i u čl. 111., st. 2. ZASP-a.

⁵¹ Čl. 112. ZCG; čl. 109. ZRH i čl. 113., st. 1. ZASP-a.

⁵² Tako čl. 113. ZCG; čl. 110. ZRH i čl. 114. ZASP-a.

⁵³ Više vidjeti u čl. 110. ZCG, 113. ZRH i 117. ZASP-a.

⁵⁴ To je predmet odredaba čl. 110. ZCG, čl. 113. ZRH i čl. 117. ZASP-a.

⁵⁵ Vidjeti, npr., Katulić, T., *Uvod u zaštitu intelektualnog vlasništva*, Zagreb, 2006., str. 60 *sqq.*; Trampuž, M., *Kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic*, Ljubljana, 2007.; Nutzer u: Dietrich, R.; Hüttner, A., *Das Recht der Verwertungsgesellschaften*, Mainz, Wien, 2006., str. 162 *sqq.*

⁵⁶ Čl. 146. - 180.; čl. 156. - 175. ZRH; čl. 146. - 163. ZASP-a.

⁵⁷ Vidjeti, npr., Rezoluciju Europskog parlamenta od 25. 9. 2008. (2010/C 8 E/19) i Preporuku Komisije od 18. 10. 2005. (OJ L 276/54, 21. 10. 2005.) itd.

⁵⁸ O tome, npr., Lubarda, M., *Ali obvezno kolektivno upravljanje avtorskih pravic omejuje avtorje?*, Pravna praksa, 2. 7. 2009., str. 8 *sqq.*

U teoriji se opravdano upozorava na činjenicu da su promijenjene okolnosti zbog brzog tehničkog napretka s vremenom ugrozile tradicionalni sustav ugovornog reguliranja odnosa između nositelja autorskog i srodnih prava, s jedne strane, i poslovnih subjekata s namjerom gospodarskog iskorištavanja intelektualnog vlasništva, s druge strane.⁵⁹ Opravdano se upozorava i na potrebu cjelovitog proučavanja interesa i efikasnosti udruga i društava koja se kao svojim predmetom poslovanja bave pojedinim oblicima kolektivnog ostvarivanja autorskih prava.⁶⁰

U analiziranim se zakonskim tekstovima, uz uočljive razmjerno velike razlike u pristupima, određuju, primjerice, predmet kolektivnog ostvarivanja prava⁶¹, uvjeti koje ti organizacijski oblici moraju ispunjavati⁶², sastav i rad tijela u funkciji nadzora nad radom udruga i društava⁶³, načela za određivanje visine nagrade cjenikom⁶⁴ itd.

Među uvjetima koje moraju ispunjavati udruge i društva nositelja prava za njihovo kolektivno ostvarivanje navodi se odobrenje koje izdaje nadležno tijelo, npr., Državni zavod za intelektualno vlasništvo Republike Hrvatske (čl.157., st. 1. ZRH) i ispunjavanje zakonima određene konstitutivne elemente, npr., da te udruge imaju svoj statut, da zapošljavaju najmanje jednu osobu sa završenim pravnim fakultetom, da predlože ocjenu gospodarskog značenja zaštićenih prava na učinkovitost upravljanja i da udruga ima sjedište u Europskoj uniji.⁶⁵

Glede nadzora nad radom udruga za kolektivno ostvarivanje autorskih prava vidljive su, prije svega, razlike u nazivlju, postupku imenovanja tih tijela i njihovu sastavu. U Republici Sloveniji ima to tijelo (Svet) predsjednika koji mora ispunjavati zahtjeve za suca okružnog suda i imati sveučilišnu stručnu spremu pravnog smjera. Uz predsjednika to nadzorno tijelo čine i četiri člana koji moraju poznavati materiju autorskog prava (čl. 157.f, st. 2. ZASP-a). U Republici Hrvatskoj se prema odredbi čl. 164., st. 1. ZRH Vijeće stručnjaka

⁵⁹ Tako, npr., u: Katulić, *op. cit.* u bilj. 55 i <http://www.Koprivnicki-poduzetnik.hr/hr/zastita-vlasitog-intelektualnog-proizvoda/3-z>. (12. 11. 2012.).

⁶⁰ Npr., u Crnoj Gori Organizacija za zaštitu prava autora muzike Crne gore PAM CG, u Hrvatskoj Hrvatska udruga za zaštitu izvođačkih prava HUZIP, Društvo hrvatskih filmskih redatelja DHFR itd., a u Sloveniji Udruženja SAZAS i ZAMP.

⁶¹ Čl. 147., st. 4. ZCG; čl. 156., st. 1. ZRH i čl. 146., st. 1. ZASP-a.

⁶² Čl. 148., st. 2. ZCG; čl. 157., st. 2. ZRH i čl. 148. ZASP-a.

⁶³ Čl. 177. ZCG; čl. 164. ZRH i čl. 157.e ZASP-a.

⁶⁴ Čl. 171. ZCG; čl. 165. - 167. ZRH i čl. 156. ZASP-a.

⁶⁵ Čl. 149. ZCG; čl. 157. ZRH i čl. 148. ZASP-a.

također sastoji od predsjednika i četiriju članova. Predsjednika i sva četiri člana na razdoblje od četiri godine imenuje Vlada RH na prijedlog ministra iz reda istaknutih stručnjaka s poznavanjem problema vezanih za područje autorskog i srodnih prava.

Tarifom i cjenikom uređuje se osnovica ili podloga za primjerenu naknadu za pojedine vrste (oblike) korištenja predmeta zaštite. U odredbama analiziranih propisa triju država s određenim se razlikama u sustavu elemenata za određivanje načina i visine naknade primjerično nabrajaju, npr., vrsta korištenja, mjesto i zemljopisno područje korištenja, svrha korištenja, bruto prihod postignut korištenjem autorskog djela itd.

6. UREĐENJE *DE LEGE FERENDA*. UVODNE NAPOMENE

Dok se u pravnoj teoriji mogu konstatirati ili veoma oprezni prijedlozi zakonodavcima za promjene na području zaštite autorskih i srodnih prava⁶⁶ ili pak vrlo oštre ocjene pojedinih autora koje u nekim slučajevima, barem prema našem mišljenju, i pretjeruju s ocjenama glede sustavnosti pojedinih pravnih rješenja ili pravnih instituta u zakonskom uređenju autorskog i srodnih prava.⁶⁷

Promjene i novosti u nadnacionalnom pravnom okruženju, npr., Pekinški ugovor (lipanj 2006.) i Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 27. 9. 2011. (Ur. l., br. 265, 11. 10. 2011.), što će biti potrebno prenijeti u nacionalne sustave članica EU-a do 1. siječnja 2013., iziskuju odluku da se uz cjelovitu analizu jesu li sva zakonodavna rješenja o kojima je riječ u našem prigodnom prilogu u cjelini usklađena sa sekundarnim pravom EU-a započne s procesom prilagođavanja ZCG i ZRH spomenutim tendencijama.

U Republici Sloveniji taj je proces već započeo, ali njegovi autori, prema našem mišljenju, nisu, barem u vezi s cjelinom prijedloga novele ZASP-a, bili najsretnije ruke. Kod toga ovlaš izrečenog stajališta mislimo samo na gledišta i tvrdnje autora teksta Prijedloga od 8. 10. 2012. (EVA 2012.2130-0056).

U sljedećem ćemo se dijelu našega priloga detaljnije osvrnuti na neke predložene ocjene i rješenja.

⁶⁶ Vidjeti *op. cit.* u bilj. 59 (12. 11. 2012.).

⁶⁷ Tako Lubarda, *op. cit.* u bilj. 58, str. 8.

7. UREĐENJE *DE LEGE FERENDA* PREMA PRIJEDLOGU ZAKONA O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZASP-a

U citiranom Prijedlogu se najprije korektno upozorava na potrebu unošenja novina iz sekundarnog prava EU-a, a u vezi s isključivim pravom radiodifuznog emitiranja određenog Pekinškim ugovorom (str. 2). Stoga je u citiranom Prijedlogu kao njegov cilj najprije određeno da se ZASP mora harmonizirati s europskim pravnim sustavom, a uz to se ocjenjuje da uređenje rada kolektivnih organizacija mora biti transparentno, što iziskuje jači nadzor nad udrugama koje se bave kolektivnim ostvarivanjem autorskih i srodnih prava. Zbog činjenice da udruge upravljaju velikim sredstvima koja pripadaju stvaraocima, a ne udrugama, moralo bi se omogućiti da nositelji prava dobiju “baš sve podatke” (str. 8). Uz to je dodana i ocjena da je u Republici Sloveniji već od prihvaćanja ZASP-95 zabilježeno najviše problema baš s ostvarivanjem kolektivnih prava (str. 4) i da važeće odredbe nisu najprimjerenije (str. 6) te da bi se morao eliminirati monopolni položaj udruga i uvesti konkurencija između njih (str. 19).

Ponajprije, nije u skladu s funkcijom osiguranja konkurencije, za koju se u Prijedlogu zalaže na više mjesta, činjenica što u Prijedlogu nema nove pravne norme kojom bi se ubrzao postupak dogovaranja o novim tarifama jer nije jasno zašto bi korisnici ili njihova reprezentativna udruženja to učinili. Naime, još vrijedi odredba ZASP-B kojom je omogućena “zajamčena” tarifa uz nepromijenjenu tarifu iz 1998. godine.

Novost u čl. 28. Prijedloga koja se odnosi na čl. 158.a ZASP-a uključuje i odredbu o izdavanju tzv. zajedničkog računa. Ta odredba, prema našem mišljenju, nije sukladna s ustavnim načelom razmjernosti i nesukladna je s čl. 25., st. 3. Smjernice EU-a 2011/77/EU. Stoga se, ako se ozakoni obveza o izdavanju tzv. zajedničkog računa, vrlo vjerojatno može očekivati tužba Komisije EZ.

U Prijedlogu bi valjalo uvažiti i Prijedlog Direktive o kolektivnom upravljanju autorskim i srodnim pravima te izdavanju tzv. višedržavnih licencijskih (11. 7. 2012.), posebice u vezi s čl. 18. i 19. Prijedloga koji je u suprotnosti s t. 38. preambule koja naglašava značenje zaštite osobnih podataka na temelju Smjernice 95/46/ES.⁶⁸

Uzor kogentnoj normi kojom je u Prijedlogu predviđen sustav informacija koje bi udruge bile obavezne objavljivati, npr., o objavljivanju informacija o

⁶⁸ Handig, C., *Veröffentlichungs- und Auskunftspflichten der Verwertungsgesellschaften gegenüber Nutzern*, u: Dittrich, Hüttner, *op. cit.* u bilj. 55, str. 162.

isplatama autorskih honorara ukupna svota kojih je veća od iznosa prosječne godišnje bruto plaće u Republici Sloveniji, ne može se naći ni u formalnim izvorima prava EU-a, a ni u komparativnom pravu.⁶⁹ Spomenuto je rješenje prijeporno zbog značenja zaštite osobnih podataka u komparativnom pravu i u porukama i stajalištima koja su zauzeli ustavni sudovi⁷⁰ (i Ustavni sud Republike Slovenije⁷¹), a i Sud EU-a.⁷² Stoga držimo da je ta norma nepotrebna i štetna pa savjetujemo autorima Prijedloga, a i onima koji izvan granica Slovenije možda pripremaju novelu zakona o autorskom i srodnim pravima, da ne slijede taj, krivi put.

8. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Zaključujemo da se komparativnopravno može prihvatiti okvirna ocjena da među pravnim rješenjima u ZCG, ZRH i ZASP-u nema bitnih razlika i da kvaliteta zakonskih rješenja u načelu odgovara suvremenim rješenjima u većini nacionalnih pravnih sustava. Međutim, uz tu opću ocjenu, nedvojbeno je da Republika Hrvatska i Crna Gora moraju svoj sustav što više i brže, na zavidnoj razini, uskladiti sa sekundarnim izvorom prava EU-a. To vrijedi i za sugestije dane slovenskom zakonodavstvu u prijašnjem poglavlju našeg prigodnog priloga.

⁶⁹ Vidi, na primjer, § 16. austrijskog Zakona o kolektivnim organizacijama (*Verwertungsgesellschaftengesetz*) uz 2006., BGBl. I, br. 9/2006.

⁷⁰ Presuda njemačkog Ustavnog suda (*Bundesverfassungsgericht*) 1 BvR 1631/08 *Drucker und Plotter* od 30. kolovoza 2010., objavljena u GRUR 2010, str. 999, t. 66.

⁷¹ Presuda Ustavnog suda br. U-I-98/11-17, odlocitve.us-rs.si (12. 11. 2012.).

⁷² Vidi presudu Suda EU-a od 9. veljače 2012. u predmetu C-277/10 (*Luksan protiv Van der Let*), još neobjavljena u Zbirci odluka, t. 103 - 107.

Krešo Puharič

Summary

Krešo Puharič *

A COMPARATIVE SURVEY OF COPYRIGHT ACTS OF THREE STATES

In the focus of this paper is the analysis of differences and common solutions in copyright acts of Croatia, Montenegro and Slovenia. The introductory remarks set forth a brief historical overview, and the basic structure of copyright in new legislation of the three states. The core of the paper presents why copyright is a property right, and raises important questions about ownership and the mechanisms for exploiting copyright. In this context, the notions of fair dealing and fair use of copyrighted works are presented.

The last segment of the paper discusses tendencies in collective rights management organisations and associations in Croatian, Montenegrin and Slovenian doctrine and case law, and provides an insight into possible further regulation of copyright in the EC common and internal market.

Keywords: intellectual property, copyright, neighbouring rights, computer programs, collective rights management organisations.

* Krešo Puharič, Ph. D., Professor, Faculty of Economics in Ljubljana, Kardeljeva ploščad 17, Ljubljana; European Faculty of Law in Nova Gorica, Delpinova ulica 18b, Nova Gorica; Faculty for State and European Studies, Predoslje 39, Kranj (Slovenia).

**DRUGE TEME IZ TEORIJE I PRAKSE
KAZNENOG, UPRAVNOG
I GRAĐANSKOG PRAVA I POSTUPKA**

PRIMJENA TEORIJE INDIKACIJA U OKVIRU NAČELA JEDNAKOSTI ORUŽJA

*Prof. dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas**

Rad je posvećen problematici proširenja primjene common law maksime “justice must not only be done, it must also be seen to be done” na područje načela jednakosti oružja, čime se otvorila mogućnost različitih tumačenja tzv. teorije indikacija u odnosu na ulogu državnog odvjetništva pred nekim visokim nacionalnim sudovima. Autorica istražuje evoluciju koju je u tom području prošla judikatura Europskog suda za ljudska prava u kaznenim predmetima te upućuje na važne posljedice koje je prihvaćeno tumačenje teorije indikacija imalo za tradicionalnu ulogu državnog odvjetništva u postupku pred visokim sudbenim tijelima nekih država stranaka Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ključne riječi: teorija indikacija, načelo jednakosti oružja, pravični postupak, Europski sud za ljudska prava.

I. UVODNE NAPOMENE

Načelo jednakosti oružja, kao opći element prava na pravični postupak iz čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Europska konvencija), razvilo se u judikaturi Europskog suda za ljudska prava. Shvaćeno *stricto sensu*, kao funkcionalno načelo kaznenog procesnog prava, načelo jednakosti oružja odnosi se na skup konkretnih procesnih prava zajamčenih strankama u postupku. Ono implicira mogućnost stranaka da iznesu svoje tvrdnje i zastupaju svoje interese pred sudom pod jednakim uvjetima u smislu da

* Dr. sc. Elizabeta Ivičević Karas, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

kazneni “postupak ne bi bio pravičan ako bi se odvijao u uvjetima takve prirode da neopravdano okrivljenika stavljaju u nepovoljnu situaciju” u odnosu prema tužitelju.¹ Riječ je, dakako, o složenom procesnom jamstvu koje ne pretpostavlja uspostavu doslovne ili “simetrične” jednakosti stranaka u kaznenom postupku nego jednake mogućnosti ostvarivanja osnovnih procesnih prava kojima stranke utječu na tijek i ishod postupka. Konkretnije, jednakost oružja zahtijeva da okrivljenik ima pravo na pristup informacijama i uvid u spis predmeta te pravo da aktivno sudjeluje u postupku, u prvom redu predlaganjem pojedinih dokaza i sudjelovanjem u njihovu izvođenju.² Što se tiče dosega, odnosno područja primjene načela jednakosti oružja, ono vrijedi tijekom svih stadija kaznenog postupka, uključujući prethodni postupak³, raspravu i postupak povodom pravnih lijekova koji su važno procesno sredstvo u rukama stranaka.⁴

Pored koncepta jednakosti oružja *stricto sensu*, koji se odnosi na određena konkretna procesna prava stranaka u postupku, Europski sud za ljudska prava u svojoj judikaturi koncept jednakosti oružja povezuje s primjenom tzv. teorije indikacija (*theory of appearances* ili *théorie des apparences*) u odnosu na ulogu određenih subjekata pred sudbenim tijelima država stranaka Europske konvencije. Proširenje primjene poznate *common law* maksime “*justice must not only be done, it must also be seen to be done*” na područje načela jednakosti oružja popraćeno je mogućnošću različitog tumačenja teorije indikacija. U judikaturi Europskog suda za ljudska prava pokazalo se da o izboru određenog tumačenja može ovisiti i ocjena tradicionalne uloge državnog odvjetništva pred visokim nacionalnim sudovima država stranaka Europske konvencije⁵ pa je riječ o

¹ Vidjeti presude Europskog suda za ljudska prava: *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 34; *Monnell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 2. ožujka 1987., § 62.

² Opširnije o načelu jednakosti oružja vidjeti Ivičević Karas, E., *Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 57, br. 4-5, 2007., str. 761 - 788.

³ Vidjeti presude Europskog suda za ljudska prava: *Lamy protiv Belgije*, 30. ožujka 1989., § 29; *Imbroscia protiv Švicarske*, 24. studenog 1993., § 36; *Magee protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 6. lipnja 2000., § 41.

⁴ Vidjeti Gouttenoire, A., u: Sudre, F.; Marguénaud, J.-P.; Andriantsimbazovina, J.; Gouttenoire, A.; Levinet, M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses universitaires de France, 2011., str. 336 i 338.

⁵ Problematika primjene teorije indikacija u praksi Europskog suda za ljudska prava razmatrana je i u materiji vještačenja, također u kontekstu poštivanja načela jednakosti oružja, ali ona nije predmet razmatranja ovoga rada.

osjetljivoj problematici koja je svojevremeno izazivala brojne polemike u stručnoj literaturi, a predmet je razmatranja u ovome radu.

II. PROŠIRENJE PRIMJENE COMMON LAW MAKSIME “JUSTICE MUST NOT ONLY BE DONE, IT MUST ALSO BE SEEN TO BE DONE” NA PODRUČJE PRIMJENE NAČELA JEDNAKOSTI ORUŽJA

U judikaturi Europskog suda za ljudska prava problematika indikacija povezana je s poznatom maksimom koja potječe iz *common law* sustava “*justice must not only be done, it must also be seen to be done*” ili, u hrvatskom prijevodu, “pravda se mora ne samo izvršavati nego se mora i vidjeti da se vrši”.⁶ U praksi Europskog suda za ljudska prava taj problem se u prvom redu razmatra u vezi s pitanjem nepristranosti suda,^{7, 8} ali je relevantan i kod ostalih komponenata pravičnog postupka⁹, tako i kod načela jednakosti oružja, posebice glede specifične uloge državnog odvjetništva pred nekim visokim nacionalnim sudbenim tijelima.

Već šezdesetih godina prošlog stoljeća ulogu državnog odvjetništva u nekim postupcima nacionalnih prava razmatrala je Europska komisija za ljudska prava. Pritom je dolazila do zaključaka o postojanju povreda čl. 6. Europske konvencije kada je sudjelovanje državnog odvjetništva pred određenim sudbenim tijelima bilo u toj mjeri privilegirano da je narušavalo ravnotežu između optužbe i obrane.¹⁰ Desetak godina kasnije i Europski sud za ljudska prava razmatrao

⁶ Krapac, D., *Kazneno procesno pravo. Prva knjiga. Institucije*, Zagreb, 2010., str. 131.

⁷ Europski sud za ljudska prava, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28. lipnja 1984., § 77; *Langborger protiv Švedske*, 22. lipnja 1989., § 32.

⁸ I Odbor za ljudska prava Ujedinjenih naroda ocijenio je da “sud mora biti i izgledati neovisan i nepristran” jer sustav “sudova bez lica” ne jamči ni nepristranost ni neovisnost suda (*Polay Campos protiv Perua*, odluka od 6. studenog 1997., *Gutierrez Vivanco protiv Perua*, odluka od 26. ožujka 2002.). Prema Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l’homme*, Presses universitaires de France, Paris, 2011., str. 438 - 439.

⁹ Ruiz Fabri, H., *Égalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Égalité et équité. Antagonisme ou complémentarité*, Economica, 1999., str. 61.

¹⁰ Europska komisija za ljudska prava: *Ofner protiv Austrije*, 19. prosinca 1960., req. 524/59, Ann. Conv., t. III, str. 323.; *Hopfinger protiv Austrije*, 19. prosinca 1960., req. 617/59, Ann. Conv., t. III, str. 371.; *X protiv Njemačke*, 24. rujna 1963., req. 1169/61, Ann. Conv., t. VI, str. 521. Prema Marcus-Helmons, S., *Quelques aspects de la notion d’égalité des armes. Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, u: *Le procès équita-*

je istu problematiku. Na teoriju indikacija pozvao se po prvi put u predmetu *Delcourt protiv Belgije* razmatrajući ulogu državnog odvjetništva u konkretnom postupku. Međutim, od presude donesene u predmetu *Borgers protiv Belgije* u kojoj je Europski sud za ljudska prava radikalno promijenio svoje dotadašnje stajalište, primjena te teorije daje rezultate sasvim suprotne onima iz presude *Delcourt protiv Belgije*¹¹, što je u stručnoj javnosti izazvalo brojne kritike.

1. Tumačenja teorije indikacija

1.1. Prvotno tumačenje u presudi *Delcourt protiv Belgije*

U odluci *Delcourt protiv Belgije* od 17. siječnja 1970. Europski sud za ljudska prava postavio je pravilo o primjeni realističnog tumačenja teorije indikacija u odnosu na ulogu državnog odvjetništva (*ministère public*) pred belgijskim Kasacijskim sudom (*Cour de cassation*) razlikujući pritom, s jedne strane, državno odvjetništvo pred nižim sudovima kao tijelo ovlašteno za poduzimanje kaznenog progona te, s druge strane, državno odvjetništvo pred Kasacijskim sudom koje djeluje kao *amicus curiae*.¹² U konkretnom predmetu belgijski Prizivni sud (*Cour d'appel*) osudio je podnositelja zahtjeva na kaznu zatvora i novčanu kaznu zbog niza kaznenih djela prijevare, zlouporabe povjerenja, krivotvorenja i uporabe krivotvorina, izdavanja čeka bez pokrića i prijevernih ugovora te jedne specifične vrste prijevare (*grivèlerie*).¹³ Podnositelj je pravni lijek pred Kasacijskim sudom bio odbijen, i to uglavnom na temelju iznesenih zaključaka državnog odvjetništva. Što se tiče konvencijskog prava na "dobru administraciju

ble et la protection juridictionnelle du citoyen, Actes du Colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000 par l'Institut des droits de l'homme des avocats européens et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Bordeaux, Bruylant Bruxelles, 2001., str. 72.

¹¹ Gouttenoire, A., u: Sudre, E; Marguénaud, J.-P.; Andriantsimbazovina, J.; Gouttenoire, A.; Levinet, M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses universitaires de France, 2005., str. 294.

¹² Vidjeti presudu Europskog suda za ljudska prava *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 30.

¹³ *Grivèlerie* je vrsta prijevare koju čini onaj tko naruči piće ili hranu na mjestu na kojem se prodaje piće ili hrana znajući da ih nikako ne može platiti ili već unaprijed odlučivši da ne plati naručeno.

pravosuđa” (čl. 6. Europske konvencije), podnositelj zahtjeva tvrdio je da je već sama činjenica nazočnosti jednog predstavnika državnog odvjetništva (*avocat général*) pri vijećanju Kasacijskog suda, i to kada je saslušanje pred tim sudom već bilo završilo, značila povredu načela jednakosti oružja u smislu čl. 6., st. 1. Europske konvencije kao i povredu prava na obranu. Podnositelj zahtjeva zapravo je upozorio da je riječ o situaciji u kojoj je *a priori* favorizirana pozicija državnog odvjetnika.¹⁴

Nakon što je Europska komisija za ljudska prava zaključila, sa sedam glasova prema šest, “da utvrđene činjenice nisu otkrile na strani Belgije povredu obveza koje ima na temelju čl. 6., st. 1. Konvencije”¹⁵, navedeni predmet stigao je pred Europski sud za ljudska prava. U svojoj odluci Europski sud za ljudska prava u biti je razmotrio tri problema u okviru načela jednakosti oružja: prvo, činjenicu da je državni odvjetnik (*avocat général*), nakon što je na saslušanju iznio svoje zaključke, prisustvovao sjednici vijeća Kasacijskog suda; drugo, činjenicu da se podnositelju zahtjeva nisu dostavili zaključci državnog odvjetnika, odnosno da nije mogao odgovoriti na te zaključke i, treće, činjenicu da na saslušanju podnositelj zahtjeva, odnosno okrivljenik nije bio posljednji koji je imao riječ.

Što se tiče prvog problema, koji je bio okvalificiran kao “glavna povreda” (*grief principal*), Europski sud za ljudska prava zaključio je da okrivljenici “mogu doživjeti osjećaj nejednakosti ako bi, nakon što su čuli državnog odvjetnika kako na kraju saslušanja iznosi za njih nepovoljne zaključke, njega vidjeli kako se povlači s magistratima da bi prisustvovao zatvorenom vijećanju Komore vijeća”¹⁶, ali, isto tako, i da “gledajući preko indikacija, Sud ne primjećuje nikakvu stvarnost protivnu načelu jednakosti oružja”.¹⁷ Naime, Europski sud za ljudska prava zaključio je da državno odvjetništvo pred Kasacijskim sudom

¹⁴ Vidjeti Lambert, P., *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002., str. 93 - 94.

¹⁵ Članovi Europske komisije za ljudska prava, koji su ostali u manjini, smatrali su da je nazočnost državnog odvjetnika u vijećanju Kasacijskog suda predstavljala povredu načela jednakosti oružja koje nužno ne implicira postojanje dvije protivničke stranke “u strogom smislu riječi”. Naime, “kada državno odvjetništvo iznese zaključke ...u prilog odbijanja sredstva, ono se nalazi u položaju koji je ekvivalentan položaju protivničke stranke”. Prema Velu, J., *L'affaire Delcourt*, Centre d'études du droit du Conseil de l'Europe de l'Institut d'études européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972., str. 44.

¹⁶ Europski sud za ljudska prava *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 30.

¹⁷ *Ibid.*, § 31.

kao poseban odjel tog suda u načelu uživa “potpunu neovisnost ...osim u iznimnim slučajevima o kojima ovdje nije riječ” i da ono nije ni “prividan protivnik optuženika čija osuda ili oslobađanje može dati povoda pravnom lijeku” ni “njegov stvarni protivnik kada pred Sudom zaključuje u prilog odbijanja njegove teze”.¹⁸ Na posljertku, Europski sud za ljudska prava zaključio je da je “državno odvjetništvo pri Kasacijskom sudu uglavnom pomoćnik i savjetnik Suda” koji obavlja “parasudbenu funkciju”.¹⁹ Dakle, Europski sud za ljudska prava gledao je “preko indikacija”²⁰ te je uvažio stvarnu i specifičnu ulogu državnog odvjetništva pred kasacijskim sudovima koja je predviđena u pravnim sustavima nekih europskih država, a koja obuhvaća nadzor nad pravilnošću postupka i poštivanjem zakona te osiguranje koherentnosti i jedinstva prakse.

Drugi i treći problem, odnosno povrede razmatrane su u okviru tzv. “novih povreda” (*nouveaux griefs*). Europski sud za ljudska prava u tom je dijelu zahtjev odbio kao neosnovan pojašnjavajući da “ako kasacijski parket izrazi svoje mišljenje na kraju saslušanja, a da ga nije prethodno priopćio strankama, to je zbog same prirode njegova zadatka koji je Sud opisao gore očitujući se o glavnom problemu Delcourta”. Osim toga, Europski sud za ljudska prava dodao je da čl. 6. Europske konvencije zapravo ne zahtijeva da “optuženik ima pravo odgovoriti na čisto pravne zaključke neovisnog magistrata vezanog uz belgijski Kasacijski sud u svojstvu pomoćnika i savjetnika”.²¹ Očito je Sud slijedio rješenje primijenjeno na prvi problem koje je načelno obrazlagao specifičnom prirodom funkcija državnog odvjetništva (parketa) pred Kasacijskim sudom.

Na posljertku, Europski sud za ljudska prava jednoglasno je odlučio da u konkretnom predmetu nije bilo povrede čl. 6., st. 1. Europske konvencije.²² Ipak, zanimljivo je da je Europski sud za ljudska prava smatrao belgijsko zakonodav-

¹⁸ *Ibid.*, § 33.

¹⁹ *Ibid.*, § 34. Pri tome izraz “parasudbena funkcija” nije najprikladniji jer se, primjerice, u engleskom jeziku prevodi kao “kvazisudbena funkcija”. Velu, *op. cit.* u bilj. 15, str. 62.

²⁰ Sudre, E., *Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, u: Pingel, I.; Sudre, F. (ur.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Actes du colloque du 15 novembre 2002 organisé par le Centre de recherches communautaires (CERCO-CDE), Faculté de droit de Paris XII Saint-Maur et par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR CNRS 5815), Université de Montpellier I, Nemesis, Bruylant, 2003., str. 44 - 45.

²¹ Europski sud za ljudska prava, *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 41.

²² *Ibid.*, § 42.

stvo “neobičnim”²³ u odnosu na zahtjev “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”,^{24 25} a upravo u toj primjedbi moguće je razaznati orise nove ocjene uloge državnog odvjetništva i drugačije primjene, odnosno tumačenja teorije indikacija u nadolazećoj judikaturi Europskog suda za ljudska prava.

1.2. Novo tumačenje u presudi *Borgers protiv Belgije*

Europski sud za ljudska prava uveo je nov koncept vrednovanja uloge državnog odvjetništva pred visokim nacionalnim sudovima u predmetu *Borgers protiv Belgije*.²⁶ Bio je to slučaj u kojemu je primijenjena metoda evolutivnog tumačenja Europske konvencije²⁷, čime je istaknuta njezina “dinamična priroda”.²⁸ Europski sud za ljudska prava, odlučujući u plenarnoj sjednici, odmaknuo se od analize uloge državnog odvjetništva pred Kasacijskim sudom prema organskom i institucionalnom kriteriju²⁹ utvrđenom u ranijoj judikaturi, konkretno u predmetu *Delcourt protiv Belgije*.³⁰ Tako je sada, prema materijalnom kriteriju, intervencija državnog odvjetništva tijekom vijećanja bila ocijenjena protivnom načelu jednakosti oružja i/ili načelu kontradiktornosti, a samim tim dovedena

²³ Primjerice, ni “državni odvjetnik pred Sudom pravde Europskih zajednica, čije funkcije uvelike nalikuju onima državnog odvjetništva pred belgijskim Kasacijskim sudom, ne sudjeluje u vijećanjima”. *Ibid.*, § 30.

²⁴ *Ibid.*, § 31.

²⁵ Ta primjedba Europskog suda za ljudska prava u belgijskom je parlamentu čak potaknula prijedlog izmjene tada postojećeg sustava. Prijedlog, međutim, nije bio prihvaćen. Vidjeti Lambert, P., *op. cit.* u bilj. 14, str. 96 - 97.

²⁶ Europski sud za ljudska prava, *Borgers protiv Belgije*, 30. listopada 1991.

²⁷ Vidjeti Mowbray, A., *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2012., str. 409.

²⁸ Primjena metode evolutivnog tumačenja podrazumijeva da Europski sud za ljudska prava pri donošenju odluka nije vezan za svoje prijašnje odluke donesene u sličnim predmetima. Vidjeti Kieschke, O., *Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht*, Berlin, 2003., str. 70.

²⁹ Andriantsimbazovina, J., *Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. La fiction déjà dépassée par la réalité?*, u: Pingel, I.; Sudre, F. (ur.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Actes du colloque du 15 novembre 2002 organisé par le Centre de recherches communautaires (CERCO-CDE), Faculté de droit de Paris XII Saint-Maur et par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR CNRS 5815), Université de Montpellier I, Nemesis, Bruylant, 2003., str. 164.

³⁰ Europski sud za ljudska prava, *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 35.

je u pitanje i “stvarna uloga” državnog odvjetništva.³¹ Bila je, dakako, riječ o potpunu preokretu u doktrini Europskog suda za ljudska prava i novom konceptu primjene teorije indikacija.

Konkretno, u predmetu *Borgers protiv Belgije* podnositelj zahtjeva bio je osuđen zbog kaznenog djela krivotvorenja i korištenja krivotvorina. Nakon što je podnio pravni lijek belgijskom Kasacijskom sudu, ponovljeno je suđenje te je ponovno bio osuđen. Njegov drugi pravni lijek Kasacijskom sudu odbijen je, i to nakon vijećanja Kasacijskog suda koji je saslušao zaključke državnog odvjetnika. Iako je u predmetu *Delcourt protiv Belgije* Europski sud za ljudska prava ulogu državnog odvjetnika ocijenio potpuno prihvatljivom jer je on bio “neovisan i nepristran”³², sada je u predmetu *Borgers protiv Belgije* najprije konstatirao da je pravičan postupak doživio evoluciju “označenu posebice značajem koji se pripisuje indikacijama i pojačanoj osjetljivosti javnosti na jamstva dobrog pravosuđa”.³³ Sudjelovanje državnog odvjetnika (*avocat général*) u vijećanju Kasacijskog suda ocijenjeno je protivnim jednakosti oružja³⁴ jer prema teoriji indikacija njegovo mišljenje “ne bi moglo proći kao neutralno s gledišta stranaka pred kasacijskom instancom”. Naime, preporučujući prihvaćanje ili odbijanje sredstva koje je podnijela jedna od stranaka, magistrat državnog odvjetništva “time postaje objektivni saveznik ili protivnik” te stranke.³⁵ Dakle, Europski sud za ljudska prava više nije razmatrao stvarnu ulogu državnog odvjetništva, odnosno nije gledao preko indikacija³⁶ nego je sada razmatrao same indikacije.

Od presude u predmetu *Borgers protiv Belgije* teorija indikacija zapravo je osnovna teorija metode koju Europski sud za ljudska prava primjenjuje u analizi stvarne uloge državnog odvjetništva pred najvišim sudbenim instancijama u nacionalnim pravnim porecima. Prema toj materijalnoj analizi, iako formalne funkcije državnog odvjetništva jamče njegovu objektivnost u obnašanju uloge stranke *stricto sensu*, državno odvjetništvo u stvarnosti obavlja ulogu stranke *lato sensu* čija intervencija u postupku u biti nije neutralna jer ide za tim da utječe na sudačku odluku.^{37 38}

³¹ Sudre, *op. cit.* u bilj. 8, str. 427.

³² Europski sud za ljudska prava, *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 35.

³³ Europski sud za ljudska prava, *Borgers protiv Belgije*, 30. listopada 1991., § 24.

³⁴ *Ibid.*, §§ 28 - 29.

³⁵ *Ibid.*, § 26.

³⁶ Kao u presudi *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 31.

³⁷ Sudre, *op. cit.* u bilj. 8, str. 427 i Sudre, *op. cit.* u bilj. 20, str. 49.

³⁸ Taj materijalni kriterij implicira “vrednovanje sadržaja zaključaka državnog odvjetništva kroz pogled koji bi mogao imati podnositelj zahtjeva i dojam koji bi ovaj mogao steći

Opisano tumačenje uloge državnog odvjetništva pred visokim nacionalnim sudovima katkad kritičari ocjenjuju kao rizično, odnosno kao pretjerano³⁹ u smislu da bi realnost uvijek trebala imati prednost pred indikacijama⁴⁰, a posebice kada se razmatra tradicionalna uloga državnog odvjetništva koja je duboko ukorijenjena u pravnim sustavima nekih europskih zemalja.⁴¹ Međutim, usprkos oštrim kritikama⁴², Europski sud za ljudska prava i dalje je ustrajao na čimbeniku indikacija koji doprinosi uspostavi pravičnog postupka i očuvanju povjerenja javnosti u funkcioniranje pravosuđa⁴³, a primjena opisane koncepcije teorije indikacija dala je iste rezultate u kaznenim i građanskim predmetima koji su uslijedili nakon predmeta *Borgers protiv Belgije*.⁴⁴

2. Prevladavajuće tumačenje teorije indikacija: argumenti za i protiv

Opravdavajući primjenu teorije indikacija u odluci *Borgers protiv Belgije* Europski sud za ljudska prava naveo je tri argumenta koje valja detaljnije analizirati. Prvi izneseni argument navodio je kako je u judikaturi Europskog suda za ljudska prava došlo do “jedne od najznačajnijih evolucija koja je posebice obilježena značajem pripisanom indikacijama”.⁴⁵ Upravo ta osobita pažnja koja se pridaje indikacijama navela je Europski sud za ljudska prava da prihvati vrlo

ulaskom državnog odvjetništva u dvoranu za vijećanje”. Andriantsimbazovina, *op. cit.* u bilj. 29, str. 164.

³⁹ Sudre, F., *Chronique. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, La Semaine Juridique (JCP), Ed. G., br. 6-7, 1997., str. 74.

⁴⁰ Marcus-Helmons, *op. cit.* u bilj. 10, str. 74.

⁴¹ Pred visokim sudovima državni odvjetnik “ima zadaću paziti na ispravno tumačenje zakona te osiguravati koherentnost i jedinstvo sudske prakse”. Sudre, *op. cit.* u bilj. 39, str. 74.

⁴² Primjer oštre kritike je i ovaj prema kojem bi Europski sud za ljudska prava razvijao “apsolutističku koncepciju načela jednakosti oružja ...u kaznenoj kao i u građanskoj materiji, katkad graničnu s tvrdokornom primjenom teorije indikacija”. Le Gloan, J., *L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur les droits nationaux*, Revue du droit public, br. 6, 1999., str. 1769.

⁴³ Europski sud za ljudska prava, *Stefanelli protiv San Marina*, 8. veljače 2000., § 19. Marcus-Helmons, *op. cit.* u bilj. 10, str. 75.

⁴⁴ Vidjeti Sudre, *op. cit.* u bilj. 8, str. 427.

⁴⁵ Europski sud za ljudska prava, *Borgers protiv Belgije*, 30. listopada 1991., § 24.

široku koncepciju pojma jednakosti oružja.⁴⁶ Spomenuta evolucija se, međutim, odnosila na odluke u kojima je, u biti, sporno jedno drugo načelo, načelo nepristranosti i neovisnosti sudbene vlasti⁴⁷ kod kojeg indikacije, uvjetno rečeno, imaju važniju ulogu nego kod načela jednakosti oružja.^{48 49}

Što se tiče prvog argumenta koji je iznio Europski sud za ljudska prava, moguće je zaključiti da pravilo proizlazi iz načela nepristranosti i neovisnosti sudbene vlasti. Nije dovoljno da sudbena vlast stvarno bude nepristrana i neovisna, potrebno je da sudbena vlast isto tako “izgleda”, odnosno da se doima nepristrano i neovisno. Pritom je teško dati preciznu definiciju pojma sudbene vlasti jer se u praksi Europskog suda za ljudska prava kvalifikacija neovisnog i nepristranog sudbenog tijela ograničuje na ustanove koje obavljaju sudbenu funkciju dok se sa sućem izjednačuju i drugi magistrati zakonom ovlašteni da izvršavaju sudbene funkcije⁵⁰, a u jednom širem smislu i magistrati parketa, odnosno državnog odvjetništva⁵¹ kada obavljaju svojevrstu parasudbenu funkciju o kojoj je bilo riječi.

Drugi istaknuti argument kojim je Europski sud za ljudska prava opravdao novu primjenu teorije indikacija bila je “pojačana osjetljivost javnosti na jamstva dobrog pravosuđa”.⁵² Tu su kritičari najprije primijetili da je Europski sud za ljudska prava naveo prilično općenit postulat ističući pritom da je “briga javnosti unaprijed usmjerena prema realnoj i efektivnoj pravdi, a ne prema čisto

⁴⁶ Surrel, H., *L'égalité des armes*, u: Sudre, F.; Picheral, C., *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Institut de droit européen des droits de l'homme, La documentation française, Paris, 2003., str. 312.

⁴⁷ Razmatrajući poštivanje zahtjeva za nepristranošću Europski sud za ljudska prava često je ustanovljavao da “također i indikacije mogu biti od važnosti”. Vidjeti, primjerice, presude Europskog suda za ljudska prava: *De Cubber protiv Belgije*, 26. listopada 1984., § 26; *Piersack protiv Belgije*, 1. listopada 1982., § 30; *Hauschildt protiv Danske*, 24. svibnja 1989., § 48.

⁴⁸ Marcus-Helmons, *op. cit.* u bilj. 10, str. 74.

⁴⁹ Vidjeti Martens, P., *La tyrannie de l'apparence*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, br. 28, octobre 1996., str. 640 - 656.

⁵⁰ Harris, D. J.; O'Boyle, M.; Bates, E. P.; Buckley, C. M., *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2009., str. 285 – 286.

⁵¹ Delmas-Marty, M., *Evolution du ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes*, *Justices*, br. 3, Janvier/Juin, 1996., str. 77.

⁵² Europski sud za ljudska prava, *Borgers protiv Belgije*, 30. listopada 1991., § 24.

formalnoj pravdi koja veću važnost pridaje dojmu nego suštini”.^{53 54} Isto tako, kritičari su isticali da je “bit pravde u tome da nadilazi indikacije”.⁵⁵ Uglavnom, kritike su utemeljene na činjenici da Europski sud za ljudska prava očito nije priznao stvarnu ulogu državnog odvjetništva u brojnim europskim pravnim sustavima koji paze da se zakon pravilno tumači te osigurava koherentnost i jedinstvo sudske prakse,⁵⁶ a u tom bi smislu uloga državnog odvjetništva bila kompatibilna s konvencijskim jamstvima dobrog pravosuđa.

Treći, posljednji argument Europskog suda za ljudska prava bio je taj da magistrat parketa, odnosno državni odvjetnik (*avocat général*), preporučujući prihvaćanje ili odbijanje okrivljenikova pravnog lijeka, može postati njegov “objektivni saveznik ili protivnik”.⁵⁷ Time je Europski sud za ljudska prava zaista razmatrao ulogu državnog odvjetništva pretpostavljajući da je ona već unaprijed pristrana. Iako bi se takva uloga državnog odvjetništva, s jedne strane, možda i mogla smatrati “znakom savršene neutralnosti, nadahnute samo brigom za poštivanjem pravnog pravila”⁵⁸, s druge strane, oprez uistinu nije neopravdan imajući u vidu rizike tajnog vijećanja pred kasacijskim sudom.⁵⁹ Na posljetku, iako formalni “status i funkcije državnog odvjetništva jamče objektivnost njegove intervencije, ipak njegovi zaključci imaju za cilj da utječu na sučevu odluku i nikad nisu neutralni za zainteresiranu osobu” zato što “objektivnost zaključaka ne implicira neutralnost” za okrivljenika.⁶⁰ U tom smislu moguće je razmatranje indikacija doista vratiti u područje načela nepristranosti suda, ali pritom i državno odvjetništvo u kaznenom postupku

⁵³ Marcus-Helmons, *op. cit.* u bilj. 10, str. 74.

⁵⁴ Jedna od kritika isticala je da “previše se oslanjajući na indikacije, Sud riskira da zadrži ekstremna rješenja u kojima bi osudio jednu ustanovu na osnovi takozvanih indikacija, dok vrlo dobro zna da je stvarnost drugačija”. Benoît-Rohmer, F., *Jurisprudence, Cour européenne des droits de l’homme, Revue trimestrielle de droit européen*, 33 (2), avril-juin 1997., str. 385.

⁵⁵ Ruiz Fabri, *op. cit.* u bilj. 9, str. 61.

⁵⁶ Sudre, *op. cit.* u bilj. 39, str. 74.

⁵⁷ Europski sud za ljudska prava, *Borgers protiv Belgije*, 30. listopada 1991., § 26.

⁵⁸ Marcus-Helmons, *op. cit.* u bilj. 10, str. 74.

⁵⁹ Naime, “tko može tvrditi da u tajnosti komore vijeća, gdje se sastaje s članovima vijeća, predstavnik državnog odvjetništva uvijek odoli iskušenju da evocira predmet o kojem će se raspravljati ili da iznese komentar o obrani koju je upravo čuo”. Lambert, *op. cit.* u bilj. 14, str. 103.

⁶⁰ Sudre, *op. cit.* u bilj. 20, str. 46.

smjestiti na razinu koja pripada strankama⁶¹, dakle tužitelju i okrivljeniku, a ne na povišeni položaj koji sam po sebi nosi rizik bitnog poremećaja procesne ravnoteže između stranaka.

III. ZAHTJEV ZA RAVNOTEŽOM IZMEĐU STRANAKA: PRAVO ODGOVORA NA ZAKLJUČKE DRŽAVNOG ODVJETNIŠTVA PRED VISOKIM SUDOM

1. Konkurencija dvaju načela: jednakosti oružja i kontradiktornosti

1.1. Prvobitno razmatranje u okviru načela jednakosti oružja

Već u odluci *Delcourt protiv Belgije* Europski sud za ljudska prava očitovao se o činjenici da podnositelj zahtjeva nije imao priliku odgovoriti na zaključke državnog odvjetništva konstatirajući pritom da čl. 6. Europske konvencije ne zahtijeva “da okrivljenik ima pravo odgovoriti na čisto pravne zaključke neovisnog magistrata, vezanog uz Kasacijski sud ...u svojstvu pomoćnika i savjetnika”.⁶² No, drugačijim tumačenjem teorije indikacija, u odluci *Borgers protiv Belgije* Europski sud za ljudska prava ustvrdio je da, “budući da je tužilaštvo bilo iznijelo zaključke nepovoljne za podnositelja zahtjeva, ovaj je imao određeni interes da o njima može raspravljati prije završetka rasprave” te da činjenica “da samo pravna pitanja pripadaju u nadležnost Kasacijskog suda tu ništa ne mijenja”.⁶³ Europski sud za ljudska prava dodao je da je činjenica sudjelovanja državnog odvjetnika sa savjetodavnim glasom u vijećanju Kasacijskog suda samo još više naglasila postojeću neravnotežu između stranaka.⁶⁴ Zbog svega toga utvrđena je povreda načela jednakosti oružja te okrivljenikova prava na obranu.⁶⁵

⁶¹ Lambert, *op. cit.* u bilj. 14, str. 103.

⁶² Europski sud za ljudska prava, *Delcourt protiv Belgije*, 17. siječnja 1970., § 41.

⁶³ Europski sud za ljudska prava, *Borgers protiv Belgije*, 30. listopada 1991., § 27.

⁶⁴ *Ibid.*, § 28.

⁶⁵ *Ibid.*, § 29.

1.2. Razmatranje u okviru načela kontradiktornosti

Nakon presuda *Delcourt protiv Belgije* i *Borgers protiv Belgije* u judikaturi Europskog suda za ljudska prava došlo je do evolucije shvaćanja značenja sudjelovanja državnog odvjetnika u vijećanju kasacijskog suda koja je obilježena i svojevrsnim skretanjem od načela jednakosti oružja prema drugom konvencijskom načelu, načelu kontradiktornosti. Ipak, nije došlo do bitne promjene u samoj primjeni teorije indikacija. Naprotiv, čini se da je Europski sud za ljudska prava jednostavno, iz prvenstveno oportunističkih razloga, izbjegao razmatranje uloge državnog odvjetnika u okviru zahtjeva koje nalaže načelo jednakosti oružja tako da je težište rasprave premjestio u područje primjene načela kontradiktornosti, što nije bilo sporno jer su zahtjevi dvaju načela vrlo slični.⁶⁶ Naime, načelo kontradiktornosti ne primjenjuje se samo na stranke, što je slučaj kod načela jednakosti oružja, nego i prema neovisnom sudbenom tijelu zbog čega je moguće izbjeći problematičnu ocjenu uloge državnog odvjetništva u postupku pred sudom iz aspekta ravnopravnosti stranaka.

Tako se u judikaturi Europskog suda za ljudska prava, od presude koju je Veliko vijeće donijelo u građanskom predmetu *Vermeulen protiv Belgije*, sudjelovanje državnog odvjetnika u vijećanju više nije razmatralo samo na temelju prava obrane i načela jednakosti oružja.⁶⁷ Činjenica da zaključci državnog odvjetništva nisu prethodno dostavljeni strankama, odnosno nemogućnost zainteresirane stranke da odgovori na te zaključke prije kraja saslušanja kao i sudjelovanje državnog odvjetništva na vijećanju Kasacijskog suda, pa makar i samo savjetodavnim glasom, predstavljali su nepoštivanje konvencijskog prava na kontradiktorni postupak.^{68 69} To pravo sadrži mogućnost stranke u postupku

⁶⁶ "...jednakost oružja ili kontradiktornost, potrebno je da stranke mogu poznavati zaključke državnog odvjetništva te o njima raspravljati; formalno shvaćeno načelo jednakosti oružja pretpostavljalo bi i to da stranke mogu usmeno odgovoriti na zaključke državnog odvjetništva izrečene na saslušanju". Sudre, *op. cit.* u bilj. 20, str. 58.

⁶⁷ Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), *Vermeulen protiv Belgije*, 20. veljače 1996. Lambert, P., *Observations. Vers la restitution au juge de son rôle d'arbitre?*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, br. 28, octobre 1996., str. 622.

⁶⁸ Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), *Vermeulen protiv Belgije*, 20. veljače 1996., §§ 33 i 34.

⁶⁹ U izdvojenom mišljenju troje sudaca je smatralo da nema povrede jer se državni odvjetnik pred Kasacijskim sudom "ne smije smatrati protivnikom jedne ili druge stranke", a zanimljivo je da je upravo tu formulaciju kasnije upotrijebio Europski sud za ljudska

da “sazna za svaki dokaz ili primjedbu podnesenu sucu, pa i od strane neovisnog magistrata, s namjerom da utječe na sudsku odluku” i da o iznesenome raspravlja.^{70 71}

Ovdje treba primijetiti da je Europski sud za ljudska prava u biti odvojeno razmatrao dva problema: prvo, nemogućnost okrivljenika da odgovori na zaključke državnog odvjetništva s obzirom na načelo kontradiktornosti i, drugo, problem nazočnosti državnog odvjetnika pri vijećanju Kasacijskog suda s obzirom na načelo jednakosti oružja.⁷² Bila je riječ o dvama elementima pravičnog postupka istaknutima u odluci *Borgers protiv Belgije*. Da bi se utvrdilo da je došlo do povrede pravičnosti postupka, dostatno je da je prekršen jedan od tih elemenata.⁷³ To stajalište Europskog suda za ljudska prava potvrđeno je istoga dana u socijalnom predmetu, u presudi Velikog vijeća *Lobo Machado protiv Portugala*^{74 75} kao i u kaznenom predmetu, u presudi *Bulut protiv Austrije*.⁷⁶

Prema tome, u judikaturi Europskog suda za ljudska prava razmatranje uloge državnog odvjetništva i u kaznenom postupku bilo je premješteno na područje načela kontradiktornosti. U tom smislu čl. 6. Europske konvencije priznaje pravo na kontradiktoran postupak svim strankama pred određenom instancijom bez obzira na ulogu državnog odvjetništva⁷⁷, a nemogućnost okrivljenika da odgovori na zaključke državnog odvjetnika kvalificirala se kao nepoštivanje načela kontradiktornosti.

prava u presudi Velikog vijeća u predmetu *Reinhardt i Slimane-Kaïd protiv Francuske*. Pettiti, L.-E., *Chronique internationale. Droits de l'homme*, Rev. sc. crim. (3), juillet-septembre 1998., str. 602.

⁷⁰ Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), *Vermeulen protiv Belgije*, 20. veljače 1996., §§ 31 i 33.

⁷¹ Europski sud za ljudska prava (plenarna sjednica), *Ruiz-Mateos protiv Španjolske*, 23. lipnja 1993., § 63.

⁷² Lambert, *op. cit.* u bilj. 67, str. 622.

⁷³ Cohen-Jonathan, G.; Flauss, J.-F., *Chroniques d'actualité. Commission et Cour européennes des droits de l'homme*, Justices, br. 5, Janvier/Mars, 1997., str. 196.

⁷⁴ Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), *Lobo Machado protiv Portugala*, 20. veljače 1996., §§ 28 - 33. Lambert, *op. cit.* u bilj. 67, str. 622.

⁷⁵ Vidjeti također presude Europskog suda za ljudska prava: *J. J. protiv Nizozemske*, 27. ožujka 1998., § 43, *K. D. B. protiv Nizozemske*, 27. ožujka 1998., § 44. Sudre, F., *Chronique. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, La semaine Juridique (JCP), Ed. G., br. 3, janvier 1999., str. 140.

⁷⁶ Europski sud za ljudska prava, *Bulut protiv Austrije*, 22. veljače 1996., § 50.

⁷⁷ Vidjeti Lambert, *op. cit.* u bilj. 67, str. 625.

2. Uklanjanje neravnoteže između stranaka prakticiranjem “primjedaba sudu tijekom vijećanja” (*notes en délibéré*) – reafirmacija načela jednakosti oružja

Usprkos privremenu razmatranju spomenutih problema u okviru načela kontradiktornosti u judikaturi Europskog suda za ljudska prava načelo jednakosti oružja ubrzo je ponovno došlo u prvi plan. Premda bi se nedostatak dostave zaključaka državnog odvjetnika suprotnoj strani, odnosno nemogućnost okrivljenika da dade svoj odgovor na zaključke državnog odvjetnika mogla okvalificirati i kao povreda načela kontradiktornosti, prakticiranje tzv. primjedaba sudu tijekom vijećanja (*notes en délibéré*) nameće, u biti, primjenu načela jednakosti oružja. Naime, upravo prakticiranje primjedaba sudu tijekom vijećanja može otkloniti neravnotežu između stranaka koja postoji zbog nemogućnosti odgovora na zaključke državnog odvjetnika, čime se osigurava poštivanje zahtjeva koje nameće načelo jednakosti oružja, a time i pravičnost postupka.⁷⁸

U kaznenom predmetu *Reinhardt i Slimane-Kaïd protiv Francuske* Veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava razmatralo je dva problema: prvo, činjenicu da izvješće člana sudbenog vijeća – izvjestitelja nije bilo dostavljeno podnositeljima zahtjeva prije saslušanja dok je bilo dostavljeno državnom odvjetniku i, drugo, činjenicu da ni zaključci državnog odvjetnika (*avocat général*) nisu bili dostavljeni podnositeljima zahtjeva koji, prema tome, nisu mogli podnijeti odgovor. Što se tiče prvog problema, u kontekstu načela jednakosti oružja, Veliko vijeće jasno je istaknulo da “s obzirom na važnost izvješća člana sudbenog vijeća – izvjestitelja, poglavito njegova drugog dijela, uloga državnog odvjetnika i posljedice ishoda postupka za gospođu Reinhardt i gospodina Slimane-Kaïda te neravnoteža koja je stvorena zbog nedostatka jednake dostave izvješća zastupnicima podnositelja zahtjeva, nisu u skladu sa zahtjevima pravičnog postupka”.⁷⁹ Takva konstatacija nije ostavila praktički nikakav manevarski prostor francuskom pravu i sudskoj praksi, što je potvrđeno nešto manje od dvije godine kasnije u odluci *Slimane-*

⁷⁸ U tom slučaju načelo kontradiktornosti bilo bi “potpuno neučinkovito” zbog legitimne tajnosti vijećanja. Naprotiv, načelo jednakosti oružja je “operativno” jer “da bi se otklonila njegova povreda, potrebno je ponovno uspostaviti ravnotežu između ‘stranaka’ premještajući ih u identičnu situaciju ili dostavljajući strankama iste dokumente kao i državnom odvjetništvu ili ne dostavljajući im ništa”. Sudre, *op. cit.* u bilj. 20, str. 55.

⁷⁹ Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), *Reinhardt i Slimane-Kaïd protiv Francuske*, 31. ožujka 1998., § 105.

Kaïd protiv Francuske.⁸⁰ Europski sud za ljudska prava nije odstupio od tog pravila ni u svojim daljnjim odlukama.⁸¹

Drugi se istaknuti problem odnosio na nedostatak dostave zaključaka državnog odvjetnika podnositeljima zahtjeva. "S obzirom na činjenicu da se pred sudom raspravlja samo o čisto pravnim pitanjima i da su stranke tamo zastupane od strane vrlo stručnih odvjetnika", Sud je zaključio da prakticiranje primjedaba sudu tijekom vijećanja strankama omogućuje "da saznaju za sporne zaključke te da ih komentiraju pod zadovoljavajućim uvjetima".^{82 83} Pritom svakako treba istaknuti da je u presudama koje su uslijedile nakon ove u predmetu *Reinhardt i Slimane-Kaïd protiv Francuske*, konkretno u presudama *Voisine protiv Francuske* i *Meftah protiv Francuske*⁸⁴, Europski sud za ljudska prava precizirao da opisano rješenje vrijedi samo pod pretpostavkom da se vodi postupak uz obvezatnu obranu. Naime, specifičnost postupka pred Kasacijskim sudom, u kojima samo specijalizirani odvjetnici mogu uzeti riječ, ne smije za posljedicu imati uskratu prava okrivljeniku koji je odabrao braniti se sam da raspolaže procesnim sredstvima neophodnima za zastupanje svojih interesa u postupku, a s obzirom na zahtjeve koje nalaže načelo kontradiktornosti.⁸⁵ To

⁸⁰ Europski sud za ljudska prava, *Slimane-Kaïd protiv Francuske (No 1)*, 25. siječnja 2000., §§ 23 - 25.

⁸¹ Vidjeti, primjerice, presude Europskog suda za ljudska prava: *Berger protiv Francuske*, 3. prosinca 2002., § 43; *MacGee protiv Francuske*, 7. siječnja 2003., § 16; *Fontaine et Bertin protiv Francuske*, 8. srpnja 2003., § 63; *Crochard i šest dr. protiv Francuske*, 3. veljače 2004., § 13; *Weil protiv Francuske*, 5. veljače 2004., § 27; *Casalta protiv Francuske*, 12. listopada 2004., § 17; *Chesnay protiv Francuske*, 12. listopada 2004., §§ 21 - 23; *Couland protiv Francuske*, 2. studenog 2004., § 17; *Fabre protiv Francuske*, 2. studenog 2004., § 32; *Lebègue protiv Francuske*, 22. prosinca 2004., §§ 21 - 23; *Fouchon protiv Francuske*, 28. lipnja 2005., § 20; *Fernandez-Rodriguez protiv Francuske*, 25. listopada 2005., §§ 16 i 17; *Bozon protiv Francuske*, 8. studenog 2005., § 19; *Géniteau protiv Francuske (No 2)*, 8. studenog 2005., § 19; *Gouget i dr. protiv Francuske*, 24. siječnja 2006., §§ 39 i 40; *De Luca protiv Francuske*, 2. svibnja 2006., § 35; *Vuillemin protiv Francuske*, 19. rujna 2006., §§ 14 i 15; *Louis protiv Francuske*, 14. studenog 2006., §§ 37 i 38.

⁸² Europski sud za ljudska prava, *Reinhardt i Slimane-Kaïd protiv Francuske*, 31. ožujka 1998., § 106.

⁸³ *Ibid.*, §§ 105 - 107.

⁸⁴ Europski sud za ljudska prava, *Voisine protiv Francuske*, 8. veljače 2000., §§ 33 i 34; *Meftah protiv Francuske*, 26. travnja 2001., §§ 42 i 43.

⁸⁵ Sudre, *op. cit.* u bilj. 20, str. 59.

je stajalište potvrdilo i Veliko vijeće Europskog suda za ljudska prava u presudi *Meftah i dr. protiv Francuske*.⁸⁶

Rješenje koje je najprije bilo predviđeno za kaznene predmete ubrzo se primjenjivalo i u građanskim te upravnim predmetima. Reafirmacija načela jednakosti oružja dovela je i do oživljavanja primjene teorije indikacija. Premda teorija indikacija u odluci *Reinhardt i Slimane-Kaïd protiv Francuske* nije izričito primijenjena, u odluci Velikog vijeća *Kress protiv Francuske*⁸⁷ Europski sud za ljudska prava izrijeком je potvrdio njezinu primjenjivost u kontekstu osjetljivosti javnosti na pravosuđe.^{88,89} Taj koncept bio je potvrđen i u odluci *APBP protiv Francuske*⁹⁰ u kojoj je Europski sud za ljudska prava precizirao uvjete pod kojima prakticiranje primjedaba sudu tijekom vijećanja pridonosi poštivanju načela kontradiktornosti.^{91 92}

⁸⁶ Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), *Meftah i dr. protiv Francuske*, 26. srpnja 2002., §§ 49 - 52.

⁸⁷ Europski sud za ljudska prava (Veliko vijeće), *Kress protiv Francuske*, 7. lipnja 2001. Vidjeti Sermet, L., *Observations. L'arrêt Kress c. la France: avancée, statu quo ou régression des droits fondamentaux du justiciable?*, Rev. trim. dr. h., 2002., str. 223 - 258.

⁸⁸ U navedenom slučaju vladin povjerenik je sudjelovao u vijećanju Državnog savjeta (*Conseil d'État*), što je dalo povoda Europskom sudu za ljudska prava da se očituje o njegovoj ulozi. Tako je Europski sud za ljudska prava bio mišljenja da državni odvjetnik pred Kasacijskim sudom, kao i vladin povjerenik pred Državnim savjetom, ostavljaju dojam stranke te njihovo sudjelovanje u vijećanju kod podnositelja zahtjeva može prouzrokovati "osjećaj nejednakosti". Sudre, *op. cit.* u bilj. 8, str. 429.

⁸⁹ O kritici teorije indikacija u upravnim predmetima vidjeti Chabanol, D., *Théorie de l'apparence ou l'apparence de théorie? Humeurs autour de l'arrêt Kress*, *L'actualité juridique droit administratif*, br. 1, 2002., str. 9 - 12.

⁹⁰ Europski sud za ljudska prava, *APBP protiv Francuske*, 21. ožujka 2002., § 27.

⁹¹ Vidjeti Sudre, F., *Chronique. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *La Semaine Juridique (JCP)*, Ed. G., br. 31-35, juillet 2002., str. 1455.

⁹² U kaznenom predmetu u odluci *Wynen i Centre Hospitalier Interrégional Edith-Cavell protiv Belgije* Europski sud za ljudska prava u istom je duhu konstatirao da ne postoji povreda načela jednakosti oružja jer "podnositelji zahtjeva ne mogu izvesti iz prava na jednakost oružja pravo da im se prije saslušanja dostave zaključci koji nisu bili dostavljeni ni drugoj stranci pred instancijom ni izvjestitelju ni sucima koji donose odluku". "Što se tiče mogućnosti stranaka pred instancijom da odgovore na zaključke državnog odvjetništva, na temelju načela kontradiktornosti podnositelji zahtjeva su mogli, da su bili nazočni na saslušanju, bilo iznijeti svoje primjedbe tijekom saslušanja, ...bilo tražiti odgodu saslušanja ili pak ovlaštenje za iznošenje primjedbe na raspravi u određenom roku". Europski sud za ljudska prava, *Wynen protiv Belgije*, 5. studenog 2002., § 38. Vidjeti i presudu *K. A. i A. D. protiv Belgije*, 17. veljače 2005., §§ 43 i 44.

Na posljetku, moguće je zaključiti da je novija judikatura Europskog suda za ljudska prava u kaznenim kao i u građanskim predmetima otišla još dalje u primjeni teorije indikacija pa već sama nazočnost državnog odvjetnika u vijećanju suda predstavlja povredu odredaba čl. 6., st. 1. Europske konvencije iako on ne sudjeluje aktivno u raspravama.⁹³

IV. UMJESTO ZAKLJUČKA: RAZMATRANJA NEKIH POSLJEDICA PRIMJENE TEORIJE INDIKACIJA U KONTEKSTU NAČELA JEDNAKOSTI ORUŽJA

Zahvaljujući preuzetim konvencijskim obvezama sam pojam te interpretacija načela jednakosti oružja iz judikature Europskog suda za ljudska prava ušli su u nacionalne pravne poretke država članica Vijeća Europe. Iako, s jedne strane, tumačenje načela jednakosti oružja *stricto sensu* koje se redovito primjenjuje u judikaturi Europskog suda za ljudska prava, u biti, nije sporno, s druge strane, primjena teorije indikacija u okviru načela jednakosti oružja predmet je brojnih rasprava među pravnim stručnjacima nekih država stranaka Europske konvencije te valja zaključno istaknuti neke njezine temeljne posljedice u nacionalnim pravnim sustavima.

Još od presude u predmetu *Borgers protiv Belgije* Europski sud za ljudska prava ocjenjuje ulogu državnog odvjetništva u kaznenom postupku primjenom materijalnog kriterija u tumačenju teorije indikacija. Državno odvjetništvo i kada nije stranka *stricto sensu* pred Kasacijskim sudom, ono je stranka *lato sensu*. Naime, preporučujući prihvaćanje ili odbijanje pravnog sredstva, državno odvjetništvo postaje objektivni protivnik ili saveznik okrivljenika i tako služi interesima optužbe ili obrane te, u biti, savjetuje Kasacijski sud i samim tim utječe na njegovu odluku. Moguće je zaključiti da je riječ o koncepciji zasnovanoj na subjektivnom

⁹³ Europski sud za ljudska prava, *Slimane-Kaïd protiv Francuske* (No 2), 27. studenog 2003., § 20. Vidjeti Sudre, F., *Chronique. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, La Semaine Juridique Edition Générale (JCP), Ed. G., br. 5 - 28, janvier 2004., str. 182. Vidjeti i presude: *Fontaine i Bertin protiv Francuske*, 8. srpnja 2003., §§ 64 - 67; *Quesne protiv Francuske*, 1. travnja 2004., §§ 14 - 17; *Geniteau protiv Francuske*, 7. prosinca 2004., §§ 17- 18; *Bozon protiv Francuske*, 8. studenog 2005., § 19; *Gouget i drugi protiv Francuske*, 24. siječnja 2006., § 46; *De Luca protiv Francuske*, 2. svibnja 2006., §§ 34 - 35.

aspektu pravičnosti⁹⁴ ili o svojevrsnoj ekstenzivnoj koncepciji stranke koja je promijenila tradicionalnu ulogu određenih organa u kaznenom postupku⁹⁵, u prvom redu državnog odvjetništva pred visokim nacionalnim sudovima nekih država. Tako, primjerice, u nizozemskom pravu od 1. lipnja 1999. tužiteljstvo pred Kasacijskim sudom više nije u sastavu državnog odvjetništva.⁹⁶ Od reforme 14. studenog 2000. belgijsko zakonodavstvo predviđa pravo okrivljenika da odgovori na zaključke državnog odvjetništva, a osim toga, državni odvjetnik više ne sudjeluje aktivno u vijećanju Kasacijskog suda.⁹⁷ Očito pod pritiskom predvidivih budućih osuda pred Europskim sudom za ljudska prava i Kazneni je odjel francuskog Kasacijskog suda također promijenio svoju prijašnju praksu pa tako od 1. listopada 2001. državno odvjetništvo više, ni aktivno ni pasivno, ne sudjeluje u vijećanju tog odjela.⁹⁸ Osim toga, državno odvjetništvo više ne sudjeluje na pripremnim sastancima prije saslušanja i više nema privilegiran pristup dokumentima suca izvjestitelja. Dakle, presude Europskog suda za ljudska prava imale su posljedice ne samo na praksu sudjelovanja državnog odvjetništva u vijećanju kasacijskih sudova⁹⁹ nego i na općenito pravo stranaka na ravnopravnost u pristupu informacijama i u sudjelovanju u postupku. Riječ je o dvama temeljnim aspektima načela jednakosti oružja iz čl. 6. Europske konvencije i neizbježnim sastojcima minimalnih procesnih prava koja stranka u postupku moraju biti zajamčena pred domaćim sudbenim tijelima država potpisnica Europske konvencije.

⁹⁴ Vidjeti Stark, J. H.; Bernardet, P., *Droits de l'homme. La Cour européenne traite à nouveau du caractère "équitable" de la procédure devant la Cour de Cassation*, JCP – La Semaine Juridique Edition Générale, br. 31 - 35, juillet 2004., str. 1438.

⁹⁵ Surrel, *op. cit.* u bilj. 46, str. 313.

⁹⁶ Corstens, G., *L'application de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la procédure dans la procédure pénale néerlandaise*, Rev. sc. crim. (3), juillet-septembre 2001., str. 504.

⁹⁷ Vidjeti Lambert, *op. cit.* u bilj. 14, str. 107.

⁹⁸ Državno odvjetništvo više ne nazočuje vijećanju usprkos činjenici da bi "takva pasivna nazočnost", primjerice, u znatnoj mjeri doprinosila "izobrazbi magistrata i prijenosu dobrog načina suđenja". Andriantsimbazovina, *op. cit.* u bilj. 29, str. 172 - 173.

⁹⁹ Vidjeti De Goutters, R., *La situation à la Cour de cassation*, u: Pingel, I.; Sudre, F. (ur.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Actes du colloque du 15 novembre 2002 organisé par le Centre de recherches communautaires (CERCO-CDE), Faculté de droit de Paris XII Saint-Maur et par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR CNRS 5815), Université de Montpellier I, Nemesis, Bruylant, 2003., str. 70 – 72.

Summary

Elizabeta Ivičević Karas *

APPLICATION OF THE THEORY OF APPEARANCES
WITHIN THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF ARMS

The paper deals with the extension of common law maxim “justice must not only be done, it must also be seen to be done” to the principle of equality of arms, which provided a possibility of various interpretations of theory of appearances concerning traditional role of State Attorneys before some supreme national jurisdictions. Although members of State Attorney’s office may have a role similar to amici curiae in those jurisdictions, their position can be regarded as privileged and create impression of imbalance from the perspective of equality of arms. The paper contains analysis of the evolution of the European Court of Human Rights jurisprudence in criminal cases, beginning with Delcourt v. Belgium judgment, in which the European Court of Human Rights looked “beyond indications”. A radically different interpretation was given in Borgers v. Belgium judgment, according to which a State Attorney has a role of a party lato sensu before the court of cassation, since its intervention may influence the court’s decision. The paper then contains the analysis of more recent jurisprudence in which the practice of “notes sent to the court in deliberations” provided compliance with basic requirements of the principle of equality of arms. Finally, there are important consequences of such jurisprudence: the traditional role and procedural position of the State Attorneys in criminal cases before high courts of some member states of the European Convention has changed.

Keywords: theory of appearances, equality of arms, fair trial, European Court of Human Rights.

* Elizabeta Ivičević Karas, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

NAPOMENE O PRIRODI I ULOZI NAČELA PRAVIČNOG POSTUPKA PRED MEĐUNARODNIM KAZNENIM SUDOVIMA *

*Akademik Davor Krapac***

Polazeći od činjenice da se načelo pravičnog postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima danas smatra općim načelom međunarodnog prava autor u radu upozorava na različito tumačenje njegovih sastavnica u praksi. Ono je posljedica interpretativnih teškoća koje potenciraju procesne konstelacije s velikom težinom međunarodnih zločina za koja sude međunarodni kazneni sudovi i s velikim brojem njihovih žrtava. Međutim, bez obzira na probleme uvažavanja i odmjeravanja interesa okrivljenikove obrane u takvim konstelacijama ograničavanje sastavnica načela pravičnog postupka na štetu obrane dopušteno je samo zbog posebnih okolnosti osnivanja takvih sudova i ostvarivanja njihovih zadaća. Po tome se oni razlikuju od nacionalnih sudova. Autor smatra da je ispravno vaganje interesa obrane i interesa kaznenog progona pri postavljanju proceduralnih okvira u poslovnica tih sudova kao i pri praktičnom rješavanju pojedinih predmeta ključno za pravičan tretman procesnih sudionika te za legitimnost postupka i djelovanje međunarodnih kaznenih sudova. To potvrđuju pojedini slučajevi iz prakse ICTY-ja i ICTR-a kao međunarodnih kaznenih sudova ad hoc. Autoritet iskustva koje oni donose može biti zalag kvalitetna suđenja ICC-a čija se praksa sada formira kao praksa stalnog suda.

Ključne riječi: kazneni postupak, načelo pravičnog postupka, međunarodni kazneni sudovi, međunarodno kazneno pravo.

* Rad je završen u srpnju 2012. Dio je veće cjeline koju autor priprema kao oris postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima. Kratice koje se koriste u radu: ICC – *International Criminal Court* (Međunarodni kazneni sud); ICTY – *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (Međunarodni kazneni sud za bivšu SFRJ); ICTR – *International Criminal Tribunal for Rwanda* (Međunarodni kazneni sud za Ruandu).

** Akademik Davor Krapac, redoviti član Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti; sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske; profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

Načelo pravičnog postupka pred kaznenim sudom¹ pojavilo se u međunarodnim izvorima o ljudskim pravima nakon II. svjetskog rata iz kojih se potom proširilo na pravnu praksu brojnih zemalja.² Weissbrodt, koji ispravno primjećuje da se danas pravo na pravični postupak primjenjuje “čim država posumnja da je tko počinio kazneno djelo i nastavlja se primjenjivati tijekom optuživanja, uhićenja, priprema za raspravu, suđenja i pravnih lijekova”, u svojoj studiji³ pokazuje kako je to pravo pod angloameričkim pravnim utjecajima ušlo u Opću deklaraciju UN-a o ljudskim pravima 1948. i potom se utjelovilo u čl. 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine.⁴ Taj članak Pakta sadrži niz prava obrane osoba optuženih za “kazneno djelo” koja su sastavnice načela pravičnog postupka. Ono se danas smatra općim načelom međunarodnog prava, a neki mu priznaju i kategoriju općih pravila običajnog međunarodnog prava čime bi postalo *ius cogens* primjenjivo pred svakim međunarodnim kaznenim sudom neovisno o tome spominju li ga

¹ O pojmu načela pravičnog postupka pred kaznenim sudom i njegovim sastavnicama v. Krapac, D., *Kazneno procesno pravo, prva knjiga. Institucije*, 4. izdanje, Zagreb, 2010., § 204 - 233. U radu koristimo skraćeni naziv *načelo pravičnog postupka* premda postoje razlike u njegovoj primjeni u kaznenom i građanskom pravosuđu.

² To, dakako, vrijedi za *suвременi međunarodnopravni* sadržaj načela pravičnog postupka. U nacionalnom stranački strukturiranom kaznenom postupku, kakav je, npr., u SAD-u, ono se sve do šezdesetih godina XX. stoljeća primjenjivalo samo na raspravu pred sudom, a ne i na prethodni postupak policijskih izvoda. On je imao – i još uvijek ima – naglašen inkvizitorni karakter tajne službeničke istrage od strane policije sa širokim diskrecijskim ovlastima. Takvo inkvizitorno postupanje dobilo je čvršće okvire tek odlukama Federalnog vrhovnog suda SAD-a iz šezdesetih godina XX. stoljeća o primjeni ustavnih jamstava prava obrane i nepovredivosti doma na postupke policije s uhićenim osumnjičenicima, stoga ne čudi da među glavnim crtama procedure koje su utjecale na postupak pred međunarodnim vojnim tribunalima nakon II. svjetskog rata, preuzetim iz angloameričkog postupka, gotovo ne nalazimo jamstva prava obrane u postupku prije suđenja. Pojedini autori to objašnjavaju činjenicom da su međunarodni vojni tribunali osnovani kratko po okončanju strašnih ratnih sukoba, u ozračju “strong element of hostility” prema poraženu neprijatelju te činjenicom da u to vrijeme “temeljna ljudska prava i slobode” još nisu bila pojmovno i sadržajno određena, čak ni u jurisprudenciji Federalnog vrhovnog suda SAD-a. To se počelo mijenjati tek pripremanjem Opće deklaracije Ujedinjenih naroda o pravima čovjeka. Zappalà, S., *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2005., str. 46.

³ Weissbrodt, D., *The Right to a Fair Trial*, the Hague/Boston/London, 2001., str. 35 - 75.

⁴ Osim toga, ušlo je u čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1951. te čl. 8. Američke konvencije za zaštitu ljudskih prava iz 1969.

njegovi statutarni propisi ili ne.⁵ To stajalište podupire činjenica da zajednički članak 3. četiriju ženevskih konvencija o poboljšanju sudbine žrtava rata od 12. VIII. 1949. načelo pravičnog suđenja (postupka) zaštićuje uvrštavanjem zabrane njegova kršenja u katalog nehumanih postupaka s osobama koje izravno ne sudjeluju u neprijateljstvima.⁶ Ta je odredba inače za države nederogabilna jer vrijedi u slučaju suprotne više zapovijedi, a njeno kršenje se ne može opravdati ni potrebom represalija.⁷

Problem tumačenja i primjene načela pravičnog postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima kao i pred nacionalnim sudovima leži u tome što se pojedine njegove sastavnice različito klasificiraju i tumače. Na prvi pogled ne mogu postojati razni standardi “pravičnosti” postupka, postupak *jest* ili *nije* pravičan, ne može biti “manje” ili “više” pravičan.⁸ No, određivanje granice na kojoj postupak postaje nepravičan u procesnim konstelacijama u kojima sud treba optuženikova osobna prava i prava obrane uskladiti sa zahtjevom za kažnjavanjem i s interesima velikog broja žrtava “jezgrenih” međunarodnih zločina⁹, dakle u potrebi da se osudom postignu ne samo generalnopreventivni učinci kažnjavanja nego i da se rasvijetli (politička!) kriminogeneza “jezgrenih” međunarodnih zločina, dovodi do toga da se *pojedine* sastavnice načela pravičnog postupka podvrgavaju segmentiranu instrumentalnom vaganju. Pri tome se najčešće događa da sud istražuje samo je li povrijeđena koja posebna sastavnica toga načela (kao što su minimalna prava obrane), a rjeđe je li riječ o povredi neke opće sastavnice (kao što su institucionalna jamstva i moralna načela za provedbu postupka). U

⁵ Tako u svojoj monografskoj studiji o načelu “jednakosti oružja” kao sastavnici načela pravičnog postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima piše Negri, S., *Equality of Arms – Guiding Light or Empty Shell?*, u: Bohlander, M., (ur.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, London, 2007., str. 13 – 74.

⁶ Čl. 3., toč. 1., “U tu svrhu ...zabranjeni ostaju, u svako doba i na svakom mjestu, ovi čini:(d) izricanje i izvršavanje kazni bez prethodnog suđenja pred redovito ustanovljenim sudom, koji pruža sva jamstva priznata kao nužna od civiliziranih naroda.”

⁷ Ibler, V., *Rječnik međunarodnog javnog prava*, Zagreb, 1972., str. 343. U UN-u je pokrenuta inicijativa za sklapanje Trećeg fakultativnog protokola Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima koji bi predvidio da sve sastavnice načela pravičnog postupka budu nederogabilne u svim okolnostima.

⁸ Safferling, C. J. M., *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford, 2003., str. 42.

⁹ “Jezgreni” međunarodni zločini (*core crimes under international criminal law*) prema čl. 5. Statuta ICC-a su kaznena djela genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i zločini agresije. Prve tri kategorije u Statutu ICC-a opširno su opisane u sedamdesetak modaliteta.

takvu vaganju može se dogoditi da će međunarodni kazneni sud, primjerice, u slučaju u kojem je izabrani branitelj otkazao punomoć dati “prednost” pravu na slobodan izbor branitelja i prekinuti postupak do angažiranja novog branitelja, a u drugom istovjetnom slučaju će to pravo “u interesu pravde” ograničiti i dopustiti vođenje postupka s postavljenim braniteljem; u jednom slučaju će “prednost” dati pravu na zaštitu privatnosti i izdvojiti iz materijala dokaze pribavljene nezakonitim pretragama doma, a u drugom, nakon prosudbe težine povrede privatnosti pri takvoj pretrazi i težine kaznenih djela koja se, međutim, bez zapisnika o takvoj pretrazi ne mogu dokazati, dopustiti njegovu uporabu pri dokazivanju itd.

Takav relativizirani pristup¹⁰ određivanju sadržaja načela pravičnog postupka nailazi u teoriji na kritiku koja upozorava da se na pozicijama različite “težine” pojedinih sastavnica ne može donijeti zaključak o prirodi načela pravičnog postupka kao općeg načela međunarodnog prava. Ističe se da se prema čl. 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (na koji se poziva statutarno pravo međunarodnih kaznenih sudova) i praksi Odbora UN-a za ljudska prava kao glavne sastavnice načela pravičnog postupka javljaju razna prava kao što su pravo na poznavanje predmeta optužbe i razloga uhićenja, pravo na branitelja po slobodnom izboru ili na plaćenog branitelja u “interesu pravde” te neometanu komunikaciju s njim, pravo na pretpostavku nedužnosti, pravo na nazočnost suđenju i na nazočnost tumača, pravo na javno suđenje bez odugovlačenja pred zakonitim i nepristranim sucem, pravo na “jednakost oružja”¹¹, pravo konfrontacije s dokazima optužbe i iznošenje vlastitih, pravo na

¹⁰ Njega nalazimo kod svih komentatora (posebice u teoriji međunarodnog prava) koji za identifikaciju sastavnica načela pravičnog postupka kao kriterij najprije uzimaju njihovu ukorijenjenost u nacionalnoj praksi država i tzv. *opinio iuris* kako bi utvrdili je li riječ o pojedinoj sastavnici kojoj se može pripisati karakter *iuris cogentis* međunarodnog prava, ali ih potom u svoje klasifikacije uvrštavaju - ili iz njih isključuju - bez obzira ispunjavaju li taj kriterij ili ne. Usp. Safferling, *op. cit.* u bilj. 8, str. 25 – 26, koji takav postupak “predbacuje” Theodoru Meronu koji smatra da određen broj jamstava načela pravičnog postupka iz čl. 14. Pakta “snažno traži status međunarodnog običajnog prava” uz navođenje svoje, prozivljive liste tih jamstava. Meron je inače bio dugogodišnji sudac ICTY-ja i neko vrijeme njegov predsjednik, a bio je i članom raspravnog vijeća koje je donijelo odluku o relativno obvezujućem karakteru međunarodnog prava o ljudskim pravima u predmetu *Tadić*.

¹¹ Ono znači pravo stranke da u kaznenom postupku *ravnompravno*, tj. pod uvjetima i mogućnostima koje joj ne stvaraju bitno lošiji položaj u odnosu na procesnog protivnika, priprema i poduzima procesne radnje kao i njezin procesni protivnik. Usp. Krapac, *op. cit.* u bilj. 1, § 191.

povoljne učinke zabrane retroaktivne primjene kaznenih zakona i na zabranu ponovnog suđenja za isto kazneno djelo i pravo na pravni lijek protiv presude.¹² Iz njihova različita procesnog dometa (neka od njih vrijede samo za raspravni¹³ ili žalbeni stadij, druga za čitav postupak) ne bi se moglo zaključivati o univerzalnom značenju cjelokupnog načela pravičnog postupka.

Međutim, ako načelo pravičnog postupka, s jedne strane, uzimamo kao temeljno jamstvo okrivljeniku da neće biti neopravdano osuđen ili nezakonito kažnjen, a, s druge strane, ako je ono interpretativno sredstvo koje jamči ispravnu procesnu primjenu odredaba o drugim (materijalnim) temeljnim pravima kao što su pravo na život, tjelesni integritet i osobnu slobodu, onda ne možemo praviti razliku između jamstvenog značenja pojedinih njegovih sastavnica i prema toj razlici pripisivati ili odricati im karakter *iuris cogentis*. Bilo koja od njih, bilo koje od navedenih prava u tom “kaleidoskopu” načela pravičnog postupka, može imati odlučan učinak u odnosu na položaj neke osobe u *konkretnim okolnostima* njezina slučaja pred državnim vlastima i djelovati kao ograničenje (kaznenog) progona.

Taj učinak načela pravičnog postupka prepoznaju globalni i regionalni međunarodni ugovori i instrumenti o ljudskim pravima te raznovrsno međunarodno “mekano pravo” (*soft law*) kojima, npr., pripadaju načela i smjernice UN-a o postupanju s uhićenim ili zatvorenim osobama, o standardima za funkcije sudaca, tužitelja i branitelja, jamstvima u postupcima povodom

¹² Autori taj “kaleidoskop” prava iz načela pravičnog postupka različito klasificiraju. Saf-ferling, *op. cit.* u bilj. 8, str. 30, razlikuje a) institucionalna jamstva koja su adresirane na zakonodavca (npr., pravo na suđenje pred zakonito ustanovljenim i nepristranim sudom); b) moralna načela koja determiniraju *svaki korak* u postupku protiv neke osobe (npr., pretpostavka nedužnosti, pravo na “jednakost oružja”) i koja su adresirana na zakonodavca i na državna tijela koja vode postupak te c) prava koja osobi daju pravni zahtjev prema državi za ispunjenje neke pasivne ili aktivne dužnosti (npr., da se suzdrži od arbitrarnog lišenja slobode ili da osigura učinkovito pravo na branitelja). Zappala, *op. cit.* u bilj. 2, str. 324, govori o dvama tumačenjima: a) širem, koje obuhvaća pravo na ravnopravno saslušanje stranaka pred sudom i minimalna jamstva prava obrane u svim procesnim fazama te b) užem, koje obuhvaća načelo “jednakosti oružja” te javnost suđenja bez odgađanja.

¹³ Čl. 20. Statuta ICTY-ja i čl. 19. Statuta ICTR-a predviđaju da raspravna vijeća moraju osigurati da *suđenje* bude “pravično i ekspeditivno” (*fair and expeditious*) te da se postupak vodi u skladu s pravilima o postupku i dokazima uz puno poštivanje optuženikovih prava i dužnu skrb o zaštiti prava žrtava i svjedoka prepuštajući sudu da sam određuje koja pravila o postupku i dokazima dolaze pod “kišobran” pravičnosti.

nestanaka osoba i sumnje na mučenje, čak i standardima za postupke koji se primjenjuju na osuđenike koji očekuju izvršenje smrtne kazne.¹⁴ Ne čudi, dakle, da su se i statuti međunarodnih kaznenih sudova oslonili na načelo pravičnog postupka te da u međunarodnom pravu postoje jaka nastojanja da mu se zajamči sadržaj nederogabilnog ljudskog prava.¹⁵

Načelo pravičnog postupka ima dvojaku ulogu u međunarodnom kaznenom sudovanju. Prvo, važno je kod prosudbe institucionalne legitimnosti međunarodnih kaznenih sudova u jurisdikcijskom konfliktu između međunarodnih i domaćih kaznenih sudova. Ako je država dužna tolerirati kazneni progon svojih državljana pred međunarodnim kaznenim sudom, onda ga ona ne može opravdati samo normativnim kriterijima legitimnosti međunarodnog ugovora (kao što je, npr., valjanost ratifikacijskih mehanizama) kojim je na to pristala nego su joj potrebne i socijalno-etičke vrijednosti odluka suda kako bi one naišle na prihvaćanje u njezinu društvu. Osnovna socijalno-etička vrijednost u tom smislu, prema Safferlingu, utjelovljena je u pravu suvremenih naroda na samoodređenje¹⁶ čija se zaštita u civiliziranoj međunarodnoj zajednici povjerava njezinim tijelima i s kojim pravom jurisdikcija međunarodnog suda mora biti usklađena. Međunarodna zajednica zahtijeva kazneni progon neke osobe pred međunarodnim kaznenim sudom zbog ponašanja koja predstavljaju “ugrožavanje mira”, zločine protiv uvjeta mirne koegzistencije naroda i protiv temeljnih etičkih zasada čovječnosti jer takvim ponašanjem ta osoba ne vrijeđa samo pravna dobra unutarnjeg poretka pojedine države i nje-

¹⁴ Usp. važnu zbirku Odbora UN-a za ljudska prava *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (May 27, 2008), <http://www2.ochr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.Rev9doc> (28. srpnja 2008.).

¹⁵ Weissbrodt, *op. cit.* u bilj. 3, str. 154.

¹⁶ Safferling, *op. cit.* u bilj. 8, str. 48 - 53. Ako pojam suverenosti države uključuje ne samo formalne sastavnice (najviša vlast nad osobama na državnom području čiji je nositelj nezavisan od svake druge vlasti) nego i to da njezin nositelj, narod u demokratskom sustavu, ima pravo na samoodređenje u smislu organiziranja unutarnjeg života u zajednici slobodnih i jednakih subjekata (koje uključuje klasična ustavna prava na slobodan izbor tijela državne vlasti te uređenje društvenih, gospodarskih i kulturnih odnosa) te slobodnog vođenja vanjske politike, onda pojam suverenosti u međunarodnoj zajednici ima, nakon realizacije prava naroda na samoodređenje, smisao prava na suverenu jednakost (iz čl. 2., toč. 1. Povelje UN-a). Kao jedna od temeljnih norma međunarodnog prava pojam suverenosti jamči da unutarnju suverenost posjeduju i vrše sve države u jednakom sadržaju i obliku jer im za to daje nužne pretpostavke međunarodnog mira i sigurnosti.

zin suverenitet nego neizravno i suverenitet svih država članica međunarodne zajednice koje su se sporazumjele da za takvo ponašanje, za *svaku od njih*, u jednaku sadržaju i obliku kazneni progon poduzima međunarodni kazneni sud. Prema tom shvaćanju sudbenost međunarodnog kaznenog suda u širem smislu po svojem je obliku jedan oblik zastupničke sudbenosti prema kojem kaznena vlast države čiji je državljanin pred međunarodnim kaznenim sudom i dalje *de iure* postoji (jer je kazneno djelo počinjeno na njezinu području, nad kojim je njezina vlast jedna od formalnih sastavnica suvereniteta), ali se ona izvršavanja te vlasti odrekla kada je za slučajeve određene međunarodnim pravom pristala da kaznenu vlast nad njezinim državljaninom vrši međunarodni sud.¹⁷ Stoga pojedina država ne može osporavati sudbenost međunarodnog kaznenog suda nad svojim državljaninom ako je međunarodna zajednica taj sud valjano osnovala i on izvršava sudbenost u “okružju koje poštuje temeljna ljudska prava i slobode”¹⁸, dakle sukladno načelu pravičnog postupka.

S druge strane, moramo uočiti da načelo pravičnog postupka sadrži pravi “kaleidoskop” sastavnica koje sve doprinose pravičnosti postupanja, svaka na svoj način. Spomenuli smo da ih pojedini autori različito klasificiraju.¹⁹ Postupak pred međunarodnim kaznenim sudom koji ne bi imao institucionalna jamstva kao što je jamstvo neovisnosti i nepristranosti sudaca ne bi se mogao smatrati “pravičnim” i legitimnost takva suda bila bi upitna²⁰; stoga su tvorci *ad hoc*

¹⁷ O pojmu zastupničke sudbenosti kao načelu prostornog važenja kaznenog zakonodavstva *među državama* v. Novoselec, P., *Opći dio kaznenog prava*, 2007., str. 109. Prvi put ga u našoj literaturi spominje Zlatarić, B., *Međunarodno krivično pravo, prvi dio. Rasprostranjenost represivne vlasti države* (priredio Šeparović, Z.), Zagreb, 1979., str. 142, u osloncu na neke njemačke autore, a među njima i Kohlera koji je upozorio da je već postglosatorima bilo poznato “zastupničko kazneno pravo”.

¹⁸ Safferling, *op. cit.* u bilj. 8, str. 51, piše: “...Sovereignty, in its interior aspect in particular, can only be exercised in circumstances of peace and security, in an environment that is obliged to human rights in a non-oppressive manner.”

¹⁹ V. bilj. 12.

²⁰ Sucima međunarodnih vojnih tribunala nakon II. svjetskog rata prigovaralo se da su šefovi savezničkih država u njihova vijeća kao vijeća sudova “pobjednika nad poraženim” imenovali kao suce (i njihove zamjenike) osobe najvećeg političkog povjerenja, različitog pravničkog znanja i iskustva. Osim toga, kritičari su isticali da se pred tim tribunalima nije moglo govoriti o načelu “jednakosti oružja” čak ni u smislu kakav je postojao u angloameričkom pravu toga vremena prema kojem su modelirane glavne crte postupka pred sudom u Nürnbergu i Tokiju. I ugledni Theodor Meron u svojem članku *Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals*, *American Journal of International*

kaznenih sudova UN-a i kasnije ICC-a uložili napore da se barem statutarnim odredbama osigura kvaliteta njihovih sudaca i njihovo nepristrano postupanje te udovolji tom dijelu zahtjeva načela pravičnog postupka. Sličnu referenciju na legitimnost nalazimo i kod pretpostavke okrivljenikove nedužnosti kao moralnog načela. No, kod prava okrivljenikove obrane moralnu referenciju imaju samo jamstva “minimalnih prava obrane” koja osiguravaju da se osuda, čak i

Law, 2006., str. 569 – 570, piše, u osloncu na druge komentatore, unatoč općoj pohvalnoj ocjeni nürnberškom i tokijskom tribunalu da su njihove proceduralne odredbe “u najboljem slučaju bile rudimentarne” te da prigovor da su tribunalu bili “sudovi pobjednika nad pobijedenima” najjače “odzvanja kroz načelo pravičnog postupka” (*due process*). U pogledu nürnberškog tribunala on to ilustrira člankom 12. Londonske povelje koji je dopustio da se optuženicima sudi u odsutnosti “kad god to, temeljem nekog razloga, sud ocijeni kao interes pravde” (što je iskorišteno na suđenju Hitlerovu doglavniku Martinu Bormannu), člankom 11. koji je isključio zabranu ponovnog suđenja pred nacionalnim sudovima zločincima koji su već bili osuđeni u Nürnbergu, što se doista i događalo, te nepostojanjem žalbene instancije i nepostojanjem odredaba o teretu dokaza – što je nakon početne kontroverze oko stajališta sovjetskih članova suda da teret dokaza treba biti na optuženicima ipak prevladano u duhu pretpostavke okrivljenikove nedužnosti. Meron nastavlja: “Frankly, the London Charter was short on due process protections because they were not among the Allies’ chief concerns. But fairness norms inevitably crept into the proceedings, in spite of the conciseness of the Tribunal’s charter” pri čemu kao hvalevrijedan rezultat ipak ističe da suci nürnberškog tribunala nisu prihvatili široku američku koncepciju “zločinačke urote” (*conspiracy*) koja je trebala omogućiti da se nakon osude neke pravne osobe, kao asocijacije zločinačke urote, sve njezine osobe, samo na temelju svojeg članstva, proglašavaju krivima za zločine proistekle iz njezina plana bez obzira jesu li za nj znali ili ne i jesu li aktivno sudjelovali u njegovu ostvarenju ili nisu. U pogledu pak tokijskog procesa Meron priznaje da su “...the Japanese trials encounters much greater problems over due process ...the defence lacked time and resources, and was denied access to some relevant material” te da je oslonac na pisane isprave kao dokaze, posebice neprovjerene i neprovjerljive izvanprocesne izjave svjedoka, izazivao veliku zabrinutost, jednako kao i ponašanje sudaca od kojih su trojica uključena u suđenje nakon što je ono već započelo, većina ih nije kontinuirano prisustvovala raspravi, a neke osude na smrtnu kaznu izrečene su tijesnom većinom od 6 : 5 glasova, što je sve dovelo do bitno manjeg utjecaja presuda tokijskog suda na razvoj međunarodnog kaznenog prava nego što ga je izvršio tribunal u Nürnbergu. Stoga Meron zaključuje da je “...one of the enduring lessons of the Nuremberg and Tokyo (including the Yokohama) trials, then, is that due process protections are not an impediment to the administration of international justice; rather, they are indispensable to it”, ali, dakako, ne ulazi u spekulaciju kakav bi bio *ishod* nürnberškog i tokijskog procesa da su optuženicima bila doista zajamčena i pružena sva prava obrane koja postulira načelo pravičnog postupka.

za “jezgrene” međunarodne zločine ne smije ostvariti pod svaku cijenu jer bi se u suprotnom postupak pretvorio u počiniteljevo svođenje na objekt represije nad osobom zaniijekana dostojanstva, izložen pukoj odmazdi represivnog sustava. To bi međunarodni kaznenopravni sustav namijenjen *zaštiti* ljudskih prava prometnulo u sustav njihova *kršenja* i tako ukinulo njegovu normativnu legitimnost.²¹

Statuti međunarodnih kaznenih sudova različito propisuju sastavnice načela pravičnog postupka. Čl. 20. Statuta ICTY-ja i čl. 19. Statuta ICTR-a predviđaju da raspravna vijeća moraju osigurati da suđenje bude “pravično i ekspeditivno” (*fair and expeditious*) te da se postupak vodi u skladu s pravilima o postupku i dokazima uz puno poštovanje optuženikovih prava i dužnu skrb o zaštiti prava žrtava i svjedoka prepuštajući sudu da sam određuje koja pravila o postupku i dokazima izvedena iz odredaba čl. 21., st. 4. Statuta ICTY-ja i čl. 20., st. 4. Statuta ICTR-a o minimalnim pravima obrane kao posebne njegove sastavnice dolaze pod “kišobran” načela pravičnosti. Za razliku od toga čl. 66. Statuta ICC-a propisuje pretpostavku okrivljenikove nedužnosti, a u čl. 67., st. 1. pored prava na javnu raspravu te na “pravično i nepristrano suđenje” opću sastavnicu o ravnopravnosti stranaka, odnosno “jednakosti oružja” taj Statut ne navodi²² nego sadrži katalog devet minimalnih prava optuženikove obrane na suđenju (prava u istrazi nabrojana su u čl. 55.).

Vidimo da opseg i sadržaj načela pravičnog postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima varira te da ne mora biti istovjetan onome pred nacionalnim kaznenim sudovima. Treba također primijetiti i da nakon okončanja postupka pred žalbenim vijećem međunarodnog kaznenog suda ne postoji mogućnost obraćanja individualnom aplikacijom međunarodnim tijelima za zaštitu ljudskih prava kao što je Europski sud za ljudska prava, Europski sud pravde, Odbor UN-a za ljudska prava i dr. Stoga nam se čini da su u pravu oni komentatori koji načelu pravičnog postupka u postupku pred međunarodnim kaznenim sudovima pripisuju uži sadržaj. Posebne okolnosti osnivanja međunarodnih kaznenih sudova i njihove zadaće koje ih razlikuju od zadaća nacionalnih sudova opravdavaju ograničenje *pojedinih* sastavnica toga načela (npr., prava okrivljenika da se brani

²¹ Safferling, *op. cit.* u bilj. 8, str. 48. “The protection of human rights by using criminal law at an international level can only be effective if it is done with respect for human rights.”

²² Načelo “jednakosti oružja” izričito se ne spominje u čl. 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (ni, npr., u čl. 6. Europske konvencije o ljudskim pravima).

sam²³, prava obrane na konfrontaciju sa svim svjedocima optužbe). Pri tome se, međutim, moraju zadržati “minimal requirements of internationally recognized fair trial elements”.²⁴ To je stajalište potvrđeno i u praksi *ad hoc* sudova. Poznato je da je ICTY u početku oklijevao međunarodne standarde zaštite osobnih prava i prava obrane *aksiomatski* primijeniti na okrivljenika²⁵, ali je kasnije, zajedno s ICTR-om, pristupio njihovoj relativiziranoj primjeni izrekavši u odluci raspravnog vijeća u predmetu *Delalić* od 28. IV. 1997. da su odredbe Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima te Europske konvencije za zaštitu temeljnih prava i sloboda doduše “...authoritative and applicable” (§ 27.), ali da njihova primjena ne treba biti “striktna” jer je riječ o međunarodnom sudu sa specifičnim statusom, strukturom i stvarnom nadležnošću.²⁶ Tako, npr., važno Pravilo 5(a) o postupku i dokazima ICTY-ja koje sadrži procesnu “sankciju” (*relief*) za slučaj povreda Pravila o postupku i dokazima dvostruko relativizira njezinu primjenu - odredbom da će raspravno vijeće udovoljiti zahtjevu stranke za sankcijom ako ustanovi da je takva povreda dokazana i da je ona prouzročila

²³ Za prikaz problematike prava okrivljenika da se brani sam u postupku pred međunarodnim kaznenim sudovima usp. Scharf, M. P., *Self-Representation versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals*, Journal of International Criminal Justice, br. 4, 2006., str. 31 - 46; Schomburg, W.; Wild, T., *The Defence Rights in the Practice of the International Criminal Tribunals*, ERA, br. 4, 2004., str. 533 - 544 te Zahar, A., *Legal Aid, Self-Representation, and the Crisis at the Hague Tribunal*, Criminal Law Forum, br. 19, 2008., str. 241 - 263.

²⁴ Damaška, M. R., *The competing visions of fairness: the basic choice for International criminal tribunals*, Chapel Hill, 2011., str. 381 *sqq.*

²⁵ U odluci raspravnog vijeća ICTY-ja u predmetu *Tadić* od 10. VIII. 1995. izraženo je mišljenje da tumačenja međunarodnih standarda ljudskih prava od strane drugih međunarodnih gremija kao što su Odbor za ljudska prava UN-a ili Europski sud za ljudska prava, *ne vežu* ICTY jer je taj sud “sličniji jednom vojnom tribunalu za koji često vrijede samo ograničena pravila pravičnog postupka (...*limited rights of due process* ...)” i “slobodnija” pravila dokaznog prava (...*more lenient rules of evidence* ...). Tu je argumentaciju raspravno vijeće izvelo iz zadaće ICTY-ja da štiti žrtve i svjedoke, da u suđenju ima posla s ratnim sukobom, da ne raspolaže s policijskom službom te da ima sudbenost nad zločinima koji se smatraju “...so horrific as to warrant universal jurisdiction”. (odluka raspravnog vijeća od 10. VIII. 1995. o zahtjevu tužitelja za primjenom zaštitnih mjera za žrtve i svjedoke, § 28. - 30.), *cit.* prema Knoops, G.-J., A., *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings*, Deventer, 2005., str. 18.

²⁶ Opširnije: McIntyre, G., *Defining Human Rights in the Arena of International Humanitarian Law: Human Rights in the Jurisprudence of the ICTY*, u: Boas, G.; Schabas, W. (ur.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Dordrecht, 2003., str. 193 - 238.

“suštinsku” štetu toj stranci²⁷ te odredbom da će za procesnu sankciju odrediti ono “sredstvo” (*remedy*) koje smatra prikladnim da “osigura sukladnost postupka temeljnim načelima pravičnosti” (Pravilo 5(c)).

Možemo, dakle, zaključiti da je načelo pravičnog postupka danas nesporno pred međunarodnim kaznenim sudovima. Oni ga postuliraju u svojim statutima i tumače katkad “široko”²⁸, ali katkad dopuštaju veće iznimke od onih u nacionalnim kaznenim postupcima.²⁹ Ono zaslužuje kvalifikaciju “stožernog” načela postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima. Razlog za to je njegovo značenje koje ima, s jedne strane, kao normativni kriterij³⁰ za legitimnost postupka pred međunarodnim kaznenim sudom i, s druge strane, kao kriterij za institucionalnu legitimnost toga suda.³¹ Bez ovog načela, naime, ne bi bilo

²⁷ “Where an objection on the ground of non-compliance with the Rules or Regulations is raised by a party at the earliest opportunity, the Trial chamber shall grant relief if it finds that the alleged non-compliance is proved and that it has *caused material* prejudice to that party.” Kriterij po kojem stranka može postići *relief*, vidimo, teži je nego kriterij za stranku koja se u našem kaznenom postupku poziva na *relativno* bitnu procesnu povredu kod koje je dovoljno pokazati postojanje povrede neke odredbe kaznenom postupka i *mogućnost* njezina utjecaja na presudu (čl. 367., st. 3. Zakona o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 110/97).

²⁸ Npr., *pravu* obrane da na raspravi izvede svoje svjedoke ICTY u tumačenju pridodaje pozitivnu dužnost suda da okrivljeniku pomogne izdavanjem obvezatnih poziva, osiguranjem slobodnog dolaska (*salvus conductus*) takvih svjedoka pred sud i drugih potrebnih mjera (odluka raspravnog vijeća u predmetu *Tadić* od 26. II. 1996, *cit.* prema Cryer, R.; Friman, H.; Robinson, D.; Wilmshurst, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. izdanje, Cambridge, 2010., str. 435).

²⁹ Cryer *et al.*, *op. cit.* u bilj. 28, str. 435 *sqq.* Tako, npr., ti sudovi smatraju da se mora izbjeći diskriminacija između stranaka u osiguranju mogućnosti da se pripremaju za raspravu koja bi mogla obranu staviti u “substantial disadvantage” u odnosu na optužbu, ali da taj postulat ipak ne traži da se osigura ravnopravnost u smislu potpune jednakosti stranaka u pogledu raspolaganja materijalnim, financijskim ili kadrovskim resursima (odluka žalbenog vijeća u predmetu *Kordić i Čerkez* od 17. XII. 2004., § 175. – 176.; slično i odluka žalbenog vijeća ICTR-a u predmetu *Kayishema i Ruzindana* od 1. VI. 2001., § 67. – 69.).

³⁰ Normativni kriteriji legitimnosti međunarodnih kaznenih sudova tiču se formalno-logičke usklađenosti rezultata njihova djelovanja s pravnim poretkom koji ih je ustanovio i odgovaraju na pitanja kako je sud protumačio i primijenio norme o svojoj sudbenosti i nadležnosti te o jamstvima procesnog položaja stranaka u postupku.

³¹ Pitanja institucionalne legitimnosti tiču se načina na koji adresati priznaju autoritet odlukama međunarodnih kaznenih sudova i odnose se na nastanak i održavanje njihova uvjerenja o tom autoritetu.

mjerila za uravnotežen položaj stranaka pred tim sudovima, postupak bi izgubio svoju normativnu, a ti sudovi institucionalnu legitimnost.

Analize komentatora dosadašnje bogate prakse ICTY-ja i ICTR-a pokazale su da pri pojmovnom određivanju načela pravičnog postupka pred međunarodnim kaznenim sudovima postoje specifični problemi po kojima se ono razlikuje od pojmovnog određivanja sastavnica načela pravičnog postupka pred nacionalnim kaznenim sudovima. Schomburg, kao bivšiiskusni sudac ICTY-ja, među njima je izdvojio problem tereta dokaza koji otvara primjena pretpostavke okrivljenikove nedužnosti pri odlučivanju o pritvaranju optuženika, problem obavještanja okrivljenika o razlozima optužbe protiv njega, problem odgovarajućeg vremena za pripremu okrivljenikove obrane i komunikacije s izabranim braniteljem, problem suđenja u razumnom roku u nazočnosti optuženika, problem materijalne obrane okrivljenika koji ne želi branitelja, problem adekvatne primjene prava na konfrontaciju okrivljenika sa svjedocima optužbe, pitanje opsega privilegija od samooptužbe, problem naknade štete neopravdano osuđenim osobama te opseg zabrane ponovnog suđenja osobi za isto kazneno djelo.³² Schomburgova raščlamba pokazuje da ICTY i ICTR u svojoj praksi, u cjelini, izvršavaju zadaću tumačenja i primjene pojedinih prava koja su sastavnice načela pravičnog postupka čime, sa svoje strane, doprinose međunarodnoj jurisprudenciji o tom načelu. No, kod pojedinih od tih prava tumačenje u nekim presudama i odlukama ipak ne zaslužuje pozitivnu ocjenu, posebice kada, npr., odluke ICTY-ja dopuštaju ekscesivno dugotrajni pritvor prije podnošenja optužnice ili pak određuju neprihvatljiv opseg optuženikova prava da se brani sam, bez izabranog branitelja. Kod potonjih, smatra ovaj autor, ugled ICTY-ja mogao bi biti doveden u pitanje ako njegove odluke ne bi bile donesene od strane sposobnih sudaca na temelju oprezne i uravnotežene prosudbe svih okolnosti slučaja.

Poruka je, stoga, jasna. Prihvativši da kompetentno odlučuju o svim sastavnicama načela pravičnog postupka kao detaljiziranim pravima stranaka u postupku, ICTY i ICTR ne samo da učvršćuju svoju vlastitu institucionalnu legitimnost nego postavljaju i pravne standarde za normativni legitimitet ostalih međunarodnih kaznenih sudova, poglavito ICC-a kao svojeg svojevrsnog sljednika čije djelovanje danas postaje neizbježno u suvremenom globaliziranom svijetu.

³² Usp. Schomburg, *op. cit.* u bilj. 23, str. 1 - 5.

Summary

Davor Krapac *

SOME REMARKS ON THE NATURE AND ROLE OF THE FAIR TRIAL PRINCIPLE BEFORE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS

While arguing that the fair trial principle is nowadays considered to be a general principle of international law in the proceedings before international criminal tribunals, the author points to the different interpretations of its elements in practice of these tribunals. These interpretational differences are the consequence of specific procedural settings in which international criminal tribunals operate, marked by trials for international crimes of extreme graveness and with a huge number of affected victims. But, no matter what problems may be encountered while evaluating and assessing the interests of the defense of the accused, the limitation of individual elements of fair trial rights at the expenses of the defense is permitted only due to special circumstances of foundation of these tribunals and in the interest of fulfilling their tasks. This element distinguishes international criminal tribunals from national courts. The author is of the opinion that an appropriate balance of the interests of the defense and the interests of the prosecution is of key importance for fair treatment of all participants, for legitimacy of the proceedings, and for the overall operation of the international criminal tribunals. Such balance has to be secured both while defining procedural framework in the bylaws and regulations of such tribunals, and while adjudicating concrete cases. This submission is illustrated by selected cases from the case law of the ICTY and ICTR as ad hoc international criminal tribunals. The experience and the authority accumulated in these cases may be a capital for securing appropriate adjudication in the cases before the ICC as the permanent tribunal for international crimes that only has to establish its case law in the future.

Keywords: criminal proceedings, fair trial principle, international criminal courts, international criminal law.

* Davor Krapac, Ph. D., Fellow of the Croatian Academy of Sciences and Arts; Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia; Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U UPRAVNOSUDSKIM POSTUPCIMA – NOVI PROBLEMI I IZAZOVI

*Doc. dr. sc. Marko Šikić**

U radu je analiziran institut pravne zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku u upravnosudskim postupcima. S obzirom na to da smo o navedenom pitanju već pisali prije nekoliko godina, potrebno je istaknuti kako je rad nastavak naših istraživanja te da je u prvom redu potaknut pitanjima i problemima koja za razvoj instituta nameće reforma upravnog sudovanja učinjena novim Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. Važno je također istaknuti činjenicu da su intervencije u institut učinjene i izmjenama i dopunama Zakona o sudovima iz 2009. i 2010. te smo mišljenja da je i navedene novele potrebno kritički razmotriti. Kako bi se cjelokupna problematika mogla u potpunosti razumjeti, u radu se najprije navode temeljna pitanja i problemi koji su se pojavili u razvoju instituta pravne zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku u upravnosudskim postupcima. Nakon toga posebno je analizirana trenutačna situacija u razvoju instituta koja je posljedica spomenutih zakonodavnih aktivnosti iz 2009. i 2010.

Ključne riječi: pravo na suđenje u razumnom roku, upravni spor, Zakon o upravnim sporovima, Zakon o sudovima.

I. UVOD

Nakon ratifikacije Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda¹ (dalje u tekstu: Europska konvencija) hrvatsko je zakonodavstvo započelo

* Dr. sc. Marko Šikić, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne

razvijati institut zaštite građana od nerazumno dugih rokova rješavanja u sudskim postupcima te na taj način pokušalo pridonijeti ukupnom rješenju problema kašnjenja u postupanju. I hrvatska je znanstvena i stručna javnost s velikom pozornošću pratila razvoj instituta te se u brojnim radovima upućivalo na probleme neefikasnosti hrvatskog pravosuđa te na dobre i loše strane uvedenih mehanizama pravne zaštite građana.² I sami smo pokušali doprinijeti unapređenju instituta pravne zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku, posebno analizirajući pitanje razumnosti roka odlučivanja u upravnosudskom postupku.³

novine, Međunarodni ugovori, br. 18/97). Stupanjem na snagu Protokola br. 11 objavljen je i pročišćeni tekst Europske konvencije (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 6/99). Novi protokoli br. 12 i 13 objavljeni su u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, br. 14/02, a Protokol br. 14 objavljen je u Narodnim novinama, Međunarodni ugovori, br. 1/06.

- ² V. tako, primjerice, Uzelac, A., *Hrvatsko procesno pravo i jamstvo "pravičnog postupka" iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, Supplement, 1998., str. 1005 - 1030; Garašić, J., *O upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u svjetlu čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, Supplement, 1998., str. 967 - 1004; Omejec, J., "Razumni rok" u interpretaciji Ustavnog suda Republike Hrvatske, u: Crnić, J.; Filipović, N. (ur.), *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava. Interpretativna uloga Ustavnog suda*, Zagreb, 2000., str. 131 - 149; Vajić, N., *Duljina sudskog postupka u Hrvatskoj i praksa Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 51, br. 5, 2001., str. 981 - 990; Crnić, J., *Ustavni zakon o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske – spas ili requiem za Ustavni sud*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 52, br. 2, 2002., str. 266 - 267; Šprajc, I., *O načinu procjenjivanja "razumnosti" trajanja upravnosudskog postupka*, Informator, vol. 53, br. 5322, 2005., str. 5 - 6; Potočnjak, Ž., *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku – neki prijedlozi za unapređenje hrvatskog sustava na temelju stranih iskustava*, Hrvatska pravna revija, vol. 5, br. 4, 2005., str. 1 - 15; Potočnjak, Ž., *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku nakon stupanja na snagu novog Zakona o sudovima*, Hrvatska pravna revija, vol. 6, br. 4, 2006., str. 13 - 31; Uzelac, A., *O razvoju pravnih sredstava za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku. Afirmacija ili kapitulacija u borbi za djelotvorno pravosuđe*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 62, br. 1-2, 2012., str. 359 - 395.
- ³ V. tako Šikić, M., *Pravo na suđenje u razumnom roku u postupcima pred Upravnim sudom Republike Hrvatske*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30, br. 1, 2009.; Šikić, M., *Vremenski okviri odlučivanja u hrvatskom upravnom sporu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, vol. 47, br. 1, 2010.

Željeli bismo i ovom prilikom istaknuti kako smatramo da je problematici pravne zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku u upravnosudskom postupku potrebno posvetiti posebnu pažnju zbog neupitne povezanosti upravnog i upravnosudskog postupka u hrvatskom pravnom sustavu. Naime, hrvatski je upravnosudski postupak predstavnik kontinentalnog upravnog sudovanja koji sudski nadzor nad radom uprave povjerava posebnim upravnim sudovima.⁴ Nadalje, navedeni postupak pretpostavlja izjavljivanje žalbe u upravnom postupku prije negoli građani mogu tužbom zatražiti upravnosudsku zaštitu. Zbog toga ni trajanje postupaka pred upravnim sudovima ne možemo odijeliti od prethodnog trajanja upravnih postupaka nego ih je potrebno promatrati kao svojevrsnu cjelinu. Imamo li u vidu žalosnu činjenicu da se postupci pred tijelima javne uprave u Republici Hrvatskoj često mjere u godinama, vidljivo je s kolikom je ozbiljnošću potrebno promatrati i dužinu postupaka koji se nakon toga mogu voditi pred upravnim sudovima.

Neposredan povod za pisanje ovoga rada i nastavak započetih istraživanja svakako je u prvom redu radikalna reforma upravnog sudovanja učinjena novim Zakonom o upravnim sporovima⁵ (dalje u tekstu: ZUS). Navedenim se zakonom, naime, raniji jednostupanjski sustav zamijenio dvostupanjskim sustavom upravnog sudovanja⁶, provođenje usmene i javne rasprave postalo je pravilo⁷ kao i dužnost suda da riješi samu upravnu stvar, tj. provede spor pune jurisdikcije.⁸ Sasvim je izvjesno da navedene novosti pred suce upravnih sudova postavljaju vrlo tešku zadaću efikasnog postupanja koje mora biti usklađeno sa standardima pravne zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku.

Na pisanje ovoga rada potaknuti smo i izmjenama i dopunama Zakona o sudovima⁹ (dalje u tekstu: ZS). Naime, novelama navedenog zakona iz 2009. i 2010. kojima je Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Vrhovni sud)

⁴ O razvoju upravnog sudovanja v. više u: Borković, I., *Upravno pravo*, Zagreb, 2002., str. 483 - 489; Tratar, B., *Upravni spor*, Ljubljana, 2002. Iscrpan prikaz razvoja hrvatskog upravnog sudovanja v. Medvedović, D., *Upravno sudstvo u Hrvatskoj – prilog za povijesni pregled*, u: Medvedović, D. (ur.), *Hrestomatija upravnog prava*, Zagreb, 2003., str. 309 - 356.

⁵ Zakon o upravnim sporovima (Narodne novine, br. 20/10).

⁶ V. čl. 12. i 13. ZUS-a.

⁷ V. čl. 7. i čl. 37. – 39. ZUS-a.

⁸ V. čl. 58., st. 1. i 3. ZUS-a.

⁹ Zakon o sudovima (Narodne novine, br. 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 116/10, 27/11 i 130/11).

postao posljednja instancija odlučivanja o povredi prava na suđenje u razumnom roku zamijenivši u toj zadaći Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustavni sud). S obzirom da navedene novele ZS-a smatramo korakom unatrag u uređenju instituta zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku, u radu ćemo takvo naše gledište pokušati podrobnije obrazložiti i razraditi.

II. RAZVOJ ZAŠTITE PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U UPRAVNASUDSKOM POSTUPKU

S obzirom na to da je ovaj rad, kako smo to već i istaknuli, nastavak istraživanja i radova objavljenih 2009. i 2010. kao i s obzirom na činjenicu da je problematika rada opsežno analizirana i u brojnim drugim znanstvenim i stručnim radovima, željeli bismo u ovome poglavlju izbjeći nepotrebna ponavljanja i istaknuti samo najvažnija mjesta u razvoju instituta prava na suđenje u razumnom roku u upravnosudskom postupku. Navedeni će se izbor u prvom redu temeljiti na važnosti pojedinih aspekata u razvoju instituta za teze koje ćemo iznijeti u središnjim razmatranjima ovoga rada.

Tako je na početku potrebno istaknuti kako razvoj instituta zaštite prava na suđenje u razumnom roku u Republici Hrvatskoj možemo promatrati od trenutka polaganja akta o ratifikaciji Europske konvencije 5. studenoga 1997. Navedenim je trenutkom Europska konvencija postala dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske¹⁰ te je Republiku Hrvatsku počela obvezivati i odredba čl. 6. Europske konvencije pod nazivom Pravo na pošteno suđenje¹¹

¹⁰ Ustavni sud izražavao je stajalište da se pravo na suđenje u razumnom roku u Republici Hrvatskoj priznaje i štiti od 5. studenog 1997. u gotovo svakoj svojoj odluci kojom je usvajao ustavne tužbe zbog povrede toga prava. Ističe se, međutim, kako je, i teoretski i praktično, ostalo otvoreno pitanje kako tretirati razdoblje prije navedenog datuma. V. o navedenom više u: Radolović, A., *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku - realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 8, br. 1, 2008., str. 295.

¹¹ V. o značenju i praksi Europskog suda u odlučivanju povodom čl. 6. Europske konvencije opširno u: Van Dijk, P.; Van Hoof, G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oxford, 2006., str. 511 – 651; Gomien, D.; Harris, D.; Zwaak, L., *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, 1996., str. 157 - 202; Robertson, A. H.; Merills, J. G., *Human*

koja, između ostalog, u svom st. 1. propisuje sljedeće: “Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ...svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni i nepristrani sud ...u razumnom roku ispita njegov slučaj.” Nakon što je navedeni dio čl. 6., st. 1. Europske konvencije počeo obvezivati Republiku Hrvatsku, započela je pravna aktivnost čija je svrha uspostavljanje efikasnih normativnih mehanizama kojima bi se građani zaštitili od postupovne neaktivnosti hrvatskih sudova. Navedena je aktivnost, potaknuta u prvom redu odlukama Europskog suda za ljudska prava u Strasbourgu¹² (dalje u tekstu: Europski sud), dovela do intervencija u pravne izvore najvišega ranga: Ustav Republike Hrvatske¹³ (dalje u tekstu: Ustav RH), Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske¹⁴ (dalje u tekstu: Ustavni zakon) i ZS.

Prvi stupanj u razvoju zaštite prava na suđenje u razumnom roku bio je ustavnosudski. Naime, građani su pravnu zaštitu od povrede navedenog prava prema čl. 63. Ustavnog zakona¹⁵ mogli zatražiti pred Ustavnim sudom. U

rights in Europe – a study of the European Convention on Human Rights, Manchester, 1993., str. 85 - 119. O važnosti čl. 6. Europske konvencije za Republiku Hrvatsku v., primjerice, Uzelać, A., *Hrvatsko procesno pravo ...*, op. cit. u bilj. 2, str. 1005 - 1030.

¹² Željeli bismo među brojnim istaknuti odluke u sljedećim predmetima: *Rajak protiv Hrvatske* (presuda Europskog suda od 28. lipnja 2001.), *Horvat protiv Hrvatske* (presuda Europskog suda od 26. srpnja 2001.), *Slaviček protiv Hrvatske* (odluka Europskog suda od 4. srpnja 2002.), *Počuča protiv Hrvatske* (presuda Europskog suda od 29. lipnja 2006.) i *Božić protiv Hrvatske* (presuda Europskog suda od 29. lipnja 2006.).

¹³ Ustav Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10). Čl. 29., st. 1. Ustava Republike Hrvatske glasi: “Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.”

¹⁴ Ustavni zakon o Ustavnom sudu (Narodne novine, br. 99/99, 29/02).

¹⁵ Čl. 63. Ustavnog zakona propisuje:

“(1) Ustavni sud će pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije no što je iscrpljen pravni put, u slučaju kad o pravima i obvezama stranke ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela nije u razumnom roku odlučio sud ili o slučaju kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava, a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice.

(2) U odluci kojom usvaja ustavnu tužbu zbog nedonošenja akta u razumnom roku iz st. 1. ovog članka, Ustavni sud će nadležnom sudu odrediti rok za donošenje akta kojim će taj sud meritorno odlučiti o pravima i obvezama ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela podnositelja. Rok za donošenje akta počinje teći idućeg dana od dana objave odluke Ustavnog suda u ‘Narodnim novinama’.

pogledu razvoja pravne zaštite od povreda razumnog roka odlučivanja u upravnosudskom postupku važno je istaknuti kako je temeljni problem bio način utvrđivanja trenutka početka i završetka razdoblja relevantnog za procjenu razumnosti roka odlučivanja. Naime, Ustavni sud je sve do Odluke i Rješenja br. U-III A-4885/2005 od 20. lipnja 2007. u odlučivanju o pitanju razumnosti roka rješavanja tadašnjeg Upravnog suda Republike Hrvatske (u nastavku rada: Upravni sud) išao, kada je utvrđivao početak i završetak roka u ocjeni moguće povrede razumnog roka postupanja Upravnog suda, smjerom suprotnim od onoga utvrđenog praksom Europskog suda. Naime, Ustavni sud je kao početak roka uzimao trenutak podnošenja tužbe Upravnom sudu dok je završetkom roka smatrao trenutak podnošenja ustavne tužbe zbog povrede ustavnog prava na odlučivanje u razumnom roku.

Ustavni sud je navedenu Odluku i Rješenje donio nakon što je Europski sud u predmetu *Počuča protiv Hrvatske* preispitao praksu Ustavnog suda u odnosu na upravni postupak. Tako je Europski sud u pogledu pitanja početka postupka istaknuo da postupak pred upravnim tijelima treba uključiti u izračun ukupnog trajanja postupka u smislu čl. 6. Europske konvencije u situacijama kada na temelju domaćeg zakonodavstva podnositelj zahtjeva mora iscrpiti prethodni upravni postupak prije nego što se može obratiti Upravnom sudu. Europski sud je istaknuo kako je iz prakse Ustavnog suda u odlučivanju o ustavnim tužbama zbog povrede prava na odlučivanje u razumnom roku pred Upravnim sudom vidljivo da Ustavni sud ne uzima u obzir ukupno trajanje postupka, odnosno isključuje razdoblje tijekom kojega je postupak trajao pred upravnim tijelima jer da se stranke mogu koristiti posebnim pravnim sredstvom kako bi takav postupak ubrzali. Takav se pristup, dakle, razlikuje od pristupa Europskog suda jer ne pokriva sve stadije postupka. Europski je sud, stoga, zaključio kako se ustavna tužba ne može smatrati djelotvornim pravnim sredstvom u odnosu na duljinu upravnog postupka.

Važno je napomenuti i kako je u predmetu *Božić protiv Hrvatske* Europski sud ponovio svoje gledište i praksu u pogledu početka postupka kao i djelotvornosti pravnih sredstava u pogledu svih stadija postupka, a s obzirom na praksu Ustavnog suda koji prilikom odlučivanja o tužbama zbog povrede razumnosti roka

(3) U odluci iz stavka 2. ovog članka Ustavni sud će odrediti primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zbog povrede njegova ustavnog prava koju je sud učinio kada o pravima i obvezama podnositelja ili o sumnji ili optužbi zbog njegova kažnjivog djela nije odlučio u razumnom roku. Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva stranke za njezinu isplatu.”

odlučivanja pred Upravnim sudom ne uzima u razmatranje trajanje postupka pred upravnim tijelima. Nadalje, jako je važno da je Europski sud (u ispitivanju zadovoljava li ukupnost sredstava u Republici Hrvatskoj zahtjev djelotvornosti iz čl. 35., st. 1. Europske konvencije) istaknuo da je do odugovlačenja postupka došlo zbog nedostatka u postupovnom sustavu koji je omogućio opetovana vraćanja predmeta na ponovljeni postupak zbog nepotpunih činjeničnih utvrđenja.

Ustavni sud je uvažio navedena gledišta Europskog suda te spomenutom Odlukom i Rješenjem istaknuo kako se duljina upravnog postupka u konkretnoj upravnoj stvari razmatra od dana kada je nastao “spor” u smislu čl. 6., st. 1. Europske konvencije, odnosno od dana podnošenja žalbe protiv prvostupanjskog rješenja. Također je osobito važno to što je iz presude vidljivo kako je Ustavni sud promijenio stajalište i u pogledu završetka računanja relevantnog razdoblja jer je u njega uračunao i vrijeme do trenutka kada je podnositeljici dostavljena presuda Upravnog suda. Važno je i to što se Ustavni sud očitovao i o opisanim situacijama kada na nerazumno duge rokove odlučivanja u upravnim i upravno-sudskim postupcima utječe činjenica što Upravni sud više puta vraća upravnu stvar na upravni postupak, i to najčešće zbog nepotpuno ili pogrešno utvrđenih činjenica. Ustavni sud je istaknuo kako takva upravna i upravnosudska praksa upućuju na bitne nedostatke u hrvatskom upravno-postupovnom pravu te da se oni ne mogu ispraviti sredstvima pravne zaštite protiv šutnje uprave.

Kao vrlo važan trenutak u razvoju instituta pravne zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku potrebno je istaknuti i donošenje novog ZS-a koncem 2005.¹⁶ U njemu je zakonodavac, između ostalog, pokušao razriješiti problem preopterećenosti Ustavnog suda ustavnim tužbama podnesenima zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.¹⁷ ZS-om se tako uvodi zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku kao novo pravno sredstvo za zaštitu tog prava.¹⁸ Navedeni se zahtjev, pojednostavljeno rečeno, može podnijeti

¹⁶ Na ovome mjestu u našem radu osvrnut ćemo se samo na tekst ZS-a prije njegova noveliranja.

¹⁷ Ustavni sud je u svom Izvješću Hrvatskom saboru br. U-X-835/2005 od 24. veljače 2005. predložio mogući način razrješenja problema preopterećenosti ustavnim tužbama. Zakonodavac je u ZS-u gotovo u potpunosti i prihvatio prijedloge i sugestije Ustavnog suda.

¹⁸ Čl. 27. i 28. glave III. ZS-a pod naslovom “Zaštita prava na suđenje u razumnom roku” u tadašnjem tekstu zakona glasili su:

“(1) Stranka u sudskom postupku koja smatra da nadležni sud nije odlučio u razumnom roku o njezinom pravu ili obvezi ili o sumnji ili optužbi za kažnjivo djelo, može neposredno višem sudu uputiti zahtjev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku.

neposredno višem sudu. U slučajevima neaktivnosti Upravnog suda zahtjev se tako podnosi Vrhovnom sudu.

Bitno je naglasiti kako su ubrzo nakon stupanja na snagu ZS-a odredbe kojima se uredila pravna zaštita od povrede prava na suđenje u razumnom roku pretrpjele brojne kritike. Najteže od njih polaze od pozicije Ustavnog zakona i ZS-a u hijerarhiji pravnih vrela u Republici Hrvatskoj. Ustavni zakon, naime, donosi se i mijenja prema postupku određenom za promjenu Ustava RH, odnosno dvotrećinskom većinom glasova svih zastupnika Sabora Republike Hrvatske. ZS je pak organski zakon koji se donosi većinom glasova svih zastupnika.¹⁹ Iz prethodno navedene okolnosti proizlazi kako ZS nikako, pa ni po principu *lex posterior derogat legi priori*, ne može mijenjati odredbe Ustavnog zakona.

(2) Ako se zahtjev odnosi na postupak koji je u tijeku pred Visokim trgovačkim sudom Republike Hrvatske, Visokim prekršajnim sudom Republike Hrvatske ili Upravnim sudom Republike Hrvatske, o zahtjevu će odlučiti Vrhovni sud Republike Hrvatske.

(3) Postupak odlučivanja o zahtjevu iz stavka 1. ovoga članka je hitan. Postupak se provodi uz odgovarajuću primjenu pravila o izvanparničnom postupku, u pravilu bez održavanja ročišta.” (čl. 27. ZS-a)

“(1) Ako sud iz članka 27. ovoga Zakona utvrdi da je zahtjev podnositelja osnovan, odredit će rok u kojem sud pred kojim je postupak u tijeku mora odlučiti o pravu ili obvezi ili o sumnji ili optužbi za kažnjivo djelo podnositelja zahtjeva, te odrediti primjerenu naknadu koja pripada podnositelju zbog povrede njegova prava na suđenje u razumnom roku.

(2) Naknada se isplaćuje iz državnog proračuna u roku od 3 mjeseca od dana podnošenja zahtjeva stranke za njezinu isplatu.

(3) Protiv rješenja o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku može se u roku od 8 dana podnijeti žalba Vrhovnom sudu Republike Hrvatske. Protiv rješenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske žalba nije dopuštena ali se može pokrenuti ustavna tužba.” (čl. 28. ZS-a).

¹⁹ Na naznačenu odnosu Ustavnog zakona i ZS-a temelji se i vrlo teška kritika čl. 158., st. 2. ZS-a kojom se za odlučivanje u postupcima za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku pokrenutima prije dana njegova stupanja na snagu određuje sljedeće: “Odredbe ovoga Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku ne primjenjuju se na predmete u kojima je do dana stupanja na snagu ovoga Zakona podnesena ustavna tužba na temelju članka 63. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (‘Narodne novine’, br. 99/99, 29/02 i 49/02 – pročišćeni tekst). O podnesenim ustavnim tužbama odlučit će Ustavni sud Republike Hrvatske prema odredbama toga Ustavnog zakona.” Tvrdi se kako se navedenom odredbom zakonodavac upustio u uređivanje nadležnosti Ustavnog suda na što organskim zakonom iz čl. 82., st. 2. Ustava nikako nije ovlašten. V. Crnić, J., *Razmišljanje o (ne)ustavnosti nekih odredaba (novog) Zakona o sudovima*, Informator, vol. 53, br. 5405 - 5408, 2006., str. 29, 30 i 32 i Potočnjak, Ž., *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku ...*, op. cit. u bilj. 2, str. 21.

Navedeno je kritičko razmišljanje ponukalo pojedine autore da pokušaju obraniti nakane zakonodavca izražene u spornim odredbama ZS-a. Pri tome se polazi od shvaćanja kako su postupci zaštite prava na suđenje u razumnom roku uređeni i Ustavnim zakonom i ZS-om sporedni postupci u odnosu na glavne sudske postupke (kojima se prigovara nerazumno dugo trajanje). Ti su postupci također i sumarni, opskrbljeni s malo procesnih jamstava i oni se mogu smatrati privremenim rješenjima čije je uvođenje bilo neophodno samo zbog toga što u postojećim sudskim postupcima nema odgovarajućih mehanizama kojima bi se nerazumno duga trajanja postupaka onemogućila.²⁰ Ako bi se u budućnosti možda osiguralo djelovanje sudova u okvirima razumnog roka, sporedni, skraćeni i privremeni postupci zaštite prava na suđenje u razumnom roku izgubili bi na svojoj važnosti te bi ih se možda moglo i ukinuti.²¹

Za naša daljnja razmatranja osobito je važno istaknuti kako je u pogledu odnosa između sustava zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku uređenog Ustavnim zakonom i ZS-om u teoriji zauzeto stajalište da postupak predviđen ZS-om ima značenje prethodnog postupka koji mora biti proveden da bi se stranka nezadovoljna trajanjem glavnog sudskog postupka mogla obratiti Ustavnom sudu. Ustavni sud, smatra se, zadržava ovlasti iz čl. 63. Ustavnog zakona jer on i dalje ostaje posljednja instancija domaćeg pravnog poretka kojoj se stranka nezadovoljna duljinom trajanja sudskog postupka može obratiti. ZS-om, prema tome, nije uspostavljen paralelni sustav zaštite prava na suđenje u razumnom roku nego je riječ o sukcesivnim postupcima pri čemu postupak zaštite uređen ZS-om mora prethoditi postupku uređenu Ustavnim zakonom.²²

III. IZMJENE I DOPUNE ZS-a IZ 2009. I 2010.

Odredbe čl. 27. i 28. ZS-a pretrpjele su tijekom vremena nekoliko zakonodavnih intervencija.²³ Njima se uglavnom nastojalo unaprijediti institut pravne

²⁰ U pravnoj teoriji postoji i shvaćanje Zakona o sudovima kao "hrabre zakonodavne improvizacije (koju) će povijest opravdati samo ako bude privremna, odnosno ako bude zamijenjena pravim i potpunim propisom koji će regulirati zaštitu prava na suđenje u razumnom roku." V. Radolović, *op. cit.* u bilj. 10, str. 300.

²¹ V. Potočnjak, Ž., *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku ...*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 14 i 15.

²² *Ibid.*, str. 20.

²³ Čl. 27. i 28. mijenjani su i dopunjavani odredbom čl. 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (Narodne novine, br. 113/08), čl. 7. Zakona o izmjenama i dopuna-

zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku. Međutim, kako smo to već i naglasili, naše je stajalište kako je nekim od navedenih novela zaštita prava na suđenje u razumnom roku bitno narušena. Kako bismo to mogli što bolje razjasniti, smatramo potrebnim najprije ponovno citirati odredbu čl. 28., st. 3. koja se odnosi na pravni lijek protiv rješenja o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku prema tekstu ZS-a iz 2005.: “Protiv rješenja o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku može se u roku od 8 dana podnijeti žalba Vrhovnom sudu Republike Hrvatske. Protiv rješenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti ustavna tužba.”

Navedenu odredbu zakonodavac je najprije izmijenio čl. 7. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima iz 2009. (dalje u tekstu: Novela ZS-a iz 2009.) tako da je ona (sada numerirana kao čl. 28., st. 5.) glasila: “Protiv rješenja o zahtjevu za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku može se u roku od 15 dana podnijeti žalba Vrhovnom sudu Republike Hrvatske. Protiv rješenja Vrhovnog suda Republike Hrvatske žalba se može podnijeti Vijeću Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Vijeće je dužno u roku od tri mjeseca odlučiti o žalbi.”

Konačno, odredbom čl. 6., st. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima iz 2010. (dalje u tekstu: Novela ZS-a iz 2010.) čl. 28., st. 5. je izmijenjen te on danas glasi ovako: “Protiv prvostupanjskog rješenja o zahtjevu za suđenje u razumnom roku može se u roku od 15 dana podnijeti žalba Vrhovnom sudu Republike Hrvatske. O žalbi odlučuje vijeće.” Sastav vijeća Vrhovnog suda koje odlučuje o žalbi propisan je odredbom čl. 7. Novele ZS-a iz 2009. (danas je to čl. 28., st. 6. ZS-a): “Vijeće iz stavka 5. ovog članka čine tri suca Vrhovnog suda Republike Hrvatske. Članove vijeća imenuje Opća sjednica Vrhovnog suda Republike Hrvatske.”

Smatramo kako je već i iz citiranih odredaba vidljivo narušavanje samog instituta, ali i prilično zbunjujuć razvoj. Osvrnemo li se tako najprije na izmjenene učinjene Novelom ZS-a iz 2009. vidljivo je kako je zakonodavac gotovo u potpunosti isključio ustavnu tužbu kao posljednje pravno sredstvo kojim se građani mogu zaštititi od povrede prava na suđenje u razumnom roku. Ona je, zapravo, “pretvorena” u žalbu koja se podnosi Vrhovnom sudu. Time je, dakako, Vrhovni sud “prigrabio” i ovlasti konačnog odlučivanja o povredi ustavnog prava na suđenje u razumnom roku.

Ustavni sud je nedvojbeno potvrdio takvu zakonodavčevu nakanu kada je u izreci Rješenja U-IIIvS-3669 od 2. ožujka 2010. naveo kako se nakon stupanja

ma Zakona o sudovima (Narodne novine, br. 153/09) i čl. 5. i 6. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (Narodne novine, br. 116/10).

Novele ZS-a iz 2009. “ustavna tužba protiv rješenja donesenog u postupku za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku ima (se) smatrati žalbom Vrhovnom sudu Republike Hrvatske u smislu članka 7. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima”. Stoga je Ustavni sud istim rješenjem sve neriješene predmete (njih preko dvije stotine) koji su se pred Ustavnim sudom vodili povodom ustavnih tužbi podnesenih na temelju čl. 28., st. 3. ZS-a iz 2005. (pod brojem U-IIIVs) ustupio na rješavanje nadležnom vijeću Vrhovnog suda. Obrazlažući takvu svoju odluku Ustavni sud je ocijenio da je čl. 7. Novele ZS-a iz 2009. “koji uvodi najmanje dva stupnja sudske zaštite pred redovnim i specijaliziranim sudovima osigurana djelotvorna pravna zaštita prava na suđenje u razumnom roku.” Nadalje, Ustavni sud je u svjetlu zakonodavnih promjena učinjenih Novelom ZS-a iz 2009. podsjetio i na vlastitu nadležnost iz čl. 63. Ustavnog zakona te istaknuo kako je i nadalje “nadležan za odlučivanje o povredi ustavnog prava na suđenje u razumnom roku u slučaju kada Vrhovni sud Republike Hrvatske, pred kojim se vodi postupak u posljednjem stupnju odlučivanja o pravima i obvezama stranke ili o sumnji ili optužbi zbog kaznjivog djela, ne odluči o pravnom sredstvu stranke u razumnom roku.”

Izmjene učinjene Novelom ZS-a iz 2009. moguće je kritizirati iz nekoliko razloga. Prvi se tiče u našem radu ranije naznačene hijerarhijske podčinjenosti ZS-a Ustavnom zakonu. Propisujući žalbu kao jedino pravno sredstvo zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku zakonodavac se ZS-om ponovno upustio u uređivanje nadležnosti Ustavnog suda na što nikako nije ovlašten.²⁴ Drugu je, prema našem shvaćanju, također ozbiljnu kritiku moguće uputiti i zbog negiranja devolutivnog djelovanja žalbe kao pravnog lijeka, a što je zakonodavac učinio kada je propisao da o žalbi odlučuje Vijeće Vrhovnog suda, dakle vijeće istog onog suda koje je odlučilo u ranijem stupnju. Prema našem stajalištu još jedan korak unatrag učinjen je Novelom ZS-a iz 2010. kojom je kao jedini pravni lijek protiv prvostupanjskih rješenja o zahtjevu za suđenje u razumnom roku predviđena žalba o kojoj odlučuje vijeće Vrhovnog suda. Dakle, Novelom-ZS-a iz 2010. isključene su žalbe na rješenja Vrhovnog suda, osim u onim situacijama kada Vrhovni sud odlučuje u prvom stupnju povodom zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku (povodom zahtjeva koji se odnose na nerazumne rokove rješavanja visokih sudova pa tako i Visokog upravnog suda²⁵). Iz cjelokupna razvoja proizlazi kako se potpuna pravna zaštita koju

²⁴ V. *supra* bilj. 19.

²⁵ O nadležnostima za rješavanje povodom zahtjeva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku nakon stupanja na snagu ZUS-a v. u nastavku rada.

su građani imali nakon stupanja na snagu ZS-a iz 2005. postupno narušavala. Građani su najprije bili uskraćeni za ustavnu tužbu, a zatim i za žalbu protiv odluka Vrhovnog suda.

Željeli bismo na ovom mjestu podsjetiti na ranije navedena stajališta u pogledu odnosa između sustava zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku uređenog Ustavnim zakonom i ZS-om. Prema tim stajalištima ZS-om nije uspostavljen paralelan sustav zaštite prava na suđenje u razumnom roku nego je riječ o sukcesivnim postupcima, dakle postupak zaštite uređen ZS-om mora prethoditi postupku uređenu Ustavnim zakonom.

IV. REFORMA UPRAVNOG SUDOVANJA I PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Kako smo to u uvodnom poglavlju rada i naveli, novim ZUS-om hrvatsko je upravno sudovanje radikalno reformirano. Reformatorskih zahvata u tekst ZUS-a ima mnogo, ali smatramo kako se ipak najkorjenitije preinake u prvom redu tiču uvođenja dvostupanjskog upravnog sudovanja (četiri upravna suda ustrojena za područje više županija i Visoki upravni sud Republike Hrvatske ustanovljen za područje cijele Republike Hrvatske)²⁶, zatim uvođenja obvezne usmene i javne rasprave te ulaženja u spor pune jurisdikcije kao pravila. S obzirom na to da je upravno sudovanje prema ZUS-u organizirano u dva stupnja, sukladno čl. 27., st. 1. ZS-a pravnu zaštitu od povrede prava na suđenje u razumnom roku prvostupanjskih upravnih sudova pružat će Visoki upravni sud. Što se pak tiče pravne zaštite od neaktivnosti Visokog upravnog suda, smatramo da će nju sukladno čl. 27., st. 2. pružati Vrhovni sud.

Odmah na početku naših izlaganja u ovom poglavlju željeli bismo istaknuti kako će do povrede prava na suđenje u razumnom roku u upravnosudskim postupcima u prvom redu doći zbog pogrešaka učinjenih tijekom pripreme za primjenu samog ZUS-a, a manjim dijelom zbog koncepcije ZUS-a koji je, u cjelini gledajući, kvalitetan zakon. Slijedom toga smatramo potrebnim najprije u kraćim crtama prikazati postupak pripreme ZUS-a te pokazati kako su navedene pripreme bile dugotrajne i prilično kvalitetno provedene.

²⁶ Formirana su četiri prvostupanjska upravna suda: Upravni sud u Zagrebu, Upravni sud u Rijeci, Upravni sud u Splitu i Upravni sud u Osijeku. Mjesna nadležnost navedenih sudova utvrđena je Zakonom o područjima i sjedištima sudova (Narodne novine, br. 144/10).

Vlada Republike Hrvatske usvojila je tako još 22. rujna 2005. Strategiju razvoja pravosuđa, a u rujnu 2007. započeo je u okviru CARDS-a 2004 *twinning* projekt Podrška razvoju učinkovitijeg i modernijeg funkcioniranja Upravnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: CARDS). Kao dio projekta prvo je izrađen Strateški dokument za izradu Nacrta novog Zakona o upravnim sporovima, a zatim akt pod nazivom Nacrt smjernica za novi Zakon o upravnim sporovima. Navedene akte izradila je skupina stranih stručnjaka, a Vlada Republike Hrvatske usvojila ih je na prijedlog Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske 12. rujna 2008. Ista je skupina izradila i Prijedlog nacrta Zakona o upravnosudskom postupku, Komentar prijedloga nacrta Zakona o upravnosudskom postupku te Preporuke za buduću strukturu suda i uređenje organizacije upravnih sudova koji su 13. veljače 2009. godine predani Ministarstvu pravosuđa Republike Hrvatske. Uz te u okviru CARDS-a izrađeno je još nekoliko dokumenata.²⁷ Važno je istaknuti kako je gotovo u svim dokumentima koji su izrađeni tijekom tog projekta bila naglašena potreba ubrzavanja upravnosudskih postupaka, smanjenja postojećih zaostataka u sudskim predmetima te potreba usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije, posebice čl. 6. Europske konvencije, a istaknula se i potreba prethodne izobrazbe budućih sudaca.

Dokument iz kojeg je vidljivo da je skupina ozbiljno shvatila potrebu ubrzavanja postupaka, da je pristupila kvalitetnoj analizi tada postojećeg stanja i budućih potreba i da je u potpunosti shvatila značenje i opseg reforma u prvom je redu Izvješće o učinku i primjeni novog Zakona o upravnosudskom postupku (*Impact assessment of the draft for a new Law on Administrative Court Procedure and recommendations for its implementation*). Posebno želimo naglasiti kako je u tom izvješću navedeno kako Hrvatska u odnosu na ostale europske države ima bitno manji broj sudaca upravnih sudova u odnosu na ukupan broj stanovnika.²⁸ U izvješću je, nadalje, zaključeno kako dvostupanjski sustav sudovanja zahtijeva veći broj sudaca i sudskih savjetnika nego jednostupanjski. U izvješću se u odnosu na postojeći broj neriješenih spisa i procjenu budućeg broja spisa zaključuje kako je potrebno zaposliti između 90 i 110 sudaca i sudskih savjetnika, 70 - 85 na prvostupanjskim upravnim sudovima i 20 - 25 na Visokom upravnom sudu.²⁹

²⁷ Sve navedene dokumente moguće je vidjeti na: <http://www.upravnisudrh.hr/frames.php?right=CARDS2004.html>. (15. listopada 2012.)

²⁸ U Hrvatskoj je taj omjer, navodi se u izvješću, 1 : 136 000. U Austriji je on, primjerice, 1 : 28 000, u Švedskoj 1 : 26 000, a u Sloveniji 1 : 50 000.

²⁹ Raspored sudaca i sudskih savjetnika po prvostupanjskim upravnim sudovima prema izvješću bi trebao biti sljedeći: Upravni sud u Osijeku 13 - 15, Upravni sud u Rijeci 11 - 14, Upravni sud u Splitu 15 - 19 te Upravni sud u Zagrebu 31 - 37.

Neposredno nakon što je inozemna ekspertna skupina završila s radom i predala navedene dokumente, ministar pravosuđa osnovao je povjerenstvo za izradu Nacrta prijedloga Zakona o upravnim sporovima. Povjerenstvo je ubrzo izradilo Nacrt prijedloga Zakona o upravnim sporovima koji je Vlada Republike Hrvatske usvojila i 19. lipnja uputila Hrvatskom saboru. Novi ZUS usvojen je na sjednici Hrvatskog sabora održanoj 29. siječnja 2010., a objavljen u Narodnim novinama, br. 20. od 12. veljače 2010. Odredbom čl. 92. određen je dugačak *vacatio legis* tako da je novi ZUS stupio na snagu tek 1. siječnja 2012. Takav *vacatio legis* određen je jer se u navedenom roku trebalo provesti mnoge mjere, prvenstveno organizacijske i personalne, kako bi sustav osmišljen ZUS-om zaista mogao funkcionirati.³⁰

Međutim, za pripremu primjene ZUS-a napravljeno je iznimno malo i s njom se počelo odviše kasno. Tako je natječaj za izbor sudaca upravnih sudova u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku najprije objavljen točno godinu dana od objave ZUS-a, u veljači 2011.³¹ Isti je natječaj zatim poništen te ponovno objavljen u svibnju³² da bi konačno bio završen u studenom 2011. Iz današnje je perspektive vidljivo koliko je mudro i dalekovidno bilo upozorenje da *vacatio legis* za novi ZUS i nije toliko dugačak jer *tempus fugit*.³³ Dakako, s obzirom na to da je postupak izbora novih sudaca završen mjesec dana prije stupanja na snagu novog ZUS-a, vrijeme potrebno za izobrazbu budućih sudaca nepovratno je prošlo.³⁴

Poseban i, prema našem shvaćanju, najveći problem za buduću sudbinu ZUS-a predstavlja premalen broj sudaca imenovanih na prvostupanjnske upravne sudove. Za rad na Upravnom sudu u Zagrebu tako je imenovano 11 sudaca, a za rad na upravnim sudovima u Splitu, Rijeci i Osijeku imenovana su po tri suca na svakom sudu.³⁵ Vidljivo je kako je imenovano gotovo četiri puta manje sudaca

³⁰ O postupku pripreme novog ZUS-a te o njegovu donošenju v. opsežnije Medvedović, D., *Novi sustav upravnog sudovanja*, u: Đerđa, D.; Šikić, M., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, 2012., str. 27 - 30.

³¹ Narodne novine, br. 18/11.

³² Narodne novine, br. 51/11.

³³ Medvedović, D., *Potpuna reforma upravnog sudovanja*, Zbornik 49. susreta pravnika, Zagreb, 2011., str. 259.

³⁴ O pripremi primjene ZUS-a v. Staničić, F., *Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima – prebrza promjena koja bi se trebala izbjeći*, Informator, vol. 60, br. 6092-6093, 2012., str. 1 - 3. Autorova stajališta prenosimo i u potpunosti prihvaćamo.

³⁵ Inicijalnim, a kasnije poništenim natječajem trebalo se imenovati osam sudaca za Upravni sud u Zagrebu i po četiri suca za upravne sudove u Splitu, Rijeci i Osijeku.

od broja koji je predvidjela skupina stručnjaka iz CARDS-a.³⁶ Mislimo kako je gotovo potpuno izvjesno da će činjenica zapošljavanja samo 20 sudaca na prvostupanjskim upravnim sudovima imati dalekosežne posljedice te da će dovesti do nerazumno dugih rokova rješavanja u upravnosudskim postupcima.

Problem premalenog broja sudaca uočen je te je raspisan natječaj za izbor četvero sudaca na Upravnom sudu u Splitu te za po troje na upravnim sudovima u Rijeci i Osijeku.³⁷ Međutim, mišljenja smo da se reagiralo prekasno te da imenovanja i navedenog broja sudaca neće dovesti do učinkovitih postupaka pred prvostupanjskim upravnim sudovima. Nažalost, vjerojatno kao svojevrstan odgovor na problem premalenog broja imenovanih sudaca reagiralo se upućivanjem u saborsku proceduru Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima.³⁸ Prema navedenom prijedlogu u prvostupanjskim upravnim sporovima u svim bi slučajevima odlučivao sudac pojedinac, a ne tročlano sudsko vijeće kako to propisuje ZUS. Na pogrešnost i štetnost takva pristupa već je upozoreno u našoj znanstvenoj i stručnoj javnosti³⁹ pa ćemo samo istaknuti kako bi takva reforma bila u suprotnosti s cjelokupnom tradicijom upravnog sudovanja kao i sa zakonodavnim rješenjima prihvaćenima gotovo u svim europskim zemljama.

V. ZAKLJUČAK

Institut zaštite građana od povrede prava na suđenje u razumnom roku razvija se u Republici Hrvatskoj od trenutka ratifikacije Europske konvencije, dakle već petnaest godina. Tijekom tog razdoblja Republika Hrvatska uspjela je razviti sustav zaštite koji je dobrim dijelom usklađen s Europskom konvencijom i praksom Europskog suda za ljudska prava. U pogledu zaštite od povrede prava na suđenje u razumnom roku u upravnosudskom postupku ta se činjenica osobito ogleda u uvažavanju prakse Europskog suda u pitanju procjene početka i završetka

³⁶ Procjenu o potrebi imenovanja 70 do 80 sudaca i sudskih savjetnika za sudove prvog stupnja te do 35 sudaca i sudskih savjetnika za Visoki upravni sud nalazi se i u Obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona o upravnim sporovima. V. <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=3171> (15. listopada 2012.).

³⁷ Narodne novine, br. 53/12.

³⁸ V. http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/sjednice_i_odluke_vlade_rh/2012/29_sjednica_vlade_republike_hrvatske (15. listopada 2012.).

³⁹ V. Staničić, *op. cit.* u bilj. 34, str. 1 - 3.

roka relevantnog za procjenu razumnosti odlučivanja. Nažalost, mislimo kako je institut bitno normativno narušen Novelama ZS-a iz 2009. i 2010. koje su onemogućile građanima konačnu pravnu zaštitu od povrede ustavnog prava na suđenje u razumnom roku potražiti pred Ustavnim sudom. Smatramo također da je gotovo u potpunosti sigurno da će upravnosudski postupci trajati nerazumno dugo zbog organizacijskih propusta koji su učinjeni tijekom pripreme za provedbu novog ZUS-a. Pri tome u prvom redu želimo istaknuti činjenicu imenovanja premalenog broja sudaca na prvostupanjskim upravnim sudovima. Nadamo se kako ipak nećemo biti zloguki proroci te da će se u budućnosti pronaći rješenja za novonastale probleme koje smo prikazali u našem radu.

Summary

Marko Šikić*

THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN PROCEEDINGS BEFORE ADMINISTRATIVE COURTS NEW PROBLEMS AND CHALLENGES

This paper presents continuation of previous author's research regarding violations of citizens' right to a trial within a reasonable time in administrative court proceedings. The paper is primarily motivated by the fact that Croatian administrative court procedure undergone significant reforms in the new Law on Administrative Disputes. In addition, it is important to highlight the fact that the 2009 and 2010 Amendments to the Law on Courts made a very important reshaping of legal remedies available in cases of infringement of the right to a trial within a reasonable time, which need to be critically examined. The first part of the article briefly presents core problems and questions arising in the development of remedies for violations of excessive length of proceedings before administrative courts. Next, the current situation in the development of these remedies, which is the result of legislative changes from 2009 and 2010, is presented. Finally, the paper discusses the impact of the Law on Administrative Disputes on the right to a trial within a reasonable time.

Keywords: right to trial within a reasonable time, administrative dispute, Administrative Dispute Act, Law on Courts.

* Marko Šikić, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

ZASTARA U PRAVU INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA

*Prof. dr. sc. Igor Gliha**

*Doc. dr. sc. Romana Matanovac Vučković***

Nositelj prava intelektualnog vlasništva slobodan je odlučiti želi li se ili ne služiti dobrom koje je objekt njegova prava, odnosno želi li izvršavati sadržaj svojega prava. Neizvršavanje prava može imati određene pravne posljedice među kojima je i zastara. U hrvatskoj pravnoj književnosti literatura o građanskoj zastari u području prava intelektualnog vlasništva nije bogata, a kako je riječ o institutu za koji smatramo da je blizak interesima i iznimno bogatom znanstvenom i stručnom radu i stvaralaštvu profesora Mihajla Dike, smatrali smo prigodnim obraditi tu temu u zborniku njemu u čast.

Ključne riječi: intelektualno vlasništvo, zastara, zaštita autorskog prava, zaštita industrijskog vlasništva, zaštita srodnih prava.

1. UVOD

Prava intelektualnog vlasništva pružaju svojim nositeljima zaštitu u pogledu “intelektualnih dobara”, tj. tvorevina nastalih intelektualnim radom. Prava intelektualnog vlasništva su u pravilu prava apsolutnog djelovanja koja svojem nositelju daju ne samo ovlast na određeno korištenje “intelektualnog dobra” nego i ovlast treće isključiti od neovlaštena zadiranja u to dobro. Nositelj prava intelektualnog vlasništva slobodan je odlučiti želi li izvršavati prava koja mu je priznao pravni poredak ili to ne želi. Međutim, neizvršavanje subjektivnog

* Dr. sc. Igor Gliha, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Dr. sc. Romana Matanovac Vučković, docentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

prava može imati i posljedice u obliku zastare. Pitanje građanskopravne zastare prava intelektualnog vlasništva bit će razmotreno u njenim materijalnopравnim aspektima¹ uzimajući za polazište široko prihvaćeno stajalište da je zastara institut kojim se uređuju pravne posljedice neizvršavanja sadržaja nekog subjektivnog prava kroz zakonom određeno vrijeme, zbog čega subjekt toga prava gubi mogućnost njegova prisilna ostvarenja, tj. gubi pravo zahtijevati od drugog neku činidbu.^{2,3} U hrvatskom pravnom poretku nema općih pravila o institutu zastare privatnih prava. Naime, ne samo da ne postoji građanski zakonik kojim bi se u cijelosti kodificiralo građansko pravo nego nema ni sustavno uređenih jedinstvenih pravila općeg dijela građanskog prava kojima bi pripadala ona kojima se uređuje institut zastare. Pojedini instituti uređeni su propisima kojima se uređuju pojedini dijelovi građanskog prava. Pravni institut zastare najdetaljnije je u hrvatskome pravu uređen u propisu kojim se uređuju obveznopравni odnosi. Slijedom toga postavlja se pitanje mogu li se pravila o zastari obveznih prava primijeniti ne samo na obvezna nego i na druga subjektivna prava u pogledu kojih ne postoje posebna pravila o zastari. Prava intelektualnog vlasništva⁴ također

¹ “Prigovor zastare je prigovor materijalnopравne prirode, a ne procesne naravi i o njemu se može odlučiti samo presudom. Ako sud prihvati prigovor zastare odbit će tužbeni zahtjev, a neće rješenjem odbaciti tužbu” (Vrhovni sud, II Rev-21/78 od 25. siječnja 1979., Pregled sudske prakse (dalje u tekstu: PSP), 15/56). U anglosaksonskim sustavima zastara je pretežito postupovni, a u kontinentalnopравnim, kojem pripada i hrvatski sustav građanskoga prava, pretežito materijalnopравni institut. Isto vidi, npr., Gorenc, V. (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005., str. 297.

² U pravnoj književnosti općeprihvaćeno je stajalište da je zahtjev na ostvarenje nekog subjektivnog prava objektivnim pravom dana mogućnost subjektu da u ostvarenju svog subjektivnog prava traži od drugog neku činidbu. Vidi, npr., Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, Zagreb, 2008., str. 67; Raspor, A., *Zastara. Sistemski prikaz po Zakonu o obveznim odnosima i po drugim zakonima, sa sudskom praksom*, Zagreb, 1982., str. 17. Zastarom se ne gasi pravo vjerovnika nego se dužniku prepušta na volju hoće li ispuniti svoju obvezu ili ne. Vidi, npr., Gorenc, *op. cit.* u bilj. 1, str. 296.

³ Vidi definiciju zastare kod Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 2, str. 182; Gorenc, *op. cit.* u bilj. 1, str. 295; Raspor, *op. cit.* u bilj. 2, str. 1; Blagojević, B. T.; Krulj, V. (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, sv. I*, Beograd, 1980., str. 830; Momčinović, H., *Zastara zahtjeva za naknadu nematerijalne štete*, Hrvatska pravna revija, ožujak 2003., str. 7.; Čuveljak, J., *Zastoj i prekid zastare*, Hrvatska pravna revija, travanj 2003., str. 16.

⁴ Pojam prava intelektualnog vlasništva ne označava neko posebno subjektivno pravo nego je skupni pojam kojim se označavaju prava čije je zajedničko obilježje da im je objekt nastao intelektualnim djelovanjem. U Konvenciji kojom se osniva Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo (WIPO) u čl. 2. pojam intelektualno vlasništvo obuhvaća

su subjektivna prava u pogledu kojih institut zastare ili je djelomično uređen ili nije uopće uređen pa se to pitanje odnosi i na ta prava. U ovom radu će biti riječi o tzv. klasičnim pravima intelektualnog vlasništva: autorskom pravu, patentu, žigu i industrijskom dizajnu. Načelno se može utvrditi da je u hrvatskom pravu prihvaćeno stajalište da se pravila o zastari obveznih prava primjenjuju i u odnosu na druga subjektivna prava. To je stajalište opravdano s obzirom na činjenicu da je zastara najpotpunije uređena u pravilima o uređenju obveznih odnosa, tako se ta pravila, kao opća, primjenjuju i na druga subjektivna prava u mjeri u kojoj ne postoje posebne odredbe o zastari.⁵

“prava koja se odnose na književna, umjetnička i znanstvena djela, izvedbe umjetnika izvođača, fonograme i radiotelevizijske emisije, izume u svim područjima ljudske djelatnosti, znanstvena otkrića, industrijsko obličje, robne i uslužne žigove te trgovačka imena i trgovačke nazive, zaštitu od nepoštene utakmice i sva druga prava koja proistječu iz intelektualne aktivnosti u području industrije, znanosti, književnosti ili umjetnosti”. U Sporazumu o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPs) Svjetske trgovinske organizacije (WTO) pojam intelektualnog vlasništva obuhvaća autorsko pravo, srodna prava i prava kojima se štite žigovi, zemljopisne oznake, industrijski dizajn (industrijsko obličje), patenti, planovi rasporeda (topografije) integriranih krugova, zaštita neobjavljenih informacija te kontrola prakse suprotne tržišnom natjecanju u ugovornim licencijama (čl. 1., st. 2). U europskoj pravnoj stečevini pod pravima intelektualnog vlasništva smatraju se, u načelu, ona prava koja su navedena u Statement by the Commission concerning Article 2 of the Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights 2005/295/EC. Tom Izjavom Europska komisija uređuje na koja se sve prava intelektualnog vlasništva odnosi Direktiva o provedbi prava intelektualnog vlasništva 2004/48/EZ te navodi autorsko pravo, srodna prava, *sui generis* pravo proizvođača baze podataka, pravo topografija poluvodičkih proizvoda, pravo žiga, pravo industrijskog dizajna, pravo patenta, uključujući i prava koja proizlaze iz Svjedodžbe o dodatnoj zaštiti, pravo zemljopisnih oznaka podrijetla, prava na korisnim modelima (to pravo ne štiti se u hrvatskom zakonodavstvu, a slična zaštita postiže se konsenzualnim patentom), prava na biljnim vrstama (oplemenjivačko pravo) te zaštitu tvrtke u onoj mjeri u kojoj je tvrtka zaštićena isključivim imovinskim pravom u nacionalnom zakonodavstvu. Intelektualno vlasništvo se uobičajeno dijeli na dvije skupine prava: autorsko pravo i industrijsko vlasništvo. Skupina uobičajeno obuhvaća autorsko pravo u užem smislu i srodna prava: pravo umjetnika izvođača, pravo proizvođača fonograma, pravo proizvođača videograma, pravo organizacija za radiodifuziju, pravo proizvođača baze podataka i prava nakladnika. U skladu s odredbama Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva (čl. 1., st. 2.) pojam industrijsko vlasništvo obuhvaća patente, žigove, industrijski dizajn, trgovačka imena, oznake podrijetla ili oznake izvornosti, korisne modele i suzbijanje nepoštene utakmice.

⁵ Vidi *infra* 3. Primjena pravila o zastari na prava intelektualnog vlasništva.

Činjenica da pravno uređenje zastare kakvo je danas na snazi u Zakonu o obveznim odnosima⁶ ne odstupa bitno od prethodnih uređenja, onakvih kakva su bila za vrijeme dok su bili na snazi Zakon o zastari potraživanja iz 1953. godine⁷, odnosno Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine⁸, dopušta pozivanje na bogatu sudsku praksu starijeg datuma.⁹

2. ROKOVI TRAJANJA PRAVA INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA

Obilježje prava intelektualnog vlasništva jest oročenost. Prava intelektualnog vlasništva nisu trajna, “vječna” prava nego su prava koja traju određeno, zakonom propisano vrijeme. Vrijeme trajanja prava intelektualnog vlasništva nije moguće mijenjati izvan zakonom određenih okvira iako svojim postupanjem, npr., odricanjem od prava industrijskog vlasništva ili neplaćanjem propisanih pristojba za održavanje prava industrijskog vlasništva nositelj prava može u određenim situacijama izazvati prestanak prava i prije zakonom određenog vremena. Bez obzira na to što je ograničenost vremenom zajedničko obilježje prava intelektualnog vlasništva, ne postoje jedinstvena pravila koja uređuju učinke oročenosti, odnosno u pogledu nekih prava može postojati privid vječna trajanja. Pravo žiga može se neograničen broj puta obnavljati pa se može postići učinak “vječna trajanja”, a što nije moguće kod ostalih prava intelektualnog vlasništva. Pravo žiga traje 10 godina, ali ako se podnese zahtjev za produženje registracije i plate propisane pristojbe i troškovi, žig će nastaviti trajati u sljedećem desetogodišnjem razdoblju te se to može ponavljati neograničen broj puta. I nakon prestanka autorskog prava¹⁰ postoji privid nastavka trajanja određenih

⁶ Zakon o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08 i 125/11), dalje u tekstu: ZOO.

⁷ Zakon o zastari potraživanja (Službeni list FNRJ, br. 40/53 i 57/54), dalje u tekstu: ZZP.

⁸ Zakon o obveznim odnosima (Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 57/89 i Narodne novine, br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99 i 88/01), dalje u tekstu: ZOO/78.

⁹ Možda je jedna od najvažnijih izmjena u proteklih sedamdesetak godina skraćivanje općeg zastarnog roka od 10, kakav je bio propisan u ZZP-u, na 5 godina, kakav je bio propisan u ZOO/78 te koji je na snazi i danas. I neki posebni rokovi zastare izmijenjeni su u odnosu prema ZZP-u. Uređenje zastare u ZOO/78 i u današnjem ZOO-u podudara se.

¹⁰ U nekim pravnim porecima koji njeguju dualističko načelo autorskog prava poput, npr., Francuske protekom roka autorsko pravo ne prestaje u cijelosti nego prestaje samo nje-

elemenata moralnih autorskih prava¹¹, a trebalo bi smatrati da i moralna prava izumitelja i dizajnera (autora industrijskog dizajna) također traju i bez obzira na prestanak tih prava iako to u odnosnim propisima nije izrijekom uređeno.¹²

Rokovi trajanja prava intelektualnog vlasništva nisu zastarni rokovi, slijedom čega se na njih ne primjenjuju pravila o zastari. Samom činjenicom isteka roka zaštite prava intelektualnog vlasništva prestaje subjektivno pravo kao takvo, i to bez obzira na činjenicu je li izvršavano ili ne. Također, na tijek trajanja ne utječu nikakve okolnosti koje bi dovele do zastoja ili prekida kao što je to slučaj kod zastare. Rokovi trajanja prava intelektualnog vlasništva nisu ni prekluzivni rokovi. Kod prekluzivnih rokova subjekt mora svoje pravo ostvariti u roku koji je zakonom određen jer će ga u protivnom izgubiti¹³, a prava intelektualnog vlasništva prestaju i bez obzira na činjenicu da su ostvarena. Narav prekluzije je takva da se njome na neki način kažnjava ponašanje subjekta nekog prava time što će propuštanjem izvršenja određene radnje u zakonom propisanom roku subjekt izgubiti samo pravo.¹⁴ Dakle, rokovi trajanja prava intelektualnog

gova imovinska komponenta, a autorska moralna prava traju vječno dok u pravnim porjecima koji njeguju monističko načelo, među koje pripada i hrvatski, autorska moralna prava prestaju zajedno s imovinskim. Više o spomenutim načelima vidi Henneberg, I., *Utjecaj teorija o pravnoj naravi autorskog prava na zakonodavstva o autorskom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsko zakonodavstvo*, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, vol. 5, 2004., str. 1 - 12.

¹¹ Prestankom autorskog prava nositelj autorskog prava gubi ovlasti u pogledu autorskog djela kojim se tada može slobodno koristiti. Ipak, onaj tko se koristi autorskim djelom mora pri korištenju naznačiti autora (ne smije povrijediti autorstvo djela) te poštivati čast i ugled autora. Sadržaj te obveze u svojoj biti odgovara sadržaju autorskog moralnog prava pa se stvara privid da autorsko moralno pravo nastavlja postojati (v. *infra* 5. Zahtjevi koji se odnose na moralna (osobna) prava).

¹² O razlozima u korist te tvrdnje v. *infra* 5. Zahtjevi koji se odnose na moralna (osobna) prava.

¹³ Raspor, *op. cit.* u bilj. 2, str. 51.

¹⁴ To proizlazi još iz starog rimskog načela *venire contra factum proprium*. Vidi Raspor, *op. cit.* u bilj. 2, str. 51. U čl. 224. ZOO-a propisano je da se pravila o zastari ne primjenjuju kad su u zakonu određeni rokovi za podnošenje tužbe. (Kad su u zakonu određeni rokovi za podnošenje tužbe, nakon protoka roka tužba se više ne može podnijeti i to je procesnopравни prekluzivni rok. Na prekluzivne rokove ne odnose se pravila o zastari glede mogućnosti zastoja i prekida (Županijski sud u Bjelovaru, Gž-506/00 od 9. ožujka 2000.) te na slučajeve kada su u zakonu propisani rokovi za izvršenje određene radnje pod prijetnjom gubitka prava (to bi bili materijalnopравни prekluzivni rokovi propisani, npr., u čl. 71. ZOO-a za pobijanje dužnikovih pravnih radnji na štetu vjerovnika.) Više vidi Gorenc, *op. cit.* u bilj. 1, str. 305, 306.

vlasništva nisu ni zastarni ni prekluzivni. Riječ je o vremenskom ograničenju sadržaja tih prava koje je određeno zakonom. Razlozi za vremensko ograničenje trajanja apsolutnih prava intelektualnog vlasništva leže u činjenici da je riječ o pravima koja su po svojem sadržaju monopolne naravi, a u pravilu se smatra da takav monopol ne smije trajati “vječno” jer bi bio protivan svrsi i smislu zbog kojeg se intelektualne tvorevine uopće štite takvom vrstom pravne zaštite.

3. PRIMJENA PRAVILA O ZASTARI NA PRAVA INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA

3.1. Uopće

Prava intelektualnog vlasništva koja su predmet ovog rada (autorsko pravo, patent, žig i industrijski dizajn) prava su apsolutnog djelovanja. Ona djeluju prema svima i svatko ih može povrijediti. *Erga omnes* djelovanje odražava se i tako da nositelj prava u slučaju povrede može zahtijevati zaštitu toga prava. Pravo intelektualnog vlasništva vrijeda svatko tko iskorištava intelektualne tvorevine bez dopuštenja nositelja odgovarajućeg prava¹⁵ (osim u slučajevima kada postoji pravni temelj za korištenje objektima prava intelektualnog vlasništva bez nositeljeva odobrenja kao u slučajevima ograničenja u izvršavanju prava intelektualnog vlasništva, odnosno sadržajnih ograničenja).¹⁶ Za slučaj povrede nositeljima je na raspolaganju niz zahtjeva kojima su prava intelektualnog vlasništva zaštićena za vrijeme trajanja tih prava u odnosu na sve druge osobe. Ta se prava ne iscrpljuju u samom zahtjevu kao što je to često slučaj kod obveznih subjektivnih prava gdje se bit prava odražava u ispunjenju činidbe.

U slučaju povrede njegova prava nositelj ima pravo na zaštitu u odnosu na onog tko je pravo povrijedio; zahtjevi koji za nositelja prava proizlaze iz subjektivnih apsolutnih prava intelektualnog vlasništva svog adresata dobivaju tek u slučaju povrede. Naime, pravo na zaštitu postoji samo prema onome

¹⁵ Dopuštenje za korištenje objekta prava intelektualnog vlasništva daje se prvenstveno pravnim poslom. Za korištenje autorskim djelom nositelj autorskog prava na temelju pravnog posla u pravilu će za korisnika osnovati pravo iskorištavanja autorskog djela dok nositelji prava industrijskog vlasništva dopuštenje za iskorištavanje objekta njihovih prava daju u pravilu u obliku licencije.

¹⁶ Takva ograničenja nazivaju se još i zakonskim licencijama dok kod patenata postoje i prisilne licencije koje u određenim slučajevima dodjeljuje nadležno tijelo.

tko je pravo povrijedio, a do tada ti zahtjevi postoje u apstraktnom smislu, zajamčeni pravnom normom, ali tek kao "prijetnja" za slučaj povrede. Oni su latentni jer proizlaze iz sadržaja apsolutnog subjektivnog prava, ali se ne mogu konkretizirati dok ne nastupi povreda. Dok pravo intelektualnog vlasništva nije povrijeđeno konkretnom radnjom ili mu ne prijete povreda, nositelj toga prava ima samo zahtjev *in abstracto* prema potencijalnim adresatima (potencijalnim povrediteljima njegova prava) koji po svojoj naravi ne može zastarjeti. On može zahtijevati od svakoga da se suzdrži od iskorištavanja intelektualne tvorevine za koje nema uporište u zakonu, pravnom poslu ili drugom pravnom temelju. Takav zahtjev djeluje *in abstracto* jer su adresati takva zahtjeva sve osobe koje nemaju ovlast za iskorištavanje intelektualne tvorevine zaštićene konkretnim subjektivnim pravom koja bi se temeljila na zakonu, ugovoru ili drugom pravnom temelju. Takav zahtjev po svojoj naravi ne može zastarjeti jer dok nema povrede nema ni mogućnosti izvršavanja prava na zaštitu.

Slijedom toga, bez obzira na apsolutno djelovanje prava intelektualnog vlasništva, pa time i na postojanje mogućnosti da ih svatko povrijedi, kada nastupi povreda, pravo zahtijevati zaštitu postoji samo prema onome tko je uistinu i povrijedio pravo. Pravo na zaštitu redovito će se ostvariti sudskim putem te će tužitelj morati učiniti vjerojatnim da je u konkretnom slučaju ovlašten podnijeti konkretni tužbeni zahtjev prema konkretnom tuženiku.¹⁷ Ako nositelj prava svoj zahtjev usmjeri prema osobi koja nije povrijedila njegovo pravo, taj nije pasivno legitimiran i sud će njegov zahtjev odbaciti.¹⁸ U tom smislu pravo na zahtjev za zaštitu djeluje relativno, tj. prema onome koji je povredom nositeljeva prava ušao u građanskopravni odnos s nositeljem. Ako pak svoj zahtjev usmjeri prema osobi koja je povrijedila njegovo pravo, a ta osoba smatra da je zahtjev zastario, moći će istaknuti prigovor zastare i u meritornom postupku dokazati činjenice na kojima se temelji prigovor zastare. Nije dostatno da se tek pozove na zastaru. Sud neće po službenoj dužnosti utvrđivati činjenice na kojima se temelji prigovor zastare¹⁹, a ne smije ni upozoriti tuženika na činjenicu nastupa

¹⁷ Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 314.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ "Tužena je tek u žalbi istakla prigovor zastare riječima: 'Nadalje ističemo prigovor zastare.' bez bilo kakvog obrazloženja ...sud se ne može obazirati na zastaru ako se dužnik nije na nju pozvao ...sud bi mogao osnovanost prigovora ocijeniti samo na temelju činjenica koje su stranke iznijele i koje su utvrđene ...Tužena u žalbi ne samo što nije predložila dokaze nego nije iznijela ni činjenice koje bi trebalo utvrditi pa je pravilno postupio drugostupanjski sud kada presudu suda prvog stupnja nije ukinuo zbog toga

zastare. Pitanje zastare konkretnog zahtjeva zbog povrede konkretnog prava usmjerena na konkretnu osobu ovisit će o posebnim odredbama u vezi s tim zahtjevom, o čemu će biti riječi u nastavku. Daljnje je pitanje u kojoj se mjeri uz ta posebna pravila o zastari na zaštitu prava intelektualnog vlasništva primjenjuju pravila o zastari sadržana u ZOO-u koja se smatraju općim, o čemu će također biti govora u nastavku.

Kao što je već navedeno, može se tvrditi da je općeprihvaćeno načelo da se opća pravila o zastari iz ZOO/78, koja su u cijelosti preuzeta u ZOO, primjenjuju i na subjektivna obvezna prava i na subjektivna prava drukčije naravi²⁰ pa, slijedom toga, i na prava intelektualnog vlasništva. Ipak, neki su stariji autori smatrali da je zastara iz ZOO/78 isključivo obveznopravni institut te da se ne odnosi na druga građanska prava kao što su, npr., stvarna prava. Tvrdili su da je ovdje riječ o zastari druge vrste za koju se rabe izrazi odražaj, *usucapio* ili *praescriptio extinctiva* ili da je riječ o prekluziji, tj. gubitku samog subjektivnog prava.²¹ Takva su stajališta u suvremenoj pravnoj književnosti uglavnom napuštena kao što su napuštena i stajališta koja potječu iz pandektnog prava o tome da postoje dvije vrste zastare - dobitna (*praescriptio adquisitiva*) i gubitna (*praescriptio extinctiva*).²² Dakle, danas se prihvaća stajalište da se opća pravila o zastari iz ZOO-a, kao i ranije iz ZOO/78, primjenjuju ne samo na zahtjeve koji proizlaze iz obveznih subjektivnih prava nego i šire²³ te da nema prepreke da se pravila o zastari iz ZOO-a primjenjuju i na prava intelektualnog vlasništva u mjeri u kojoj zastara u pogledu njih nije posebno uređena.

što je u žalbi navedeno 'Nadalje ističemo prigovor zastare.' (Vrhovni sud RH, Revt 8/2007-2 od 22. svibnja 2007.).

²⁰ Vidjeti Raspor, *op. cit.* u bilj. 2, str. 5, 6. Isto se smatralo i u vrijeme važenja ZZP-a.

²¹ Vidi Blagojević, Krulj, *op. cit.* u bilj. 3, str. 829, 830.

²² Vidi, npr., Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 2, str. 182. Ti autori upozoravaju da je institut suprotan zastari dosjelogost. Kad bi se slagali sa stajalištem da postoje dobitna ili gubitna zastara, dosjelogost bi opisali kao dobitnu zastaru. Slično vidi i Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978., str. 1285. Suprotno su tvrdili Blagojević, Krulj, *op. cit.* u bilj. 3, str. 829.

²³ Vidi, npr., Raspor, *op. cit.* u bilj. 2, str. 5, 17, 18.

3.2. Posebno o registarskim pravima

Prava iz skupine industrijskog vlasništva (kojima se štiti patent, žig i industrijski dizajn) stječu se upisom u odgovarajući registar. S tim u svezi postoji mogućnost da zakonom ovlaštena osoba podnese zahtjev za poništaj registriranog subjektivnog prava industrijskog vlasništva. Poništajem subjektivno pravo industrijskog vlasništva prestaje *ex tunc*, od trenutka podnošenja prijave i briše se iz registra zato što nisu postojale zakonom propisane pretpostavke za njegovu registraciju ili su postojala neka ranija tuđa prava koja predstavljaju zakonom propisanu smetnju registraciji.

Postavlja se pitanje postoji li subjektivno pravo koje ovlašćuje na poništaj registriranog prava industrijskog vlasništva u slučaju kada je pravo registrirano, a da nisu ispunjene zakonom propisane pretpostavke za njegovu registraciju.²⁴

Reklo bi se da ovdje nije riječ o subjektivnom pravu na poništaj. Prije bi se situacija poništaja mogla okarakterizirati kao situacija u kojoj je subjektivno pravo nevaljano jer je registrirano protivno zakonu i zato pobojno, prikladno za poništaj. Poništaj u tom slučaju ne proizlazi iz nečijeg subjektivnog prava nego iz činjenice povrede kogentne zakonske norme. Ako nisu ispunjene zakonom propisane pretpostavke za registraciju patenta, žiga ili industrijskog dizajna, svatko može zahtijevati poništaj cijelo vrijeme trajanja prava (osim u nekim slučajevima kod žiga gdje je propisan desetogodišnji rok za podnošenje zahtjeva za poništaj)²⁵, a u slučaju industrijskog dizajna i nakon što je istekao rok njegova trajanja. Stoga u tim slučajevima u odnosu na zahtjev za poništaj registriranog patenta ili industrijskog dizajna nema primjene pravila o zastari. S druge strane, kod poništaja žiga je za određene apsolutne razloge propisan desetogodišnji rok za podnošenje zahtjeva za poništaj. Međutim, na taj rok ne

²⁴ Npr., izum nije bio nov ili nije imao inventivnu razinu ili industrijski dizajn nije bio nov ili nije imao individualan karakter ili znak nije imao razlikovni karakter u odnosu na proizvode i usluge za koje je registriran. Vidi čl. 79. Zakona o patentu (Narodne novine, br. 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10 i 49/11, dalje u tekstu: ZoP), čl. 49., st. 1. Zakona o žigu (Narodne novine, br. 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11, dalje u tekstu: ZoŽ) i čl. 44., st. 1. - 4. te 9. - 12. Zakona o industrijskom dizajnu (Narodne novine, br. 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11, dalje u tekstu: ZoID).

²⁵ Vidi čl. 49., st. 3. ZoŽ-a.

primjenjuju se pravila o zastari jer je on prekluzivne naravi.²⁶ Propuštanjem takva roka gubi se pravo zahtijevati poništaj.

Poništaj se može zahtijevati i onda kad su postojale druge smetnje za registraciju subjektivnog prava industrijskog vlasništva kao što su ranije pravo ili druga relativna smetnja za registraciju žiga ili industrijskog dizajna.²⁷ U takvim slučajevima propisane su osobe ovlaštene na poništaj (to su u pravilu nositelji ranijih suprotstavljenih prava). Postavlja se pitanje proizlazi li zahtjev za poništaj u tom slučaju iz ranijih subjektivnih suprotstavljenih prava.

U takvim slučajevima mogućnost poništaja proizlazi iz činjenice da neka osoba ima ranije subjektivno pravo koje je u suprotnosti s kasnijom registracijom. Stoga bi se ovdje moglo govoriti da pravo na poništaj proizlazi iz nečijeg subjektivnog prava, a u korist tog subjekta je i propisana mogućnost poništaja, ali bez ograničenja rokom. No, zakonom propisan sadržaj tih ranijih prava ne obuhvaća pravo na poništaj kasnijih suprotstavljenih prava. Zahtjev za poništaj proizlazi iz prava na poništaj zajamčena zakonom. Pravo na poništaj dano je posebnim zakonima kojima se uređuju pojedina apsolutna prava industrijskog vlasništva u svrhu zaštite monopolnog položaja ranijeg prava. Naime, kasnijom registracijom nastaje novo subjektivno pravo koje ugrožava monopolni karakter ranijeg subjektivnog prava tako da bi, slijedom takve situacije, koegzistirala dva suprotstavljena subjektivna prava u slučaju da drugo ne bude poništeno. Da bi se izbjegla takva nepoželjna situacija koja je u suprotnosti s monopolnom naravi prava intelektualnog vlasništva, zakonom je propisano pravo na poništaj. Kada bi u tim slučajevima pravo na poništaj bilo ograničeno rokom, tada bi bila riječ o prekluzivnom roku. U odnosu na registrirani žig moguć je i opoziv zbog zakonom propisanih razloga²⁸, zbog kojeg žig prestaje *ex tunc*, od datuma podnošenja zahtjeva za opoziv.²⁹ Pravo na opoziv žiga pripada svakomu te nije

²⁶ “Prekluzivan rok mora se uzeti u obzir po službenoj dužnosti i za nj ne vrijede pravila o zastari potraživanja prema izričitom propisu čl. 12. ZPP-a. Ne vrijede, dakle, ni propisi o prekidu zastare.” (Vrhovni sud Hrvatske, Gž-1769/59 od 5. rujna 1959.). Citirana sudska praksa nastala je još u vrijeme važenja ZPP-a. U čl. 12. ZPP-a bilo je propisano da se pravila o zastari ne primjenjuju u slučajevima kad su u zakonu određeni rokovi u kojima treba podići tužbu ili izvršiti određenu radnju. Ista odredba u neizmijenjenu obliku preuzeta je u čl. 370. ZOO/78 te potom u čl. 224. današnjeg ZOO-a.

²⁷ Vidi čl. 49., st. 2. ZoŽ-a i čl. 44., st. 5. - 8. ZoID-a.

²⁸ U praksi se najčešće kao razlog za opoziv navodi neuporaba žiga u neprekinutom razdoblju duljem od pet godina.

²⁹ Vidi čl. 46. - 48. ZoŽ-a.

ograničeno rokom. Kada bi pravo na opoziv bilo ograničeno vremenom, tada bi također bila riječ o prekluzivnom, a ne o zastarnom roku.

3.3. Posebno o zaštiti poštenog tržišnog natjecanja

Uz zahtjev koji su usmjereni na zaštitu žiga ili industrijskog dizajna od povrede, koji će se u nastavku obraditi, ili umjesto njega vrlo se često u praksi poseže i za zahtjevom za zaštitu poštenog tržišnog natjecanja. No, zaštita poštenog tržišnog natjecanja bitno se razlikuje od zaštite apsolutnih prava intelektualnog vlasništva o kojima se ovdje govori. Ta vrsta zaštite relativne je naravi i propisuje se za one slučajeve kada nema registriranog isključivog prava s apsolutnim djelovanjem ili kao njegova nadopuna. Prema čl. 63. Zakona o trgovini³⁰ zabranjeno je nepošteno trgovanje koje podrazumijeva radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri trgovački običaji. Kada je riječ o intelektualnom vlasništvu, primjenjuju se odredbe iz čl. 64., st. 1., al. 2. i 4. ZT-a. Prema tim odredbama, nepoštenim trgovanjem smatra se reklamiranje, oglašavanje ili ponuda robe ili usluga navođenjem podataka ili upotrebom izraza s kojima se iskorištava ugled drugog trgovca, njegovih proizvoda ili usluga, odnosno proizvoda drugog trgovca kao i prodaja robe s oznakama ili podacima ili izgledom koji stvaraju ili bi mogli stvoriti zabunu glede izvora, načina proizvodnje, količine, kakvoće ili drugih osobina robe.

Trgovac koji je povrijeđen nepoštenim trgovanjem može zahtijevati time nastalu štetu prema odredbama iz čl. 65. ZT-a. U njegovu je st. 3. propisan poseban složeni zastarni rok u pogledu takva zahtjeva za popravljanjem štete koji iznosi 1 godinu od saznanja za štetu i počinitelja te 3 godine od nastanka štete.³¹ U preostalom dijelu na popravljanje štete nastale radnjama nepoštenog trgovanja, tj. radnjama nepoštenog tržišnog natjecanja primjenjuju se odredbe ZOO-a.

³⁰ Zakon o trgovini (Narodne novine, br. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09 i 114/11), dalje u tekstu: ZT.

³¹ To je potvrđeno i u sudskoj praksi. Visoki trgovački sud RH, Pž-3891/06-3 od 26. ožujka 2008.

4. ZAHTJEVI KOJI SE ODOSE NA MORALNA (OSOBNNA) PRAVA

4.1. Uopće

Neka prava intelektualnog vlasništva dvojake su pravne naravi, uz imovinsku komponentu koju imaju sva ta subjektivna prava neka od njih imaju i neimovinsku komponentu (tzv. moralna prava). Uz imovinske interese koje ima stvaratelj u pogledu svoje intelektualne kreacije štite se i osobne veze stvaratelja i njegove intelektualne kreacije kao osobnog dobra. Intelektualne kreacije predstavljaju izraz osobnosti njihova stvaratelja pa im pravni poredak pruža odgovarajuću pravnu zaštitu. Autorska djela, izvedbe umjetnika izvođača, izumi i dizajni intelektualne su kreacije ("intelektualna dobra") koja su u toj mjeri izraz stvarateljeve osobnosti da zaslužuju i posebnu osobnopravnu zaštitu te odgovarajuća subjektivna prava sadržavaju i neimovinsku komponentu. Neimovinska prava u pravilu ne zastarijevaju i, ako nije što posebno određeno, ona se mogu ostvarivati sve dok postoje. Međutim, pravni poreci mogu u pogledu nekog od posebnih zahtjeva kojima se štiti neimovinsko pravo odrediti zastarni rok protekom kojeg će se izgubiti mogućnost zaštite.

4.2. Autorsko pravo i pravo umjetnika izvođača

Iz skupine subjektivnih prava koja se u podjeli intelektualnog vlasništva svrstavaju u skupinu autorsko pravo³² neimovinsku komponentu (ovlaštenja osobnopravne naravi) sadrže autorsko pravo³³ i pravo umjetnika izvođača.³⁴

³² U tradicionalnoj podjeli intelektualnog vlasništva na industrijsko vlasništvo i autorsko pravo (v. *supra*) autorsko pravo se dalje dijeli na autorsko pravo u užem smislu i srodna (susjedna, koneksna) prava. Srodna prava se također dijele na dvije skupine, pravo umjetnika izvođača i tzv. producerska prava: pravo proizvođača fonograma, pravo proizvođača videograma, pravo organizacija za radiodifuziju, pravo proizvođača baze podataka i prava nakladnika.

³³ Objekt autorskog prava je autorsko djelo te je autor na temelju autorskog prava ovlašten gospodarski koristiti svoje autorsko djelo, tj. s autorskim djelom i koristima od njega činiti što god ga je volja i svakog drugog od toga isključiti (autorska imovinska prava), ali i odlučiti kada, gdje, kako i pod kojim uvjetima će se objaviti njegovo djelo, biti priznat i označen kao autor, spriječiti promjene i korištenje autorskog djela koje ugrožava njegovu čast i ugled te opozvati daljnje korištenje autorskog djela ako bi to štetilo njegovoj časti ili ugledu kao autora (autorska moralna prava).

³⁴ Pravo umjetnika izvođača je samostalno pravo nezavisno od drugih prava, uključujući i autorsko pravo. Objekt prava umjetnika je izvedba autorskog djela. Za razliku od

U našem su pravnom poretku oba ta prava jedinstvena prava (u skladu s monističkim načelom) te je pravna sudbina obiju komponenata nerazdvojiva. Slijedom toga, kako su i vremenski ograničena prava, tako protekom roka prestaje pravo u cijelosti sa svim svojim ovlaštenjima, bez obzira na njihovu narav. Međutim, za cijelo vrijeme njihova trajanja mogu se štititi pravnim putem jer pravo na zaštitu autorskog prava i prava umjetnika izvođača načelno ne zastarijeva. Nezastarivost tih prava izričito je propisana čl. 184., st. 1. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima.³⁵ Od tog se načela odstupa u pogledu zahtjeva obveznopravne naravi (zahtjeva za popravljajem štete, plaćanjem naknade, vraćanjem stečenog bez osnove)³⁶ koji se prvenstveno odnose na povredu imovinskopravne komponente³⁷, ali i u slučaju zahtjeva za popravljajem neimovinske štete nastale povredom moralnih prava.

Bez obzira na to što su autorsko pravo i pravo umjetnika izvođača jedinstvena prava, činjenica da sadrže ovlaštenja i imovinskopravne i neimovinskopravne naravi uzrokuje da su zahtjevi kojima se štite ne samo brojniji no kod većine drugih subjektivnih prava nego i prilično različiti. Tako u pogledu zaštite moralnih prava postoji mogućnost njihove zaštite i nakon prestanka autorskog prava, odnosno prava umjetnika izvođača, a ta mogućnost ne postoji u pogledu zaštite imovinskih prava.³⁸ Naime, prestankom prava prestaje i mogućnost zaštite pa, kako nema prava na zaštitu, tako ono ne može ni zastarjeti. Međutim, nakon prestanka autorskog prava, odnosno prava umjetnika izvođača zbog isteka

autorskog prava koje svog nositelja ovlašćuje na potpuno korištenje autorskog djela, sadržaj prava umjetnika izvođača je ograničen na u zakonu točno određena ovlaštenja. Ta su ovlaštenja sljedeća: izvođač je ovlašten fiksirati svoju nefiksiranu izvedbu te ju reproducirati i distribuirati kao i priopćiti javnosti svoju fiksiranu ili nefiksiranu izvedbu (izvođačka imovinska prava). Umjetnik izvođač ima poput autora i neimovinska prava, i to prava biti priznat i označen kao umjetnik izvođač, spriječiti promjene i korištenje autorskog djela koje ugrožava njegovu čast i ugled kao izvođača (izvođačka moralna prava).

³⁵ Čl. 184., st. 1. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (Narodne novine, br. 167/03, 79/07, 80/11 i 144/12), dalje u tekstu: ZASP, glasi ovako: "Pravo na zaštitu prava iz ovog Zakona ne zastarijeva ako ovim Zakonom nije drukčije određeno."

³⁶ Čl. 184., st. 2. ZASP-a: "Zahtjevi iz ovog Zakona koji su po svojoj naravi obveznopravni, a za njih ovim Zakonom nije određen posebni zastarni rok, zastarijevaju prema općim pravilima o zastari."

³⁷ V. *infra*.

³⁸ O zahtjevima kojima se štite imovinska prava v. *infra* 6. Zahtjevi koji proizlaze iz povrede prava na gospodarsko iskorištavanje predmeta intelektualnog vlasništva.

roka nastaje univerzalna, za svakoga mjerodavna obveza da poštuje određena prava osobnopravne naravi (pravo na priznanje autorstva i poštivanje djela) koja su postojala za vrijeme trajanja autorskog prava, odnosno prava umjetnika izvođača. Ta univerzalna obveza nije oročena i traje “vječno”. Kao što je već navedeno, time je stvoren samo privid vječna trajanja jer navedena obveza ne proizlazi iz autorskog prava, odnosno prava umjetnika izvođača, nego iz samog zakona. U tom smislu i ne može biti riječ o zastari odnosnih prava. Povreda obveze poštivanja prava ima građanskopravne, ali i kaznenopravne učinke. Građanskopravni učinak je taj da određeni krug osoba kojima je priznato to pravo može zahtijevati prestanak te povrede (čl. 106. ZASP-a). U taj zatvoreni krug ulaze autorovi nasljednici³⁹, autorske udruge kojima je autor pripadao, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti (HAZU), ali i “druge osobe koje za to imaju pravni interes”. Te “druge osobe” bi svakako trebale dokazati svoj pravni interes koji bi se mogao sastojati u činjenici da ovlašteno koriste autorsko djelo, a netko to djelo pripisuje sebi.

Do povrede prava na priznanje autorstva dolazi kada se djelo (izvedba) koristi bez navođenja autorova (izvođačeva) imena ili s krivim navođenjem, ali i navođenje njihovih imena protivno njihovoj zabrani. Pravo zahtijevati prestanak te povrede ne zastarijeva i može se ostvariti tijekom cijelog trajanja odnosnih prava bez obzira kada je do povrede došlo. Kako se, u skladu s gore navedenim, autorstvo mora priznavati i nakon prestanka autorskog (izvođačkog) prava, tako će onaj koji povrijedi tu obvezu biti podložan odgovarajućem zahtjevu i po proteku predmetnih prava.⁴⁰ Povreda prava na priznanje autorstva može biti i kazneno djelo.⁴¹ Ako netko, ne poštujući pravo na autorstvo, sebi pripiše tuđe djelo, riječ je o plagijatorstvu.

³⁹ Prestanak povrede obveze poštivanja djela, odnosno izvedbe ovlašteni su zahtijevati svi autorovi, odnosno izvođačevi nasljednici, oporučni i zakonski, i ne samo neposredni nego i posredni, tj. nasljednici njihovih nasljednika. Naime, kako se zahtjev može podnijeti “vječno”, ograničavanje prava na podnošenje zahtjeva za prestankom predmetne povrede na neposredne nasljednike ne bi imalo smisla, tim prije što neposredni nasljednici često više neće biti živi u trenutku kad ta obveza u tom obliku nastaje. To se osobito odnosi na autorove nasljednike jer autorsko prava traje 70 godina računajući od autorove smrti.

⁴⁰ V. *supra*.

⁴¹ To je kazneno djelo propisano čl. 284. Kaznenog zakona (Narodne novine, br. 125/11 i 144/12) pod nazivom Povreda osobnih prava autora ili umjetnika izvođača: (1) Tko protivno propisima kojima se uređuje autorsko i srodna prava pod krivim imenom, svojim imenom ili imenom drugoga označi tuđe autorsko djelo ili protivno autorovoj zabrani označi djelo autorovim imenom te ga objavi ili se koristi njime ili dopusti da se to učini,

Poštivanje autorskog djela (izvedbe) i časti ili ugleda autora (izvođača) sastoji se u suzdržavanju od deformiranja, izmjene ili uništenju djela (izvedbe) kojima se ugrožavaju čast ili ugled autora. Protiv onog tko tako ne poštuje autorsko djelo zahtjev se također može podnijeti svakodobno i, kako se djelo mora poštovati i nakon protoka autorskog prava, tako će također onaj koji povrijedi tu obvezu biti “vječno” podložan odgovarajućem zahtjevu.

Autoru također pripada pravo zahtijevati opoziv prava iskorištavanja koje je autor osnovao za drugu osobu s ciljem sprečavanja daljnjeg korištenja autorskog djela ako bi ono štetilo autorovoj časti ili ugledu.⁴² Za razliku od zahtjeva kojima se štiti pravo na priznavanje autorstva i poštivanje djela, taj zahtjev ne zastarijeva samo u odnosu na autora koji ga može svakodobno podnijeti sve do svoje smrti. Autorovi nasljednici kao nositelji autorskog prava taj su zahtjev ovlašteni podnijeti samo ako je to autor odredio oporukom ili ako dokažu da je autor za života ovlašteno pokušao ostvariti to pravo, ali je bio spriječen.⁴³ Ostvarivanje tog zahtjeva uvjetovano je naknadom troškova koje je ovlašteni korisnik imao u ostvarivanju prava na korištenje autorskog djela u pogledu kojeg je autor opozvao prava iskorištavanja. Autor ne može ostvariti pravo na opoziv ako prethodno osobi za koju je osnovao opozvano pravo iskorištavanja autorskog djela na nadoknadi troškove koje je imala u svezi s korištenjem tog djela, a nije ih pokrila iz korištenja prije opoziva.

kaznit će se kaznom zatvora do jedne godine. (2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko protivno propisima kojima se uređuje autorsko i srodna prava pod krivim imenom, svojim imenom ili imenom drugoga označi tuđu izvedbu umjetnika izvođača ili je protivno zabrani umjetnika izvođača označi imenom umjetnika izvođača te je objavi ili se koristi njome ili dopusti da se to učini. (3) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko protivno propisima kojima se uređuje autorsko i srodna prava unese dijelove tuđeg autorskog djela ili tuđe izvedbe umjetnika izvođača u svoje autorsko djelo ili u svoju izvedbu s ciljem pribavljanja koristi ili nanošenja štete. (4) Kazneno djelo iz stavka 1. do 3. ovoga članka progoni se po prijedlogu oštećenika ili druge zainteresirane osobe.

⁴² Za razliku od prava na priznavanje autorstva i prava na poštivanje djela koja pripadaju i umjetniku izvođaču, pravo zahtijevati opoziv postojećeg prava iskorištavanja pripada isključivo autoru, a ne i umjetniku izvođaču.

⁴³ Vidi čl. 17. ZASP-a.

4.3. Prava industrijskog vlasništva

4.3.1. Uopće

U zakonom definiran sadržaj prava industrijskog vlasništva koji obuhvaća radnje koje predstavljaju gospodarsko iskorištavanje izuma ne pripadaju osobna prava koja proizlaze iz činjenice stvaranja predmeta tih prava. Međutim, nema spora o tome da izumitelj ima moralno pravo biti naveden kao takav u svim ispravama koje se izdaju za priznanje patenta, u registru patenata i registru prijava patenata sukladno čl. 13., st. 3. ZoP-a. Jednako tako, dizajner ima pravo biti kao takav naveden u svim dokumentima i prigodom javnih izlaganja industrijskog dizajna sukladno čl. 11., st. 1. ZoID-a. Riječ je o pravima koja su po svojoj naravi osobna, tj. moralna te im je temeljna značajka neprenosivost.⁴⁴ To su subjektivna prava koja proizlaze iz navedenih zakona, a temelje se na činjenici stvaranja izuma, odnosno industrijskog dizajna. Ta su prava po svojoj naravi vrlo slična autorskim moralnim pravima iako im je sadržaj vrlo uzak i iscrpljuje se u obvezi navođenja imena u registrima i drugim dokumentima o patentu, odnosno industrijskom dizajnu. No, za razliku od autorskog prava, u patentnom pravu i pravu industrijskog dizajna nema doktrinarnih obrazloženja koja bi zagovarala monističko načelo. U pravima industrijskog vlasništva primjena toga načela nije moguća s obzirom na prevladavajući način uređivanja njihova sadržaja. Naime, kad se propisuje sadržaj prava industrijskog vlasništva, nomotehnički i sadržajno uvijek se opisuju ovlasti koje predstavljaju radnje gospodarskog iskorištavanja predmeta prava⁴⁵ dok su moralna prava izdvojena u zaseban članak. Osim toga, sve što je propisano o sadržaju prava i njegovim ograničenjima u ZoP-u i ZoID-u odnosi se na radnje gospodarskog iskorištavanja izuma, odnosno industrijskog dizajna. Istodobno, potpuno je nedvojbeno da izumitelj i dizajner uopće ne moraju biti ovlašteni na stjecanje patenta, odnosno industrijskog dizajna, poglavito kada je riječ o izumima i dizajnim stvorenim u radnom odnosu kao i u svim onim slučajevima kada su pravom na stjecanje (registraciju) patenta, odnosno dizajna pravnim poslom raspolagali u korist trećih i prije podnošenja prijave za registraciju, a možda čak i prije stvaranja tih intelektualnih tvorevina. No, iako u nekim slučajevima nisu ovlašteni za stjecanje patenta, odnosno dizajna, oni su i dalje nositelji subjektivnih moralnih

⁴⁴ Vidi čl. 13., st. 4. ZoP-a i čl. 11., st. 2. ZoID-a.

⁴⁵ Vidi čl. 58. ZoP-a i čl. 17. ZoID-a.

prava u odnosu na izum ili dizajn. Ta su prava *inter vivos* neprenosiva, ali se nasljeđuju.⁴⁶ Zbog toga valja zaključiti da se u pravu industrijskog vlasništva primjenjuje dualističko načelo, tj. da moralna komponenta tih prava postoji (ako uopće postoji)⁴⁷ bez obzira na njegovu imovinsku komponentu, tj. da te dvije komponente imaju zaseban pravni život.

4.3.2. Posebno o izumiteljevu moralnom pravu

Slijedom navedenog treba tumačiti i postojeće uređenje u čl. 95.b ZoP-a gdje je propisan zahtjev zbog povrede prava navođenja izumitelja. Riječ je o zahtjevu kojim se štiti subjektivno moralno izumiteljevo pravo ako je u prijavi za registraciju patenta, drugim ispravama i/ili u odgovarajućim registrima kao izumitelj navedena osoba koja to nije ili izumitelj uopće nije naveden. U prvom slučaju zahtjev se postavlja protiv osobe koja je upisana kao izumitelj iako to nije dok se u drugom slučaju zahtjev postavlja protiv Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo. Opisani zahtjev ne zastarijeva kao što je propisano u st. 4. navedenog članka. Usporedbom svih propisa koji su na području Hrvatske uređivale materiju patentnog prava proizlazi da je takvo uređenje logična posljedica tradicionalnih shvaćanja.⁴⁸ Naime, moralna prava intelektualnog

⁴⁶ *Arg. ex* čl. 95.b, st. 4. ZoP-a.

⁴⁷ Pravo žiga po svojoj naravi nema moralnu (osobnu) komponentu.

⁴⁸ Tako je u čl. 20. Zakona o pronalascima i tehničkim usavršenjima (Službeni list FNRJ, br. 108/48) bilo propisano da na patentima koji se izdaju osobama koje nisu pronalazači mora biti označeno ime pronalazača ako on to zahtijeva dok je u čl. 87. istog Zakona bilo propisano da svatko (uključujući i državnog odvjetnika) može podnijeti tužbu ako osoba označena u ispravi o patentu nije stvarni izumitelj. Takav zahtjev zastarijevao je u roku od godine dana od objave izdavanja isprave o patentu ili dana izdavanja te isprave ako taj podatak nije objavljen. Nadalje, prema čl. 17. Zakona o patentima i tehničkim unapređenjima (Službeni list FNRJ, br. 44/60, 28/62 i 24/74) izumitelj je mogao, tijekom postupka registracije patenta i nakon što je patent registriran, tražiti da njegovo ime bude označeno u registru patenata, dokumentima o patentu te objavi o izdavanju patenta. U istom je članku stajalo da “u slučaju spora odlučuje sud”. Navedeno je upućivalo da zahtjev za navođenjem imena nije zastarijevao, tj. da se mogao podnijeti bilo kada. U čl. 11. Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unaprjeđenja i znakova razlikovanja (Službeni list SFRJ, br. 34/81, 3/90, 20/90) koji je preuzet u hrvatsko zakonodavstvo u obliku Zakona o industrijskom vlasništvu (Narodne novine, br. 53/91, 19/92, 61/92 i 26/93) bilo je propisano moralno pravo izumitelja da kao takav bude označen u patentnoj prijavi i svim

vlasništva vrijednost su koja se uvijek štiti, bez obzira na to kada je povreda nastala. Stoga je u hrvatskoj pravnoj tradiciji uobičajeno shvaćanje da zahtjevi za zaštitu takva prava od povrede ne zastarijevaju.

Ovdje bi se valjalo zapitati proizlazi li iz subjektivnog izumiteljeva moralnog prava i zahtjev za objavom presude kojom je udovoljeno njegovu zahtjevu za zaštitu moralnog prava od povrede koja se može učiniti tako da se izumiteljevo ime ne navede ili da se umjesto izumiteljeva pogrešno navede ime druge osobe. O zahtjevu za objavom presuda zbog opisane povrede nema riječi u čl. 95.b ZoP-a. No, iz povijesnog pregleda dosadašnjih hrvatskih zakonodavnih rješenja valja zaključiti da i takav zahtjev pripada izumitelju u slučaju povrede njegova moralnog prava.⁴⁹ Nadalje se postavlja pitanje u kojem roku zastarijeva takav zahtjev. Naime, taj zahtjev nije propisan u čl. 95.g ZoP-a jer je tamo riječ o objavi presude kojom se udovoljilo zahtjevu za zaštitu patenta u slučaju po-

ispravama koje se odnose na patente. To je subjektivno pravo pratio i zahtjev u slučaju povrede tako da je prema čl. 127. navedenog Zakona izumitelj mogao zahtijevati da se njegovo ime na odgovarajući način objavi u registru patenata i patentnoj dokumentaciji. Prema čl. 128. navedenog Zakona izumitelj je mogao zahtijevati da se presuda kojom se to nalaže javno objavi na trošak tuženika, a u istom je članku bio propisan i zahtjev za naknadu neimovinske štete zbog povrede opisanog izumiteljeva moralnog prava. Navedeni zahtjevi mogli su se podnijeti za sve vrijeme trajanja patenta (čl. 129. navedenog Zakona), što znači da nisu zastarijevali. Ovdje ipak valja biti oprezan u svezi sa zahtjevom za naknadu neimovinske štete zbog povrede moralnog prava izumitelja i zaključiti da je taj zahtjev zastarijeva u rokovima za naknadu štete. Izumiteljevom smrću njegovo *inter vivos* neotuđivo subjektivno moralno pravo prelazilo je na njegove nasljednike koji su također bili ovlašteni zahtijevati njegovu zaštitu u slučaju povrede (čl. 127., st. 2. navedenog Zakona). I u čl. 10., st. 3. i 4. Zakona o patentima (Narodne novine, br. 78/99, 127/99-ispr. i 32/02), koji je neposredni prethodnik današnjeg ZoP-a, bilo je propisano da izumitelj ima neprenosivo pravo biti kao takav naveden u prijavi patenta, svim ispravama koje se izdaju za priznanje patenta te u registru prijava i registru patenata. U čl. 76. istoga Zakona bilo je propisano da izumitelj ima pravo tužbom zahtijevati izdavanje sudskog naloga za upis njegova imena u odgovarajuće registre i patentne dokumente ako je tamo navedena osoba koja nije izumitelj. Jednako tako, izumitelju je pripadao i zahtjev za javnom objavom presude u kojoj se takav nalog izriče. Posebno je bilo propisano da rok za podnošenje takvih tužba nije ograničen te da se pravo na podnošenje tužbe nasljeđuje. Što se tiče naknade neimovinske štete zbog povrede moralnog izumiteljeva prava, ništa nije bilo propisano u navedenom Zakonu, slijedom čega valja zaključiti da su se primjenjivale opće odredbe ZOO/78 o naknadi štete pa tako i o odgovarajućim zastarnim rokovima za takve zahtjeve.

⁴⁹ *Ibid.*

vrede, a ovdje je riječ o zaštiti moralnog izumiteljeva prava u slučaju povrede. U kontekstu svega čini se da odgovor na postavljeno pitanje valja potražiti u općim pravilima o zastari. Primjenom tih pravila takav bi zahtjev zastarijevao u općem zastarnom roku od 5 godina računajući od pravomoćnosti presude kojom se udovoljilo zahtjevu za navođenjem imena izumitelja.

Na poslijetku, iz povijesnog pregleda uočava se tradicionalno shvaćanje da zbog povrede moralnog izumiteljeva prava izumitelj može tražiti i naknadu neimovinske štete.⁵⁰ Zato valja zaključiti da izumitelju kojemu je povrijeđeno moralno subjektivno pravo ima i zahtjev za naknadom neimovinske štete. Budući da ni o tome nema riječi u čl. 95.b ZoP-a i budući da se čl. 95.e istoga Zakona ne odnosi na naknadu štete zbog povrede izumiteljeva moralnog prava⁵¹, valja zaključiti da se u tom slučaju primjenjuju pravila o naknadi štete iz ZOO-a, a time i pravila o zastari iz njegova čl. 230., st. 1. i 2. prema kojima zahtjev za naknadom štete zastarijeva u subjektivnom roku od 3, odnosno objektivnom roku od 5 godina.

4.3.3. Posebno o dizajnerovu moralnom pravu

Za razliku od ZoP-a, u odredbama ZoID-a nema ništa o zaštiti dizajnerova moralnog prava u slučaju povrede, tj. u slučaju da netko drugi bude u tom svojstvu naveden u registru i drugim dokumentima o industrijskom dizajnu. No, prema naravi stvari valja zaključiti da to subjektivno pravo apsolutne naravi iz čl. 11., st. 1. ZoID-a prati i odgovarajući zahtjev u slučaju povrede iako on nije uređen u dijelu ZoID-a o građanskopravnoj zaštiti. To subjektivno pravo moglo bi biti povrijeđeno, npr., u situaciji kada netko u prijavi industrijskog dizajna navede svoje ime umjesto imena dizajnera. Time bi, pored povrede prava na navođenje imena, mogla dizajneru nastati i određena neimovinska šteta.

Povijesnim istraživanjem hrvatskih propisa u području industrijskog dizajna, odnosno uzoraka i modela, kako se to prije nazivalo, uočava se da u prošlosti nije bila takva situacija. Oduvijek je postojalo dizajnerovo subjektivno moralno pravo biti označen kao takav koje je pratio i odgovarajući zahtjev u slučaju

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ U toj se odredbi izričito poziva na čl. 58. i 59. ZoP-a u kojima su uređena isključiva prava koja proizlaze iz registriranog patenta, a koja su imovinske naravi.

ako bi ono bilo povrijeđeno.⁵² Iscrpne odredbe o moralnom dizajnerovu pravu i njegovoj zaštiti od povrede bile su posebno propisane i u Zakonu o zaštiti izuma, tehničkih unaprjeđenja i znakova razlikovanja koji je preuzet u hrvatsko zakonodavstvo u obliku Zakona o industrijskom vlasništvu.⁵³ U čl. 11. navedenog Zakona bilo je propisano moralno pravo autora uzorka, odnosno modela da kao takav bude označen u prijavi i svim ispravama koje se odnose na uzorke i modele. To je subjektivno pravo pratio i zahtjev u slučaju povrede tako da je prema čl. 127. navedenog Zakona dizajner mogao zahtijevati da se njegovo ime na odgovarajući način objavi u registru i dokumentaciji o uzorcima, odnosno modelima. Prema čl. 128. navedenog Zakona dizajner je mogao zahtijevati da se presuda kojom se to nalaže javno objavi na trošak tuženika, a u istom je članku bio propisan i zahtjev za naknadu neimovinske štete zbog povrede opisanog moralnog prava. Navedeni zahtjevi mogli su se podnijeti za sve vrijeme trajanja uzorka ili modela (čl. 129. navedenog Zakona), što znači da nisu zastarijevali. Tu ipak valja biti oprezan u svezi sa zahtjevom za naknadu neimovinske štete zbog povrede dizajnerova moralnog prava i zaključiti da je taj zahtjev zastarijeva u rokovima za naknadu štete. Dizajnerovom smrću njegovo *inter vivos* neotuđivo subjektivno moralno pravo prelazilo je na njegove nasljednike koji su također bili ovlašteni zahtijevati njegovu zaštitu u slučaju povrede (čl. 127., st. 2. navedenog Zakona). Na žalost, tako iscrpno propisivanje zaštite moralnog dizajnerova prava od povrede izostalo je u Zakonu o industrijskom obličju⁵⁴ te je nakon njega izostalo i u ZoID-u.

No, bez obzira na to valjalo bi tumačiti da zahtjev za zaštitu moralnog dizajnerova prava postoji, i to kao zahtjev za navođenjem imena dizajnera, zahtjev za objavom presude i zahtjev za naknadom neimovinske štete. Svi ti zahtjevi mogli bi se postavljati u okviru općih pravila u ZoID-u i ZOO-u. Ovdje se posebice postavlja pitanje mogućnosti tumačenja da zahtjev za navođenjem imena dizajnera ne zastarijeva. Čini se da bi se do takvih zaključaka moglo doći analognom primjenom pravila iz autorskog i patentnog prava, o čemu bi

⁵² Još je prema čl. 9. Zakona o uzorcima i modelima (Službeni list, br. 45/61 i 24/74) autor imao pravo zahtijevati da se njegovo ime navede u registru uzoraka, odnosno modela kao i u odgovarajućim ispravama i objavama, i to tijekom postupka registracije i u odnosu na već registrirana prava. U slučaju spora o pravu na navođenje imena odlučivao je sud.

⁵³ Vidi bilj. 49.

⁵⁴ U čl. 30. Zakona o industrijskom obličju (Narodne novine, br. 78/99 i 127/99) tek je propisano moralno pravo oblikovatelja da kao takav bude naveden u dokumentima i na javnim izlaganjima.

sudska praksa trebala dati svoje stajalište. No, moguće je i tumačenje da se slijedom primjene općih pravila ZOO-a o zastari na takav zahtjev primijeni, u nedostatku posebnih rokova propisanih u ZoID-u, opći zastarni rok. Isto tako, i u pogledu zahtjeva za objavom presude u korist dizajnera trebalo bi primjenjivati ZOO pa bi, slijedom toga, trebalo primijeniti i opći zastarni rok iz ZOO-a. Naime, zahtjev za objavom presude iz čl. 56.a ZoID-a odnosi se na povredu imovinskih dizajnerovih prava koja proizlaze iz registriranog dizajna. Jednako tako, zahtjev za naknadom neimovinske štete podnosi se primjenom pravila iz ZOO-a pa tako i pravila o zastari zahtjeva za naknadu štete jer se čl. 56. ZoID-a također ne odnosi na moralno dizajnerovo pravo.

De lege ferenda bi svakako bilo korisno u ZoID unijeti pravila o zahtjevu za zaštitu dizajnerova moralnog prava od povrede i urediti nezastarijevanje tog zahtjeva, čime bi se izbjegle mogućnosti različita tumačenja.

5. PRAVO NA REGISTRACIJU PRAVA INDUSTRIJSKOG VLASNIŠTVA I PRATEĆI ZAHTEJEVI

Specifična subjektivna prava proizlaze iz činjenice stvaranja izuma, odnosno industrijskog dizajna. Riječ je o subjektivnom pravu steći patent, odnosno industrijski dizajn registracijom.⁵⁵ Ta prava djeluju apsolutno iako nisu isključive naravi. Sadržaj tih subjektivnih prava iscrpljuje se podnošenjem prijave za registraciju patenta, odnosno industrijskog dizajna. Moguće je da na temelju propisa pravo na registraciju patenta, odnosno industrijskog dizajna ne pripada izumitelju odnosno dizajneru nego, npr., poslodavcu⁵⁶ kao što je moguće i da ti stvaratelji raspolažu svojim subjektivnim pravom na stjecanje patenta, odnosno dizajna ugovorom, čime će singularni pravni sljednik stvaratelja imati pravo na registraciju patenta, odnosno dizajna u svoje ime.⁵⁷

⁵⁵ Detaljno o izumiteljskom pravu vidi Matanovac Vučković, R., *Hrvatska i Makedonija u europskom patentnom sustavu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 61, br. 2, 2011., str. 675 - 694.

⁵⁶ Vidi čl. 90. i 91. Zakona o radu (Narodne novine, br. 149/09, 61/11 i 82/12), a o izumima stvorenim u radnom odnosu vidi Matanovac Vučković, R.; Kunda, I., *Materijalno i kolizijskopravno uređenje intelektualnog vlasništva nastalog u radnom odnosu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, br. 1, 2011., str. 75 - 125. Također vidi čl. 12., st. 3. i 4. ZoID-a.

⁵⁷ Vidi čl. 12. i 14. ZoP-a i čl. 12., st. 1. i 3. ZoID-a.

No, u svakom slučaju, osoba koja ima subjektivno pravo na patent, odnosno dizajn ima i zahtjev za zaštitu toga prava od povrede. On je u čl. 95.a ZoP-a propisan kao zahtjev za utvrđenjem prava na patent, a u čl. 57. ZoID-a kao zahtjev za sudskim priznanjem i prijenosom prava. Nastaje protiv osobe koja neovlašteno u svoje ime podnese prijavu za registraciju. Zahtjev iz čl. 95.a ZoP-a može se isticati do donošenja rješenja o priznanju patenta dok se zahtjev iz čl. 57. ZoID-a može podnijeti u roku od tri godine od dana objave registracije dizajna, a ako je neovlaštena osoba postupala u zloj vjeri, zahtjev se može podnijeti za sve vrijeme trajanja zaštite industrijskog dizajna. Moguće je postaviti pitanje je li u tom slučaju riječ o zastarnom ili prekluzivnom roku. Čini se da bi, prema dikciji citiranih propisa i cilju tih pravila o roku, trebalo zaključiti da je riječ o zastarnim rokovima. Naime, kada bi netko i nakon isteka navedenih rokova podigao tužbu na utvrđenje prava na patent, sud bi takvoj tužbi trebao udovoljiti, osim ako tuženik ne istakne prigovor zastare.

Uočava se da se posebni zastarni rokovi za isticanje zahtjeva za priznanje prava na patent, odnosno prava na dizajn propisani u ZoP-u, odnosno ZoID-u međusobno razlikuju. Takvi različiti rokovi nikako ne doprinose pravnoj konzistentnosti. Ne bi trebalo za iste situacije u odnosu na različita prava industrijskog vlasništva propisivati različita rješenja ako iz naravi odnosnih prava ne proizlazi da bi rješenja trebala biti različita. Uvidom u starije propise o industrijskom vlasništvu uočava se da su pravila o rokovima u kojima se treba podnijeti tužba na utvrđenje prava na patent i uzorak ili model, kako se prije nazivao industrijski dizajn, bila ista. Osoba koja je imala pravo na patent, jednako kao i osoba koja je imala pravo na registraciju uzorka ili modela, mogla je zahtijevati da ju sud proglasi nositeljem patenta, odnosno uzorka ili modela za sve vrijeme trajanja tih prava i da kao takva bude upisana u odgovarajući registar.⁵⁸ Svakako bi bilo korisno *de lege ferenda* uskladiti rokove za isticanje zahtjeva za priznanje prava na patent, odnosno industrijski dizajn. Pritom treba razmisliti zašto se zaštita prava na patent, odnosno industrijski dizajn ne bi davala za sve vrijeme trajanja

⁵⁸ Vidjeti čl. 123. i čl. 125. Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unaprjeđenja i znakova razlikovanja (mjesto i broj objave vidi u bilj. 48), odnosno Zakona o industrijskom vlasništvu (mjesto i broj objave vidi u bilj. 48). Takvo je uređenje bilo na snazi do donošenja Zakona o patentima 1999. godine (mjesto i broj objave vidi u bilj. 48) kad je u njegovu čl. 74., st. 2. kao krajnji rok za podnošenje tužbe za utvrđenje prava na patent određen dan donošenja rješenja o priznanju patenta. S druge strane, u čl. 54. Zakona o industrijskom obličju iz 1999. godine (mjesto i broj objave vidi u bilj. 54) propisano je uređenje kakvo je bez izmjene preuzeto u recentni ZoID.

tih prava. Čini se da nema osobita razloga za skraćivanje roka za isticanje takva zahtjeva na svega tri godine od dana objave o stjecanju. Stoga se ovdje predlaže da se ZoP i ZoID izmijene tako da se zahtjev za utvrđivanje (priznanje) prava na patent, odnosno industrijski dizajn može podnijeti za sve vrijeme trajanja tih prava i da se potom treba izvršiti i odgovarajuća izmjena u registrima.⁵⁹

6. ZAHTJEVI KOJI PROIZLAZE IZ POVREDE PRAVA NA GOSPODARSKO ISKORIŠTAVANJE PREDMETA INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA

6.1. Uopće

U nastavku će se obraditi zahtjevi koji nastaju u slučaju povrede prava intelektualnog vlasništva. Najčešće je riječ o povredama koje nastaju izvan ugovornih odnosa, ali moguće je da povreda prava nastane i kao posljedica povrede ugovornog odnosa.

Za povrede ugovora podnose se zahtjevi koji su uređeni u ZOO-u za slučaj zakašnjenja, neispunjenja i sl. kao i naknade štete zbog povrede ugovorne obveze. Riječ je nedvojbeno o obveznopравnim zahtjevima na koje se primjenjuju zastarni rokovi iz ZOO-a i koji se u cjelini ravnaju prema pravilima ZOO-a, i u odnosu na autorsko i srodna prava i u odnosu na prava industrijskog vlasništva. Stoga se o njima ovdje neće posebno govoriti jer se zahtjevi zbog povrede ugovora o pravima intelektualnog vlasništva po pitanju zastare ne razlikuju od zahtjeva zbog povrede bilo kojeg drugog ugovora. Tako, npr., zahtjev za isplatom licencijske naknade zastarijeva u općem zastarnom roku od 5 godina⁶⁰, osim ako je riječ o licencijskim naknadama koje prema ugovoru o licencijski dospijevaju godišnje ili u kraćim vremenskim razdobljima. Zahtjevi za isplatom takvih povremenih

⁵⁹ Za razliku od tog prijedloga, u starijoj sudskoj praksi prihvaćalo se stajalište da zahtjev za zaštitu prava na patent zastarijeva: "U vrijeme prijavljivanja predmetnog patenta prvotuzitelj je bio direktor ...te je bio upoznat s podnošenjem prijave ...pa se može prihvatiti kao pravilan zaključak ...da se pravni prednik tuženika ima smatrati savjesnim nositeljem predmetnog patenta. Kako je došlo do zastare prava tužitelja na tužbu da se oni oglase nositeljem predmetnog patenta, tuženiku kao nositelju istog patenta pripadalo je pravo na iskorištavanje prijavljenog i zaštićenog patenta." (VSRH, Rev 1027/2000-2 od 18. rujna 2001.).

⁶⁰ Vidi čl. 225. ZOO-a.

davanja zastarijevaju u trogodišnjem roku.⁶¹ U takvu slučaju, međutim, samo pravo ne bi moglo zastarjeti prema čl. 227. ZOO-a jer apsolutna prava intelektualnog vlasništva (jednako kao i stvarno pravo vlasništva) ne zastarijevaju, nego traju ograničeno vrijeme. U praksi je, međutim, ugovor o licencijski u pravilu trgovački ugovor pa će zahtjev za isplatom licencijske naknade iz takva ugovora zastarjeti u roku od 3 godine.⁶² I zahtjev, npr., za isplatom autorske naknade iz bilo kojeg ugovora o korištenju ili narudžbi autorskog djela zastarijeva u općem petogodišnjem zastarnom roku iz čl. 225. ZOO-a. Međutim, zahtjev za isplatom naknada koje prema ugovoru o korištenju autorskog djela i predmeta srodnih prava dopijevaju godišnje ili u kraćim vremenskim razdobljima zastarijeva u trogodišnjem zastarnom roku u kojem zastarijevaju povremene tražbine propisanom u čl. 226., st. 1. ZOO-a.⁶³ Ovdje je riječ o autorskim i srodnim pravima javne izvedbe⁶⁴ koja se ostvaruju u kolektivnom sustavu.

Međutim, moguće je u nekim slučajevima povredi ugovorne odredbe ugovora o licencijski prava industrijskog vlasništva pristupiti kao da je riječ o izvanugovornoj povredi samoga prava. To je izrijeком uređeno u odnosu na ugovor o licencijski žiga u čl. 39., st. 3. ZoŽ-a i na ugovor o licencijski industrijskog dizajna u čl. 39., st. 4. ZoID-a.⁶⁵ Iako nije propisano za ugovor o licencijski patenta, to pravilo trebalo bi se analogno primijeniti i na taj ugovor. Naime, u slučaju povrede ugovora o licencijski tih prava nositelj prava mogao bi prema vlastitu nađođenju izabrati želi li isticati zahtjev zbog povrede ugovora ili zahtjev zbog povrede prava. Time bi mogao odabrati pravila koja su za njega u konkretnom slučaju povoljnija pa i u odnosu na zastaru.

⁶¹ Vidi čl. 226., st. 1. ZOO-a.

⁶² Vidi čl. 228. ZOO-a.

⁶³ Vidi sudsku praksu: VSH, II REV 85/85 od 7. 11. 1985. Vidi također Blažević, B.; Matanovac, R.; Parać, K., *Grđanskopravna zaštita autorskog i srodnih prava*, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, vol. 5, 2004., str. 36.

⁶⁴ Riječ je o korištenjima autorskih djela, izvedaba umjetnika izvođača i fonograma emitiranjem u programima televizija i radija te javnim priopćavanjem u ugostiteljskim objektima, hotelima i sl.

⁶⁵ Nositelj žiga, odnosno industrijskog dizajna može se pozvati na prava koja proizlaze iz žiga, odnosno industrijskog dizajna protiv stjecatelja licencijski koji krši neku odredbu ugovora o licencijski u odnosu na njezino trajanje, registracijom obuhvaćen oblik predmeta zaštite, opseg proizvoda (i usluga) za koje je licencijski dana, područje licencijski, kakvoću proizvedenih proizvoda (i usluga).

6.2. Zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede

U ZASP-u je uređen zahtjev za prestankom povrede tako da nositelj autorskog ili srodnog prava može od osobe koja je njegovo pravo povrijedila ili njezina sveopćeg sljednika zahtijevati prestanak radnje kojom se to pravo vrijeđa kao i propuštanje takvih ili sličnih radnji ubuduće. Drugim riječima, nositelj autorskog ili srodnog prava može zahtijevati prestanak uznemiravanja.⁶⁶ U općoj odredbi o pravu na zaštitu autorskog i/ili srodnog prava navodi se i zahtjev za utvrđenjem učinjene povrede.⁶⁷ Ti zahtjevi prema svojoj naravi nisu obvezno-pravne naravi, oni proizlaze iz samog autorskog, odnosno srodnog prava te se, stoga, na njih primjenjuje odredba iz čl. 184., st. 1. ZASP-a prema kojoj pravo na zaštitu autorskog, odnosno srodnog prava ne zastarijeva ako u ZASP-u nije drukčije određeno.⁶⁸ Dakle, zahtjev za utvrđenjem povrede autorskog i/ili srodnog prava kao i zahtjev za prestankom povrede autorskog i/ili srodnog prava ne zastarijevaju.⁶⁹ To, međutim, nije na isti način uređeno u odnosu na prava industrijskog vlasništva iako bi takvo uređenje bilo logično. U nastavku će se obraditi zastara tih zahtjeva u odnosu na prava industrijskog vlasništva te će se dati prijedlozi za tumačenja *de lege lata* i prijedlozi za uređenje *de lege ferenda*.

U ZoP-u, ZoŽ-u i ZoID-u na isti su način propisani zahtjevi za utvrđenjem povrede patenta, žiga, odnosno industrijskog dizajna u slučaju kad se predmeti tih prava neovlašteno rabe tako da se vrijeđaju subjektivna isključiva prava njihovih nositelja.⁷⁰ Međutim, uz te zahtjeve nisu propisani zastarni rokovi. Općenito, u novelama ZoP-a, ZoŽ-a i ZoID-a iz 2007. godine brisane su odredbe o zastari. Do tada je u odnosu na patente bilo propisano da nositelj patenta ima sljedeće zahtjeve u slučaju povrede patenta: zahtjev za proglašavanje postojanja povrede, nalaganje prestanka povrede, naknadu štete, oduzimanje i uništenje predmeta, davanja obavijesti o sudionicima u povredi, polaganje poslovnih knjiga na uvid

⁶⁶ Vidi opću odredbu o pravu na zaštitu u čl. 172., st. 2. ZASP-a i posebnu odredbu u čl. 177., st. 1.

⁶⁷ Vidi čl. 172., st. 2. ZASP-a.

⁶⁸ Ne primjenjuje se odredba iz čl. 184., st. 2. ZASP-a u kojoj je propisano da zahtjevi iz ZASP-a koji su po svojoj naravi obveznopравни i za koje nije određen posebni zastarni rok u ZASP-u zastarijevaju prema općim pravilima o zastari. Misli se na pravila i zastarne rokove koji su propisani u ZOO-u.

⁶⁹ Isto Blažević, Matanovac, Parać, *op. cit.* u bilj. 63, str. 28.

⁷⁰ Vidi čl. 95.c ZoP-a, čl.76. ZoŽ-a i čl. 54. ZoID-a.

i objavu presude.⁷¹ Zahtjevi su zastarijevali u roku od tri godine od saznanja za povredu i počinitelja te pet godina od počinjene povrede.⁷² Ista ili slična pravila o zahtjevima u slučaju povrede te ista pravila o zastari bila su propisana i u ranijim zakonima o patentu, a u sudskoj je praksi potvrđeno da i zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede zastarijevaju u trogodišnjem subjektivnom, odnosno petogodišnjem objektivnom zastarnom roku.⁷³

U odnosu na žigove u ZoŽ-u je prije stupanja na snagu njegove novele iz 2007. godine bilo propisano da nositelj žiga kojemu su prava koja proizlaze iz žiga povrijeđena ili ugrožena može zahtijevati utvrđivanje povrede, zabranu izvršene ili namjeravane povrede, uklanjanje stanja nastalog povredom, nalažanje davanja obavijesti o sudionicima povrede, naknadu štete i objavu presude.⁷⁴ Također je bilo propisano da se tužba zbog povrede žiga može podnijeti u roku od tri godine od saznanja za povredu i počinitelja, a najkasnije pet godina od izvršene povrede.⁷⁵ Ista ili slična pravila o zahtjevima u slučaju povrede te ista pravila o zastari bila su propisana i u ranijim zakonima o žigu, a i kod žiga, kao i kod patenta, u sudskoj je praksi potvrđeno da i zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede zastarijevaju u trogodišnjem subjektivnom, odnosno petogodišnjem objektivnom zastarnom roku.⁷⁶

⁷¹ Vidi čl. 92. Zakona o patentu (Narodne novine, br. 173/03), dalje u tekstu: ZoP/2003.

⁷² Vidi čl. 95. ZoP/2003.

⁷³ Vidi čl. 77., 78. i 80. Zakona o patentima iz 1999. godine (mjesto i broj objave vidi u bilj. 48). Prema čl. 117. Zakona o industrijskom vlasništvu iz 1981. godine koji je bio na snazi do 1999. godine (mjesto i broj objave vidi u bilj. 48) nositelj patenta imao je pravo tužbom zahtijevati prestanak obavljanja radnje kojom se čini povreda, naknadu štete i objavu presude. Prema čl. 121. toga Zakona tužba zbog povrede prava mogla se podnijeti u roku od tri godine od saznanja, odnosno pet godina od nastanka povrede. To potvrđuje i sudska praksa: "...to uistinu nije bilo uvjeta za podnošenje tužbe suglasno odredbama članka 121. Zakona o industrijskom vlasništvu, prema kojemu je subjektivni rok za podnošenje tužbe 3 godine od dana kada je tužitelj saznao za povredu i činioca, a nakon proteka roka od 5 godina od dana učinjene povrede tužba se ne može podnijeti." (Visoki trgovački sud RH, PŽ 2065/99-2 od 15. 6. 1999.).

⁷⁴ Vidi čl. 75. ZoŽ-a (Narodne novine, br. 173/03), dalje u tekstu ZoŽ/2003.

⁷⁵ Vidi čl. 77. ZoŽ/2003.

⁷⁶ Vidi čl. 50. - 52. Zakona o žigu iz 1999. godine (Narodne novine, br. 78/99). Isto potvrđuje i sudska praksa povodom tužbe za utvrđenje povrede te za povlačenje proizvoda s tržišta kao i za davanje obavijesti o proizvodnji i distribuciji proizvoda i predmeta kojima se navodno povređuje žig. (Vidi Visoki trgovački sud RH, PŽ 3891/06-3 od 26. ožujka 2008.) Osim toga, prema čl. 117. Zakona o industrijskom vlasništvu iz 1981. godine koji je bio na snazi do 1999. godine (mjesto i broj objave vidi u bilj. 48) nositelj

U odnosu na industrijski dizajn situacija je bila istovjetna s prethodno opisanima.⁷⁷

Ovdje, međutim, valja napomenuti da zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede proizlaze iz same biti prava intelektualnog vlasništva.

žiga imao je pravo tužbom zahtijevati prestanak obavljanja radnje kojom se čini povreda, naknadu štete i objavu presude. Prema čl. 121. toga Zakona tužba zbog povrede prava mogla se podnijeti u roku od tri godine od saznanja, odnosno pet godina od nastanka povrede. Prema tadašnjoj sudskoj praksi tužba zbog povrede žiga mogla se podnijeti u roku od tri godine od saznanja za povredu i počinitelja, a najkasnije u roku od pet godina od izvršene povrede. "Tvrdnje tužitelja u žalbi da je tek mogao zaštititi svoj žig od donošenja Zakona o žigu (Narodne novine 78/99), a koji se primjenjuje od 1. siječnja 2000. godine nisu osnovane, kako to i navodi tuženik u odgovoru na žalbu, jer je i raniji Zakon o industrijskom vlasništvu (Narodne novine 53/91, 19/92, 61/92 i 26/93), koji se primjenjivao do donošenja Zakona o žigu, u čl. 121. sadržavao odredbu prema kojoj se nakon protoka roka od 5 godina od dana počinjene povrede tužba ne može podnijeti. Stoga je neosnovano pozivanje tužitelja da je mogao provesti zaštitu svoga žiga tek od 1. siječnja 2000. godine jer se zaštita provodila kontinuirano od prvog momenta stvaranja neovisne hrvatske države, kao i u sastavu u bivšoj Jugoslaviji. Zakon o industrijskom vlasništvu nastao je preuzimanjem Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unaprjeđenja i znakova razlikovanja u bivšoj Jugoslaviji, a Zakon o žigu na koji se poziva tužitelj samo je jedan nastavak pravnog uređenja te materije." (Visoki trgovački sud RH, Pž-5644/02 od 14. XII. 2004.).

⁷⁷ U čl. 53. Zakona o industrijskom dizajnu (Narodne novine, br. 173/03), dalje u tekstu: ZoID/2003, bilo je propisano da nositelj industrijskog dizajna kojemu su prava povrijeđena ili ugrožena može zahtijevati utvrđivanje povrede, zabranu izvršene ili namjeravane povrede, uklanjanje stanja nastalog povredom, naknadu štete, objavu presude i uporabu oduzetih predmeta dok su prema čl. 54. ZoID/03 ti zahtjevi zastarjivali u roku od 3 godine od saznanja, odnosno 5 godina od nastanka povrede. Prema sudskoj praksi nositelj industrijskog dizajna gubi pravo na građanskopravnu zaštitu protekom zastarnih rokova iz Zakona o industrijskom dizajnu. "U skladu s odredbom čl. 54. Zakona o industrijskom dizajnu tužba zbog povrede prava iz industrijskog dizajna može se podnijeti u roku od tri godine od saznanja za povredu i počinitelja, a najkasnije pet godina od izvršene povrede." (Visoki trgovački sud RH, Pž-1899/07-3 od 8. V. 2007.). Iste odredbe o zastari bile su sadržane u čl. 50. i 51. Zakona o industrijskom obličju iz 1999. godine (mjesto i broj objave vidi u bilj. 54). Kao što je to bilo uređeno u odnosu na patente i žigove, i za uzorke ili modele je prema čl. 117. Zakona o industrijskom vlasništvu iz 1981. godine koji je bio na snazi do 1999. godine (mjesto i broj objave vidi u bilj. 48) nositelj uzorka ili modela imao pravo tužbom zahtijevati prestanak obavljanja radnje kojom se čini povreda, naknadu štete i objavu presude. Prema čl. 121. toga Zakona tužba zbog povrede prava mogla se podnijeti u roku od tri godine od saznanja, odnosno pet godina od nastanka povrede.

Vidjeli smo da u autorskom pravu takav zahtjev ne zastarijeva. Zahtjev za utvrđenjem je po svojoj naravi deklaratoran dok je zahtjev za prestankom povrede kondemnatoran. Oni se u pravilu postavljaju zajedno jer je po naravi stvari potrebno najprije utvrditi da je povreda nastala kao i utvrditi način na koji je pravo povrijeđeno da bi se potom mogao postaviti zahtjev za prestankom izvršavanja radnji koje predstavljaju povredu isključivih prava intelektualnog vlasništva. Stoga u pravilu uvijek postoji pravni interes za postavljanje deklaratornog zahtjeva za utvrđenjem povrede u kombinaciji s drugim zahtjevima za zaštitu od povrede prava intelektualnog vlasništva koji su po svojoj naravi kondemnatorni. Ovdje valja također napomenuti da zahtjev za prestankom povrede često može imati i oblik zahtjeva za prestankom radnji od kojih prijeti povreda iako sama povreda (još) nije počinjena.

Zahtjev za prestankom povrede naličje je apsolutne naravi prava intelektualnog vlasništva. Bez tog zahtjeva nema ni isključivog prava. Kao što je prije u radu obrazloženo, iz same biti isključivog apsolutnog prava proizlazi zahtjev usmjeren prema svima da se suzdrže od radnji kojima se povređuje predmet prava intelektualnog vlasništva. Taj zahtjev traje koliko traje i samo pravo. On je usmjeren prema svakome, za cijelo vrijeme trajanja prava, a konkretizira se prema jednoj ili više osoba tek u slučaju povrede. Jednako tako djeluju i, npr., vlasnički zahtjevi. Prava intelektualnog vlasništva i pravo vlasništva u mnogočemu su slična, a poglavito u tome što imaju apsolutnu i isključivu narav.⁷⁸ Stoga pitanje zastare takvih zahtjeva, u nedostatku jasnih odredaba u ZoP-u, ZoŽ-u i ZoID-u, treba razmatrati u svjetlu uređenja u autorskom pravu i drugim apsolutnim isključivim pravima. Tako se lako može uočiti da, npr., ni vlasnički vindikacijski zahtjevi za predaju stvari ili vlasnički negatorijski zahtjevi za prestanak uznemiravanja ne zastarijevaju.⁷⁹ Oni traju toliko dugo dok traje pravo vlasništva. I zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede autorskog prava ne zastarijevaju. Kod moralnih prava izumitelja i dizajnera zaključeno je prethodno da se i oni mogu podnositi za cijelo vrijeme trajanja prava. Zašto bi onda u industrijskom vlasništvu rješenje pitanja zasta-

⁷⁸ Zato se u njemačkoj pravnoj književnosti često govori da su pojedina prava intelektualnog vlasništva *dingliche Rechte*, da bi se naglasila njihova apsolutna i isključiva pravna narav. Vidi, npr., Gliha, I., *Pravna narav nakladnikovih prava* (dissertacija), Zagreb, 1996., str. 113, bilj. 235.

⁷⁹ Vidi čl. 161., st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 i 143/12).

rijevanja zahtjeva na utvrđenje i zahtjeva na prestanak povrede bilo drukčije od opisanih primjera?

Vidimo da je u prijašnjim propisima o patentu, žigu i dizajnu bilo uređeno da su se na te zahtjeve primjenjivale odredbe o zastari u subjektivnom roku od 3, odnosno objektivnom roku od 5 godina.⁸⁰ Tek su novelama ZoP-a, ZoŽ-a i ZoID-a iz 2007. godine te odredbe o zastari brisane. *De lege ferenda* bi svakako, radi izbjegavanja dvojbi, bilo dobro u ZoP-u, ZoŽ-u i ZoID-u propisati da zahtjev za utvrđenje i zahtjev za prestanak povrede patenta, žiga, odnosno industrijskog dizajna ne zastarijevaju, tj. da traju jednako dugo koliko traje i samo pravo. S druge strane, ako se ne bi zastupalo to rješenje kakvo se danas primjenjuje u odnosu na autorsko pravo, moglo bi se razmisliti i o drugom rješenju u kojem bi se *de lege ferenda* propisao samo subjektivni zastarni rok za zahtjev za utvrđenjem povrede i zahtjev za prestankom povrede prava industrijskog vlasništva. U tom slučaju, međutim, subjektivni zastarni rok trebao bi biti duži od u prijašnjim propisima propisanog trogodišnjeg roka. Drugim riječima, moglo bi se razmisliti o tome da se propiše da se zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede mogu podnijeti sve dok traje patent, žig, odnosno dizajn, ali uz subjektivni rok od 5 godina. Dakle, ako nositelj prava zna za povredu i počinitelja te ništa ne čini da ju spriječi, njegov bi zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede mogli zastarjeti u roku od 5 godina od saznanja, s tim da ne bi bilo objektivnog zastarnog roka nego bi se ti zahtjevi mogli podnijeti za cijelo vrijeme trajanja patenta, žiga, odnosno industrijskog dizajna. Ako bi se priklonilo tom rješenju, valja imati u vidu da bi ono bilo različito od sadašnjeg rješenja u ZASP-u prema kojem zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede autorskog prava ne zastarijevaju.

⁸⁰ U odnosu na zahtjev za utvrđenjem povrede i zahtjev za prestankom povrede žiga sud u vrijeme važenja ZoŽ/2003, prije novele iz 2007. godine, primjenjuje zastarne rokove od 3, odnosno 5 godina. Prema tom stajalištu nositelj ranijeg prava na žig u odnosu na sadašnjeg (kasnijeg) korisnika žiga ne može protiv njega podnijeti tužbu zbog povrede prava ako su protekle tri godine od saznanja za povredu (subjektivni zastarni rok), odnosno pet godina od učinjene povrede (objektivni zastarni rok). "Pobijanom presudom ...odbio je kao neosnovan tužitelj tužbeni zahtjev kojim je zahtijevao da se utvrdi da je tuženik povrijedio njegovu isključivo pravo na upotrebu žiga, na način da nezakonito upotrebljava zaštićeno ime G ...u tvrtkama i poslovnim odnosima, te mu se takvo ponašanje zabranjuje i traži brisanje imena G ...iz tvrtke u registru ...te da se presuda objavi ...na trošak tuženika." (Visoki trgovački sud RH, Pž-648/05-3 od 1. ožujka 2005.).

Kada je riječ o pitanju što je sa zastarom zahtjeva za utvrđenjem i zahtjeva za prestankom povrede patenta, žiga ili industrijskog dizajna, *de lege lata* bi pravilo o nezastarijevanju tih zahtjeva trebalo temeljiti na naravi samih prava industrijskog vlasništva. Kad bi zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede prava industrijskog vlasništva zastarijevali u općem ili nekom posebnom kraćem zastarnom roku u slučajevima kada nositelj prava ne zna za njegovu povredu i počinitelja, tada bi se izgubilo samo pravo, njegova sama bit bila bi ugrožena. Naime, isključivo apsolutno pravo ne bi se moglo pretvoriti u naturalnu obvezu kao što je to slučaj s obveznim pravima. Subjektivna isključiva prava s apsolutnim djelovanjem, kakva su prava intelektualnog vlasništva o kojima je u ovome radu riječ (kao i subjektivno pravo vlasništva), prema svojem sadržaju usmjerena su prema svima. Svi se moraju suzdržati od povrede tih prava, ne smiju poduzimati radnje kojima bi se povrijedila ta prava. Takva univerzalna obveza postoji za cijelo vrijeme trajanja prava industrijskog vlasništva. Stoga valja zaključiti da zahtjev za utvrđenjem povrede i zahtjev za prestankom povrede ni *de lege lata* ne mogu zastarjeti i mogu se podnositi za cijelo vrijeme trajanja prava industrijskog vlasništva jednako kao što je to izriekom propisano za autorsko pravo. U tim bi pitanjima zastarni režim propisan za autorsko pravo *per analogiam* trebalo primijeniti i na patent, žig i industrijski dizajn jer u tom aspektu sva ta prava imaju istu narav. Ipak, u odnosu na prava industrijskog vlasništva moguće je zamisliti da bi sudovi, slijedom dosadašnjih propisa i dosadašnje sudske prakse, s jedne strane, a u nedostatku posebnih rokova propisanih u ZoP-u, ZoŽ-u i ZoID-u, s druge strane, na zahtjev za utvrđenjem i zahtjev za prestankom povrede patenta, žiga, odnosno industrijskog dizajna primijenili opći zastarni rok. Takvo postupanje bi ipak trebalo izbjeći, posebice u slučajevima kada nositelj prava nije znao za povredu i počinitelja jer je to protivno biti tih prava.

Ovdje još valja spomenuti te uzeti u obzir posebno uređenje u odnosu na žigove, o ograničenju isključivih prava kao posljedici toleriranja. Budući da je žig po svojoj naravi oznaka podrijetla i budući da je riječ o monopolnom pravu koje može trajati bez ograničenja, postoji posebno pravilo, uobičajeno u svim europskim zakonodavstvima i sadržano u pravnoj stečevini, o ograničenju prava

koja proizlaze iz žiga kao posljedici toleriranja.⁸¹ Riječ je o uređivanju situacije u kojoj su registrirana dva istovjetna ili slična žiga u odnosu na istovjetne ili slične proizvode ili usluge jer se nositelj ranijeg žiga nije prigovorom usprotivio registraciji kasnijeg žiga u postupku registracije kasnijega žiga. I bez obzira što je kasniji žig registriran, nositelj ranijeg žiga može u zakonom propisanom roku isticati zahtjev za poništaj kasnijeg žiga. O tome je prethodno već bilo govora.⁸² No, u slučaju da nositelj ranijeg žiga u neprekinutom razdoblju od 5 godina svjesno trpi uporabu kasnijega žiga, on nema više pravo na temelju ranijega žiga podnijeti zahtjev za poništaj kasnijega žiga ili se usprotiviti uporabi kasnijega žiga, osim ako je prijava kasnijega žiga podnesena u zloj vjeri.⁸³ Tom odredbom uređeno je ograničenje isključivih prava koja proizlaze iz registriranog žiga, što rezultira i gubitkom zahtjeva za njegovu zaštitu jer se korištenje kasnijega žiga u navedenom slučaju neće smatrati povredom. No, ovdje valja uočiti da je riječ o ograničenju isključivih prava koje djeluje relativno, samo prema nositelju kasnijega žiga dok u odnosu na sve ostale prava koja proizlaze iz registriranog žiga ostaju neokrnjena. Istodobno se ni nositelj kasnijeg žiga u takvu slučaju ne može usprotiviti uporabi ranijega žiga.

To uređenje ograničenja prava koja proizlaze iz registracije žiga kao posljedice toleriranja može poslužiti kao uzor u određivanju subjektivnog zastarnog roka od 5 godina koji se ovdje predlaže *de lege ferenda* uz uređenje da nema objektivnog zastarnog roka u slučaju da se ne prihvati sugestija o nezastarijevanju zahtjeva za utvrđenjem i zahtjeva za prestankom povrede prava industrijskog vlasništva.

6.3. Zahtjev za povlačenjem iz prometa, oduzimanjem i uništenjem, odnosno preinačenjem predmeta

U ZASP-u je propisano da nositelj autorskog ili srodnog prava može zahtijevati uništenje, odnosno preinačenje svih primjeraka koji su bespravno izrađeni ili stavljeni na tržište ili su namijenjeni stavljanju na tržište. Umjesto toga, no-

⁸¹ Vidi čl. 12. ZoŽ-a, čl. 9. Direktive 2008/95/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2008. o usklađivanju prava država članica o žigovima (kodificirana verzija) i čl. 54. Uredbe Vijeća (EZ) broj 207/2009 od 26. veljače 2009. o žigu Zajednice (kodificirana verzija).

⁸² Vidi *supra* 3.2.

⁸³ Vidi čl. 12. ZoŽ-a.

sitelj autorskog ili srodnog prava može zahtijevati i da mu kršitelj prava preda bespravno izrađene primjerke njegova autorskog djela ili predmeta srodnog prava kojih je vlasnik, odnosno posjednik uz uzvratno plaćanje cijene proizvodnje. Isto nositelj prava može tražiti i u odnosu na sredstva koja su namijenjena ili korištena za izradu takvih primjeraka.⁸⁴ Prema odredbi iz čl. 181., st. 8. ZASP-a ti zahtjevi zastarijevaju prema trećim poštenim osobama u subjektivnom roku od 3 godine od saznanja za bespravnu izradu primjeraka, odnosno u objektivnom roku od 5 godina od takve izrade.⁸⁵ Budući da u ZASP-u nije propisan zastarni rok u odnosu na osobe koje su nepošteno, a to bi bile one osobe koje su izradile takve bespravne primjerke ili su znale da su primjerci izrađeni bespravno, u odnosu na njih valja primijeniti opći zastarni petogodišnji rok jer je riječ o obveznopравnim zahtjevima za koje u ZASP-u nije određen poseban zastarni rok.⁸⁶

Isto kao što je to slučaj kod autorskog i srodnih mu prava, i kod prava industrijskog vlasništva zahtjevi za povlačenjem iz prometa, oduzimanjem i uništenjem proizvoda koji su nastali ili su pribavljeni povredom prava kao i predmeti (pribori i alati) koji su pretežito uporabljeni za proizvodnju proizvoda kojima se povređuju patent, žig ili industrijski dizajn⁸⁷ po svojoj su naravi obveznopравni. Prema prijašnjim propisima ti su zahtjevi zastarijevali u subjektivnom roku od 3, odnosno objektivnom roku od 5 godina bez obzira na poštenje, odnosno nepoštenje kršitelja. Budući da su te odredbe u novelama ZoP-a, ZoŽ-a i ZoID-a iz 2007. godine brisane, sada bi se na takve zahtjeve u svakom slučaju trebao primijeniti opći zastarni rok od 5 godina. *De lege lata* više nema mjesta primjeni složenog trogodišnjeg subjektivnog i petogodišnjeg objektivnog roka jer u ZoP-u, ZoŽ-u i ZoID-u, pa tako ni u ZOO-u, nema odredaba prema kojima bi se takav poseban složeni rok mogao primijeniti. Sada je, dakle, zastarni režim za autorsko pravo i prava industrijskog vlasništva različit kada je riječ o poštenim kršiteljima. Bilo bi preporučljivo *de lege ferenda* da se u odnosu na sva prava intelektualnog vlasništva pitanje zastare tih zahtjeva uredi jednako. Kao jedno od mogućih rješenja za sva prava bilo bi ono koje je već sada uređeno u ZASP-u. S druge strane, moglo bi se razmisliti i o tome da

⁸⁴ Vidi čl. 181., st. 1., 2. i 6. ZASP-a.

⁸⁵ Nije sasvim jasno od kojeg trenutka bi se računao početak tijeka subjektivnog, odnosno objektivnog roka, od saznanja za izradu ili stavljanje u promet, odnosno od trenutka izrade ili stavljanja u promet. Isto vidi Blažević, Matanovac, Parać, *op. cit.*, u bilj. 63, str. 40.

⁸⁶ *Arg. ex* čl. 184., st. 2. ZASP-a.

⁸⁷ Vidi čl. 95.d ZoŽ-a, čl. 77. ZoŽ-a i čl. 55 ZoID-a.

se *de lege ferenda* za sva prava intelektualnog vlasništva vrati na staro uređenje kakvo je bilo propisano za prava industrijskog vlasništva, tj. da se ne pravi razlika između poštenih trećih osoba i neposrednih povreditelja.

6.4. Zahtjev za popravljajem štete

Zahtjev za popravljajem štete zbog povrede prava intelektualnog vlasništva po svojoj je naravi također obveznopravni zahtjev. Nositelj prava zahtijeva popravljaje štete prema pravilima o naknadi štete iz ZOO-a, na što upućuju i konkretne odredbe ZASP-a, ZoP-a, ZoŽ-a, odnosno ZoID-a.⁸⁸ Budući da u ZASP-u, ZoP-u, ZoŽ-u i ZoID-u u svezi sa zastarom odštetnog zahtjeva nema propisanih posebnih rokova, primjenjuje se složeni rok iz čl. 230. ZOO-a te se taj zahtjev može isticati u roku od 3 godine od saznanja za štetu i štetnika, ali u objektivnom roku od 5 godina od nastanka štete.⁸⁹ No, ovdje valja uzeti u obzir da je za početak računanja zastarnih rokova potrebno da šteta nastane, što se ne mora poklapati s danom počinjenja štetne radnje. Prema sudskoj praksi pod saznanjem za štetu podrazumijeva se saznanje oštećenika za vrstu i opseg štete koju trpi.⁹⁰ Još valja napomenuti da u slučaju povrede ugovora o licenci prava industrijskog vlasništva, kao što je prethodno isticano, nositelj

⁸⁸ Vidi čl. 178. ZASP-a, čl. 95.e, st. 1. ZoP-a, čl. 78., st. 1. ZoŽ-a i čl. 56., st. 1. ZoID-a. Na to, npr., upućuje i sudska praksa još prema starim propisima o patentu: "Odredbom pak čl. 98. st. 1. Zakona o patentnima i tehničkim unaprjeđenjima propisano je da osoba koja povrijedi prijavljeni ili zaštićeni pronalazak odgovara za štetu prema općim pravilima o naknadi štete." (VSRH, II Rev 170/2001-2 od 17. listopada 2002.).

⁸⁹ Tako je bilo uređenje i prema ranijim propisima i u ranijoj sudskoj praksi. Vidi, npr., VSRH, II Rev 129/1995-2 od 30. 10. 1996.

⁹⁰ "Saznanje za štetu obuhvaća i doznavanje opsega i visine štete, što znači i relevantnih činjenica iz kojih oštećenik može zaključiti o opsegu štete, a to može biti i upoznavanje s nalazom i mišljenjem vještaka." (VSRH, Rev-2091/88 od 26. travnja 1989.) No, ovdje valja biti oprezan prigodom utvrđenja dana saznanja za obujam štete i procijeniti sve činjenice konkretnog slučaja. Saznanje za nalaz i mišljenje ne mora biti jedini izvor saznanja o opsegu štete. Iz sudske prakse: "Nisu u pravu revidenti kada ističu da zastara teče tek od dana 3. travnja 1981. godine, jer da bi tek tada iz nalaza vještaka saznali za obim štete ...Tužitelji su za obim štete saznali ranije, što proizlazi iz samih navoda predmetne tužbe, koja je podnesena 16. lipnja 1979. godine. Što više, iz navoda tužbe u predmetu P-179/79 (ranije P-1931/76) Okružnog suda u Zagrebu, koja je podnesena 1. listopada 1976. godine, usmjerena na utvrđenje da je ništav ugovor zaključen između tuženog ...i tamo tuženih ...o kupnji licence za iskorištavanje pronalazaka tužitelja, proizlazi da je tužiteljima obim štete bio poznat već u času podnošenja te tužbe." (VSRH, II Rev 170/2001-2 od 17. listopada 2002.).

prava može prema vlastitom izboru isticati zahtjeve zbog povrede ugovora ili zahtjeve zbog povrede samoga prava, a u tom svjetlu treba promatrati i zahtjev za naknadu štete. Dakle, čak i onda kada je šteta nastala povredom odredaba iz ugovora o licencijski žiga⁹¹, odnosno dizajna⁹², a prethodno je zaključeno da isto treba analogno primijeniti i na patent, nositelj tih prava može zahtijevati popravljavanje štete ili zbog povrede ugovora ili zbog povrede samoga prava, prema vlastitom odabiru.

6.5. Zahtjev za uobičajenom naknadom, odnosno naknadom zbog neovlaštena korištenja

Zahtjev za uobičajenom naknadom, odnosno naknadom zbog neovlaštena korištenja⁹³ sličan je zahtjevu za naknadom štete, ali osobito valja uočiti da se ovdje ne traži popravljavanje štete i ne moraju se dokazivati pretpostavke odgovornosti za štetu, što uključuje i dokazivanje opsega štete. Dostatno je dokazati da se netko neovlašteno koristio predmetom prava intelektualnog vlasništva te kolika bi za takvu vrstu i oblik uporabe bila uobičajena naknada⁹⁴, odnosno licencijska naknada da je sklopljen ugovor o licencijski patenta, žiga, odnosno industrijskog dizajna. U osnovi, taj bi se zahtjev mogao kumulirati sa zahtjevom za naknadu štete ako šteta prelazi iznos uobičajene naknade za korištenje, odnosno uobičajene licencijske naknade pa bi se povodom zahtjeva za naknadu štete mogla ostvariti razlika štete koja prelazi iznos uobičajene naknade.⁹⁵ Međutim, u pogledu zastare na taj se zahtjev ne bi mogao primijeniti složeni rok

⁹¹ Vidi čl. 39., st. 3. ZoŽ-a.

⁹² Vidi čl. 39., st. 4. ZoID-a.

⁹³ Vidi čl. 179., st. 1. ZASP-a, čl. 95.e, st. 2. ZoP-a, čl. 78., st. 2. ZoŽ-a i čl. 56., st. 2. ZoID-a.

⁹⁴ U čl. 179., st. 1. ZASP-a propisano je da u slučaju neovlaštena korištenja autorskog djela nositelj autorskog prava može zahtijevati naknadu koja je uobičajena za takvu vrstu korištenja ili naknadu koja je propisana cjenikom udruge za kolektivno ostvarivanje ako je riječ o pravu koje se ostvaruje kolektivno. *Mutatis mutandis* se to pravilo primjenjuje i na srodna prava.

⁹⁵ Pritom valja voditi računa o općim načelima iz ZOO-a, na što se izriječkom upućuje u čl. 95.e., st. 5. ZoP-a, čl. 78., st. 4. ZoŽ-a i čl. 56., st. 4. ZoID-a. U ZASP-u nema takve izričite odredbe, ali nema zapreke da se isto načelo ne primijeni i kod povrede autorskog prava. Isto vidi i kod Blažević, Matanovac, Parać, *op. cit.* u bilj. 63, str. 31, 32.

koji se primjenjuje kod zahtjeva za popravljajem štete. U nedostatku odredaba o posebnim zastarnim rokovima u ZASP-u, ZoP-u, ZoŽ-u i ZoID-u taj zahtjev zastarijeva u općem zastarnom roku.

Međutim, kad je riječ o neovlaštenu korištenju predmeta autorskog prava priopćavanjem javnosti u slučajevima kad se ta prava ostvaruju kolektivno, sudovi su zauzeli stajalište da se na te zahtjeve primjenjuje trogodišnji zastarni rok za zastaru povremenih tražbina iz čl. 226. ZOO-a⁹⁶, jednako kao što je preporučeno i u pravnoj književnosti.⁹⁷

6.6. Zahtjev za povratom stečenog bez osnove

Zahtjev za povratom stečenog bez osnove klasičan je obveznopravni zahtjev pa ZASP, ZoP, ZoŽ i ZoID u tom smislu upućuju na primjenu odredaba ZOO-a.⁹⁸ Sukladno tim pravilima taj zahtjev zastarijeva u općem petogodišnjem zastarnom roku⁹⁹ i nema nikakvih posebnosti vezano uz zastaru takvih zahtjeva u svezi s pravima intelektualnog vlasništva.

⁹⁶ Iz presude Visokog trgovačkog suda Pž 1236/06-3 od 9. 7. 2008.: “Ako je za iskorištavanje autorskog djela ugovorena, odnosno iz okolnosti proizlazi da je trebala biti ugovorena (jer je to uobičajeno za takvu vrstu korištenja), naknada koja se plaća u jednokratnom iznosu, zahtjev za isplatom te naknade zastarijeva u općem zastarnom roku od pet godina. Zastara počinje teći od dospijeca ako je naknada ugovorena, odnosno od korištenja ako je trebala biti ugovorena. U slučajevima kada je za iskorištavanje autorskog djela ili objekta srodnog prava trajnijeg karaktera ugovorena mjesečna ili kvartalna ili druga naknada koja dospijeva godišnje ili u vremenskim razmacima kraćim od godine ili iz okolnosti proizlazi da je takva naknada trebala biti ugovorena, radi se o povremenim potraživanjima koja zastarijevaju u trogodišnjem roku iz čl. 372 ZOO-a.” Vidi također i druge presude Visokog trgovačkog suda: Pž 7153/02-3 od 5. 7. 2005., Pž 6761/04-3 i Pž 6696/04 od 20. 9. 2005., Pž 5874/03-3 od 24. 5. 2005., Pž- 5411/03-3 od 24. 5. 2005., Pž 7094/03-3 od 5. 3. 2006., Pž 5681/04-3 od 7. 11. 2006., 4363/04-3 od 7. 11. 2006., Pž 7803/08-3 od 20. 4. 2009. U starijoj sudskoj praksi bilo je drukčijih stajališta. Vidi, npr., Vps, Pž-1509/78 od 19. 6. 1979.: “Tražbina s naslova isplata autorskog honorara za javno izvođenje glazbe u lokalima zastaruje u općem zastarnom roku.”

⁹⁷ Vidi Blažević, Matanovac, Parać, *op. cit.* u bilj. 63, str. 36.

⁹⁸ Vidi čl. 179., st. 3. ZASP-a, čl. 95.e., st. 3. ZoP-a, čl. 78., st. 3. ZoŽ-a i čl. 56., st. 3. ZoID-a.

⁹⁹ Vidi čl. 225. ZOO-a. Vidi, npr., VSRH, Rev-555/01.

6.7. Zahtjev za objavom presude

Posebno je u zakonima o intelektualnom vlasništvu propisan i zahtjev za objavom presude ili dijela presude koja je donesena u korist nositelja prava.¹⁰⁰ Budući da o njemu nema posebnih pravila o zastari, i u odnosu na taj zahtjev primjenjuje se opći petogodišnji zastarni rok. Početak toga roka trebao bi se računati od dana donošenja pravomoćne presude čija se objava zahtijeva. No, u praksi se taj zahtjev u pravilu postavlja puno ranije, već zajedno sa zahtjevom za utvrđenjem ili prestankom povrede i/ili s nekim od prethodno opisanih zahtjeva za zaštitu prava od povrede.

6.8. Zahtjev za dostavom podataka

Zahtjev za dostavom podataka posebna je vrsta zahtjeva za zaštitu prava intelektualnog vlasništva od povrede. Njime se traži dostava podataka o prodijetlu i distribucijskim kanalima robe kojom se povređuju prava intelektualnog vlasništva uključujući i podatke o osobama koje sudjeluju u raspačavanju takve robe.¹⁰¹ Takav zahtjev je po svojoj naravi obveznopravni.

Budući da u posebnim zakonima o intelektualnom vlasništvu nisu propisani posebni zastarni rokovi za taj zahtjev, i on zastarijeva u općem petogodišnjem zastarnom roku. Za razliku od sadašnje situacije, taj je zahtjev prema prijašnjim propisima o industrijskom vlasništvu zastarijevao u istim rokovima kao i drugi zahtjevi zbog povrede prava industrijskog vlasništva.

6.9. Zahtjev za zaštitom tehničkih mjera i podataka o upravljanju pravima

Zahtjev za zaštitom tehničkih mjera i zahtjev za zaštitom podataka o upra-

¹⁰⁰ Vidi čl. 180. ZASP-a, čl. 95.g ZoP-a, čl. 79. ZoŽ-a i 56.a ZoID-a.

¹⁰¹ Vidi čl. 187. ZASP-a, čl. 95.g. ZoP-a, čl. 79.a ZoŽ-a i čl. 56.c ZoID-a.

vljanju pravima karakteristični su za zaštitu autorskog i srodnih prava.¹⁰² Takve zahtjeve neće se pronaći u svezi s pravima industrijskog vlasništva. Riječ je o zahtjevima kojima se u pravilu štite mjere kontrole pristupa autorskim djelima i predmetima srodnih prava ili mjere kontrole neovlaštena umnožavanja. Drugim ovdje spomenutim zahtjevom štite se podaci kojima se identificiraju nositelji prava i predmeti zaštite te se određuju uvjeti uporabe.¹⁰³ Smatra se da se povredom tehničkih mjera zaštite kao i povredom podataka o upravljanju pravima ujedno vrijeđa i samo autorsko, odnosno srodno pravo. Ti su zahtjevi po svojoj naravi obveznopravni pa se na njih, u nedostatku posebnog roka, primjenjuje opći petogodišnji zastarni rok.¹⁰⁴

6.10. Penal

U ZASP-u je, za razliku od zakona kojima se uređuju prava industrijskog vlasništva, propisana posebna odredba o penalu koji u ovom kontekstu predstavlja kombinaciju između zakonom određenog iznosa naknade štete i privatne kazne za onoga tko je autorsko ili srodno pravo povrijedio namjerno ili krajnjom nepažnjom.¹⁰⁵ Prema odredbi iz čl. 183. ZASP-a nositelj autorskog ili srodnog prava čije je pravo povrijeđeno namjerno ili krajnjom nepažnjom ima pravo zahtijevati naknadu u dvostrukom iznosu od ugovorene, a ako nije ugovorena, od odgovarajuće uobičajene. Budući da ovdje nije riječ o naknadi štete, ne primjenjuje se ni zastarni rok propisan za zastaru zahtjeva za naknadu štete, nego se primjenjuje onaj zastarni rok u kojem zastarijevaju zahtjevi za naknadu koja je ugovorena, odnosno koja je odgovarajuća uobičajena, što je prethodno već obrađeno.¹⁰⁶

7. ZAKLJUČAK

U hrvatskom pravnom poretku nema općih pravila o institutu zastare

¹⁰² Vidi čl. 175. i 176. ZASP-a.

¹⁰³ Detaljno o tim zahtjevima vidi Blažević, Matanovac, Parać, *op. cit.* u bilj. 63, str. 24 - 28.

¹⁰⁴ *Arg. ex* čl. 184., st. 2. ZASP-a.

¹⁰⁵ Blažević, Matanovac, Parać, *op. cit.* u bilj. 63, str. 32.

¹⁰⁶ *Ibid.*

privatnih prava, a u pogledu prava intelektualnog vlasništva posebnih pravila ili uopće nema ili ih nema dovoljno. Stoga se u području intelektualnog vlasništva kao opća pravila o zastari primjenjuju opća pravila o zastari obveznih prava iz ZOO-a.

Posebno uređenje zastare u autorskom i srodnim pravima, s jedne strane, te u pravima industrijskog vlasništva, s druge strane, nije međusobno usklađeno te bi ga, uzimajući u obzir njihovu sličnu pravnu narav i druga obilježja kao i činjenicu da je zaštita tih prava od povrede uređena vrlo slično, trebalo *de lege ferenda* nastojati u najvećoj mogućoj mjeri uskladiti i međusobno približiti. *De lege lata* ostaje mogućnost da se situacije gdje pitanje zastare nije izrijeком uređeno u odnosu na prava industrijskog vlasništva tumače *per analogiam* u autorskom pravu.

Zahtjevi kojima se štite neimovinska (moralna) prava ne zastarijevaju, traju za cijelo vrijeme trajanja prava intelektualnog vlasništva. Autorsko pravo i pravo umjetnika izvođača su monistička prava koja sadrže imovinskopravna i osobnopravna ovlaštenja čija je pravna sudbina neraskidivo povezana. Njihovim prestankom gube se sve ovlasti u pogledu njihovih objekata zaštite koji se tada mogu slobodno koristiti, ali uz obvezu poštivanja prava biti priznat kao autor, odnosno izvođač i obvezu korištenja djela, odnosno izvedbe tako da se ne vrijeđa čast i ugled stvaratelja. Bude li ta obveza povrijeđena zakonom određen krug osoba može zahtijevati prestanak povrede te obveze. Međutim, premda bi se moglo činiti da je riječ o nastavku zaštite autorskog, odnosno izvođačkog moralnog prava, to je samo privid jer ta obveza ne nastaje iz autorskog, odnosno izvođačkog prava nego neposredno na temelju zakona. Patent je dualističko pravo, i imovinskopravna i osobnopravna komponenta mogu postojati nezavisno jedna od druge pa pravo na zaštitu moralnih prava izumitelju pripada i nakon isteka imovinskih prava, a nakon izumiteljeve smrti i njegovim nasljednicima, što ga čini "vječnim". Sadržaj prava industrijskog dizajna sadržava i dizajnerovo pravo biti takvim i označen (pravo paterniteta). S druge strane, u pozitivnom hrvatskom pravu ne postoje odredbe o zahtjevu kojim bi se to moralno pravo štitilo. Kako pravni poredak treba pružiti zaštitu priznatom pravu, valjalo bi tumačiti da je dizajner ovlašten zahtijevati zaštitu svog moralnog prava analogno onoj koju imaju autor, odnosno izumitelj kad im je povrijeđeno pravo paterniteta. *De lege ferenda* valjalo bi popuniti tu pravnu prazninu.

Uređenje zastare u autorskom pravu počiva na načelu da pravo na zaštitu autorskog i srodnih prava ne zastarijeva, osim ako je izrijeком drukčije određeno. Zahtjevi koji su po svojoj naravi obveznopravni zastarijevaju prema općim pravilima o zastari. S druge strane, načelo nezastarivosti prava na zaštitu

industrijskog vlasništva nije istaknuto u propisima o patentu, žigu, odnosno industrijskom dizajnu koji su danas na snazi. Suprotno autorskom pravu, u propisima u kojima se prije uređivala materija industrijskog vlasništva zahtjevi za prestanak povrede zastarijevali su u kratkim rokovima od 3 (subjektivni rok), odnosno 5 godina (objektivni rok), što je bilo prihvaćeno i u sudskoj praksi. Isto su tako u relativno kratkim rokovima zastarijevali i drugi zahtjevi za zaštitu prava industrijskog vlasništva od povrede. To je izmijenjeno novelama ZoP-a, ZoŽ-a, odnosno ZoID-a iz 2007. godine kada je brisana većina odredaba o zastari. Time se otvorila mogućnost tumačenja *de lege lata* te uređenja *de lege ferenda* koja bi pravila o zastari u pravima industrijskog vlasništva približila pravilima kakva su sada na snazi u području autorskog i srodnih mu prava. Ovdje se posebno misli na zahtjev za utvrđenje i zahtjev za prestankom povrede koji ne bi trebali zastarjeti tijekom cijelog trajanja prava intelektualnog vlasništva.

Za zahtjeve koji su obveznopravne naravi u pravilu se primjenjuju opća pravila o zastari iz ZOO-a. Prema prijašnjim propisima u području industrijskog vlasništva zastarni su rokovi bili složeni subjektivni i objektivni, a često i kraći, ali se sada, u nedostatku posebnih propisa, primjenjuju opća pravila o zastari.

Summary

Igor Gliha *

Romana Matanovac Vučković **

STATUTE OF LIMITATIONS IN THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW

All intellectual property rights are time limited rights, and in principle they are absolute rights. Due to their erga omnes effect, the right holder enjoys also the right to protection for the entire duration of the intellectual property right. Persons whose intellectual property rights have been infringed are entitled to claim from the infringer to remedy the infringement. Given that these rights include authorisations of dual nature, patrimonial and personal,

* Igor Gliha, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Romana Matanovac Vučković, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

the claims for the protection also have to correspond to their nature and content. Depending on the claim, the issue of statute of limitations may emerge. In addition to general statute of limitations rules regarding individual claims, there can also be separate rules. For some intellectual property claims, special rules apply, although they do not entirely regulate the statute of limitation. On the other hand, some claims are not covered by separate rules at all, so for them general rules on statute of limitations are applicable. Given that Croatian legal order failed to regulate the general part of the civil (private) law, generally accepted view is that the general rules on the statute of limitations entailed in the Obligations Act also apply to other subjective rights. Accordingly, they also apply to intellectual property rights where the statute of limitations is not separately regulated.

Regulation of the statute of limitation in copyright is grounded on the principle on non-expiration of the protection, provided that it is not expressly stipulated otherwise. This primarily relates to the claim for termination of infringement and to declaratory claims. The claims in obligations law by their nature stop running in accordance with the general rules on the statute of limitation. In relation to industrial property there are no separate rules on the statute of limitations. With the aim to filling up this legal vacancy it is proposed that the rules on the statute of limitation of copyright be applied *per analogiam*. Thereby the declaratory claims and the claims for termination of infringement should not stop running as long as the intellectual right is running. The existing legal vacancy should be *de lege ferenda* filled up.

Claims for the protection of moral rights do not expire. However, since the intellectual property rights are time limited rights, one may ask whether it is possible for them to be protected after the time limit of their protection expires. When the copyright and the performers' rights stop running, all authorisations in respect with the subject matter of the protection are also lost. Accordingly, the work/performance may than be used freely, though the right to be acknowledged as an author, i.e. performer should be respected and the work, i.e. performance should be used in manner that does not prejudice the creator's honour or reputation. If this obligation be infringed, the Copyright and Related Rights Act prescribes circle of persons who can claim for the infringement to be terminated. Although it may seem that this is a continuation of the protection of copyright, i.e. performers' moral right, this is not so, for the obligation does not stem from the copyright, i.e. performers' right, but directly from the law.

Patent is a dualistic right, so the patrimonial and personal component exist independently. Therefore, the inventor enjoys the protection of his moral rights even after the patrimonial rights expired, and after his death it passes onto his heirs, which makes it "eternal". The content of the industrial design right entails the designer's right to be identified as such, but the Croatian positive law lacks provisions regulating claims for the protection of this moral right. Given that the recognised right must enjoy protection in the legal order, it should be interpreted that should the designer's moral right be violated, he

STJECANJE ZALOŽNOG PRAVA NA POKRETNINAMA OD NEVLASNIKA

*Doc. dr. sc. Hano Ernst**

*Prof. dr. sc. Tatjana Josipović***

Autori u radu obrađuju institut stjecanja založnog prava na pokretninama od nevlasnika, posebno u kontekstu, s jedne strane, primjene pravila o stjecanju vlasništva pokretnina od nevlasnika i, s druge strane, novih pravila o registraciji određenih oblika založnoga prava. Pritom se upozorava na različitosti između zemljišnoknjižnog sustava i upisničkog sustava, posljedične razlike u verifikaciji vlasništva te mogućnosti stjecanja hipoteke na pokretnini od nevlasnika, posebno s obzirom na izostanak predaje u posjed i postupanja s povjerenjem u upis. Autori detaljno analiziraju metode zaštite vlasnika povodom nevaljana upisa hipoteke i zaključuju da postoje odgovarajući mehanizmi zaštite u ovršnom i klasičnom građanskom postupku, ali i slabi mehanizmi zaštite u upisničkom postupku, osobito u pogledu brisovne tužbe koja je neobično preuzeta iz zemljišnoknjižnog prava.

Ključne riječi: zalog, poštenu stjecatelj, nevlasnik, dobra vjera, pignus.

I. UVOD

Stjecanje od nevlasnika je klasičan institut građanskoga prava koji je izraz suprotstavljenih načela publiciteta i vindikacijskog načela.¹ Tradicionalno vindikacijsko načelo odraz je zaštite vlasništva kao temeljnog ne samo imovinskog

* Dr. sc. Hano Ernst, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Dr. sc. Tatjana Josipović, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ Josipović, T., *Načelo publiciteta, načelo povjerenja i vindikacijsko načelo u pravnom prometu nekretnina*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 45, br. 4-5, 1995.

nego i ljudskog prava. Takva zaštita vuče svoje korijene od početaka razvoja društvene regulacije, a suvremeni razvoj temelji se na tekovinama Francuske revolucije. Država jamči onima koji su pod njezinom jurisdikcijom da će rezultati njihova rada biti zaštićeni institutom privatnog vlasništva od samovoljnih zahvata drugih. Upravo zaštita privatnog vlasništva zbog toga predstavlja jedan od ključnih civilizacijskih dosegâ i kriterija za uspješan gospodarski rast i razvoj. U tranzicijskim zemljama u kojima je privatno vlasništvo bilo u razdoblju socijalizma zapostavljeno i politički marginalizirano to je pravilo osobito važno, i to ne samo kao nužan uvjet reintegracije u kontinentalnoeuropski pravni krug² nego i kao uvjet uspostave ponovnog povjerenja u državu i pravni sustav, odnosno njihovu ulogu u zaštiti privatnih prava.

Istovremeno, međutim, iskustvo suvremenih pravnih sustava pokazalo je da brz pravni promet zahtijeva jednostavnije mehanizme verifikacije vlasništva (i drugih stvarnih prava) od opetovana ispitivanja pojedinačnih pretpostavaka za stjecanje. U tom su kontekstu zakonodavci postali svjesni da vlasništvo kao socijalni i pravni konstrukt ne može biti adekvatno zaštićeno ako ostane na virtualnoj razini kojoj nedostaje vanjska vidljivost. Zbog toga se uspostavljaju različiti sustavi publiciranja stvarnih prava, na nekretninama tradicionalno preko javnih registara, a kod pokretnina preko posjeda s kojim se povezuju presumpcije vlasništva.³ S obzirom na relativno visok stupanj rizika posjeda kao kriterija za publiciranje vlasništva, kod pokretnina visoke vrijednosti razvili su se registri slični zemljišnoj knjizi (tipično kod brodova⁴ i zrakoplova⁵) koji ujedno uglavnom prihvaćaju zemljišnoknjižna načela u pogledu pretpostavaka i učinaka upisa. U svim tim slučajevima ti su učinci vrlo važni jer se povezuju ne samo s oborivom nego, u odnosu na poštene treće osobe, i s neoborivom

² V. Gavella, N. et al., *Teorijske osnove građanskog prava. Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka kontinentalnoeuropskom pravnom krugu*, Zagreb, 2005., str. 181 sqq.

³ Kod nekretnina to su presumpcije o istinitosti i potpunosti zemljišnih knjiga, a kod pokretnina to je presumpcija samostalnosti posjeda i presumpcija o posjedniku vlasniku iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (dalje u tekstu: ZV) (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12). V. čl. 11., st. 3. ZV-a i čl. 122. ZV-a.

⁴ V., npr., za upisnik brodova čl. 187. Pomorskog zakonika (dalje u tekstu: PZ) (Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11), za upisnik jahta čl. 188. PZ-a, a za upisnik brodova u gradnji čl. 189. PZ-a.

⁵ V., npr., za Hrvatski registar civilnih zrakoplova čl. 45. Zakona o zračnom prometu (Narodne novine, br. 69/09, 84/11).

presumpcijom istinitosti i potpunosti zemljišne knjige, odnosno zemljišnoj knjizi sličnih registara. Pritom nedvojbeno dolazi do potiskivanja vindikacijskog načela u korist načela povjerenja u registar.⁶

Kod ostalih pokretnina takav je razvoj nemoguć zbog praktičnih i ekonomskih razloga. Međutim, parcijalna registracija u vidu registracije založnog prava i drugih stvarnopravnih osiguranja jest moguća. Prednosti su takve registracije velike jer omogućavaju efikasnije neposesorno osiguranje istovremeno zaobilazeći "skrivena" (nepublicirana) osiguranja. Problem hrvatskog prava, kao i prava ostalih tranzicijskih zemalja, međutim, sastojao se prvenstveno u percepciji mobilijarnog osiguranja kao važnog čimbenika razvoja, a onda i u izboru pojedine metode registracije. Općenito govoreći, te su se zemlje našle u nezavidnoj situaciji u kojoj su u vrlo kratkom roku morale ocijeniti postojeće stanje svog prava mobilijarnog osiguranja te ga dovesti na razinu koja bi bila usporediva s razvijenim zemljama, što je presudno utjecalo na često hirovit razvoj toga područja kao specifičnost u regiji.⁷ Nedostatak brza rješenja⁸ kao i zatvorenost dijelova pravne profesije⁹ nisu pogodovali recepciji američkog rješenja registracijskog sustava iz Article 9 Uniform Commercial Code (UCC) koji se danas često uzima kao model. U literaturi¹⁰ se upozorilo da tranzicijske zemlje općenito nisu prihvatile ni sveobuhvatna, a ni organizacijska načela¹¹ na kojima se takav sustav temelji.¹² Taj sustav temelji se na pravilu o deklaraciji

⁶ V. o tom problemu Josipović, *op. cit.* u bilj. 1, str. 455.

⁷ Powlakić, M., *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu* (doktorska diseertacija), Sarajevo, 2001., str. 38.

⁸ *Ibid.*, str. 167.

⁹ Dahan, F.; Simpson, J., *Legal efficiency of secured transactions reform: bridging the gap between economic analysis and legal reasoning*, u: Dahan, F.; Simpson, J. (ur.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham, 2008., str. 126.

¹⁰ Röver, J. H., *Secured Lending in Eastern Europe*, Oxford, 2007., str. 231.

¹¹ Neke su zemlje tu funkciju prenijele na javnobilježničku službu (Komoru ili slično tijelo) kao što je to u Mađarskoj, Slovačkoj, Češkoj i Sloveniji; neke na trgovačke sudove kao što je to učinila Poljska; neke na ministarstva (Albanija, Bugarska), a neke na privatni sektor (Hrvatska, Rumunjska i Litva).

¹² Neki su pomaci učinjeni pod utjecajem Europske banke za obnovu i razvoj (EBRD) koja je započela svoj rad na *Secured Transactions Project* još 1992. i prezentirala je svoj Konačni nacrt Modela zakona 1994. Kasnije je EBRD izradio kao svojevrsan vodič Deset temeljnih načela mobilijarnog osiguranja (*Core Principles for a Secured Transactions Law*) koja su predstavljala općenitiju verziju ideja ugrađenih u Model zakon. V. <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model/core.htm> (20. V. 2013.)

tornosti upisa u registar, pri čemu upis, koji provodi sam vjerovnik, predstavlja samo mogućnost postojanja založnog prava ako su za to ispunjene druge pretpostavke te jamči određeni prvenstveni red.¹³ U hrvatskom pravu je upis u Upisnik osiguranja konstitutivne naravi i predstavlja jednu od pretpostavaka za stjecanje založnog prava, o čemu se detaljnije govori niže. Upravo zbog te konstitutivnosti predviđen je i relativno složen postupak ispitivanja pretpostavaka od strane za to posebno ovlaštenog tijela. Posljedično taj je razvoj aktualizirao i pitanja stjecanja založnog prava od nevlasnika jer je katkad prigovoreno da Upisnik nedovoljno štiti povjerenje.¹⁴

U nastavku se obrađuje, kao prvo, institut stjecanja vlasništva od nevlasnika jer se upravo ta pravila primjenjuju i na stjecanje založnog prava od nevlasnika. U trećem i četvrtom dijelu analizira se stjecanje ručnog zaloga od nevlasnika i stjecanje registarskog založnog prava na temelju povjerenja. U petom dijelu razmatra se mogućnost i oportunitet stjecanja registriranog založnog prava od nevlasnika. U prvom se redu analiziraju temeljna obilježja upisničkog osiguranja te ih se dovodi u vezu sa stjecanjem od nevlasnika. Nakon toga se analiziraju pojedini oblici zaštite oštećenog vlasnika kao treće osobe koji sprečavaju stjecanje na temelju povjerenja. U šestom je dijelu zaključak.

II. STJECANJE PRAVA VLASNIŠTVA OD NEVLASNIKA

A. Stjecanje pokretnina od nevlasnika zbog povrede povjerenja

ZV pripada kategoriji propisa koji brane vindikacijsko načelo jer je vlasništvo prednika temeljna pretpostavka za stjecanje prava vlasništva na temelju pravnoga posla.¹⁵ Stjecanje od nevlasnika moguće je samo u slučajevima kada je vlasnik dobrovoljno predao svoju stvar nekoj trećoj osobi koja je tada, povrijedivši njihov odnos povjerenja, protupravno raspogala tom stvarju. To na prvi pogled nije potpuno jasno, ali proizlazi iz činjenice da čl. 118., st. 4. ZV-a isključuje svako stjecanje od nevlasnika ako je stvar njezinu vlasniku ili osobi putem koje

¹³ V. Ernst, H., *Funkcionalizam u mobilijarnom osiguranju* (doktorska disertacija), Zagreb, 2011., str. 424.

¹⁴ V., npr., Tepšić, I., *Upisničko osiguranje i kreditna politika banaka*, u: Grubić, V. (ur.), *Registar sudskih i javnobilježničkih osiguranja - iskustva i problemi*, Zagreb, 2007., str. 111 *sqq.*

¹⁵ V. čl. 115., st. 1. ZV-a koji govori o prelaženju vlasništva s dosadašnjeg vlasnika na stjecatelja.

je on posjedovao bila ukradena ili ju je izgubio, odnosno zametnuo.¹⁶ Krađa predstavlja situaciju u kojoj je stvar radnjom treće osobe (lopova) izašla iz posjeda vlasnika ili neposrednog posjednika.¹⁷ Kod gubitka ili zametanja stvari riječ je samo o tome da je posjed prestao zbog (redovito nedobrovoljne) radnje vlasnika, odnosno neposrednog posjednika stvari. U objema situacijama je gubitak posjeda nedobrovoljan, što zakonodavac ne smatra dovoljnim da bi se otklonila primjena vindikacijskog načela.

Situacije u kojima je stjecanje od nevlasnika omogućeno, tj. u situacijama u kojima je stvar izašla iz posjeda svojeg vlasnika dobrovoljno u pravilu se odnose na povredu povjerenja pa stvar prodaje osoba koja ima stvar u posjedu lažno se predstavljajući kao vlasnik (npr., najmoprimac, posudovnik, zakupnik, uporabnik i sl.). Takva osoba, dakle, može raspolagati u korist poštenog trećeg, i to naplatno, pri čemu će doći do izvornog stjecanja vlasništva. Treći stječe na temelju zakona koji štiti njegovo povjerenje u pogrešnu vanjsku sliku njegova prava koja se temelji na publicitetnoj funkciji (neposrednog) posjeda. Raspolaganje mora biti naplatno¹⁸ jer se ne štiti puko povjerenje treće osobe, nego njegova naplatna dispozicija utemeljena na tom povjerenju, i to ona koja je dovršena upravo predajom u samostalan neposredan posjed.

Stjecatelj je stekao vlasništvo stvari u trenutku stjecanja samostalnoga posjeda ako mu je stvar predana u neposredan posjed ili se već otprije nalazi kod njega, a ako mu je stvar predana u samostalan posjed samim očitovanjem volje, on će pravo vlasništva steći tek kad mu bude predana u neposredan posjed.¹⁹ Okolnost da stvar mora biti predana u neposredan posjed posljedica je, s jedne strane, činjenice da se on i inače traži za stjecanje vlasništva na temelju pravnoga posla (o čijem derivatu je ovdje riječ), a, s druge strane, osiguranja postojanja faktičnog postupanja s povjerenjem. Standard postupanja s povjerenjem u publicitetnu funkciju posjeda ne obuhvaća posredan posjed, tj. nije dovoljno da se tko oslanja na posredan posjed ni da takav posjed primi jer bi time bilo vrlo

¹⁶ To je pravilo vrlo staro i potječe iz feudalnog germanskog prava u kojem je vlasnik koji je dobrovoljno predao stvar drugom mogao tu stvar vindicirati samo od te osobe, a ne i od trećih, što je izraženo u maksimama: "Hand muss hand wahren." i "Wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn suchen." Hübner, R., *A history of Germanic private law*, Boston, 1918., str. 409.

¹⁷ Kazneni zakon (dalje u tekstu: KZ) (Narodne novine, br. 126/11, 144/12) krađu inkriminira u čl. 228., a tešku krađu u čl. 229.

¹⁸ Čl. 118., st. 1. ZV-a.

¹⁹ Čl. 118., st. 2. ZV-a.

jednostavno izigrati vindikacijsko načelo. U takvim situacijama bilo bi dovoljno da se stjecatelj osloni na izjave otuđivatelja, što zakonodavac cijeni nedovoljnim za zaštitu. Zakonodavac vezuje publicitetne učinke uz objektivnu činjenicu neposrednog posjeda u koju se treći može pouzdati, a ne uz izjave neposrednog posjednika. Drugim riječima, zakonodavac štiti samo one koji uistinu vide i preuzmu stvar u svoj neposredan posjed jer tek tada mogu s dovoljnom sigurnošću vjerovati u to da otuđivatelj, barem faktično, može raspolagati stvarju. U tom kontekstu treba tumačiti i čl. 118., st. 3. ZV-a koji dobru vjeru stjecatelja veže uz trenutak zaključenja posla, ali i trenutak primanja neposrednog posjeda.²⁰

Kad je primio neposredan posjed stvari, poštenu stjecatelj odmah stječe vlasništvo stvari, i to na temelju samoga zakona (*ex lege*). Pravna priroda tog stjecanja može biti sporna utoliko što literatura svrstava taj oblik stjecanja u stjecanje na temelju zakona²¹ premda je *de facto* stjecatelj kupio stvar i premda ZV sistematizira taj vid stjecanja u stjecanje na temelju pravnoga posla. Objašnjenje za drugačiju sistematizaciju jest u tome što za stjecanje na temelju pravnoga posla nisu bile ispunjene sve pretpostavke (izjalovile su se) koje su sada nadomještene posebnom zakonskom osnovom stjecanja.²² Pored toga, tipično je za stjecanje na temelju pravnoga posla da je riječ o derivativnom stjecanju kod kojeg postoji kontinuitet vlasništva između otuđivatelja i stjecatelja, što kod stjecanja od nevlasnika očito nije slučaj. Konačno, kod stjecanja od nevlasnika, prava trećih prestaju stjecanjem vlasništva od otuđivatelja, osim ako stjecatelj za njih nije znao²³, a isto je pravilo propisano upravo kod stjecanja na temelju zakona.²⁴

B. Stjecanje gotovine i vrijednosnih papira na donositelja od nevlasnika

Stjecanje gotovine i vrijednosnih papira na donositelja od nevlasnika iznimka je ne samo od vindikacijskog načela nego i od pravila o dobrovoljnom prijenosu posjeda. U slučaju kad je riječ o gotovini ili o vrijednosnim papirima na donosi-

²⁰ Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako u trenutku zaključenja posla, a ni u trenutku primanja neposrednoga posjeda, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđivatelju (čl. 118., st. 3. ZV-a).

²¹ Gavella, N. *et al.*, *Stvarno pravo. 2. dio*, Zagreb, 2007., str. 446.

²² *Ibid.* str. 447.

²³ Čl. 118., st. 5. ZV-a.

²⁴ Čl. 129., st. 2. ZV-a.

telja, nije potrebno ispuniti pretpostavku o tome da je stvar iz posjeda vlasnika izašla njegovom voljom, nego to može biti i protiv njegove volje, uključujući i krađu ili gubitak stvari. Zakonodavac je u tom slučaju zaštitio slobodan promet tom kategorijom stvari jer je riječ o stvarima koje imaju, s jedne strane, specifičnu pravnu prirodu, a, s druge strane, specijalno pravno značenje.

Novac kao i vrijednosni papiri na donositelja generične su stvari koje iznimno brzo kolaju u prometu. Premda i novčanice i vrijednosni papiri na donositelja (izdani u materijaliziranom obliku kao pokretnina) imaju svoj serijski broj koji ih relativno jednostavno identificira u pravnom prometu, njihova količina je iznimno velika kao i brzina kolanja (izmjene vlasništva) u prometu. Zbog toga je posebno teško identificirati lanac stjecanja, što je potrebno ako se želi inzistirati na provedbi vindikacijskog načela. Za vrijednosne papire na donositelja vrijedi presumpcija o tome da je donositelj ujedno i zakonski imatelj.²⁵

Pored toga, novac, a donekle i vrijednosni papiri na donositelja, imaju funkciju plaćanja. Zbog te iznimno važne funkcije dovođenje u pitanje vlasništva i ostvarenje vindikacijskog načela imalo bi dodatnu posljedicu rušenja obvezno-pravnih odnosa koji su ispunjeni predajom tih stvari kao sredstava plaćanja pa preteže javni interes.²⁶ Ako se količina transakcija poveže s njihovom brzinom, jasno je da su posljedice ne samo katastrofalne nego i toliko zamršene da je pitanje mogu li se uopće i s kojim troškovima rasplesti, zbog čega zakonodavac prihvaća da se odsijeku veze s oštećenim vlasnikom i da se njega obešteti preko pravila odštetnog, a ne stvarnog prava.

C. Stjecanje pokretnina na javnoj dražbi od nevlasnika

Čl. 118., st. 4. ZV-a kao iznimku predviđa i stjecanje na javnoj dražbi. Pritom je riječ o javnoj dražbi u smislu privatnog prava, a ne javnoj dražbi koja bude organizirana u sklopu postupka ovršne prodaje.²⁷ Hrvatsko pravo, na

²⁵ Čl. 1140., st. 2. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11).

²⁶ V. Oechsler, J., § 935 *Kein gutgläubiger Erwerb von abhanden gekommenen Sachen*, u: Gaier, R. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6. Sachenrecht. §§ 854 – 1296. Wohnungseigentumsgesetz. Erbbaurechtsgesetz*, München, 2009., § 14.

²⁷ V. interpretaciju njemačkog § 935. istog sadržaja kod Wiegand, W., § 935 *Kein gutgläubiger Erwerb von abhandengkommenen Sachen*, u: Nöll, H.-H.; Wiegand, W. (ur.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*.

žalost, nema posebne organizacijske ili funkcionalne odredbe o javnoj dražbi kao samostalnom konceptu premda se u nekim odredbama upućuje na javnu dražbu (npr., čl. 337. ZV-a o izvansudskom namirenju založnog vjerovnika i čl. 34., st. 5. koji istu odredbu primjenjuje na fiducijarno osiguranje). Drugi pravni sustavi imaju to pitanje bolje uređeno kao što je to slučaj, npr., u § 383. njemačkog Građanskog zakonika (BGB). Njemačka literatura, kada govori o stjecanju od nevlasnika na javnoj dražbi, upozorava da je riječ o povijesnom ostatku jer da činjenica da je riječ o javnoj dražbi teoretski omogućava vlasniku da se upozna s tim da se njegova stvar prodaje, da pristupi toj dražbi i traži svoju stvar natrag.²⁸ Činjenica da to nije učinio tom se odredbom *de facto* tretira kao njegovo prešutno odricanje od svojeg prava. Takvo je opravdanje danas postalo sporno s obzirom na izmijenjene društvene uvjete i modalitete prodaje. U hrvatskom pravu to je pitanje ostalo otvoreno jer nije propisano kako se organizira javna dražba, kada, gdje i tko ju provodi i na koji način se oglašava. Pored toga, ovlaštenje za organizaciju javne dražbe općenito je sporno, osobito glede činjenice da postoji ograničen broj slučajeva u kojima je netko ovlašten organizirati javnu dražbu. Slijedom toga, trebalo bi posebno cijeniti činjenicu postoji li ili ne zakonom predviđen slučaj u kojem se organizirala javna dražba u konkretnom slučaju prije negoli se zaključi o tome je li riječ o javnoj dražbi ili ne u smislu čl. 118., st. 4. ZV-a.

D. Utjecaj stjecanja od nevlasnika na tuđa stvarna prava

Sukladno čl. 118., st. 5. ZV-a prava trećih koja terete pokretnu stvar prestaju stjecanjem vlasništva od otuđivatelja kojemu stvar ne pripada; međutim, ne prestaju ona prava trećih za koja je stjecatelj znao da postoje ili je to morao znati u času kad je stjecao vlasništvo. Ako je stjecatelj znao ili morao znati samo za neka prava trećih, a ne za sva, on će steći stvar neopterećenu onim pravima za koja nije znao ili morao znati.²⁹ Takvu se situaciju može rijetko očekivati s obzirom na to da je teško očekivati da bi netko bio pošten u pogledu vlasništva, a ne i u pogledu ograničenog stvarnog prava na istoj stvari.

Buch 3: Sachenrecht, Berlin, 2011., § 27, koji upućuje na § 383. BGB-a, ali ne utječe na smisao.

²⁸ V. *ibid.*, § 23.

²⁹ *Ibid.*

III. STJECANJE RUČNOG ZALOGA OD NEVLASNIKA

A. Stjecanje ručnog zalogu od vlasnika

Ručni zalog je u suvremenom pravu svakako jedan od tradicionalnih oblika stvarnopravnog osiguranja. Pretežito je kritiziran jer onemogućavanjem dužnika da ekonomski iskorištava zalog tijekom trajanja osiguranja otežava ili onemogućava stjecanje dovoljno sredstava potrebnih za otplatu dok istovremeno na vjerovnika prebacuje teret brige za zalog. Usprkos tomu, svjedoci smo da je ručni zalog u situacijama krize i slabe gospodarske aktivnosti ponovno dobio praktično značenje.

Riječ je o najjednostavnijem obliku osiguranja utemeljenu na založnom ugovoru, za koji se ne traže nikakve posebne pretpostavke (npr., u pogledu oblika), osim u odnosu na određene zabranjene klauzule propisane radi zaštite dužnika od prekomjerno otežanog ili čak nepravednog položaja.³⁰ Pored toga, kao *modus* stjecanja obligatorna je predaja u posjed založnom vjerovniku ili osobi koju on odredi.³¹ U prvom redu to je neposredan posjed. No, je li to isključivo neposredan posjed? S obzirom da hrvatsko pravo prihvaća koncepciju posrednog posjeda, moguće je, čini se, osnivanje založnog prava i predajom u posredan posjed osnivanjem prava na predaju (*constitutum possessorium*). Prihvaćanje takva načina osnivanja založnog prava jedno je od ključnih pitanja stvarnopravnog osiguranja jer pozitivan odgovor otvara prostor neposrednom, a neregistriranom osiguranju. U našoj su teoriji stajališta već duže vrijeme bila različita pa su neki autori³² mišljenja da uvijek mora biti riječ samo o predaji u neposredan posjed dok su drugi³³ mišljenja da je moguća i predaja u posredan posjed posesornim konstitutom. U prilog dopustivosti posesornog konstituta govorila bi i odredba čl. 321., st. 2. ZV-a koja navodi da vjerovnik ima pravo na neposredan posjed stvari ako drukčije nije određeno.³⁴ S druge strane, činjenica je da prihvaćanje te varijante zapravo zaobilazi ideju posesornog osiguranja kao takva, zbog čega je ona redovito odbačena u poredbenom pravu (npr., u njemačkom³⁵ i francu-

³⁰ V. čl. 307. ZV-a koji nabroja ništave uglavke u ugovoru o zalogu.

³¹ Čl. 308. ZV-a.

³² V. Simonetti, P., *Mobilijarna hipoteka*, Privreda i pravo, vol. 32, br. 1, 1993., str. 67.

³³ V. Gavella, N., *Založno pravo*, Zagreb, 1992.

³⁴ V. Gavella, *op. cit.* u bilj. 21, str. 189.

³⁵ Wieling, H. J., *Sachenrecht*, Heidelberg, 2007., str. 217; Wilhelm, J., *Sachenrecht*, Berlin, 2007., str. 708; Damrau, J., *Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1204 - §§ 1260 bis 1272)*, *Vorbemerkung*, u: Gaier, *op. cit.* u bilj. 26, §§ 4 - 5.

skom³⁶ pravu). Ovdje zapravo i nije riječ o klasičnom posesornom osiguranju, što je posljedica ekstenzivna prihvaćanja konstrukta posjeda. Upravo zbog toga i hrvatski je zakonodavac oprezan i ne izjednačava posredan i neposredan posjed, nego oduzima posrednom posjedu pravne učinke bez dodatnog saznanja ili obavijesti trećih osoba.³⁷

U kontekstu hrvatskog prava posebno je komplicirana situacija utoliko što je prihvaćeno i registrirano neposesorno osiguranje u vidu registriranog sudskog i javnobilježničkog založnopravnog osiguranja³⁸, što dovodi do dodatne razine multipliciteta i problema odnosa različitih tipova osiguranja.³⁹ Neovisno o tim problemima, registraciju treba promatrati kao metodu kojom je zakonodavac pokušao generalno riješiti pitanje neposesornog osiguranja. To je učinjeno na različite načine: uvođenjem fiducijarnog vlasništva, prihvaćanjem registarskog, a u konačnici i registriranog (upisničkog) založnopravnog osiguranja. Za razliku od tih instituta, klasično pignatorno osiguranje ostaje utemeljeno na predaji u neposredan posjed vjerovniku koji stvar uzima u svoj posjed ne samo da bi stekao *pignus* nego da bi faktično spriječio dužnika da stvar uništi, istroši ili da njome raspolaze.⁴⁰ Logika ručnog zaloga sastoji se upravo u tome da se vjerovnik osigura time što stvar ima u svojem posjedu pa se u slučaju zakašnjenja odmah može iz njezine vrijednosti namirivati (redovito izvansudskom prodajom⁴¹). U pogledu stjecanja založnog prava od nevlasnika to će biti ključna činjenica jer je upravo predaja u (neposredan) posjed vjerovniku ona vanjska činjenica na koju se vjerovnik oslanja kao temelj za presumptivno vlasništvo.⁴² To vrijedi i u slučaju ako bi se prihvatila i konstrukcija posesornog konstituta, tj. da je moguće

³⁶ Aynès, L.; Crocq, P., *Les sûretés; La publicité foncière*, Paris, 2006., str. 215.

³⁷ V. čl. 15., st. 3. ZV-a i više *infra*.

³⁸ Uredeno je u Zakonu o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima (dalje u tekstu: ZU) (Narodne novine, br. 121/05).

³⁹ V. Ernst, *op. cit.* u bilj. 13, str. 259.

⁴⁰ Premda je dužnik vlasnik zaloga i može faktično njime raspolagati, takvo je postupanje protupravno i otežano. Otuđenje, uništenje, oštećenje, skrivanje i oduzimanje vlastite založene stvari je kazneno djelo iz čl. 241. KZ-a. Pored toga, s obzirom da dužnik nije u neposrednom posjedu teško može objasniti potencijalnom stjecatelju gdje se stvar nalazi, a da ne otkrije da je ista založena, što, naravno, redovito onemogućuje prodaju.

⁴¹ V. čl. 337. ZV-a.

⁴² Svatko može u pravnom prometu valjano postupati pouzdavajući se u to da je samostalan posjednik pokretne stvari njezin vlasnik, osim ako zna ili je morao znati da nije tako (čl. 11., st. 3. ZV-a).

osnovati založno pravo i osnivanjem posrednog posjeda za založnog vjerovnika (premda stvar ostaje u neposrednom posjedu založnog dužnika).

Kakva je situacija kad se neposredan posjed stvari predaje trećoj osobi, a ne vjerovniku? Nema velike razlike jer je stvar predana trećem po nalogu vjerovnika. S obzirom na to da je vjerovnik u određenu odnosu s nalogoprimcem, na temelju kojeg ima saznanja o tome da je došlo do predaje u posjed, on ima mogućnost provjeriti i saznati je li zalagodavac ispunio svoju obvezu i stvar neposredno predao.⁴³ Vjerovnik u tom slučaju stječe, doduše, posredan posjed zaloga, ali je osoba koja je stekla neposredan posjed pod njegovom kontrolom, slijedom čega nema opasnosti kakva postoji kad stvar ostaje u neposrednom posjedu založnog dužnika, odnosno zalagodavca.

Drugo je, međutim, pitanje posrednog posjeda založnog dužnika. Ako je založni dužnik samo u posrednom posjedu, on može teoretski osnovati i ručni zalog za korist založnog vjerovnika tako da prenese (cedira) svoje pravo na predaju na založnog vjerovnika, sebi pridržavajući posredni posjed višeg stupnja. Takav slučaj je predviđen kod sljedećeg (kasnijeg) zalaganja. U članku 308., st. 2. ZV-a jasno je određeno da vlasnik može višestruko založiti svoju stvar specifičnom predajom u nesamostalan posredan posjed novom založnom vjerovniku. Takvih založnih prava može postojati mnogo jer se i posjedovna konstrukcija može nadograđivati predajom u sve viši stupanj posrednog posjeda tako da kasniji stjecatelj ima pravo na posjed tek nakon što ranije založno pravo prestane.

Interpretaciji publicitetnih učinaka posjeda, međutim, treba pristupiti oprezno jer posredan posjed ne uživa publicitetne učinke kao neposredan posjed. Zbog toga bi se moglo postaviti pitanje vjerovnikova ponašanja u smislu primjene dužne pažnje prilikom ispitivanja samostalnosti posjeda. Na primjer, pretpostavimo da založni dužnik ima stvar u posrednom posjedu dok najmoprimac ima stvar u neposrednom posjedu. Je li dovoljno da založni vjerovnik postupa s povjerenjem u ono što je saznao od založnog dužnika? Prema čl. 11., st. 2. ZV-a posjednik će se smatrati samostalnim ako se ne dokaže suprotno, iz čega bi proizlazilo da je to dovoljno. Međutim, ista presumpcija vrijedi i za neposrednog posjednika, navodnog najmoprimca. Osoba koja posluje s navodnim najmoprimcem ne posluje s njim u tom svojstvu ako ga o tome ne obavijesti sam najmoprimac; inače vrijedi presumpcija samostalnosti. Slijedom toga, jedino je neposredan posjednik onaj koji ispravno može potvrditi da je njegov

⁴³ *Ibid.*

posjed zapravo nesamostalan. Zbog toga se založni vjerovnik ne može osloniti na presumpciju samostalnosti samo na temelju izjave posrednog posjednika, već takvu izjavu mora prethodno provjeriti kod neposrednog posjednika kako bi dokazao, suprotno presumpciji iz čl. 11., st. 2. ZV-a, da neposredan posjednik nije i samostalan posjednik. Založni vjerovnik, drugim riječima, u situaciji u kojoj zna da je neposredan posjednik druga osoba, a ne njegov suugovaratelj, nema dovoljno razloga da samo na temelju izjave posrednog posjednika otkloni presumpciju samostalnosti neposrednog posjednika, a da o tome njega ni ne pita. Neposredan će posjednik jednostavno potvrditi da nije samostalan posjednik jer da priznaje višu vlast posrednog posjednika, čime je otklonjena svaka sumnja o tome postoji li posredujući odnos. U suprotnom, ako neposredan posjednik ne potvrdi tu činjenicu, tada njegov posjed ili nije nesamostalan ili ga uopće nema, što u obama slučajevima sprečava osnivanje založnog prava i upozorava vjerovnika da postoji problem. Time se već unaprijed otklanjaju potencijalni sporovi između vjerovnika, neposrednog i posrednog posjednika.

B. Pretpostavke za stjecanje ručnog zaloga od nevlasnika

1. Stjecanje ručnog zaloga od trećeg nevlasnika

Pravila o stjecanju vlasništva od nevlasnika primjenjuju se na odgovarajući način i na ručni zalog. Sukladno čl. 317., st. 1. ZV-a, ako je vjerovnik koji ima pravni temelj za stjecanje dobrovoljnoga založnoga prava dobio u zalog tuđu pokretnu stvar bez pristanka njezina vlasnika, stekao je time založno pravo ako su ispunjene pretpostavke pod kojima bi mogao steći i pravo vlasništva na toj stvari od nevlasnika, odnosno od osobe koja nije ovlaštena tako pravno raspolagati stvarju; to na odgovarajući način vrijedi i ako je dobio u zalog vrijednosni papir na donositelja.

Slijedom toga, založno se pravo može steći samo na onim stvarima koje su iz posjeda njihovih vlasnika izašle bez volje tih vlasnika, a ne krađom, gubitkom ili zametanjem.⁴⁴ Drugim riječima, ako netko ne bi mogao prodati tuđu stvar tako da drugi stekne vlasništvo, ne bi ju mogao ni založiti. To je logično rješenje jer se založnim pravom može u potpunosti iscrpsti ekonomska vrijednost zaloga kao što je to slučaj i kod kupoprodaje. Golo vlasništvo koje preostaje u tom kontekstu nije posebno važno.

⁴⁴ Čl. 118., st. 4. ZV-a.

Dobra se vjera tretira na isti način kao i kod stjecanja vlasništva od nevlasnika pa je potrebno da založni vjerovnik ni u času sklapanja založnog ugovora, a ni u času kad mu se stvar preda u nesamostalan posjed ne zna ili nema razloga posumnjati u to da zalagodavac nije vlasnik stvari koju daje u zalog. Pretpostavka o naplatnosti pak je kod založnog ugovora uvijek ispunjena jer je založni ugovor naplatan ugovor prema samom ZV-u koji u čl. 307., st. 2. propisuje da se na ugovor o davanju u zalog primjenjuju pravila koja vrijede za naplatne ugovore.

Premda je kod stjecanja ručnog zaloga bilo dosta govora o predaji u posredan posjed i o s tim povezanim problemima, za stjecanje založnog prava od nevlasnika, međutim, svakako je potrebna predaja u neposredan posjed jer to zahtijeva analogna primjena pravila o stjecanju vlasništva od nevlasnika.⁴⁵ Predaja je, međutim, uvijek u nesamostalan, a ne samostalan posjed već po prirodi stvari.

Iznimke za gotov novac i vrijednosne papire na donositelja vrijede i kod ručnog zaloga premda je teško očekivati da bi gotovina služila kao ručni zalog. Vrijednosni papiri na donositelja, s obzirom na njihovu praktičnu rijetkost u suvremenom pravnom prometu, također ne bi trebali igrati veliku ulogu u primjeni ovog instituta.

Logika stjecanja založnog prava od nevlasnika temelji se na istoj logici kao i kod stjecanja vlasništva od nevlasnika, tj. na zaštiti povjerenja i publicitetne funkcije posjeda. Pa ipak, posljedice ne moraju biti toliko teške za vlasnika kao kada je riječ o prodaji. Prilikom razmatranja instituta stjecanja ručnog zaloga od nevlasnika ne smije se smetnuti s uma kontekst u kojem dolazi do njegova osnivanja. Zalagodavac nevlasnik iskoristio je stvar radi osiguranja redovito vlastite tražbine prema vjerovniku. On pritom nije izvlastio vlasnika, nego je jednostavno opteretio njegovu stvar. Vlasnik zbog toga mora trpjeti da njegova stvar bude u neposrednom posjedu založnog vjerovnika tijekom trajanja osiguranja premda on ima pravo na posredan posjed. U situacijama u kojima je zalagodavac razdoblje osiguranja ugovorio na kraće razdoblje od razdoblja u kojem ima i inače pravo na posjed, vlasnik može uopće ne doći u poziciju saznati da je založno pravo ikada osnovano ako zalagodavac ispuni osiguranu tražbinu.

⁴⁵ *Ibid.*

2. Stjecanje ručnog zaloga od bivšeg vlasnika

Ranije je spomenuta situacija u kojoj vlasnik raspolaže svojim vlasništvom pokretnine tako da zadrži stvar u svojem posjedu, a na temelju pravnog posla kojim prenosi vlasništvo osnuje posredan posjed za stjecatelja. Time su ispunjene pretpostavke za stjecanje vlasništva jer postoji i valjan pravni posao iz čl. 115., st. 1. ZV-a i valjan način stjecanja iz čl. 116., st. 1. ZV-a. Spomenuto je, međutim, i to da sukladno čl. 116., st. 2. ZV-a, bude li stvar predana stjecatelju u samostalan posjed tako da ostane u neposrednom posjedu otuđivatelja, time izvršen prijenos vlasništva neće djelovati na prava koja bi treći stjecali na toj stvari ako oni u trenutku svojega stjecanja nisu znali niti su morali znati da je vlasništvo preneseno drugomu.

To je problematično rješenje jer dolazi do prijenosa prava vlasništva premda prijenos po izričitoj odredbi ZV-a ne djeluje prema trećima ako oni nisu znali za prijenos. Prema citiranoj odredbi ZV-a, u situaciji razdvajanja neposrednog i posrednog posjeda zbog prijenosa vlasništva uz posesorni konstitut (tj. u slučaju kada prijenos vlasništva nije popraćen predajom u neposredan posjed), time izvršen prijenos vlasništva neće djelovati na prava koja bi treći stjecali na toj stvari ako oni u trenutku svojega stjecanja nisu znali niti su morali znati da je vlasništvo preneseno drugomu. Literatura navodi da takvo rješenje omogućava trećima da i dalje stječu ograničena stvarna prava na toj stvari i neovisno o pretpostavkama za stjecanje od nevlasnika.⁴⁶ To znači da ovdje nije riječ o stjecanju od nevlasnika u smislu da je neka treća osoba raspolagala tuđom stvarju već zato jer je to učinio bivši vlasnik.

Taj poseban slučaj ne razlikuje se, međutim, previše u pretpostavkama za stjecanje. Založni vjerovnik i ovdje mora biti u dobroj vjeri i stvar mu mora biti predana u nesamostalan posjed kao i kada je riječ o trećem nevlasniku. Pokretnina mu, doduše, ne bi morala biti predana u neposredan posjed, ali, ako bi bila riječ o posesornom konstitutu (u kojem slučaju bi bivši vlasnik i nakon tog raspolaganja i dalje ostao u neposrednom posjedu), do primjene bi eventualno došla odredba čl. 15., st. 3. ZV-a o nedjelovanju predaje očitovanjem volje prema neobaviještenim trećima, što bi dovelo u pitanje mogućnost suprotstavljanja toga prava prema ostalim vjerovnicima, a i prema vlasniku.

⁴⁶ Gavella, *op. cit.* u bilj. 21, str. 447.

IV. STJECANJE REGISTARSKOG ZALOŽNOG PRAVA NA POKRETNINAMA OD NEVLASNIKA

Registracija klasičnog registarskog (za razliku od registriranog, o kojem se govori *infra*) založnog prava na brodovima i zrakoplovima podložno je propisima o registraciji tih stvari⁴⁷ i za to su nadležna upravna tijela koja vode upravni postupak. ZV sadržava općenitu odredbu koja priznaje osnivanje založnog prava na tim stvarima kao hipoteke. Odredba jednostavno upućuje da je na pokretnim stvarima i pravima koja se mogu steći jedino upisom u javni upisnik ili se bez upisa u takav upisnik ne smiju rabiti moguće osnovati hipoteku pod pretpostavkama i na način određen zakonom.⁴⁸ Odredba je važna jer donekle definira krug stvari o kojima je riječ, tj. da je riječ stvarima u pogledu kojih se registrira vlasništvo ili pak je riječ o upisniku stvari čija se uporaba mora registrirati.⁴⁹

Stvari čije se vlasništvo registrira redovito su stvari veće vrijednosti kao što su već spomenuti brodovi i zrakoplovi. Upisivanje tih stvari u javne knjige motivirano je sličnim motivima kao i kad je riječ o nekretninama. Iz toga bi slijedilo da se i na zaštitu povjerenja primjenjuju slična pravila. Kada govori o zaštiti povjerenja kod založnog prava, međutim, ZV spominje samo stjecanje od nevlasnika i zaštitu povjerenja u zemljišnu knjigu. Odredba čl. 318. ZV-a upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba o zaštiti povjerenja kod stjecanja vlasništva na zaštitu povjerenja u zemljišne knjige glede "založnih prava na nekretninama (hipoteka)". Iz toga bi slijedilo da su registrirane pokretnine isključene od mogućnosti stjecanja hipoteke na temelju povjerenja. Treba, međutim, uzeti u obzir da ZV hipoteku definira među općim odredbama kao dobrovoljno založno pravo koje se na stvari osniva bez predaje stvari vjerovniku u posjed i koje ga ne ovlašćuje držati zalog u posjedu.⁵⁰ Slijedom toga, trebalo

⁴⁷ Za upisnik brodova, upisnik jahta, upisnik brodica, upisnik plutajućih objekata i upisnik nepomičnih odobalnih objekata to je PZ (v., npr., čl. 214. i 220.); za upisnike čamaca i drugih objekata na unutarnjim vodama to je Zakon o plovidbi unutarnjim vodama (Narodne novine, br. 2/05, 24/06); za Hrvatski registar civilnih zrakoplova to je Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu (Narodne novine, br. 132/98). V. Marin, J., *Registri plovnih objekata i zrakoplova*, u: Josipović, T. (ur.), Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb, 2006.

⁴⁸ Čl. 304., st. 3. ZV-a.

⁴⁹ To je, npr., motorno vozilo za čije stjecanje (vlasništva) upis nije važan, ali je važan za uporabu motornog vozila.

⁵⁰ Čl. 304., st. 1. ZV-a.

bi prihvatiti mogućnost odgovarajuće primjene pravila o zemljišnim knjigama pod pretpostavkom da propisi koji uređuju odnosni registar to predviđaju.

Prilikom analize tih slučajeva treba posebno obratiti pažnju na činjenicu da, kao i kod nekretnina, do stjecanja hipoteke od nevlasnika dolazi zbog nevaljana upisa vlasništva, a ne hipoteke. Stjecanje od nevlasnika je ovdje posljedica nevaljana upisa zalogodavca koji naknadno raspolaže u korist vjerovnika poštenog stjecatelja. U svakom konkretnom slučaju potrebno je prvenstveno primijeniti posebne propise o pojedinoj kategoriji stvari o kojoj je riječ premda su oni često uređeni kao i u zemljišnoknjižnom pravu. Na primjer, kod brodova čl. 350. PZ-a regulira brisovnu tužbu, ali propisuje samo rok od 60 dana od dana proteka roka za žalbu za njezino podizanje. Poslije proteka toga roka protiv trećih osoba koje su prije zabilježbe spora na upisanom pravu stekle daljnja upisana prava može se tužbom za brisanje osporavati uknjižba samo ako te osobe nisu bile u dobroj vjeri u pogledu valjanosti osporavane uknjižbe⁵¹, a ako tužitelj nije bio propisno obaviješten o odobrenju uknjižbe koju osporava, tada pravo na podnošenje tužbe za njezino brisanje protiv trećih osoba koje su na upisanom pravu stekle daljnja upisana prava u dobroj vjeri prestaje u roku od tri godine od trenutka kad je prijedlog za pobijanu uknjižbu stigao lučkoj kapetaniji koja vodi upisnik brodova.⁵²

V. STJECANJE REGISTRIRANOG ZALOŽNOG PRAVA NA POKRETNINAMA OD NEVLASNIKA

A. Temeljna obilježja upisničkog osiguranja i stjecanje od nevlasnika

1. Uloga registracije u stjecanju i publiciranju založnog prava na neregistriranim pokretninama

Relativna novost hrvatskog uređenja založnopravnog osiguranja na pokretninama je Upisnik osiguranja.⁵³ Do 2006. primjenjivao se niz različitih drugačijih

⁵¹ Čl. 350., st. 3. PZ-a.

⁵² Čl. 351. PZ-a.

⁵³ Upisnik osiguranja osnovan je na temelju zakona. Podzakonski akti koji pobliže uređuju njegovo djelovanje su: Pravilnik o naknadama za upise u Upisnik (Narodne novine, br. 77/06), Pravilnik o obliku i sadržaju Upisnika te unutarnjem ustrojstvu i radu Službe upisa (Narodne novine, br. 77/06), Pravilnik o standardima i tehnikama zaštite raču-

(neregistarskih) mehanizama osnivanja založnopravnog osiguranja. Ovisno o objektu osiguranja bila je riječ o različitim zapljenama (pljenidbama)⁵⁴ na temelju rješenja o osiguranju tako da je sudski ovršitelj sastavljao pljenidbeni popis nakon čega bi predlagatelj osiguranja stekao založno pravo.⁵⁵ O provedbi osiguranja sud bi objavio po službenoj dužnosti oglas u Narodnim novinama⁵⁶, što je ocijenjeno kao “palijativni nadomjestak” efikasnom publiciranju osiguranja.⁵⁷ Po potrebi, to je moglo biti naloženo i šire, u drugim sredstvima javnog priopćavanja⁵⁸, ali se takvu potrebu rijetko pronalazilo. Takvo uređenje bilo je opravdano kritizirano zbog vrlo slaba i neefikasna publiciteta, ne samo zbog objektivno slabih mogućnosti saznanja nego i stoga jer nigdje nisu bili propisani učinci objave u sredstvima javnog priopćavanja.⁵⁹ Zbog toga se nije moglo ni očekivati da bi taj vid publiciranja igrao ikakvu ulogu u primjeni pravila o stjecanju založnog prava od nevlasnika, a takva razmišljanja nisu raspravljana ni u teoriji ni u sudskoj praksi.

Registri kod klasičnog registarskog osiguranja nemaju kao primarnu funkciju publiciranje osiguranja, nego publiciranje vlasništva. S druge strane, upisničko osiguranje je prvenstveno predviđeno za slučajeve sudskog i javnobilježničkog osiguranja, i to dobrovoljnog kod kojeg je upis pretpostavka osnivanja. U Upisnik se upisuju i

narskog sustava i podataka koji se vode u Službi upisa (Narodne novine, br. 77/06) i Pravilnik o uvjetima korištenja i o naknadi za korištenje podataka preko elektroničkih medija sadržanih u upisnicima i drugim evidencijama Službe upisa (Narodne novine, br. 77/06). Upisnik je počeo s radom na temelju Odluke o početku rada Službe upisa (Narodne novine, br. 89/06).

⁵⁴ V. čl. 262., st. 1., t. 2. - 12. Ovršnog zakona (1996.) (koji je predviđao, osim pljenidbe pokretnina, i pljenidbu novčane tražbine, dijela primanja po osnovi ugovora o radu ili službi, dijela mirovine, invalidnine ili naknade izgubljene zarade, tražbine na računu kod banke ili na štednoj knjižici, tražbine da se predaju ili isporuče pokretnine ili nekretnina, imovinskih, odnosno materijalnih prava, isprava o dionici i drugih vrijednosnih papira te njihovo povjeravanje na čuvanje, pljenidbu dionica za koje nije izdana isprava o dionici te udjela, odnosno poslovnih udjela u trgovačkim društvima te vrijednosnica koje se vode kod SKDD-a).

⁵⁵ Čl. 264., st. 3. Ovršnog zakona (1996.).

⁵⁶ Čl. 266., st. 1. Ovršnog zakona (1996.).

⁵⁷ Dika, M., *Dvije godine primjene Ovršnog zakona s naglaskom na dobrovoljno sudsko i javnobilježničko založno pravo i fiducijarno osiguranje tražbina vjerovnika* u: Barbarić, K. (ur.), *Ovrha u gospodarskoj i suskoj praksi: najaktualnija pitanja*, Zagreb, 1998., str. 37.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Takvi učinci pogotovo se nisu sastojali u presumpciji poznavanja objavljenog sadržaja kao što to, npr., postoji za sadržaj propisa objavljenih u Narodnim novinama.

fiksno založno pravo⁶⁰ i flotantno založno pravo⁶¹ i fiducijarni prijenosi⁶² te pridržaj ako je njegovo (predviđeno) trajanje dulje od jedne godine.⁶³ Pored toga, upisuju se i prisilna osiguranja⁶⁴ kao i prijenosi vlasništva, odnosno prava nakon zasnivanja založnih prava.⁶⁵ U Upisnik se upisuju samo ona prava koja se ne upisuju u druge registre, tj. Upisnik nema primarno, nego samo supsidijarno značenje.⁶⁶

Upisnik osiguranja vodi se elektronički⁶⁷, ali nije riječ o registraciji bez sudjelovanja registarskog tijela. Posebna procesna pravila u ZU-u obuhvaćaju pravila o prijedlogu za upis⁶⁸ i priložima⁶⁹, donošenju zaključka o glavnom upisu⁷⁰, osnivanju privremenog uložka⁷¹, upisu zabilježba⁷², dostavi⁷³, pravnim lijekovima⁷⁴ i brisanju upisa.⁷⁵ Postupak je relativno jednostavan i u praksi se provodi brzo ako nije potrebno dopunjavati ili ispravljati podnesene isprave.

2. Verifikacija vlasništva u upisničkom postupku

Upisnik samo iznimno publicira i vlasništvo, i to ako je ono preneseno u svrhu osiguranja. Kod fiducijarnog prijenosa upis je čak i pretpostavka za stjecanje

⁶⁰ Čl. 6., t. 1. ZU-a.

⁶¹ Čl. 6., t. 2. ZU-a.

⁶² Čl. 6., t. 3. i 4. ZU-a.

⁶³ Čl. 6., t. 7. ZU-a.

⁶⁴ Čl. 6., t. 1. i 5. ZU-a.

⁶⁵ Čl. 6., t. 6. ZU-a.

⁶⁶ Samostalni registri postoje, npr., za založno pravo na žigu ili licencijski žiga koje se upisuje u registar žigova i za založno pravo na industrijskom dizajnu i njegovoj licencijski koje se upisuje u za to poseban registar. I članak 6. citiranog Pravilnika predviđa u svom st. 1. da se u Upisnik upisuju prava i mjere utvrđene sudskim i javnobilježničkim osiguranjima pozivom na čl. 6. ZU-a na onim pokretnim stvarima i pravima koja se ne upisuju u koju drugu javnu knjigu. Sljedeći stavci opisuju koje su to pokretne stvari i prava koja se upisuju u drugu javnu knjigu, a ne upisuju (st. 2.), odnosno upisuju u Upisnik (st. 3.).

⁶⁷ Čl. 2., st. 3. ZU-a. Služba upisa je započela s radom 26. srpnja 2006.

⁶⁸ Čl. 23. ZU-a.

⁶⁹ Čl. 24. ZU-a.

⁷⁰ Čl. 26. ZU-a.

⁷¹ Čl. 27. ZU-a.

⁷² Čl. 28. ZU-a.

⁷³ Čl. 29. ZU-a.

⁷⁴ Čl. 30. - 32. ZU-a.

⁷⁵ Čl. 26. ZU-a.

vlasništva. To je, međutim, posljedica činjenice da je zakonodavac prihvatio Upisnik kao opći supsidijarni registar osiguranja, prihvaćajući i fiducijarno osiguranje. Zbog toga je nastala neobična situacija u kojoj katkad jest, a katkad nije potreban upis za stjecanje prava vlasništva na pokretninama.^{76 77}

U ostalim situacijama Upisnik ne publicira vlasništvo, nego samo založno pravo. Zbog toga ZU predviđa i specifičan mehanizam kojim Služba upisa ima provjeriti vlasništvo zalagodavca. Sukladno ZU-u i Pravilniku prijedlogu za upis prilaže se, osim isprave o osnivanju, i dokaz o vlasništvu dužnika. U situaciji kad postoji uspostavljena javna evidencija, tada se prijedlogu treba priložiti izvadak iz te evidencije⁷⁸ dok, u slučaju kad se evidencija ne vodi, potrebno je priložiti isprave kojima se dokazuje postojanje tog prava, npr., ugovor ili račun i sl.⁷⁹ ZU pritom navodi da je u tom drugom slučaju isprave potrebno priložiti “po mogućnosti” pa je procjena u konkretnim slučajevima prepuštena Službi upisa.⁸⁰

⁷⁶ Premda se u Upisnik može upisati i pridržaj prava vlasništva, kod pridržaja to ipak nije pretpostavka za sam pridržaj jer je takvo propisivanje nemoguće bez da se Upisniku podijeli funkcija općeg registra vlasništva i time radikalno restrukturiraju pravila o stjecanju vlasništva pokretnina općenito.

⁷⁷ Druga situacija publiciranja vlasništva jest dopušten prijenos vlasništva nakon zasnivanja založnog prava upisom u Upisnik prema čl. 6., t. 6. ZU-a. Odredba je, međutim, ograničena dosega jer su dobrovoljna raspolaganja nakon upisa založnog prava načelno zabranjena prema čl. 241. KZ-a. V. i Gavella, *op. cit.* u bilj. 21, str. 280.

⁷⁸ Čl. 24., st. 2. ZU-a kao primjer navodi motorna vozila, što je neobično s obzirom na to da se na motorna vozila primjenjuju opća pravila o stjecanju vlasništva pa upisnik motornih vozila ne predstavlja dokaz o vlasništvu koji traži ista odredba primjenom “pravila kojima se uređuje vođenje tih drugih knjiga”. V. i čl. 35., t. 2. Pravilnika.

⁷⁹ Čl. 35., t. 3. Pravilnika.

⁸⁰ Služba upisa razvija praksu oko ispitivanja vlasništva. Tako, na primjer, “kod zasnivanja založnog prava na linijama za proizvodnju koje se sastoje od više strojeva pojavio se problem koju ispravu priložiti kao dokaz o vlasništvu odnosno može li se kao dokaz o vlasništvu priložiti sintetička kartica kojoj je prilog i analitička kartica te trebaju li se sve analitičke kartice posebno pobrojati u sporazumu o osnivanju založnoga prava. Služba upisa prihvaća kao dokaz o vlasništvu sintetičku karticu s ukupnom knjigovodstvenom vrijednošću svih strojeva ako su joj priložene analitičke kartice svakog pojedinog stroja, tako da se može identificirati koji su predmeti uključeni u sintetičku karticu.” Mičetić, Z., *Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima*, u: Jelčić, O. (ur.), *Registar sudskih i javnobilježničkih osiguranja - aktualna pitanja u vezi s pretpostavkama i pravnim učincima upisa u javnu knjigu te namirenjem osigurane tražbine*, Zagreb, 2008., str. 6.

Slijedom toga, ta je odredba bitno sužena djelovanja. Gotovo uvijek će postojati neki pisani dokaz s obzirom na prirodu pokretnina i prava za koja je uobičajeno da se koriste kao osiguranje, ali ne postoje zakonski kriteriji o tome treba li isprava udovoljavati određenim pretpostavkama da bi mogla poslužiti kao dokaz i, ako da, koje su to pretpostavke. Ne traži se, kao što je to, npr., slučaj u zemljišnoknjižnom pravu, da je riječ o javnim ili javno ovjerenim ispravama, ni u pogledu sadržaja ni u pogledu potpisa. Nikakav poseban sadržaj isprava nije propisan dok se i sama dokazna snaga primjera isprava (ugovor ili račun) ograničava na eventualno postojanje pravnog temelja (*titulus*) stjecanja premda je za stjecanje vlasništva potrebna i dodatna pretpostavka predaje u samostalan posjed u smislu čl. 116. ZV-a.

Upisnički postupak je specifičan parasudski postupak: on se vodi prema pravilima izvanparničnog, odnosno parničnog postupka⁸¹, ali ga ne vodi sudac, nego službenik Financijske agencije.⁸² To znači da se prilikom dokazivanja primjenjuju pravila građanskih postupaka o dokazivanju, pri čemu, iako ZU govori o ispravama koje se podnose uz prijedlog, on ne uvodi izričito specijalnu kategoriju isprava kao što su to, npr., ovršne isprave ili tabularne isprave u ovršnim, odnosno zemljišnoknjižnim postupcima bez kojih se ti postupci ne mogu provesti. Doduše, ZU zahtijeva od stranaka da uz prijedlog prilože odgovarajuće isprave⁸³, ali za kvalitetu tih isprava upućuje na matične propise. Za sudsku, odnosno javnobilježničku ispravu to je Ovršni zakon, a za isprave o vlasništvu na stvari koje je upisano u javnoj knjizi to su propisi koji uređuju vođenje tih knjiga.⁸⁴ Za kategoriju isprava kojima se dokazuje vlasništvo na stvarima koje se ne upisuju nema posebnih pravila. S obzirom na odredbe o odlučivanju koje predviđaju samo ispitivanje je li zahtjev osnovan, bez kriterija za osnovanost, čini se da se, usprkos pozivanju na podrednu primjenu općih pravila građanskog procesnog prava, postupak vodi isključivo na temelju ispra-

⁸¹ Čl. 9. ZU-a.

⁸² Okolnost da postupak vodi službenik, a ne sudac sama po sebi ne bi bila problematična kada postupak ne bi bio tako ustrojen da od službenika zahtijeva poznavanje komplicirane materije građanskog procesnog prava u pogledu koje on nije ni obrazovan ni iskusan. To usprkos tomu što se postupak provodi relativno formularno, preko obrazaca koje ispunjavaju stranke (čl. 23., st. 3. ZU-a).

⁸³ Čl. 24. ZU-a.

⁸⁴ U tom drugom slučaju predviđeno je dodatno ograničenju starosti izvadaka, odnosno prijepisa koji ne smiju biti stariji od petnaest dana od dana podnošenja prijedloga (čl. 24., st. 4. ZU-a).

va. Međutim, osobi koja vodi postupak prepušteno je da samostalno procijeni dokaznu snagu priložene isprave. Slijedom toga, premda u postupku upisa sudjeluje posebno parapravosudno tijelo, rezultati postupka u vidu utvrđivanja vlasništva ne upućuju na to da bi ono bilo utvrđeno s dovoljnom izvjesnošću, a da bi se s tim utvrđenjem povezali učinci zaštite povjerenja kao što je to, npr., u zemljišnoknjižnom sustavu.

3. Javnost Upisnika i usporedivost sa zemljišnoknjižnim sustavom

Upisnik osiguranja je javna knjiga⁸⁵ i svatko je ovlašten tražiti uvid u nju⁸⁶, izvratke iz glavne knjige ili prijepise iz zbirke isprava.⁸⁷ Uvid je dostupan na upisničkim mjestima⁸⁸ kao i putem interneta.⁸⁹ Svatko je ovlašten od Službe upisa Upisnika zahtijevati da pretraživanjem utvrdi je li neka osoba u Upisniku označena kao ovršenik, protivnik osiguranja ili dužnik, odnosno kao ovrhovoditelj, predlagatelj osiguranja ili vjerovnik (pretraživanje prema kriteriju osobe) za određeni predmet osiguranja te je li neki pojedinačno označeni predmet osiguranja bio predmetom upisa (pretraživanje prema kriteriju predmeta).⁹⁰

Budući da je riječ o javnoj knjizi u kojoj se registrira jedno stvarno pravo, u literaturi je često vučena paralela između Upisnika osiguranja i zemljišne knjige pa tako i između publicitetnih učinaka zemljišnoknjižnih upisa i upisa u Upisnik. Takvo je tumačenje, prema našem mišljenju, problematično jer zemljišnoknjižni i upisnički sustav nisu usporedivi sustavi publiciranja.

Koje su razlike između tih sustava? Kao prvo, zemljišnoknjižni sustav je sveobuhvatan sustav registracije nekretnina i prava na njima. On se temelji na katastarskoj izmjeri cijelog državnog teritorija, a kod pokretnina je takva evidencija nemoguća i nepotrebna. Budući da je riječ o sveobuhvatnoj evidenciji, postoje specijalni učinci zaštite povjerenja. Ti su učinci iznimke od općih pravila jer rezultiraju pravnom promjenom do koje prema redovitu tijeku stvari ne bi došlo, zbog kojih se osoba koja stječe nekretninu može u času sklapanja ugovora,

⁸⁵ Čl. 3., st. 1. ZU-a.

⁸⁶ Čl. 3., st. 2. ZU-a.

⁸⁷ Čl. 3., st. 3. ZU-a.

⁸⁸ Čl. 3., st. 4. ZU-a.

⁸⁹ Čl. 3., st. 5. ZU-a.

⁹⁰ Čl. 3., st. 6. ZU-a.

odnosno podnošenja prijedloga za upis osloniti na publicirano vlasništvo, bez istraživanja izvanknjižnog stanja.

Ključno je pritom da se to povjerenje temelji na materijalnim elementima zemljišnoknjižnog sustava koji upravo jamče da je riječ o pouzdanim informacijama o vlasništvu. Prvobitno osnivanje zemljišne knjige je dugotrajno i kompleksno te uključuje mogućnost provođenja sudskih rasprava o pitanju vlasništva ako je ono sporno.⁹¹ Nakon takva prvobitnog osnivanja svaka se promjena knjižnog prava dopušta samo na temelju posebno kvalificiranih, tabularnih isprava, i to opet u sudskom postupku. Svaki prijenos se gotovo beziznimno nadovezuje na raniji jer primjenom načela knjižnog prednika⁹² nastaje knjižni lanac prijenosa.

Upravo zbog velike brige države oko zemljišnoknjižnog sustava te strogih pretpostavaka za upis, osoba koja stječe vlasništvo može s visokom sigurnošću biti sigurna da ono što u zemljišnoj knjizi piše uistinu odgovara stvarnom stanju pa, ako to iznimno nije tako, zakonodavac prihvaća da to povjerenje i zaštiti. Osoba koja stječe hipoteku može postupiti na isti način. Osoba koja stječe hipoteku na temelju povjerenja (tj. od nevaljano upisanog nevlasnika) može se osloniti na to da stječe od vlasnika jer je ta osoba upisana u zemljišnu knjigu kao vlasnik. Zaštita povjerenja se, dakle, temelji na ranije publiciranom vlasništvu.

Kod založnopravnog osiguranja na pokretninama situacija je očito različita. Taj sustav nije sveobuhvatan jer ovdje nema govora o publiciranju vlasništva. Sveobuhvatni registar je nezamisliv jer je tehnički kompliciran, skup i neefikasan za pravni promet. Upravo suprotno, riječ je o supsidijarnom mehanizmu publiciranja nekih prava i činjenica. Sustav ne publicira vlasništvo, a ni ne postoji ozbiljna verifikacija vlasništva prilikom prvog upisa. To je i logično s obzirom na to da su upisi prolazni i da ne postoji dugotrajan lanac stjecanja koji se evidentira.

Osoba koja stječe založno pravo ne može se, dakle, osloniti na podatke registra o vlasništvu jer takvih podataka ni nema. Informacije o vlasništvu koje založni vjerovnik dobiva potječu od osobe s kojom posluje, a ne od državnog (ili drugog) tijela koje vodi evidenciju. Potencijalni založni vjerovnik mora, dakle, istraživati faktično stanje, tj. posjed pokretnine koju namjerava uzeti kao osiguranje kako bi bio siguran da stječe od vlasnika.

⁹¹ V. pravila o osnivanju zemljišne knjige, a posebno vođenju ispravnog postupka u čl. 179. *sqq.* ZZK-a.

⁹² V. čl. 41. ZZK-a.

Što ako posjedovno stanje upućuje na vlasništvo, ali zalagodavac to nije provjerio? Kod stjecanja ručnog zaloga od nevlasnika štiti se osoba koja je postupala s povjerenjem u prividno vlasništvo otuđivatelja utemeljeno na posjedu, i to samo onda ako joj je stvar predana u neposredan posjed⁹³ i ako je u času sklapanja ugovora i u času predaje pokretnine bila poštena.⁹⁴ Kod stjecanja upisom, takva situacija, međutim, ne postoji jer nema predaje u posjed, a ZU nije predvidio odredbe slične onima iz ZV-a. Slijedom toga, postavlja se pitanje ima li dovoljno uporišta u ZU-u da bi se na temelju tih odredaba moglo zaključiti o mogućem stjecanju od nevlasnika neposredno na temelju njih. O tome se govori u nastavku, u kontekstu pravila o zaštiti vlasnika od nevaljana upisa jer se zaključak može izvesti samo posredno iz sadržaja tih odredaba.

B. Zaštita vlasništva povodom nevaljana upisa hipoteke na neregistriranoj pokretnini

1. Zaštita vlasništva u postupku osiguranja i ovrhe

Isprava na temelju koje se upis provodi može biti sudska odluka o osiguranju ili javnobilježnički akt ili javnobilježnički solemnizirana privatna isprava.⁹⁵ U slučajevima u kojima treći utvrdi već u fazi osiguranja da je oštećen, on može istaknuti prigovor u tom postupku kao prigovor treće osobe tražeći da se ovrha proglašeni nedopuštenom.⁹⁶ Vlasnik može pokrenuti i izlučnu parnicu u slučaju kada ne postoje pretpostavke za presumptivno odlučivanje na temelju odgovarajućih zakonskih odredaba, odnosno javnih isprava.⁹⁷ U tom je smislu

⁹³ Čl. 118., st. 2. ZV-a, čl. 317. ZV-a.

⁹⁴ Čl. 118., st. 3. ZV-a, čl. 317. ZV-a.

⁹⁵ ZU ne predviđa sastavljanje zbirke isprava kao što je to kod zemljišne knjige, a budući da nije riječ o sudskom postupku, nisu primjenjiva ni posebna pravila Sudskog poslovnika koja bi uređivala postupanje s predmetima nakon njihova okončanja. Praktičari su upućivali da se arhiviranje provodi na upisničkom mjestu, da se prijedlozi za upis i drugi dijelovi predmeta čuvaju do isteka tekuće godine, a nakon toga postaju arhivska građa dok se zbirka isprava čuva tri godine od godine upisa, a nakon toga postaje arhivska građa. Mičetić, Z., *Iskustvo i problemi u radu Službe upisa u primjeni Zakona o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima*, u: Grubić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 76.

⁹⁶ Čl. 59. Ovršnog zakona (dalje u tekstu: OZ).

⁹⁷ Ako se ovrhovoditelj u propisanom roku ne očituje o prigovoru ili ako se jedna stranka usprotivi prigovoru, sud će podnositelja prigovora rješenjem uputiti da protiv stranaka u

nedvojbeno da upis založnog prava ne utječe na pravo treće osobe da u ovršnom postupku ili u postupku osiguranja ističe prigovor nedopustivosti ovrhe, odnosno osiguranja u povodu kojih je upis obavljen.^{98 99}

Što ako, međutim, vlasnik pristupi tek u fazi namirenja osigurane tražbine, kada je založni vjerovnik već pokrenuo ovršni postupak protiv založnog dužnika i ako su već poduzete određene ovršne radnje? Znači li to da je treća osoba izgubila mogućnost prigovora u ovrši? Prema restriktivnijem tumačenju izlučni prigovor mogao bi se istaknuti samo u postupku osiguranja, tj. najkasnije do pravomoćnosti zaključka o glavnom upisu¹⁰⁰ kao okončanja postupka osiguranja, a ne i u vezanom ovršnom postupku, odnosno namirenju.¹⁰¹ Pitanje nije jasno riješeno, ali ovdje svakako nema zaštite ovrhovoditelja, odnosno predlagatelja osiguranja u smislu povjerenja u upisnik. Štoviše, ovrhovoditelj nije osoba čije se zahvaćanje u tuđu stvar štiti u našem ovršnom postupku. Štiti se kupac na dražbi koji postupava s povjerenjem u državni aparat koji provodi postupak ovrhe.¹⁰² Zbog toga bi trebalo dopustiti izlučni prigovor i u kasnijoj fazi, tj. u fazi namirenja založnog vjerovnika usprkos okončanom postupku osiguranja i unatoč tomu što ranije nije bio istaknut.¹⁰³

Članak 21., st. 2. ZU-a govori i o posebnoj parnici radi proglašenja osiguranja nedopuštenim. Ovdje, čini se, nije riječ o istoj tužbi kao i onoj iz čl. 21., st. 1. ZU-a koja se podnosi na temelju odredaba OZ-a, nego o specifičnoj tužbi koja bi se mogla podnijeti i sve dok osiguranje traje. Takvom bi se tužbom zahtije-

roku od petnaest dana pokrene parnicu radi proglašenja da ovrha na predmetu ovrhe nije dopuštena, osim ako podnositelj ne dokaže opravdanost svoga prigovora pravomoćnom presudom ili drugom javnom ispravom ili javno ovjеровljenom privatnom ispravom, odnosno ako činjenice na kojima se temelji prigovor treće osobe nisu općepoznate ili se mogu utvrditi primjenom pravila o zakonskim predmjetevama. Čl. 60., st. 1. OZ-a.

⁹⁸ Čl. 21., st. 1. ZU-a.

⁹⁹ Ako je ovrha provedena usprkos prigovoru, odnosno parnici, tada bi treća osoba parnicu izgubila, ali bi imala pravo na naknadu štete prema općim pravilima. Dika, M., *Građansko ovršno pravo. Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007., str. 385.

¹⁰⁰ Čl. 59., st. 2. OZ-a, čl. 290. OZ-a.

¹⁰¹ Čl. 305. OZ-a.

¹⁰² Sličnost između kupca i založnog vjerovnika koja zbunjuje sastoji se u tome što obojica prenose neku imovinsku vrijednost na dužnika, i to okončanjem postupka.

¹⁰³ Suprotno tumačenje bilo bi donekle suprotno i načelnoj ideji o nezastarivosti vlasničkih zahtjeva jer bi vlasnikov izlučni prigovor bio vremenski ograničen premda bi povreda vlasništva trajala i dalje, sve dok vlasništvo ne bi prestalo prodajom u ovršnom postupku.

valo da se ukinu provedene radnje osiguranja (uključujući i brisanje upisa iz Upisnika), na što se nadovezuju odredbe o prijedlogu za brisanje u ZU-u (o čemu v. više *infra*).

Poseban slučaj postoji kod lebdećeg osiguranja. Hrvatsko je pravo danas fleksibilnije u pogledu opsega osiguranja u usporedbi s početnom fazom razvoja. Prema pozitivnom pravu Republike Hrvatske pokretnina u skladu s pravilom o određenosti treba biti pojedinačno određena kao objekt osiguranja, ali je to pravilo danas ublaženo jer objekt založnog prava može biti i ukupnost pokretnina¹⁰⁴ kao samostalan objekt založnog prava različit od zbroja svojih elemenata. Kod lebdećeg založnopravnog osiguranja objekt osiguranja je ukupnost pokretnina određene vrste koje se nalaze u ili na određenom prostoru, redovito gospodarske funkcije.¹⁰⁵ ¹⁰⁶ Ključno pitanje u kontekstu stjecanja od nevlasnika jest može li založni vjerovnik steći založno pravo od nevlasnika na pokretninama koje se unesu u odgovarajući prostor ako te pokretnine odgovaraju upisanoj kategoriji ukupnosti premda nisu u vlasništvu založnog dužnika. To se može dogoditi ako dužnik, izvršavajući svoju obvezu nadomještanja otuđenih stvari¹⁰⁷, ispunjava tako da unosi tuđe, a ne vlastite stvari u opterećeni prostor. S obzirom na činjenicu da ovdje vjerovnik ne poduzima nikakvu radnju na temelju koje bi se moglo smatrati da postupa s povjerenjem, nema ni stjecanja na temelju povjerenja, tj. od nevlasnika. Problem, međutim, nastaje redovito u ovršnom postupku. Ako vjerovnik zatraži ovrhu radi naplate osigurane tražbine, predmetom njegova založnog prava smatrat će se sve pokretnine koje se prigodom pljenidbenog popisa nađu u ili na osiguranom prostoru.¹⁰⁸ Isto vrijedi i za slučaj stečaja dužnika.¹⁰⁹ Ta presumpcija je, međutim, oboriva sukladno

¹⁰⁴ Čl. 38. ZU-a.

¹⁰⁵ Prema čl. 38., st. 1. ZU-a radi osiguranja novčane tražbine predlagatelj osiguranja, odnosno vjerovnika ili novčane protuvrijednosti njegove nenovčane tražbine stranke mogu sporazumno zasnovati založno pravo na ukupnosti svih pokretnina ili samo pokretnina određene vrste (npr., određene vrste robe, zaliha, pogonskog materijala, rezervnih dijelova, namještaja, opreme određene vrste, alata i sl.) koje se nalaze u ili na određenom prostoru (npr., skladištu, stovarištu, spremištu, silosu, pogonu, drugim poslovnim prostorijama ili prostorima) u vlasništvu protivnika osiguranja ili koje protivnik osiguranja koristi po nekoj drugoj pravnoj osnovi.

¹⁰⁶ Protivnik osiguranja ovlašten je otuđivati pokretnine, i to s posljedicom prestanka založnog prava njihovom predajom trećemu ili njihovim odnošenjem (čl. 38., st. 4. ZU-a).

¹⁰⁷ Čl. 38., st. 5. ZU-a.

¹⁰⁸ Čl. 38., st. 6. ZU-a.

¹⁰⁹ Čl. 38., st. 7. ZU-a.

općim pravilima ovršnog prava o izlučnom prigovoru, odnosno izlučnoj tužbi trećeg (zbijskog) vlasnika, o čemu se govori više *infra*.

2. Zaštita vlasništva povodom upisničkog postupka

a) Pravni lijekovi u upisničkom postupku

Koji su mehanizmi zaštite treće osobe protiv nezakonita upisa, tj. protiv upisa kojim se upisuje založno pravo na njezinoj stvari? Kao prvo, vlasnik kao treća osoba može biti "sudionik" u postupku¹¹⁰ jer ima za to pravni interes. Oštećena treća osoba redovito neće imati saznanja o prvostupanjskom upisničkom postupku pa u njemu neće ni sudjelovati. Zbog toga njezina se aktivnost eventualno može pojaviti u fazi pravnih lijekova. Ona bi mogla uložiti prigovor u skladu s čl. 30. ZU-a¹¹¹, odnosno žalbu prema čl. 31. ZU-a¹¹², povodom kojih bi se revidiralo pitanje inicijalne verifikacije vlasništva u upisničkom postupku.

b) Prijedlog za brisanje upisa

Druga mogućnost odnosi se na podnošenje prijedloga za brisanje u posebnom postupku brisanja predviđenom u ZU-u. Problem te mogućnosti zaštite jest u činjenici da ZU razlikuje aktivnu legimitaciju za podnošenje prijedloga za brisanje ovisno o vrsti postupka u kojem je proveden upis čije se brisanje traži. Tako se, s jedne strane, razlikuje upis koji se provodi po službenoj dužnosti, pri čemu oštećena treća osoba ne može zahtijevati brisanje od Službe upisa ako je

¹¹⁰ Treća osoba može imati svojstvo sudionika u postupku na zahtjev iako nije predložila upis ako dokaže da ima za to pravni interes (čl. 18., st. 3. ZU-a).

¹¹¹ Prigovor se podnosi u roku od osam dana od dana dostave zaključka (čl. 30., st. 4. ZU-a), ali i nakon isteka tog roka (čl. 30., st. 7. ZU-a). U tom drugom slučaju predmet će se dostaviti nadležnom sudu koji prigovor može prihvatiti ako se time neće povrijediti prava drugih osoba utemeljenih na zaključku protiv kojega je on podnesen (čl. 30., st. 7. ZU-a).

¹¹² Sukladno čl. 32. ZU-a, kad rješenje o glavnom upisu postane pravomoćno, Služba upisa bez odgode će to zabilježiti u posebnoj rubrici u ulošku uz naznaku dana kojega je pravomoćnost nastupila. Problem u slučaju oštećenja trećeg jest u tome što se njegovo nesudjelovanje u postupku može utvrditi tek naknadno, nakon što je za rješenje već iskazana pravomoćnost i odgovarajuća zabilježba upisana u uložak.

upis određen po službenoj dužnosti na temelju odluke ili druge isprave nadležnog tijela jer je to izričito zabranjeno upućivanjem stranke da svoje prigovore ističe u postupku iz kojega potječe ta odluka, odnosno isprava.¹¹³ S druge strane, razlikuju se upisi provedeni na temelju prijedloga. Kad je upis određen u povodu prijedloga stranke, tada treći, ako dokaže svoj pravni interes, može predložiti brisanje upisa, ali će se ono provesti samo uz suglasnost stranaka. Ako nje nema, tada će morati ishoditi pravomoćnu presudu kojom se nalaže brisanje.¹¹⁴ Ta presuda bi mogla biti i ona donesena povodom tužbe radi nedopuštenosti osiguranja u smislu čl. 21., st. 2. ZU-a, o kojoj je već bilo riječi.

Nejasno je kako se klasificira dobrovoljno založnopravno osiguranje. Naime, na temelju čl. 303., st. 1. OZ-a sud će rješenjem na temelju sporazuma o osiguranju odrediti mjere osiguranja iz čl. 300. OZ-a i poduzeti sve potrebne radnje radi njihove provedbe. Nije u potpunosti jasno znači li to da sud po službenoj dužnosti dostavlja rješenje o osiguranju Službi upisa. Prema čl. 307., st. 2. OZ-a te radnje poduzima javni bilježnik umjesto suda na način predviđen za poduzimanje tih radnji od strane suda ako je riječ o javnobilježničkom osiguranju pa je također nejasno mora li javni bilježnik sporazum dostaviti Službi upisa po službenoj dužnosti. Ako se prihvati pozitivan odgovor, to znači da vlasnik ne može zahtijevati brisanje nego svoju zaštitu mora ostvarivati samo u opisanim upisničkom postupku. S druge strane, ako se prihvati da se upis dopušta povodom prijedloga, tada bi postojala i mogućnost zaštite u postupku brisanja, ali samo na temelju suglasnosti, što je iluzorno očekivati, pa je taj vid zaštite u svakom slučaju iznimno slab.

c) Brisovna tužba

Stranka ili sudionik u upisničkom postupku čije je pravo povrijeđeno upisom u korist neke osobe ovlašteni su radi zaštite toga svog prava tužbom zahtijevati brisanje nezakonita upisa.¹¹⁵ Takva tužba može se podnijeti u roku od šezdeset dana od dana pravomoćnosti zaključka o upisu i neovisno o tome je li protiv zaključka bio izjavljen pravni lijek.¹¹⁶

¹¹³ Čl. 36., st. 3. ZU-a.

¹¹⁴ Čl. 36., st. 4. ZU-a.

¹¹⁵ Čl. 34., st. 1. ZU-a.

¹¹⁶ Čl. 34., st. 2. ZU-a.

ZU tu tužbu zove brisovnom tužbom. Brisovna tužba je pojam koji je do ZU-a bio rezerviran za specifičnu vlasničku tužbu koja je sanirala povredu vlasništva nevaljanim upisom u zemljišnoj knjizi. Po uzoru na ZZK, ZU je predvidio sličan institut i za upisnički postupak, ali tumačenju dosega tih odredaba treba pristupiti vrlo pažljivo jer nipošto nije riječ o analognim situacijama. Kao prvo, analogija, ako postoji, postoji između situacije kada je u zemljišnoj knjizi nevaljano uknjižena hipoteka. U takvu slučaju uknjiženi vlasnik protiv kojeg je dopušten i proveden upis ima pravo zahtijevati brisanje i to bez ikakva ograničenja. Ovdje ne vrijede rokovi od šezdeset dana, odnosno tri godine iz čl. 129., st. 2. ZZK-a jer je nevaljano uknjiženi hipotekarni vjerovnik neposredni stjecatelj u smislu čl. 129., st. 1. ZZK-a. Zaštita brisovnom tužbom je uvijek zajamčena protiv neposrednog stjecatelja jer taj ne uživa zaštitu povjerenja jer od njega potječe nevaljanost upisa. Zbog toga je i stjecanje hipoteke na temelju povjerenja zapravo moguće u slučaju kada je došlo do nevaljane uknjižbe vlasništva pa je tako nevaljano uknjiženi vlasnik založio nekretninu poštenom založnom vjerovniku. Tada u odnosu na takva založnog vjerovnika nastupaju učinci zaštite povjerenja istekom rokova iz čl. 129., st. 2. ZZK-a.

Kod Upisnika osiguranja analogna situacija ne postoji jer se u Upisnik ne upisuje vlasništvo pa nije moguće da založni vjerovnik postupa s povjerenjem u neistiniti upis vlasništva u Upisniku. Zbog toga nema ni analogne situacije sa zemljišnom knjigom. Ako se založno pravo upiše u Upisnik nezakonito u smislu da je založena tuđa stvar, tada je povrijeđeno pravo treće osobe (stvarnog vlasnika) koji uopće nije sudjelovao u upisničkom postupku. Zbog toga on uopće nema pravo na brisovnu tužbu jer nije stranka, odnosno sudionik u postupku.

Vlasnik bi se, dakle, prethodno morao “uključiti” u postupak kao sudionik dokazujući svoj pravni interes, izjaviti žalbu na zaključak i po pravomoćnosti podnijeti brisovnu tužbu. ZU ne predviđa nikakav daljnji rok kao što to čini ZZK. To se može različito interpretirati.

S jedne strane, znači li to da vlasnik nema nikakvu pravnu zaštitu i da nastupaju pravni učinci zaštite povjerenja? Takva bi interpretacija polazila od analogije s brisovnom tužbom kod ZZK-a kod koje istekom rokova nastupaju učinci zaštite povjerenja u istinitost zemljišne knjige. To se rješenje, prema našem mišljenju, ne može prihvatiti jer nema sličnosti između tih dviju brisovnih tužba. Pored već istaknute činjenice da nije riječ o poštenom trećem stjecatelju, tj. o valjanu upisu od nevaljano upisanog prednika, nego o samom nevaljanu upisu hipoteke, okolnost da nema nikakva duljeg roka od onog od 60 dana od dana pravomoćnosti zaključka o upisu upućuje na to da se on primjenjuje isključivo ako

je vlasnik sudjelovao u postupku.¹¹⁷ Interpretacija prema kojoj bi vlasnik morao sam istraživati knjižno stanje uspostavilo bi daleko stroži režim od ZZK-a koji vlasniku daje tri godine da se upozna sa zemljišnoknjižnim stanjem i intervenira ako nije primio rješenje o upisu koji njegovo knjižno pravo vrijeđa. Kod Upisnika bi to značilo da svatko mora provjeravati knjižno stanje Upisnika svakih 60 dana za sve pokretne koje ima u vlasništvu, što je kao nemoguće neprihvatljivo.

S druge strane, moguće je i suprotno tumačenje prema kojem vlasnik kao treća osoba uvijek ima pravo na brisovnu tužbu. To bi pak značilo da nema zapreke da upis bude izbrisan bilo kada, neovisno o predviđenom roku iz ZU-a. To bi tumačenje bilo u skladu s logikom da upisi ne mogu ići na štetu vlasnika koji nije znao za postupak. Takvo tumačenje, međutim, suprotno je samom tekstu ZU-a pa je bolje priznati da je riječ o institutu koji nije predviđen za zaštitu trećih osoba.

Slijedom toga bolje je tumačenje prema kojem je rok od 60 dana rezerviran za situacije u kojima sudjeluju stranke i sudionici, a vlasnik kao treća osoba ni nema pravo na podizanje brisovne tužbe. To ujedno pokazuje da je brisovna tužba kao institut neprikladna kod upisničkog postupka jer joj je područje primjene iznimno suženo na slučajeve pogrešnih upisa na temelju raspolaganja vlasnika koji se mogu sanirati u postupku povodom pravnih lijekova.

d) Vlasnički vindikacijski zahtjevi

Sukladno čl. 21., st. 2. ZU-a upis založnog prava ne utječe na pravo treće osobe da u posebnoj parnici traži utvrđenje i ostvarenje sadržaja svoga prava na predmetu koji je zahvaćen osiguranjem na temelju sporazuma stranaka.

O kakvoj je parnici riječ? Treća osoba koja je oštećena upisom je stvarni vlasnik čija je stvar založena pa će on svoje pravo ostvarivati redovito u parnici radi

¹¹⁷ U zemljišnoknjižnom je pravu prihvaćeno da vlasnik, ako je oštećen, mora intervenirati u roku od šezdeset dana, ali se taj rok računa od dana dostave rješenja. Vlasniku će redovito rješenje biti dostavljeno jer je on upisan kao knjižni prednik u zemljišnoj knjizi. Ako vlasnik nije upisan, jer je došlo do izvanknjižnog stjecanja, nastupit će učinci zaštite povjerenja u potpunost zemljišne knjige, ali je to posljedica činjenice da izvanknjižni vlasnik nije upisao svoje izvanknjižno stečeno pravo u zemljišnu knjigu, što je neusporediva situacija s Upisnikom. U Upisniku nije nitko upisan tako da vlasnik rješenje nema ako nije stranka u postupku. Budući da Upisnik nije registar vlasništva, nema ni odgovarajuće registarske verifikacije vlasništva.

predaje pokretnine u posjed i, eventualno, utvrđenja prava vlasništva, dakle, u okviru klasičnog revindikacijskog zahtjeva. To znači da tuženik (založni dužnik) neće imati mogućnost istaknuti prigovor na temelju kojeg bi mogao spriječiti povrat stvari, osim ako pravni odnos s tužiteljem to posebno ne opravdava. Čak i ako postoji poseban pravni odnos između tužitelja i tuženika, vlasnik bi na temelju činjenice da je došlo do protuugovornog postupanja imao pravo na raskid ugovora, a slijedom toga i povrat stvari u neposredan posjed.

Kakav je položaj založnog vjerovnika? Upisani založni vjerovnik, ako i zna za parnicu (što je upitno), ne može osporavati zahtjev jer prema sadržaju svojeg odnosa s tuženikom (u smislu postojanja založnog prava) nema ni pravo na posjed. Slijedom toga, on se ne može protiviti vraćanju. Situacija se ne mijenja ni zakašnjenjem. U situaciji kada dužnik padne u zakašnjenje, vjerovnik bi svoje navodno založno pravo morao ostvarivati protiv vlasnika bez za to odgovarajuće isprave. Pritom bi trebao dokazati pretpostavke za stjecanje založnog prava koje nisu ispunjenje jer ZU ne predviđa takvo stjecanje.

Što ako je vlasnik, nakon što mu je stvar vraćena u posjed, raspolagao njome, a u Upisniku je i dalje upisano založno pravo? U takvu slučaju treće osobe (stjecatelji) načelno su zaštićene jer se upis u Upisniku, ako i nije izbrisan, odnosi na dužnika, a ne vlasnika pa bi stjecatelji teško mogli saznati za upis. Doduše, ZU u čl. 21., st. 4. nediferencirano govori o "postojanju upisa" pri čemu je nejasno zahtijeva li to i u kojoj mjeri od stjecatelja da u pravnom prometu istražuju podatke i prema kriteriju osobe i prema kriteriju predmeta.¹¹⁸ Ako je riječ o pokretnini koja ima jedinstveni identifikator po kojem ju je moguće pronaći, upis bi otkrio drugu osobu upisanu kao založnog dužnika, što bi kod pretražitelja moglo izazvati sumnju u otuđivateljevo vlasništvo. Ovdje bi se opravdano postavilo pitanje bi li stjecatelj mogao zbog neslaganja podataka zanemariti upis ili ne. Ako bi otuđivatelj raspolagao javnom ispravom o vlasništvu, bi li tada takva isprava imala jaču presumptivnu snagu od (pogrešnog) podatka iz Upisnika? I može li, slijedom toga, stjecatelj zanemariti činjenicu upisa vjerovnikova prava?

Odgovor ovisi o različitim faktorima. Kao prvo, Upisnik ne publicira dužnikovo vlasništvo jer to čini posjed koji ima upravo otuđivatelj. Dakle, u konkurenciji jedne zakonske presumpcije s činjenicom koja takvu presumpciju ne uživa, primjena presumpcije o posjednikovu vlasništvu trebala bi imati prednost. Kao drugo, Upisnik publicira založno pravo. To bi situaciju moglo komplicirati jer bi se moglo tumačiti da stjecatelj stječe stvar opterećeno. Ako ne bi postojala mogućnost

¹¹⁸ Čl. 3., st. 6. ZU-a.

brisanja, nastala bi pat-pozicija u kojoj bi upis *de facto* djelovao prema trećima, ali ne i prema vlasniku, što je apsurdno. Za vlasnika to predstavlja faktičnu zabranu raspolaganja premda on nije odgovoran za nastalu situaciju, a istovremeno takva situacija ne olakšava ni na koji način položaj oštećena založnog vjerovnika jer on svoje pravo ne može ostvariti. Slijedom toga, trebalo bi uzeti da stjecatelji stječu besteretno čak i onda kada se iz sadržaja upisa može identificirati pokretnina.

VI. ZAKLJUČAK

Suvremena problematika stjecanja založnog prava na pokretninama od nevlasnika postala je danas ne samo posebno važna nego dodatno komplicirana jer založno pravo nije jedinstveno uređeno ni za sve vrste pokretnina ni za sve tipove založnog prava na njima. Temeljna pravila ZV-a o stjecanju založnog prava od nevlasnika oslanjanju se na pravila o stjecanju vlasništva od nevlasnika koja uravnotežuju potrebu za sigurnim i brzim pravnim prometom, s jedne strane, i potrebom za zaštitom vlasništva, s druge strane. Ta se pravila na odgovarajući način primjenjuju na stjecanje ručnog zaloga od nevlasnika, pri čemu vjerovnik postupa s povjerenjem u publicitetnu funkciju posjeda pokretnine. S druge strane, kod registarskog založnog prava pravila pojedinih registara oslanjanju se na rješenja preuzeta iz zemljišnoknjižnog prava, pri čemu je stjecanje hipoteke od nevlasnika uvjetovano pravilima o zaštiti povjerenja u istinitost odgovarajućeg registra.

Najveća je novina svakako u uređenju registriranog založnog prava. To se osiguranje ne razlikuje od registarskog osiguranja po tome što se u njega upisuju osiguranja na pokretninama ni po tome što su pravni učinci upisa akvizitivni (konstitutivni) za takvo stjecanje. Ključna je razlika u tome što Upisnik osiguranja ne publicira vlasništvo, nego se za stjecanje, promjenu i prestanak vlasništva primjenjuju i dalje opća pravila stvarnoga prava. To znači da se u odnosu na vlasništvo primjenjuju pravila o publicitetnim učincima posjeda, a ne registracije kao što je to slučaj kod registarskog založnog prava.

Možemo li u današnjem sustavu registriranog založnog prava prihvatiti stjecanje vlasništva od nevlasnika primjenom logike zaštite povjerenja koja vrijedi kod hipoteke na nekretnini ili ručnog zaloga? Ranija je analiza pokazala da za sada to nije moguće. Premda za Upisnik osiguranja vrijedi presumpcija poznavanja stanja iz čl. 21., st. 4. ZU-a prema svima jer se treći ne mogu pozivati na to da nisu znali za postojanje upisa od dana upisa, ta činjenica ne znači isto što i zaštita povjerenja u smislu *ex lege* stjecanja neovisno o nedostatku prednikova

prava. Dio literature smatra da Upisnik upravo zbog toga uživa predmnjevu o istinitosti¹¹⁹, ali ne uzima u obzir činjenicu da je istovremeno trećim osobama, a to su osobe čija su prava eventualno oštećena, i dalje na raspolaganju niz zahtjeva za zaštitu vlasništva koje smo ranije prikazali. To je logično jer sam upisnički postupak relativno slabo jamči ispitivanje vlasništva zalagodavca jer se ne ispituje tako da bi se s dovoljnim stupnjem vjerojatnosti prihvatilo utvrđenje prava vlasništva koje bi djelovalo prema trećima s takvom snagom da bi se nevlasniku omogućilo raspolaganje u korist poštenih trećih. Zbog toga nedostaju obilježja usporediva sa zemljišnoknjižnim sustavom.

Ako se pogleda posljedična pozicija založnog vjerovnika, vidi se jasno da je ona slabija kod te vrste osiguranja nego kod ručnog zaloga, čak i onda kada se u objema situacijama založni vjerovnik ponaša na isti način (s povjerenjem u posjed). Slijedom toga kod upisničkog je osiguranja publicitetna funkcija posjeda eliminirana jer založni vjerovnik do namirenja u ovršnom postupku ne može biti siguran da mu založno pravo neće biti s uspjehom osporeno. Ako bi se u tom kontekstu *de lege ferenda* htjelo uspostaviti mogućnost stjecanja založnog prava od nevlasnika i u slučaju registriranog založnog prava, potrebno je sustavno i nedvosmisleno takav slučaj, kao iznimku od vindikacijskog načela, urediti zakonom. Pritom je potrebno inzistirati na tome da su stjecatelji poštene¹²⁰, tj. da su ispitali posjedovno stanje i postupali s povjerenjem u to stanje, što bi se moglo konstatirati u postupku osiguranja. U takvu slučaju bi upis u Upisnik imao učinke kakve danas ima predaja u posjed kod ručnog zaloga, što bi založnom vjerovniku omogućilo da s povjerenjem u publicitetne učinke posjeda stekne založno pravo. Onda bi, međutim, i dalje bila riječ o stjecanju na temelju povjerenja u posjed zalagodavca, a ne na temelju povjerenja u Upisnik. Upisnički sustav ni u kojem slučaju ne može nadomjestiti vjerovnikovu odgovornost za ispitivanje dužnikova boniteta ili njegova vlasništva. Model stjecanja založnog prava od nevlasnika, ako je riječ o registriranom založnom pravu, bio bi zapravo poseban slučaj stjecanja stvarnog prava na pokretnini od nevlasnika, pri čemu bi se modifikacija odnosila samo na pravilo o načinu stjecanja pa bi se predaja u posjed supstituivala upisom u Upisnik. To bi bilo opravdano činjenicom da upravo upis u Upisnik ima konstitutivno značenje za stjecanje založnog prava, što je i ključan izvor opisane problematike i poredbenopravno jedno neuobičajeno rješenje. Kriteriji poštenja bi u tom slučaju, međutim, trebali ipak biti nešto

¹¹⁹ Jelčić, O., *Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja te podzakonski akti za njegovu provedbu*, u: Grubić, *op. cit.* u bilj. 14, str. 4.

¹²⁰ V. Gavella, *op. cit.* u bilj. 21, str. 278.

stroži jer se i u postupku osiguranja i u postupku upisa ispituje vlasništvo, i to na temelju određenih (netabularnih) isprava.

Pored toga, bilo bi potrebno predvidjeti koja bi prava za zaštitu vlasništva u takvim slučajevima imao vlasnik. Bilo bi potrebno razmotriti je li potrebno predvidjeti određeni rok u kojem bi vlasnik imao pravo osporavati upis i u kojem obliku (posebne tužbe ili posebnog zahtjeva u upisničkom postupku) i kako bi se to odrazilo na (uvjetno) stjecanje založnog prava založnog vjerovnika. U svakom slučaju bi u konačnici, kada se prihvati stjecanje založnog prava, trebalo, za razliku od današnjeg uređenja, onemogućiti vlasnika da postavlja zahtjeve u upisničkom postupku, ali i izlučni zahtjev u ovršnom postupku koji je pokrenuo vjerovnik koji je na temelju povjerenja stekao založno pravo od nevlasnika. Vlasnik bi, doduše, i dalje imao pravo na reivindikaciju prema zalogodavcu (osim ako zalogodavac nema posebno utemeljeno pravo na posjed), ali bi morao trpjeti namirenje tražbine založnog vjerovnika iz vrijednosti njegove stvari.

Stjecanje založnog prava od nevlasnika tekovina je suvremenog razvoja pravnog prometa koja je opravdana u situacijama u kojima je potrebno zaštititi nečije povjerenje, kao iznimka od vindikacijskog načela. Šteta je što u našem pravnom sustavu taj institut nije sustavno uređen u svim segmentima stjecanja različitih stvarnih prava na različitim stvarima. Stoga je za očekivati da će se u nekoj od budućih revizija propisa otkloniti uočene nejasnoće i kontradiktornosti te ustrojiti sustav koji može tom problemu dati rješenja kakva zaslužuje.

Summary

Hano Ernst *

Tatjana Josipović **

THE *BONA FIDE* PLEDGOR

Bona fide purchases in Croatian law are not limited to ownership, but the rules acknowledging them can generally be applied to pledges as well. They represent an exception from the principle of vindication, and allow for pledges to be acquired by delivering

* Hano Ernst, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

** Tatjana Josipović, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

possession of the collateral while putting faith in such possession as reflecting ownership. Delivery in this respect must always be such that the possession of the pledgee is actual, even in cases where the pledgor has only constructive possession, except for the rare instances where the pledgor is also the previous owner. On the other hand, the situation is different with movable property that is registered in a specialized public register, as well ownership thereof, and akin to the situation with land registries, where the acquisition of a mortgage from a non-owner is possible where such a disposition follows a false registration of ownership. In the case of the register of pledges, i.e. a register which evidences only the existence of an encumbrance (as opposed to ownership), the verification of ownership is clearly far less strict, so it is impossible to discuss bona fide purchases or to compare the quality of such information with the land registry. Having in mind that there is no actual delivery, the analogy with the pledge is also excluded. The owner, thus, remains protected through various instruments, primarily through a reclamation objection that can be lodged in enforcement proceedings until they are terminated. Additionally, there is a weak degree of protection in the form of remedies and motions to remove existing registration records in registration proceedings, while the cancellation action has been inadequately transplanted into such proceedings from the law of land registration. This is a consequence of a poor analogy with recording ownership, which does not come into play here, and consequently does not give the actual (unregistered) owner the right to sue, unless he has participated in the registration proceedings (as is clearly indicated by the short sixty-day term running from the final decision of the registration authority). The most important mechanism of protecting ownership remains in the traditional vindication, against which neither the debtor nor the creditor can fight successfully. Consequently, accepting a bona fide pledgor in cases of registered pledges requires additional legislative work, with careful considerations toward the fact that it is the debtor who maintains actual possession of the collateral, and it is the creditor who must act responsibly and take care accordingly.

Keywords: pledge, bona fide purchaser, non-owner, good faith, pignus.

OBRT – POJAM, DJELATNOSTI, PRAVNI OBLIK, ODGOVORNOST

*Prof. dr. sc. Siniša Petrović**

Obavljanje djelatnosti u obliku obrta tradicionalno je često u srednjoeuropskim državama, tako i u Hrvatskoj. Obrt se poima i kao djelatnost i kao pravni oblik u kojem se djelatnost obrta obavlja te se u radu raspravlja je li to odgovarajući pristup i koje su posljedice takva pristupa. Iako se neograničena odgovornost obrtnika za obveze koje nastanu u obavljanju obrta na prvi pogled čini logičnom i u skladu s uobičajenim shvaćanjem odgovornosti obrtnika, činjenica je da postoje komparativni primjeri prema kojima gospodarski subjekti koji su fizičke osobe ne odgovaraju za obveze koje nastanu njihovim poslovanjem cijelom svojom imovinom, nego da se ta odgovornost može ekonomski ograničiti. U radu se raspravlja o tim pitanjima prema važećem uređenju u propisima te se otvaraju neke dvojbe bi li bilo primjereno da se takvo uređenje promijeni.

Ključne riječi: obrt, obrtnik, odgovornost, djelatnost, jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću.

POJAM OBRTA

Među gospodarskim subjektima u Hrvatskoj obrti brojčano zauzimaju važno mjesto.¹ Obrt je u smislu Zakona o obrtu² samostalno i trajno obavljanje

* Dr. sc. Siniša Petrović, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

¹ V. statističke podatke za 2012. godinu na stranicama Hrvatske obrtničke komore, http://www.hok.hr/cro/statistika/obrnistvo_u_brojka (10. studenoga 2012.). Podaci su zanimljivi i za neka druga pitanja: broj trajnih, odnosno sezonskih obrta, obavlja li obrt fizička ili pravna osoba, broja zaposlenih osoba u obrtima, obavljaju li obrtnici obrt kao jedino zanimanje ili ne i sl.

² Zakon o obrtu, Narodne novine, br. 73/93, 90/96, 102/98, 64/01, 71/01, 49/03 – pročišćeni tekst, 68/07, 70/07, 40/10 – Odluka Ustavnog suda RH.

dopuštenih gospodarskih djelatnosti koje su zakonom posebno navedene kao slobodni obrti, vezani obrti i povlašteni obrti sa svrhom postizanja dobiti koja se ostvaruje proizvodnjom, prometom ili pružanjem usluga na tržištu.³ Slobodni su oni obrti za obavljanje kojih se kao uvjet ne traži ispit o stručnoj osposobljenosti ili majstorski ispit. Za obavljanje vezanih obrta traži se ispunjavanje nekog posebnog uvjeta, a to može biti ispit o stručnoj osposobljenosti, odgovarajuća srednja stručna sprema ili majstorski ispit. Formulacija je zakonske odredbe zapravo takva da upućuje da se svi vezani obrti dijele na tri skupine ovisno o tome koji se uvjet traži za njihovo obavljanje. Povlašteni su obrti oni koji se smiju obavljati samo na temelju povlastice koju izdaje nadležno ministarstvo ovisno o vrsti obrta. Popis vezanih obrta, stupanj i vrstu stručne sprema koji su potrebni za njihovo obavljanje te popis povlaštenih obrta i način izdavanja povlastica utvrđuje ministar nadležan za obrt nakon prethodno pribavljenog mišljenja Hrvatske obrtničke komore i uz suglasnost ministra nadležnog ovisno o djelatnosti obrta.⁴

Zakon o obrtu kao posebne vrste obrta navodi i tradicijske i umjetničke obrte. Tradicijski su oni obrti za koje je potrebno posebno poznavanje zanatskih vještina i umijeća u obavljanju djelatnosti te koji se obavljaju pretežnim udjelom ručnog rada, a koji se tehnikama proizvodnje i rada, namjenom i oblikom oslanjaju na obrasce tradicijske kulture pa u tom smislu mogu simbolizirati lokalni, regionalni ili nacionalni identitet. Umjetnički se obrti odlikuju proizvodima i uslugama visoke estetske vrijednosti, dizajnom, likovnim i drugim rješenjima uz naglašenu kreativnost i individualnost majstora obrta, umjetnika.⁵ Takve definicije tradicijskih i umjetničkih obrta ne narušavaju navedenu podjelu na slobodne, vezane i povlaštene obrte jer je *differentia specifica* tradicijskih i umjetničkih obrta posebna vještina ili kreativnost, a ne stručna sprema osobe koja se bavi obrtom ili posebna dozvola da bi se neki obrt mogao obavljati. Stoga se može zaključiti da i tradicijski i umjetnički obrti mogu biti u nekoj od triju navedenih skupina obrta.

Definicija djelatnosti obrta ima tri ključna elementa: samostalnost, trajnost i vrstu (dopuštene gospodarske) djelatnosti. To su i tri ključna elementa koji inače neku djelatnost čine gospodarskom.⁶ Budući da je *ratio* obavljanja gospodarske

³ Čl. 1., st. 1. Zakona o obrtu.

⁴ Čl. 2. Zakona o obrtu.

⁵ V. čl. 2.a. Zakona o obrtu i Pravilnik o tradicijskim, odnosno umjetničkim obrtima, Narodne novine, br. 112/07.

⁶ V. Parać, Z., *Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti*, Pravo u gospodarstvu, vol. 40, br. 6, 2001., str. 97; Petrović, S., *Pravni oblici pravnih osoba za obavljanje djelatnosti*, u: Parać, Z.;

djelatnosti stjecanje dobiti, odnosno neke ekonomski procjenjive koristi⁷, to znači da se djelatnost obrta obavlja s namjerom ostvarenja dobiti, što je uostalom i izrijeком određeno u definiciji obrta. Istodobno iz toga proizlazi i da osobe koje obavljaju obrt valja smatrati poduzetnicima u smislu poreznih propisa.⁸

Kada je riječ o elementu trajnosti obavljanja djelatnosti, zanimljivo je uočiti da Zakon o obrtu posebno uređuje i sezonske obrte te mogućnost obavljanja djelatnosti obrta kao domaću radinost ili sporedno zanimanje.

Sezonski se obrti mogu obavljati najdulje šest mjeseci, neprekidno ili s prekidima, unutar jedne kalendarske godine, a takav način obavljanja obrta trajno se upisuje u obrtni registar.⁹ Ne mogu se svi obrti obavljati sezonski nego se djelatnosti koje se mogu obavljati kao sezonski obrti određuju posebnim pravilnikom.¹⁰ Kada se prouči popis djelatnosti koje se mogu obavljati kao sezonski obrti, može se uočiti da sezonalnost nije uvijek uvjetovana vrstom djelatnosti, odnosno time što je riječ o djelatnostima koje se ne bi mogle obavljati cijele godine zbog svoje prirode, klimatskih ili drugih razloga nego iz popisa proizlazi da je obavljanje djelatnosti kao sezonskog obrta posljedica odluke obrtnika koja može biti uvjetovana i posve subjektivnim razlozima. Ako je obrt sezonski, on se obavlja najviše šest mjeseci unutar kalendarske godine, ali se to čini redovito, tj. svake se godine djelatnost obavlja kao sezonski obrt, a ne čini se to jednokratno. Zbog toga bi se moglo zaključiti da pojam sezonskog obrta nije u suprotnosti sa shvaćanjem obrta kao djelatnosti koja se obavlja trajno. Kod sezonskih obrta djelatnost se obavlja trajno, ali samo dio vremena unutar

Petrović, S.; Miladin, P.; Markovinović, H.; Hrabar, D. (ur.), *Liber amicorum* Jakša Barbić. Zbornik radova povodom 70. rođendana akademika Jakše Barbića, Zagreb, 2006., str. 71. V. i Barbić, J., *Pravo društava. Knjiga prva. Opći dio*, 3. izmijenjeno izd., Zagreb, 2008., str. 168 - 169.

⁷ Glede pravnih posljedica, djelatnosti se dijele prema načinu, intenzitetu i cilju obavljanja, a ne prema vrsti, odnosno sadržaju djelatnosti. Tako djelatnosti mogu biti gospodarske ili negospodarske, a o prvima je riječ uvijek kada je njihovo obavljanje usmjereno na ostvarivanje dobiti, odnosno gospodarski procjenjive koristi dok se, ako to nije slučaj, djelatnost smatra negospodarskom.

⁸ V. čl. 39., st. 2. Općeg poreznog zakona (Narodne novine, br. 147/08, 18/11, 78/12) koji određuje da se gospodarskom smatra ona djelatnost koja se sastoji u razmjeni dobara i usluga na tržištu radi ostvarivanja prihoda, dohotka, dobiti ili drugih gospodarski procjenjivih koristi.

⁹ Čl. 1.a Zakona o obrtu.

¹⁰ Pravilnik o djelatnostima koje se mogu obavljati kao sezonski obrt, Narodne novine, br. 60/10.

godine, odnosno djelatnost se obavlja trajno kao sezonski obrt. Element trajnosti zapravo je ionako dijelom subjektivan jer o osobi koja obavlja određenu djelatnost ovisi hoće li započetu djelatnost i nastaviti te koliko će to dugo i s kojim intenzitetom činiti, a u trenutku započinjanja djelatnosti samo ta osoba zna svoju pravu namjeru glede trajanja obavljanja djelatnosti.

Fizičke osobe¹¹ mogu obavljati obrt i kao domaću radinost ili sporedno zanimanje pod uvjetom da je riječ isključivo o osobnom radu te da ukupni bruto primici ostvareni od obavljanja tih djelatnosti ne prelaze iznos od deset bruto prosječnih mjesečnih plaća u kalendarskoj godini u kojoj se djelatnosti obavljaju. Domaćom radinošću smatra se izrada pojedinih proizvoda iz djelatnosti slobodnih obrta koji su sadržani na popisu proizvoda utvrđenih posebnim pravilnikom, a sporednim se zanimanjem smatra obavljanje određenih usluga održavanja i popravaka, a lista tih usluga određuje se posebnim pravilnikom.¹²

TKO SE MOŽE BAVITI OBRATOM

Obrtom se mogu baviti fizičke i pravne osobe. No, pretpostavke za obavljanje djelatnosti nisu posve jednake. Zakon o obrtu uređen je tako da se temeljne pretpostavke za obavljanje obrta odnose na fizičke osobe, a pravne se osobe samo uzgred spominju. Zapravo, pravne se osobe načelno mogu baviti obrtom ako imaju zaposlenu barem jednu fizičku osobu koja ispunjava uvjete da se bavi obrtom. Ta usmjerenost na uređenje pretpostavaka za fizičke osobe upućuje na shvaćanje da je obrt tradicionalno namijenjen da se njime bave fizičke osobe i na namjeru zakonodavca da slijedi to shvaćanje. Usto, prihvaća se stvarnost koju otkrivaju statistički pokazatelji da se obrtom pravne osobe bave u zanimarivu broju.¹³

¹¹ To bi značilo da kao domaću radinost ili sporedno zanimanje obrt ne mogu obavljati pravne osobe koje inače mogu obavljati obrt u skladu s odredbama Zakona o obrtu. (O mogućnosti da pravne osobe obavljaju obrt više će biti riječi u tekstu koji slijedi.) Jednako tako, to znači da se, za razliku od obavljanja obrta, kod domaće radinosti ili sporednog zanimanja ne mogu zaposliti druge osobe.

¹² Čl. 1.b - 1.d Zakona o obrtu i Pravilnik o obliku i načinu vođenja odobrenja za obavljanje domaće radinosti ili sporednog zanimanja s listama proizvoda i usluga, Narodne novine, br. 100/07, 132/08, 93/09, 7/11.

¹³ V. Statističke informacije za lipanj 2012. na http://www.hok.hr/cro/statistika/obrnistvo_u_brojkama, str. 13.

Obrtnik – fizička osoba

Iz Zakona o obrtu proizlazi da se fizička osoba može baviti obrtom ako ispunjava opće uvjete dok su posebni uvjeti propisani kada je riječ o nekim posebnim obrtima. Opći uvjeti, koji vrijede uvijek, za obavljanje obrta bez obzira na to o kojem je obrtu riječ su (1) da fizičkoj osobi pravomoćnom sudskom presudom, rješenjem o prekršaju ili odlukom Suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori nije izrečena sigurnosna mjera ili zaštitna mjera zabrane obavljanja djelatnosti dok ta mjera traje; (2) da fizička osoba ima pravo korištenja prostorom ako je prostor potreban za obavljanje obrta, da ima dokaz o pravu korištenja prostora koji mora udovoljavati posebnim propisima kojima se uređuje graditeljstvo dok oprema mora udovoljavati uvjetima određenima propisima o tehničkoj opremljenosti koji se odnose na obavljanje određene gospodarske djelatnosti; (3) da fizička osoba ima obrtnicu za obavljanje slobodnog, vezanog ili povlaštenog obrta, odnosno odobrenje za obavljanje domaće radinosti ili sporednog zanimanja, a koje izdaje nadležni županijski ured, odnosno ured Grada Zagreba na području na kojem će biti sjedište obrta.¹⁴ Obrtnica se mora izdati fizičkoj osobi koja ispunjava uvjete koji su zakonom određeni za obavljanje određenog obrta u roku od 15 dana od uredno podnesenog zahtjeva za izdavanjem obrtnice. Nakon što mu je izdana obrtnica, obrtnik mora započeti obavljanje djelatnosti u roku od godine dana, a najkasnije u roku od osam dana prije početka obavljanja obrta mora o tome obavijestiti nadležni ured koji mu je izdao obrtnicu, tj. koji je nadležan za područje na kojem je sjedište obrta.¹⁵ Za obavljanje slobodnog obrta, osim navedenih općih uvjeta, ne traže se posebni uvjeti. To je razumljivo ako se ima na umu da se posebni uvjeti prije svega

¹⁴ V. čl. 3., 7. i 9. Zakona o obrtu.

¹⁵ Nije jasan razlog zašto je u tom slučaju Zakon o obrtu odredio toliko administrativnih zahtjeva. Ako je obrtniku izdana obrtnica, koja ga ovlašćuje da započne s obavljanjem djelatnosti, čini se sasvim logično da početak obavljanja djelatnosti ovisi o njemu te da, u krajnjem slučaju, ako ne želi, ne treba nikada ni započeti djelatnost obrta. Obrtnica ga ovlašćuje da se bavi djelatnošću obrtu, a iz zakonskog zahtjeva proizlazi kao da je to obveza za fizičku osobu kojoj je obrtnica izdana. Ne čini se da za takvo uređenje postoje sigurnosni ili drugi razlozi. Jednako tako, ne vidi se opravdanje za zahtjev da obrtnik mora prije početka obavljanja djelatnosti to iznova prijaviti. Ako su ti zahtjevi određeni radi ažuriranja statističkih podataka o obavljanju obrta, onda doista nemaju smisla jer se ti podaci mogu prikupiti i na drugačiji način, a svakako nema smisla postavljati poduzetnicima administrativne zapreke takve vrste radi ispunjavanja potreba statistike.

odnose na određenu stručnu osposobljenost, odnosno odgovarajuću stručnu spremu koji se traže za obavljanje vezanih i povlaštenih obrta.

Temeljno je pravilo da se vezani obrt može obavljati¹⁶ ako fizička osoba uz opće uvjete i posebne zdravstvene uvjete ispunjava i poseban uvjet stručne osposobljenosti odgovarajuće srednje stručne spreme ili položenog majstorskog ispita.¹⁷ Dakako, iako to nije izričito određeno, ali logično proizlazi iz općeg pravnog uređenja, za određene vrste obrta, ovisno o djelatnosti, potrebno je ispuniti i posebne uvjete koji su predviđeni propisima kojima se uređuju te djelatnosti. Vezani obrt može obavljati još nekoliko kategorija osoba uz određena odstupanja od temeljnoga pravila koji važi za vezane obrte. 1) Ona fizička osoba koja ispunjava opće uvjete i eventualno propisane zdravstvene uvjete, a ne ispunjava poseban uvjet stručne osposobljenosti odgovarajuće srednje stručne spreme ili položenog majstorskog ispita može obavljati vezani obrt ako na tim poslovima zaposli radnika u punom radnom vremenu koji udovoljava tim uvjetima. 2) Vezane obrte mogu obavljati i osobe s odgovarajućim višim ili visokim obrazovanjem u skladu s posebnim propisom kojega utvrđuje ministar nadležan za obrt nakon prethodno pribavljenog mišljenja Hrvatske obrtničke komore i uz suglasnost ministra nadležnog po djelatnosti obrta.¹⁸ 3) Fizičke osobe izumitelji koji imaju pravo na patent za proizvod ili uslugu ili zaštićeni industrijski dizajn mogu obavljati djelatnosti vezanih obrta ako uz opće uvjete ispunjavaju i posebne zdravstvene uvjete ako i ne ispunjavaju uvjete stručne osposobljenosti odgovarajuće srednje stručne spreme ili položenog majstorskog ispita. 4) Ako je sjedište obrta na područjima koji su zbog svoje nerazvijenosti ili drugog specifičnog podređenog položaja određeni posebnim propisima (područja posebne državne skrbi, otoci i brdsko-planinska područja), onda vezani obrt mogu započeti obavljati i fizičke osobe koje nemaju položen majstorski ispit ako taj ispit polože u roku od dvije godine od dana upisa u obrtni registar i ako imaju završenu odgovarajuću srednju stručnu spremu.

Povlašteni su oni obrti koji se mogu obavljati samo na temelju povlastice, odnosno posebne dozvole koju izdaje nadležno ministarstvo ovisno o vrsti

¹⁶ V. čl. 5. i 6. Zakona o obrtu.

¹⁷ Pravilnik o vezanim i povlaštenim obrtima i načinu izdavanja povlastica, Narodne novine, br. 42/08.

¹⁸ Iako nije određeno posve jasno, to bi trebalo shvatiti kao situaciju u kojoj se za određeni vezani obrt traži majstorski ispit, a osoba koja se želi baviti vezanim obrtom nema majstorski ispit pa ona taj vezani obrt ipak može obavljati ako ima odgovarajuće više ili visoko obrazovanje.

djelatnosti. Povlastica, odnosno posebna dozvola potrebne su zbog složenosti poslova ili razloga sigurnosti ili drugih razloga koji prema shvaćanju zakonodavca zahtijevaju da se, uz posebne uvjete koji su određeni za vezane obrte, povlašteni obrti mogu obavljati samo uz još dodatne posebne uvjete.¹⁹

Ako više fizičkih osoba želi zajednički obavljati obrt, njihovi se odnosi uređuju pisanim ugovorom o ortaštvu.²⁰ U tom slučaju svaka od fizičkih osoba koje zajednički obavljaju obrt mora ispunjavati uvjete koji se traže za bavljenje obrtom²¹ (da im pravomoćnom sudskom presudom, rješenjem o prekršaju ili odlukom Suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori nije izrečena sigurnosna mjera ili zaštitna mjera zabrane obavljanja djelatnosti dok ta mjera traje, da udovoljavaju i posebnim zdravstvenim uvjetima i da svaka od njih ima pravo korištenja prostorom ako je on potreban za obavljanje obrta²²). S druge strane, ako više osoba želi zajednički obavljati vezani obrt, zakon određuje da dostaje da samo jedna od njih ispunjava uvjete stručne osposobljenosti odgovarajuće srednje stručne spreme ili položenog majstorskog ispita kao i posebne zdravstvene uvjete. Dok je ispravno da prvi uvjet treba ispunjavati samo jedna od fizičkih osoba koje zajednički obavljaju vezani obrt, nije uopće jasno zašto je to tako i s posebnim zdravstvenim uvjetima.

Strana fizička osoba

Strana fizička osoba može se baviti obrtom pod istim općim i posebnim uvjetima kao i domaća osoba. Za strane osobe ipak vrijede i dodatni uvjeti određeni Zakonom o strancima²³, a odnose se na obvezu da strana osoba mora imati, prije svega, poslovnu dozvolu. Međutim, glede toga valja upozoriti da

¹⁹ V. čl. 2. Zakona o obrtu i Pravilnik o vezanim i povlaštenim obrtima i načinu izdavanja povlastica, Narodne novine, br. 42/08.

²⁰ Čl. 35.a Zakona o obrtu.

²¹ Odredba čl. 35.b, st. 1. Zakona o obrtu kaže da “fizičke osobe mogu zajednički obavljati obrt ako udovoljavaju uvjetima”, što bi trebalo značiti da svaka od njih mora ispunjavati tražene uvjete. To se čini ispravnim tumačenjem jer ne bi imalo smisla, na primjer, da se poseban uvjet zdravstvene sposobnosti odnosi samo na jednu fizičku osobu.

²² Taj se zahtjev ne čini logičnim jer, ako je riječ o zajedničkom obavljanju obrta, činilo bi se dovoljnim da barem jedna od osoba koje zajednički obavljaju obrt ima pravo korištenja prostorom.

²³ Zakon o strancima, Narodne novine, br. 130/11.

ti posebni uvjeti ne vrijede za strane fizičke osobe koje su državljani država članica Europske unije, dijelom već sada, a u potpunosti se ukidaju kao posebni zahtjevi danom pristupanja Hrvatske Europskoj uniji.

Zakon o obrtu određuje postupak priznavanja inozemnih obrazovnih kvalifikacija koje su uvjet obavljanja djelatnosti obrta.²⁴ Ta pravila formulirana su tako da vrijede za sve strane fizičke osobe te uređuju pretpostavke i postupak priznavanja. No, glede toga bitno je imati na umu da za državljane država članica Europske unije i država ugovornica Ugovora o Europskom ekonomskom prostoru vrijede, prije svega, odredbe Zakona o reguliranim profesijama i priznavanju inozemnih stručnih kvalifikacija koje u bitnom predviđaju za te državljane automatsko priznavanje kvalifikacija stečenih u državama koje su dijelom Europskog ekonomskog prostora.²⁵

Trgovac pojedinac

Trgovac pojedinac je fizička osoba koja gospodarsku djelatnost obavlja samostalno i trajno u skladu s propisima o obrtu, a opseg njezina poslovanja je tolik da zakon zahtijeva da se u sudski registar upiše kao trgovac pojedinac.²⁶ Da bi obrtnik stekao status trgovca pojedinca, njegov godišnji prihod mora prelaziti iznos od 2 milijuna kuna. U tom slučaju obrtnik može zatražiti da se upiše u sudski registar kao trgovac pojedinac ako to želi. S druge strane, obrtnik to mora učiniti ako mu je godišnji prihod veći od 15 milijuna kuna. Kada je to obvezatno zbog visine prihoda, obrtnik mora zatražiti upis u registar u roku od 60 dana od podnošenja Financijskoj agenciji godišnjih financijskih izvješća u kojima je takav prihod iskazan. Svojstvo trgovca pojedinca stječe se uvijek upisom u sudski registar, a gubi brisanjem iz njega. Trgovac pojedinac briše se iz registra kada to sam zatraži jer mu je prihod tolik da ne postoji obveza da

²⁴ Čl. 54.b Zakona o obrtu.

²⁵ V. čl. 21. - 24. Zakona o reguliranim profesijama i priznavanju inozemnih stručnih kvalifikacija, Narodne novine, br. 124/09, 45/11. Zakonom se hrvatsko pravo usklađuje s odredbama Direktive 2005/36/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 7. 9. 2005. o priznavanju profesionalnih kvalifikacija. Konsolidirana verzija u kojoj su uključene sve kasnije izmjene i dopune v. na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2005L0036:20110324:EN:PDF> (12. studenoga 2012.).

²⁶ V. čl. 3. Zakona o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11 – pročišćeni tekst, 111/12.

bude upisan u registru kao trgovac pojedinac, tj. manji je od 15 milijuna kuna, kao i onda kada to učini sud po službenoj dužnosti ako na temelju financijskog izvješća trgovca pojedinca utvrdi da on više ne ispunjava uvjete da bude upisan u registar kao trgovac pojedinac ili ako to želi jer mu prihod ne doseže svotu od 2 milijuna kuna.

Trgovac pojedinac je trgovac u smislu Zakona o trgovačkim društvima, ali to svojstvo ima i prema pravilima obveznoga prava.²⁷ No, i obrtnika bi u smislu obveznoga prava trebalo smatrati trgovcem²⁸ jer svoju djelatnost obavlja samostalno i trajno radi ostvarivanja dobiti pa u pravnim posljedicama i nema bitne razlike između njih.²⁹ Upitno je koliko ima smisla izdvajanje obrtnika koji ima svojstvo trgovca pojedinca zbog visine njegovih prihoda. Kao i trgovac pojedinac, i obrtnik ima tvrtku i uživa njenu zaštitu te može preko izdvojenih pogona obavljati djelatnost izvan sjedišta obrta. Trgovac pojedinac to čini preko podružnice, ali, budući da je trgovac pojedinac zapravo obrtnik, i on bi mogao osnivati i pogone u smislu Zakona o obrtu. Svojstvo trgovca pojedinca moglo bi biti bitno samo zato jer trgovac može dati prokuru, ali, ako se obrtnika smatra trgovcem, što bi svakako bilo ispravno shvaćanje, tada bi tu vrstu punomoći mogao dati i obrtnik. Sukladno tome, valjalo bi razmisliti postoje li opravdani razlozi zadržavanja pojma trgovca pojedinca ili bi se taj institut mogao ukinuti.

Pravne osobe

Da bi se pravna osoba mogla baviti obrtom, mora zaposliti najmanje jednog radnika koji kao fizička osoba ispunjava opće uvjete koji se traže za obrtnika: da joj pravomoćnom sudskom presudom, rješenjem o prekršaju ili odlukom

²⁷ V. čl. 14., st. 2. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11).

²⁸ Tako i Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 6, str. 167; Gorenc, V. u: Gorenc, V.; Ćesić, Z.; Buljan, V.; Brkanić, V., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, 2008., str. 15.

²⁹ Razlike bi se ipak mogle uočiti po poreznom tretmanu, ali i to samo do određene mjere. Obrtnik je, naime, prije svega obveznik poreza na dohodak (v. čl. 5. i 17. Zakona o porezu na dohodak, Narodne novine, br. 177/04, 73/08, 80/10, 114/11, 22/12), ali može biti i obveznik poreza na dobit, ovisno o visini primitaka koji su donekle isti kao i za stjecanje statusa trgovca pojedinca (v. čl. 2., st. 4. Zakona o porezu na dobit, Narodne novine, br. 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12).

Suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori nije izrečena sigurnosna mjera ili zaštitna mjera zabrane obavljanja djelatnosti dok ta mjera traje, da udovoljava i posebnim zdravstvenim uvjetima ako su oni propisani zakonom i, ako je riječ o vezanom obrtu, da ispunjava i poseban uvjet stručne osposobljenosti, odgovarajuće srednje stručne spreme ili položenog majstorskog ispita.³⁰ To je logičan zahtjev jer uvjete koji su propisani za obrtnika može po prirodi stvari ispunjavati samo fizička osoba. Ako ta pravna osoba obavlja obrt na područjima određenima Zakonom o područjima posebne državne skrbi, Zakonom o brdsko-planinskim područjima i Zakonom o otocima, tada mora zaposliti najmanje jednog radnika koji ispunjava opće uvjete određene fizičkoj osobi za bavljenje obrtom (da joj pravomoćnom sudskom presudom, rješenjem o prekršaju ili odlukom Suda časti pri Hrvatskoj gospodarskoj komori nije izrečena sigurnosna mjera ili zaštitna mjera zabrane obavljanja djelatnosti dok ta mjera traje; da udovoljava i posebnim zdravstvenim uvjetima) te da ima završenu odgovarajuću srednju stručnu spremu, a tada je taj radnik dužan u roku od dvije godine od dana upisa u evidenciju o pravnim osobama koje se bave obrtom položiti majstorski ispit za odgovarajuće zanimanje. Pravna se osoba može početi baviti obrtom nakon što nadležni županijski ured donese rješenje da ta pravna osoba udovoljava navedenim uvjetima koji su određeni zakonom.³¹

Zakonska odredba određuje da se pravna osoba može baviti samo vezanim ili povlaštenim obrtima³², dakle ne i slobodnim obrtima Tako nedvojbeno proizlazi zbog upućivanja na odredbu koja spominje popise vezanih i povlaštenih obrta iako je njezin smisao teško dokučiv jer se ne vide razlozi zbog kojih se pravna osoba ne bi mogla baviti i slobodnim obrtima ako može vezanim i povlaštenim obrtima. Ako je ideja da ta pravna osoba ima zaposlenog jednog radnika koji ispunjava uvjete za bavljenje obrtom, nema razloga zašto se takav uvjet ne bi postavio i za bavljenje slobodnim obrtima.

Daljnje ograničenje za pravnu osobu da se bavi obrtom je u tome što je određeno da ona to ne smije činiti na industrijski način. Nije poblizje određeno Zakonom o obrtu što znači takvo bavljenje obrtom, a nije ni poznato da bi ikoji drugi propis spominjao industrijsko bavljenjem nekom djelatnošću u tom smislu.

³⁰ Zapravo su jednaki uvjeti koji se traže i za osobu koja kao poslovođa vodi izdvojeni pogon obrta izvan njegova sjedišta. V. čl. 21. - 26. Zakona o obrtu. Određeno je i općenito da obrtnik može slobodni ili vezani obrt voditi sam ili preko poslovođe koji ispunjava te uvjete.

³¹ Čl. 8. Zakona o obrtu.

³² Čl. 1., st. 2. Zakona o obrtu.

Može se tek naslutiti da je ideja bila ta da se pravnu osobu u bavljenju obrtom ograniči u opsegu i intenzitetu obavljanja djelatnosti obrta. No, to doista nema smisla iz više razloga. Prvo, zašto bi se ikoga ograničavalo u intenzitetu bavljenja obrtom, a posebno zašto bi se ograničavalo pravne osobe ako se ne ograničava fizičke osobe koje se bave obrtom jer za njih očito ne vrijedi ograničenje da se obrtom ne smiju baviti na industrijski način. Drugo, čak i sva praksa i iskustvo pokazuju da pravni oblik gospodarskog subjekta ne determinira njegovu uspješnost ili opseg poslovanja; posve je moguće da obrtnik fizička osoba bude u svom djelovanju puno uspješniji od pravne osobe trgovačkog društva. Treće, takvo je ograničenje barem za neke pravne osobe, svakako za trgovačka društva, potpuno suprotno njihovoj zakonskoj definiciji iz Zakona o trgovačkim društvima³³ i uobičajenu shvaćanju da se one osnivaju, prije svega, s idejom ostvarivanja dobiti pa nema smisla da ih se u tome ograničava. Četvrto, time se bez pravno ili gospodarski opravdanog razloga zapravo diskriminiraju pojedini pravni oblici subjekata, a različit tretman pojedinih gospodarskih subjekata ovisno o njihovom pravnom obliku doista treba biti valjano utemeljen, što ovdje nije slučaj. Na posljetku, ako nije jasno određeno što znači “na industrijski način”, onda nema ni pravne sigurnosti koje su to granice bavljenja obrtom za pravne osobe. Usto, svako takvo u biti administrativno ograničenje nije smisleno ni poticajno za ulaganja.

Do izmjena Zakona o obrtu iz 2007. godine bilo je određeno da se samo trgovačko društvo može baviti obrtom dok je to sada prošireno na sve pravne osobe. Načelno to ima smisla jer treba omogućiti pristup što širem krugu djelatnosti većem broju gospodarskih subjekata ako nema stvarno opravdanih razloga da se u tome postavljaju ograničenja. No, valja glede toga kazati da je po prirodi stvari dostupnost bavljenja obrtom limitirana na one pravne osobe koje se djelatnošću bave na gospodarski način, dakle s namjerom ostvarivanja nekih gospodarski procjenjivih koristi.³⁴ Istodobno, širenje kruga osoba koje se mogu baviti obrtom s trgovačkih društava na sve pravne osobe je kontradiktorna zabrani da pravne osobe to čine na industrijski način. U tom smislu, ma koliko da je za pozdraviti širenje autonomije, upitno je koliko to ima smisla ako se zadržavaju ograničenja za kojih nema opravdanja.

Prethodna razmatranja povezana su s pitanjem treba li obrt promatrati kao vrste djelatnosti koje se obavljaju ili kao pravni oblik u kojemu se neke

³³ Čl. 1., st. 1. Zakona o trgovačkim društvima.

³⁴ V. o tome u radovima u bilj. 6.

djelatnosti obavljaju. Ako je obrt determiniran tipom djelatnosti, onda svako ograničavanje na određene pravne oblike mora biti opravdano, razmjerno i pravno ili gospodarski utemeljeno.³⁵ No, tada nema razloga da se u istom času propisuju ograničenja koja se odnose na način, odnosno intenzitet bavljenja nekom djelatnošću. S druge strane, ako je obrt poseban pravni oblik gospodarskog subjekta, tada se ne čini da postoje razlozi da se taj pravni oblik vezuje za samo neke djelatnosti, koje zapravo nisu precizno definirane. Načelno, moglo bi se zaključiti da su te odredbe Zakona o obrtu koje se tiču djelatnosti, njihova opsega i intenziteta bavljenja obrtom uvelike anakrone te da samo ponavljaju tradicionalna shvaćanja ne uvažavajući pritom promijenjene gospodarske i pravne odnose.

Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću

S obzirom na to da se obrtom prema opisanim pravilima može baviti svaka pravna osoba, to, dakako, može biti i društvo koje je uvedeno izmjenama Zakona o trgovačkim društvima iz 2012. godine. To je jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću. Jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću je društvo na koje se primjenjuju sva pravila koja vrijede za društvo s ograničenom odgovornošću, osim ako zakonom nije određeno drugačije. Njegovo ime ispravno otkriva da za njega vrijede pojednostavljena pravila pa se zato i osniva na pojednostavljen način. To društvo ima najviše tri člana i samo jednog člana uprave, a najniži iznos temeljnog kapitala manji je od onoga koji inače vrijedi za društva s ograničenom odgovornošću i iznosi 10,00 kuna. Ulozi za preuzete poslovne udjele uplaćuju se samo u novcu. Taj oblik društva s ograničenom odgovornošću mora imati zakonske rezerve u koje mora unijeti četvrtinu iznosa dobiti društva iskazane u godišnjim financijskim izvješćima umanjene za iznos gubitka iz prethodne godine, a točno je određeno za koje se svrhe te rezerve smiju koristiti.³⁶

Iako, kao i svako trgovačko društvo, i jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću odgovara za svoje obveze cijelom svojom imovinom, ono bi za osobe koje se žele baviti obrtom moglo biti privlačno zbog okolnosti da mu je

³⁵ Takva ograničenja postoje za određene djelatnosti na samo neke tipove trgovačkih društava, na primjer, za bankarske djelatnosti ili djelatnosti osiguranja.

³⁶ V. čl. 387., st. 2. i čl. 390.a Zakona o trgovačkim društvima.

minimalni temeljni kapital iznimno nizak, samo 10 kuna pa za njegovo osnivanje nisu potrebna veća sredstva. No, ograničavajući čimbenik u odluci da se taj oblik društva koristi za obavljanje obrta je taj da se to društvo, kao i svaka pravna osoba, može baviti obrtom samo pod uvjetom da to ne čini na industrijski način. O tome se u tekstu već bilo raspravljalo, a upravo je navedeni faktor još jedan argument u prilog tvrdnji kako je upućivanje isključivo na neindustrijski način obavljanja djelatnosti za pravne osobe kontraproduktivno.

ODGOVORNOST OBRTRNIKA ZA OBVEZE

Pravna osoba koja se bavi obrtom odgovara za svoje obveze prema općim pravilima koja vrijede za tu pravnu osobu. Do odluke Ustavnog suda kojom je ova odredba ukinuta³⁷ bilo je određeno da obrtnik za svoje obveze odgovara cjelokupnom unesenom imovinom koja je potrebna za obavljanje obrta.³⁸ Ustavni sud temeljio je svoju odluku, prije svega, na ustavnoj odredbi kojom se država obvezuje svim poduzetnicima osigurati jednak položaj na tržištu. Stoga Ustavni sud smatra da se postupa upravo suprotno tom ustavnom načelu kada se za obrtnika i trgovca pojedinca uspostavljaju različiti oblici odgovornosti. Naime, za razliku od obrtnika, trgovac pojedinac odgovara za svoje obveze, uključujući i obveze nastale u obavljanju obrta prije njegova upisa u sudski registar kao trgovca pojedinca, osobno, cijelom svojom imovinom.³⁹

Odluka Ustavnog suda zaslužuje nekoliko napomena. Izreka se čini ispravnom jer doista nije smisljeno da osobe koje se bave istom djelatnošću odgovaraju različito. Argument u prilog tom rješenju ne može biti ni različit opseg poslovanja obrtnika i trgovca pojedinca s obzirom na pravilo o tome kada se osoba koja djeluje prema propisima o obrtu upisuje u sudski registar kao trgovac pojedinac. To, ako ništa drugo, onda iz razloga što netko može biti upisan u sudski registar dobrovoljno premda za to ne postoji zakonska obveza pa je moguće da osoba čiji je opseg poslovanja veći, a za njen se opseg poslovanja ne traži obvezatan upis, odgovara kao obrtnik ograničeno, samo imovinom unesenom u poslovanje obrta,

³⁷ U-I/2771/2008, Narodne novine, br. 40/10.

³⁸ Čl. 20., st. 1. Zakona o obrtu. Istina, i prije ukidanja te odredbe do sadržajne odgovornosti obrtnika za njegove obveze cijelom imovinom dolazilo se primjenom odredbe čl. 70. tada važećeg Ovršnog zakona. V. za to Barbić, *op. cit.* u bilj. 6, str. 230. Istovjetna odredba sada se nalazi u čl. 75. važećeg Ovršnog zakona, Narodne novine, br. 112/12.

³⁹ Čl. 9., st. 2. Zakona o trgovačkim društvima.

a osoba čiji je opseg poslovanja manji odgovara cijelom svojom imovinom samo zato što je trgovac pojedinac. No, iako se s izrekom odluke valja složiti, temelj za to ne bi smjela biti ustavna odredba o obvezi države da svim poduzetnicima jamči jednak položaj na tržištu. Dva su razloga za takvo stajalište. Prvi je taj da država ne može jamčiti poduzetnicima jednak položaj na tržištu jer on ovisi prije svega o poslovanju poduzetnika i njihovoj uspješnosti. Doslovno tumačenje te odredbe značilo bi da se neuspješni poduzetnik može pozvati da njegov položaj nije u skladu s Ustavom samo zato što je položaj nekog uspješnijeg poduzetnika na tržištu bolji. Ako se tu odredbu ipak shvati kao programatsko opredjeljenje države da svim poduzetnicima treba pružiti jednake uvjete na tržištu, i tada je upitna njena smislenost jer je onda ona u suprotnosti s temeljnim pravilima o različitim pravnim oblicima poduzetnika. Naime, propisi omogućuju da se pojedine djelatnosti obavljaju u različitim pravnim oblicima pa, ako već postoji odluka da se ti različiti pravni oblici omoguće, nije logično da njihov tretman bude jednak. Dapače, na poduzetniku je da se odluči za pravni oblik koji drži za sebe oportunim, sa svim odgovarajućim pravnim posljedicama, prednostima i nedostacima toga izbora. Drugo je, međutim, pitanje treba li obrtnika i trgovca pojedinca smatrati različitim pravnim oblicima.

Glede odgovornosti obrtnika valja kazati da postoje primjeri u komparativnom pravu da je odgovornost fizičkih osoba kao gospodarskih subjekata ograničena⁴⁰ pa na tragu tih rješenja uređenje u Zakonu o obrtu prije ukidanja odlukom Ustavnog suda nije bilo unikatno. U skladu s rješenjima u drugim pravima nastali su i prijedlozi unutar Hrvatske obrtničke komore o ograničenoj odgovornosti obrtnika za obveze koje nastaju poslovanjem obrtnika.⁴¹ No, argumenti u prilog prihvaćanju tih prijedloga ne bi smjeli zanemariti negativne

⁴⁰ Odredbe čl. L526-1 *sqq.* francuskog Code de commerce omogućavaju da fizička osoba koja samostalno obavlja gospodarsku djelatnost odgovara ograničeno za obveze koje nastanu obavljanjem te djelatnosti (*entreprise individuelle a responsabilite limitee*). V. o tome, npr., <http://henricapitantlawreview.org/article.php?lg=en&id=310> (12. studenoga 2012.). V. i http://www.sumarios.org/sites/default/files/pdfs/a_responsabilidade_do_empreendedor_individual_e_suas_perspectivas_juridicas_joao_dias_feltrin_josemar_sidnei_soares.pdf (12. studenoga 2012.) za portugalsko pravo i usporedbu s francuskim. Za brazilsko pravo v. <http://www.mcampos.br/POSGRADUACAO/Mestrado/dissertacoes/2011/angelabarbosafancoempresarioindividualresponsabilidadeilimitada.pdf> (12. studenoga 2012.).

⁴¹ V. http://www.hok.hr/cro/o_hok_u/zahtjevi_i_prijedlozi_hrvatskih_obrtnika (12. studenoga 2012.).

aspekte, prije svega to da je vrlo izgledno da bi obrtnicima čija je odgovornost ograničena bili teže dostupni izvori financiranja jer bi vjerovnici od obrtnika teže mogli naplatiti svoje tražbine.⁴²

Može se, dakle, kazati da bi rasprava o tome treba li odgovornost obrtnika biti ograničena ili obrtnik treba odgovarati cijelom svojom imovinom kao fizička osoba trebala, prije svega, biti fokusirana na praktične posljedice poslovanja za obrtnike koje proizlaze iz prihvaćanja jedne ili druge varijante. No, nijednu od mogućnosti ne treba bez pogovora isključiti samo zato što je u većem dijelu u hrvatskoj pravnoj i gospodarskoj tradiciji odgovornost obrtnika bila neograničena. Tradicija u tom slučaju ne bi smjela nadvladati nad potrebama gospodarske prakse pod uvjetom da su rješenja usklađena s drugim institutima u pravnom sustavu te da su pravno logična i konzekventna.

Summary

Siniša Petrović*

THE CRAFT – ITS NOTION, PURPOSE, LEGAL FORM, AND LIABILITY

Performing of economic activities through craft is a part of Croatian legal and business tradition. The number of natural persons involved in craft demonstrates the wide acceptance of such legal form and its influence among businesspeople. The main source of its regulation, the Crafts Act, envisages various types of craft, depending on the activity that craftsmen perform. Except the division on “independent”, “connected” and “authorized” crafts, Crafts Act introduces also special types of craft, with encouraging effect on the performing of economic activities. However, not all statutory provisions on crafts are meaningful and consistent. This goes in particular to those regulating prerequisites for certain types of crafts.

⁴² V. za to u francuskom pravu Vermeille, S., *The Legal System and the Development of Alternative Methods of Financing to Bank Credit; Or How French Law Has Failed to Adapt to the Evolution of the Economy and Finance*, Revue Trimestrielle de Droit Financier, br. 2, 24. lipnja 2012. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2090036); Levratto, N.; Serverin, E., *Become Independent! The Paradoxical Constraints of France’s Auto-Entrepreneur Regime*, 7. siječnja 2011. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1780485).

* Siniša Petrović, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14.

Craft is particularly well suited to be performed by natural persons. However, Crafts Act allows also for legal persons to engage in craft, as long as they do not perform it in “an industrial way”. This paper criticizes such regulation, since it is neither reasonable, nor in accordance with the general provisions on craft, nor harmonized with the entire legal system. The main criticism is that it limits the entrepreneurial freedom without justification or a meaningful explanation.

The paper critically reviews statutory provisions that designate the sole trader as a craftsman who is registered in the court register. It seems that the very notion of sole trader is superfluous, since there are no substantive grounds for its existence. Both a craftsman and a sole trader are merchants in the sense of the law on obligations and, consequently, all the rules which apply to merchants are applicable equally to both of these categories.

Furthermore, the paper analyses the provisions on liability of craftsmen. It is emphasized that in regard to the liability of craftsmen both legal and economic consequences have to be taken into account. In other countries, there are examples that liability of craftsmen can be limited, and such provision existed in Croatian law before it was set aside by the Constitutional Court.

Keywords: craft, craftsman, liability, activities, simple limited liability company.

ODNOS KONDIKCIJSKOG I DRUGIH SRODNIH IMOVINSKOPRAVNIH ZAHTJEVA

*Prof. dr. sc. Petar Miladin **

Pred sudom nije u načelu prihvatljiva tobožnja generalna tužba, kondikcija zbog stjecanja bez osnove (čl. 1111. ZOO-a) jer svaki tužbeni zahtjev mora biti određen.¹ Opće nepisano materijalno pravilo nalaže da se nitko ne može neopravdano obogatiti na tuđi račun. Neopravdano obogaćenje treba, stoga, uopće kao obvezni odnos razgraničiti od srodnih obveznih odnosa jer se kondikcije tek tada jasno određuju prema vindikaciji i tužbama radi raskida i zbog ništavosti ugovora.

Ključne riječi: kondikcije, raskid, ništavost.

1. UVOD

Problem Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, dalje u tekstu: ZOO) leži u tome što je institut neopravdanog obogaćenja formalno, nominalno poistovjećen s jednom od kondikcija, *condictio sine causa*.² Stjecanja bez osnove samo je dio instituta neopravdanog obogaćenja pa ni u kojem slučaju razlike između tih dvaju izraza nije moguće svesti na razinu puke konvencije.³ Odredbe čl. 1111., st. 1. i st. 2. ZOO-a doslovno su preuzete iz čl.

¹ Više o predmetu spora u parničnom postupovnom smislu v. Dika, M., *Građansko parnično pravo. Tužba. VI. knjiga*, Zagreb, 2009., Glava četvrta, posebice § 19., str. 175 sqq.

² V. Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, 11. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2008., str. 644.

³ V. o tome, posebice s povijesnopravnog stajališta, Miladin, P., *Običaji, kondikcije, ortaštvo i ugovorna kazna prema Bogišićevom Općem imovinskom zakoniku za Crnu Goru (OIZ) i hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima (ZOO)*, u: Kregar, J. et al. (ur.), *Bogišić i kultura sjećanja*, Zagreb, 2011., str. 81 sqq. Suprotno tomu Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 644 i 645.

168., st. 2. Konstantinovićeve Skice.⁴ Problem je u tome što je izraz stjecanje bez osnove skovan na temelju nekritičkog, površnog korištenja rješenja iz čl. 1111., st. 1. ZOO-a, odnosno čl. 168., st. 2. Skice. Konstantinović započinje svoj čl. 168. tvrdnjom prema kojoj je pravilo da se nitko ne može obogatiti bez osnove na tuđi račun.⁵ On tek po tom pravilu, rukovodeći se njime daje definiciju stjecanja bez osnove koje se još nismo otresli kao paradigme neopravdanog obogaćenja. Stjecanje bez osnove samo po sebi ne može iznijeti posebnu vrstu obveznog odnosa o kojoj je ovdje riječ; ta puka kondikcija dobiva cjelovit smisao samo ako ju se podvrgne pravilu po kojem se nitko ne može neopravdano obogatiti na tuđi račun.

2. ODNOS NEOPRAVDANOG OBOGAĆENJA I VINDIKACIJE

Vraćanje dijelova imovine iz dužnikove vlasti sustavno i funkcionalno povezuje vindikaciju i neopravdano obogaćenje. Stvari uvijek pripadaju imovini svog titulara, vlasnika pa se stoga ta dva zahtjeva međusobno isključuju, oni nikad ne konkuriraju jedan drugome. Gdje ima mjesta vindikaciji, nema mjesta kondikciji i obrnuto.⁶ Vlasnik može od svakog posjednika koji mu uskraćuje, zadržava njegovu stvar materijalnopravno zahtijevati (vindicirati) vraćanje svoje stvari (čl. 161., čl. 162. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, dalje u tekstu: ZV). Kod posjedovne tužbe vrijede *mutatis mutandis* ista pravila pod pretpostavkom da su za to ispunjene pretpostavke propisane ZV-om (čl. 22. ZV-a). Vlasnički zahtjev postoji samo ako i dok postoji pravo vlasništva koje je povrijeđeno.⁷ Bivši vlasnik ne može vindicirati stvar od samostalnog posjednika koji je u dobroj vjeri stekao stvar na temelju čl. 118. jer je po toj osnovi vlasnik izgubio, a samostalni posjednik stekao pravo vlasništva. Sukobe li se stvarni vlasnik i tobožnji samostalni posjednik, jasno je da pobjeđuje stvarni vlasnik jer ista stvar ne trpi dva samostalna posjednika. Nitko se ne može s povjerenjem pouzdati u to da je i u odnosu

⁴ V. Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori*, Beograd, 1969., str. 60 - 61.

⁵ V. *ibid.*, čl. 168., st. 1.

⁶ Tako N. Gavella u: Gavella, N. (ur.), *Stvarno pravo, svezak I.*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2007., Zagreb, str. 589.

⁷ Tako *ibid.*, str. 580.

prema vlasniku određene stvari upravo on samostalni posjednik iste te stvari.⁸ Materijalno-pravna istina titulara vlasničkog zahtjeva jača je od odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida na temelju čl. 11., st. 3. ZV-a, ali to ne znači da će stvarni vlasnik na koncu dobiti spor koji vodi protiv prividnog samostalnog posjednika.⁹ Sukobe li se, naime, dva prividna nesamostalna posjednika, pobjeđuje onaj koji ima neposredan posjed. Prividni, tobožnji samostalni posjednik nerijetko, stoga, pobjeđuje u parnici stvarnog vlasnika, posebice kad nije u mogućnosti dokazati vlasništvo svih svojih prednika dok se ne dođe do onoga koji je vlasništvo stekao originarno (*probatio diabolica*).¹⁰ Stvarni vlasnik nije prividni nego stvarni samostalni posjednik tek kad pred sudom dokaže svoje vlasništvo. Vlasnik, stoga, ne postavlja vindikacijski zahtjev prema nesamostalnom ili samostalnom posjedniku kao tuženiku¹¹ nego samo prema nesamostalnom posjedniku ili prividnom samostalnom posjedniku jer se oni uopće nisu ni mogli obogatiti. Naime, nisu ni stekli vlasništvo pojedine stvari pa stoga nisu ni mogli postati samostalni posjednici.¹² Stvar tada i nadalje pripada tužiteljevoj, vlasnikovoj imovini pa nesamostalni posjednik, odnosno prividni samostalni posjednik primanjem te stvari nije povećao svoju imovinu, a to je pretpostavka zahtjeva na temelju neopravdanog obogaćenja.

Dužnikova imovina povećat će se ako na njega predajom prijeđe i vlasništvo na toj stvari, i to upravo za vrijednost te stvari ako, naravno, dužnik nije za tu stvar izdvojio iz svoje imovine neku, barem odgovarajuću protuvrijednost. Prvotni vlasnik stvar tada više ne može vindicirati neovisno o tome je li potonji vlasnik stvar stekao neopravdano. Vindicirati može samo vlasnik. Kako bi to

⁸ U tom smislu treba tumačiti čl. 11., st. 2. ZV-a.

⁹ O odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida v. Miladin, P., *Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 58, br. 4, 2008., str. 965 i 967.

¹⁰ V. Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 295.

¹¹ Suprotno tome Gavella, N. (ur.), *op. cit.* u bilj. 6., str. 595 i Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 296, gdje se smatra da vlasnik svoju stvar može vindicirati i od samostalnog i od nesamostalnog posjednika.

¹² Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Basel - Frankfurt am Main, 1990., str. 6, smatraju sa stajališta švicarskog prava da se vindikacijska tužba može podići samo prema nesamostalnom posjedniku. Švicarsko pravo neopravdanog obogaćenja, posjeda i vlasništva vrlo je srodno odgovarajućem hrvatskom pravu. Treba napomenuti da čl. 714. švicarskog ZGB-a u vezi s čl. 933. - 935. ZGB-a omogućuje širu primjenu instituta stjecanja od nevlasnika nego što je to slučaj s čl. 118. ZV-a.

vlasnik mogao tužiti samoga sebe na povrat stvari? Prvotni vlasnik gubi, dakle, svoj stvarnopravni, vlasnički položaj, ali on i nadalje živi u drugom, obveznopravnom obliku neopravdanog obogaćenja.¹³ On tada može zahtijevati od dužnika vraćanje prema obveznopravnim pravilima o neopravdanom obogaćenju.

Vindikacija i neopravdano obogaćenje međusobno se isključuju. Ako je vindikacija moguća, obveznik vraćanja stvari uvijek je isključivo nesamostalni posjednik, odnosno prividni samostalni posjednik stvari. Oni se nisu mogli neopravdano obogatiti stječući tu stvar jer ona nije nikad ni bila njihova. Vjerovnik, međutim, ne može vindicirati obogati li se dužnik neopravdano za neku stvar jer tada vlasnik te stvari nije više on nego dužnik. Vjerovnik mora, dakle, ustati kondikcijom ako je dužnik neopravdano postao vlasnikom te stvari. Vindikacija omogućuje tužitelju ponovno pribaviti posjed, a kondikcija pomaže tužitelju ponovno doći do svog vlasništva.¹⁴

2.1. Verzijski zahtjevi iz čl. 1118. i čl. 1120. ZOO-a – pleonazmi u današnjem obveznom i stvarnom pravu

Nema neopravdanog obogaćenja koristi li tko neopravdano tuđe stvari, a pritom ne postane vlasnikom stvari.¹⁵ Nakon što je ZV stupio na snagu više nema mjesta rezigniranu pa i benevolentnu odnosu prema verzijama u čl. 1118. i 1120. ZOO-a. Jedini *ratio* po kojem su one danas u ZOO-u svodi se na ideju – neka se nađu, neće škoditi. Pogubno je, međutim, praviti od ZOO-a kao najživotnijeg propisa muzej voštanih privatnopravnih figura. Verzije su

¹³ *Ibid.*, str. 6. Autori citiraju glasoviti Wilburgov ulomak o odnosu vindikacije i neopravdanog obogaćenja.

¹⁴ Von Tuhr, A.; Peter, H., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 1. Bd.*, 1. izdanje, Zürich, 1974.; 2. izdanje, Zürich, 1979.; Supplement, Zürich, 1984., str. 513 i 521; Gauch, P.; Schlupe, W., *Schweizerische Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 4. izdanje, Zürich, 1987., § 1122; Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *op. cit.* u bilj. 12, str. 7.

¹⁵ Suprotnu tezu zastupala je J. Danilović (Danilović, J., natuknica *Neosnovano obogaćenje*, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada I – III. Tom II, Beograd, 1978., str. 428), ali pritom treba voditi računa o tome da propisi stvarnog prava tada nisu rješavali to pitanje kao što ga danas rješavaju odredbe čl. 164. i 165. ZV-a. Danas Vedriš, M.; Klarić, P., *op. cit.* u bilj. 2, str. 649, smatraju da je pozicija verzije u ZOO-u posljedica koncepcije o stjecanju bez osnove kao jedinstvenog instituta koja je primijenjena u ZOO-u.

do stupanja na snagu ZV-a imale smisla jer bi bez njih po tada važećim oskudnim i pravno-politički nevoljkim stvarnopravnim propisima vlasnik stvari ostao bez učinkovite pravne zaštite.¹⁶ Vlasnička tužba bila je, naime, sve do stupanja na snagu ZV-a ograničena na puko vraćanje stvari u tuđem posjedu. O sporednom vlasničkom tužbenom zahtjevu prema poštenom i nepoštenom posjedniku stvari glede plodova i drugih koristi nije bilo ni slova u tadašnjim nazovistvarnopravnim propisima.¹⁷ Jedino u tom povijesnopravnom kontekstu može se razumjeti odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske prema kojoj se jedan suvlasnik neopravdano obogatio na račun drugog tako što je neovlašteno koristio njegov suvlasnički dio nekretnine, i to u visini najamnine što bi je inače trebao plaćati uz dospjeće pojedinih obroka najamnine kako bi oni inače bili dospijevali na naplatu.¹⁸ Suštinski je posrijedi zahtjev vlasnika prema nepoštenom posjedniku iz čl. 165., st. 1. ZV-a, a ne tobožnji kondikijski, verzijski zahtjev iz čl. 1120. ZOO-a zahtijeva li, primjerice, tužitelj od tuženika naknadu jer je potonji neovlašteno koristio njegov poslovni prostor nakon što je prestao njihov ugovor o zakupu.¹⁹ Iako su odredbe ZOO-a i ZV-a u tom pitanju funkcionalno srodne, treba voditi računa o njihovim razlikama, posebice stoga što vlasnikov zahtjev na temelju čl. 165., st. 1. ZV-a prema nepoštenom posjedniku za naknadu postignutih koristi zastarijeva sukladno čl. 165., st. 2. ZV-a za tri godine od dana kada je nepošteni posjednik vratio posjed vlasniku stvari, a zahtjevi iz čl. 1118. i čl. 1120. ZOO-a na temelju čl. 225. ZOO-a zastarijevaju u roku od pet godina računajući od dana kada je nastala vjerovnikova tražbina prema

¹⁶ U tom smislu v. Danilović, J., *op. cit.* u bilj. 15, str. 428; Tumbri, T., *Stjecanje bez osnove*, Nova zakonitost, vol. 9, br. 19, 1988., str. 1063. Danas potpuno prevladavaju stajališta po kojima vlasnička tužba isključuje vindikaciju. Tumbri je uočila kako se pitanje odnosa reivindikacije i kondikcije uopće nije moglo postaviti glede vraćanja društvenih pravnih sredstava društvenoj pravnoj osobi jer društvena pravna osoba nije imala ni vlasničko ni koje drugo stvarno pravo da bi mogla vratiti tu stvar, odnosno društveno sredstvo. Tužbu nisu mogli podizati ni radni ljudi jer oni nisu imali pravo na pojedinom sredstvu nego samo na ukupnosti društvenih sredstava u OOUR-u. Kondikcija je tada u tim slučajevima bila jedino sredstvo pravne zaštite. Danas spomenuti argumenti otpadaju.

¹⁷ Usp. tekst o reivindikaciji u Vedriš, M., *Osnove imovinskog prava*, 2. izdanje, Zagreb, 1976., str. 156 - 157 s tekstem u Vedriš, M.; Klarić, P., *op. cit.* u bilj. 2, str. 294 - 300.

¹⁸ V. odluku Vrhovnog suda RH (dalje u tekstu: VSRH) Rev 1881/1991 od 28. studenog 1991. objavljen u: Izbor odluka VSRH, Zagreb, 1993., str. 113 - 114.

¹⁹ Suprotno tome odluka Županijskog suda u Dubrovniku br. GŽ-567/08 od 21. kolovoza 2008. objavljena u ING pregledu sudske prakse, br. 5, 2008., str. 143, br. 191.211.83.

dužniku.²⁰ Vlasnik poslovnog prostora ima, stoga, na temelju čl. 225. u vezi s čl. 1120. ZOO-a pravo zahtijevati od nepoštenog posjednika naknadu za sve koristi što ih je imao za vrijeme svog posjedovanja, i to u roku od pet godina od dana kad su nastale tražbine po toj osnovi.²¹ U svakom slučaju nužni su zaokreti *de lege ferenda* u smislu brisanja čl. 1118. i čl. 1120. ZOO-a.²²

Stvari su se glede danas jasnog principa ili – ili (vindikacija ili kondikcija) vrtjele u krug sve dok ZV nije izričitim odredbama čl 164. i čl. 165. ZV-a priznao vlasniku prava prema poštenom i nepoštenom posjedniku. Verzije iz čl. 1118. i čl. 1120. ZOO-a danas više nisu *variae causarum figurae*, njihova zajednička baza više nije njihova perifernost i rezidualnost, nemogućnost svrstavanja u jedan od već u sustavu ustaljenih i čvrstih pravnih instituta, one više nisu u sustavu privatnog prava upravo po tome što su ostale izvan tog sustava.²³ Kvazikontraktualni koncept verzija iz čl. 1118. i čl. 1120. ZOO-a uspješno je nadomješten njihovim dosljednim uklapanjem u sustav stvarnog prava izričitim odredbama čl. 164. i čl. 165. ZV-a, odnosno u kondikcijski sustav prava neopravdanog obogaćenja.

Nema mjesta primjeni čl. 1118. ZOO-a oboji li tko metalna vrata tuđe garaže uvjeren da je to bila njegova garaža ili ugradi li automehaničar rezervni dio kojega mu je radi zamjene dotrajalog pribavio vlasnik automobila u automobil treće osobe.²⁴ Nema mjesta ni primjeni čl. 1120. ZOO-a zasije li tko tuđim sjemenom svoju njivu.²⁵ Na temelju izričite odredbe čl. 150., st. 1. ZV-a tada očito nije moguće vratiti stvar naturalno pa vlasniku preostaje tek materijal-nopravni zahtjev na temelju neopravdanog obogaćenja, konkretno na temelju stjecanja bez osnove. To su, dakle, ta obveznopravna pravila na koja upućuje čl. 150., st. 1. ZV-a. Nema nikakva smisla da u tim slučajevima čl. 150., st. 1.

²⁰ Vedriš, M.; Klarić, P., *op. cit.* u bilj. 2, str. 649, posebice upućuju na razlike između kondikcije i verzije, dakle zahtjeva iz čl. 164. i čl. 165. ZV-a glede opsega vraćanja.

²¹ U tom smislu v. ispravnu odluku Županijskog suda u Dubrovniku, *op. cit.* u bilj. 19. Primjenjuje se, dakle, opći zastarni rok za kondikcije iz ZOO-a.

²² V. odluku Županijskog suda u Koprivnici Gž-800/03-2 od 3. srpnja 2003. objavljenu u ING pregledu sudske prakse, br. 2, 2004., str. 39, br. 172.2. I ta odluka upućuje na to da dupliciranje pravne zaštite samo šteti.

²³ O tom prevladanom rimskopravnom shvaćanju v. nadahnuto Hekman, J., *Poseban slučaj in rem verzije (Prilog tumačenju čl. 218. Zakona o obveznim odnosima)*, Odvjetnik, br. 1-2, 1982., str. 3.

²⁴ Tako, međutim, Vedriš, M.; Klarić, P., *op. cit.* u bilj. 2, str. 648.

²⁵ Tako, međutim, *ibid.*

ZV-a uputi na čl. 1118. ZOO-a jer bi to bila vrtnja u istom začaranom krugu. Izraz “naknaditi njezinu vrijednost” iz čl. 1118. ZOO-a posebice nije sretno pogođen. Gordijski čvor uporabe stvari na tuđu i svoju korist treba presjeći upućivanjem na vindikaciju ima li za nju mjesta, a, ako nema, na kondikciju. Verzija je potpuno suvišna.

Pristaše vindikacije prije ZV-a jednostavno nisu konstruirali prošireni sadržaj vlasničkih prava prema poštenim i nepoštenim posjednicima svojih stvari.²⁶ Danas su, stoga, odredbe čl. 1118. i čl. 1120. ZOO-a promijenile adresu, vratile su se kući, kamo i pripadaju, u ZV. Kad su te odredbe već na adresi ZOO-a, trebalo bi u naslovu staviti u zagradama - reda radi, odnosno radi zabludjelih adresata - odselile u čl. 164. i čl. 165. ZV-a. Samo kad posjednik stvar utroši, otuđi, pomiješa ili spoji sa svojim stvarima, prestaje stvarnopravni odnos između njega i vlasnika i nastaje obveznopravni. Vlasnik tada gubi vindikacijski zahtjev i stječe kondikcijski pa stoga ni onda nema potrebe za verzijским zahtjevom iz čl. 1118. i čl. 1120. ZOO-a. Vlasničko pravo preobražava se u obvezno pravo koje omogućuje da se zaštita vlasničkih prava produži. Kondikcija i vindikacija imaju, dakle, istu funkciju pa su se, stoga, i razvile u uskoj vezi jedna s drugom.²⁷

3. NAČELO KAUZALNE TRADICIJE I NEOPRAVDANO OBOGAĆENJE

Stjecanjem individualno određene stvari neće u pravilu doći ni do kakva neopravdanog obogaćenja.²⁸ Ako je, naime, tradicija valjana, stvar je stečena s osnovom pa obogaćenje nije neopravdano. Pretpostavke neopravdanog obogaćenja nisu ispunjene ni kad tradicija nije valjana, primjerice, zbog toga što je *titulus* ništav, pobojan ili zbog toga što je ugovor raskinut pa je *modus* otpao s učincima *ex tunc* (čl. 368. ZOO-a). Stvar tada nije promijenila vlasnika, ona je i nadalje u vjerovnikovoj imovini. On mora vindikacijom zahtijevati od dužnika kao nesamostalnog posjednika da mu vrati tu stvar.

²⁶ V., primjerice, Radišić, J., *Obligaciono pravo. Opšti deo*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1982., str. 276.

²⁷ Tako *ibid.*

²⁸ V. pobliže o kauzalnoj tradiciji Gavella, N., *op. cit.* u bilj. 6, §113, str. 106.

3.1. Izuzeci

Pravila o neopravdanom obogaćenju mogu se primijeniti u svim slučajevima kad se vlasništvo iznimno, na temelju zakona stječe originarno, posebice, dakle, kad nevaljanost pravnog temelja ne pogađa neposredno, automatizmom valjanost modusa, odnosno posla stjecanja. O tome je, primjerice, riječ u slučajevima originarnog stjecanja vlasništva preradom, sjedinjenjem, miješanjem i građenjem tuđim materijalom iz čl. 148. - čl. 150. ZV-a.

Stjecanje ukradena, izgubljena ili zametnuta novca i vrijednosnih papira na donositelja najvažniji su slučajevi izvornog, originarnog stjecanja vlasništva, dakle, mimo načela kauzalne tradicije. Odredba čl. 118., st. 4. ZV-a posjed gotova novca i materijaliziranih vrijednosnih papira izjednačava s njihovim vlasništvom zbog osobito izražene potrebe za pravnom sigurnošću. Izvorni vlasnik novca i vrijednosnih papira na donositelja upućen je na obveznopravna pravila o neopravdanom obogaćenju ako mu je lopov, primjerice, ukrao taj novac ili vrijednosne papire na donositelja te ih je potom prenio poštenim trećim osobama. Vindikacija je isključena jer on više nije vlasnik tog novca i vrijednosnih papira na donositelja. Ako vlasnik novca može opisati novac prema serijskom broju novčanica koje ga razlikuju od ostalih istovrsnih novčanica, lopov i nepošteni stjecatelj gotova novca nemaju se pravo pozivati na to da su originarno, na temelju odgovornosti iz odnosa povjerenja stekli gotovinski novac pa stoga vlasnik novca može tada prema njima istaknuti vindikacijski zahtjev (čl. 162., st. 2. ZV-a).²⁹

Prema tome, originarno stjecanje vlasništva, neposredno na temelju zakona pretpostavka je na temelju koje vjerovniku umjesto vindikacije pripada zahtjev na temelju neopravdanog obogaćenja.³⁰

²⁹ Suprotno tome sa stajališta švicarskog prava koje u tom dijelu odgovara rješenjima hrvatskog prava izuzme li se nedostatak izričitog rješenja koje propisuje čl. 162., st. 2. ZV-a Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *op. cit.* u bilj. 12, str. 8. Oni tada vlasnika u odnosu prema lopovu općenito upućuju na neopravdano obogaćenje.

³⁰ Tako sa stajališta švicarskog prava koje u tom dijelu odgovara rješenjima hrvatskog prava *ibid.*

4. ODNOS NEOPRAVDANOG OBOGAĆENJA I UGOVORNIH ZAHTJEVA

Međusobno se isključuju i zahtjev na temelju neopravdanog obogaćenja te zahtjev za ispunjenje ugovora ili činidbe iz drugog pravnog posla. Naručitelj zahtjev za vraćanje uplaćenog predujma na temelju neopravdanog obogaćenja treba, dakle, odbiti utvrdi li se da nije raskinut ugovor o kupoprodaji s tuženikom, prodavateljem.³¹ Ugovorne strane svojim suglasnim očitovanjem volja postavljaju pravni temelj za razmjenu svojih preuzetih činidaba. Sve poduzete činidbe, odnosno sve što se stekne može počivati na jednoj od sljedećih triju osnova³²: *causa solvendi*, *causa credendi* i *causa donandi*. *Causa solvendi* podrazumijeva da se nešto steklo kako bi se ispunila određena obveza. *Causa credendi* označava pribavljanje određene koristi drugomu kako bi taj na odgovarajući način uzvratilo prvomu. *Causa donandi* pruža jednoj strani određene koristi iako druga strana za to nije primila odgovarajuću protuvrijednost.

Nijedna ugovorna strane ne može se neopravdano obogatiti jer svaka prima što joj pripada po ugovoru i za što je preuzela odgovarajuću protučinidbu. Ispuni li jedna ugovorna strana svoju činidbu, a druga strana uskrati ispuniti svoju činidbu, potonja strana nije se neopravdano obogatila na račun ugovoru lojalne strane jer je činidbu primila na temelju valjana ugovora, primila je ono što joj pripada na temelju ugovora. Tuženik tako, primjerice, ne odgovara tužitelju na temelju neopravdanog obogaćenja nego zbog neispunjenja ugovorne činidbe ne uplati li utržak na tužiteljev žiroračun, a taj je utržak ostvarivao tako što mu je tužitelj na temelju kooperacijskog ugovora isporučivao svoju robu ovlašćujući ga pritom da je prodaje i da sebi zaračuna proviziju, a da mu preostali iznos utrška dnevno uplaćuje na žiroračun.³³ Tada je očito posrijedi povreda tuženikove ugovorne činidbe iz čl. 768. ZOO-a da tužitelju bez odugovlačenja prenese sve što je primio na temelju obavljanja povjerenih mu poslova, bez obzira je li ono što je primio za nalogodavca bilo njemu dugovano ili ne.

Ispunjenjem valjana sklopljena ugovora jedna ugovorna strana ne može se neopravdano obogatiti dobije li od druge strane, objektivno gledajući, više nego

³¹ Tako odluka Visokog trgovačkog suda RH (dalje u tekstu: VTSRH) Pž-7545/05-4 od 17. ožujka 2008. objavljena na internetskoj stranici toga suda.

³² V., primjerice, za švicarsko pravo koje se u tom dijelu podudara s rješenjima hrvatskog prava Schaulin, H., *op. cit.* u bilj. 1, čl. 62., § 10.

³³ Suprotno tome, međutim, odluka VTSRH Pž-1800/04 od 20. rujna 2005. objavljena u Izboru odluka VTSRH, br. 11, Zagreb, 2006., str. 37 - 39.

što joj je sama dala. Prodavatelj se posebice neopravdano ne obogaćuje za onaj iznos za koji cijena premašuje objektivno utvrđenu vrijednost robe. On, stoga, ne odgovara na temelju neopravdanog obogaćenja nego na temelju neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora proda li kupcu poslovni prostor određene površine i cijenu zaračuna s obzirom na tu ugovorenu površinu, a naknadno se na temelju stvarne izmjere po okončanom obračunu ispostavi kako taj poslovni prostor ima bitno manju površinu. Na temelju neopravdanog obogaćenja odgovarat će se samo kad prodavatelj unaprijed primi punu cijenu s obzirom na okvirno postavljenu površinu, a ispostavi se naknadno da nekretnina zapravo ima bitno manju površinu. Međutim, to dolazi u obzir samo ako su se ugovorne strane nesporno sporazumjele o uvjetu da će se tek po okončanom obračunu utvrditi površina poslovnog prostora.³⁴ Razlika ugovorene površine i stvarno izmjerene površine u konkretnom predmetu iznosila je 20 kvadratnih metara pa se moglo tvrditi “da je tuženik od tužitelja samo primio veću svotu kupovnine od one koja je bila dogovorena po jedinici prostora” jer su se ugovorne strane u tom slučaju ugovorom nesporno sporazumjele da će se tek po okončanom obračunu utvrditi površina poslovnog prostora. Plati li, međutim, kupac prodavatelju naknadno dodatnu razliku cijene stana na temelju valjana aneksa ugovoru o kupoprodaji stana, kupac se ne može pozivati na to da je tada platio iako je mislio da nije dužan pa mu, stoga, u tom slučaju ne treba prema prodavatelju priznati prava na temelju neopravdanog obogaćenja.³⁵

Ugovorne strane usuglašavajući svoju volju rukovode se po prirodi stvari svojim subjektivnim mjerilima pa se, stoga, po njihovoj suglasno očitovanoj volji mjeri i ekvivalentnost njihovih uzajamnih prestacija. Iznimku treba tražiti u odredbama o zelenaškom ugovoru iz čl. 329, st. 3. ZOO-a. Izraz “smanjenje obveze oštećene strane” treba, naime, tumačiti i u smislu vraćanja neopravdano stečenih koristi strane koja je koristeći se stanjem nužde ili teškim materijalnim stanjem drugoga, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću ugovorila za sebe ili drugoga korist koja je u očitom nerazmjeru s onim što je on drugom dao ili učinio ili se obvezao dati ili učiniti.³⁶

³⁴ U tom smjeru v. odluku VSRH Rev-1045/95 od 19. studenoga 1998.

³⁵ Tako odluka VSRH Rev 3443/99-2 od 21. siječnja 2004. objavljena u ING pregledu sudske prakse, br. 5, 2004., str. 102, br. 171.2.

³⁶ V. u tom smislu i odredbu čl. 21. švicarskog *Obligationenrecht* (dalje u tekstu: OR).

5. NEOPRAVDANO OBOGAĆENJE I ZAHTJEVI ZA VRAĆANJE U SLUČAJU PRESTANKA, ODNOSNO PREOBRAZBE UGOVORA S *EX TUNC* UČINCIMA

Ako je na temelju ugovora koji je ništav, poništen ili raskinut, dakle s učincima *ex tunc*, odnosno otkad je ugovor sklopljen, nešto bilo ispunjeno, ima se vratiti, a, ako to nije moguće ili ako se narav onoga što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu.³⁷ Ništavi, pobjojni i raskinuti ugovori imaju u tom dijelu srodan tretman, ne proizvode pravne učinke otkad su sklopljeni, odnosno stvar se postavlja kao da ugovora među tim stranama nije ni bilo. Gase se obveze obiju ugovornih strana, a sve što je već ispunjeno, u potpunosti ili djelomično, može se vratiti ako su ispunjene za to potrebne pretpostavke. Kod ništavih i pobjojnih ugovora tada mogu nastati i zahtjevi na temelju neopravdanog obogaćenja, a kod raskinutih ugovora se vraćanje provodi po pravilima o ispunjenju dvostranoobvezujućih ugovora.

5.1. Pravila o vraćanju ako je predmet činidbe stvar

Pravila o vraćanju ako je još uvijek moguća naturalna restitucija

Prestane li ugovorni odnos s učinkom *ex tunc* jer nije bio valjan (ništavost, pobjojnost, prekomjerno oštećenje), već prenesene stvari vratit će se na temelju vindikacije. Pravilo proizlazi iz kauzalnog načela stjecanja vlasništva.³⁸ Prema prevladanu shvaćanju raskid ugovora pogađa samo pravni posao koji je bio pravni temelj, *titulus* stjecanja prava vlasništva na stvari. Stvarnopravni učinci modusa, samog prijenosa vlasništva na stvari ostaju, međutim, po tom shvaćanju i nadalje na snazi usprkos tomu što je ugovor raskinut. Prema tome, dužnik je na temelju raskida ugovora stekao određenu stvar neopravdano pa ju je, stoga, dužan vratiti vjerovniku, prvotnom vlasniku po općim pravilima o neopravdanom obogaćenju.³⁹ Treba odbaciti i stajalište po kojem se problem vraćanja

³⁷ V. čl. 323., čl. 332., st. 1. i čl. 368. ZOO-a.

³⁸ O tome v. поближе uvodno pod 3.

³⁹ Pobornici tog stajališta su ponajprije u švicarskoj pravnoj književnosti Von Tuhr, A.; Escher, A., *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Erster Halbbd.: Art. 1 – 183 OR*, 3. izdanje, Zürich, 1974. i Supplement, Zürich, 1984., str. 155.

stvari u slučaju raskida ugovora rješava vindikacijom. To stajalište počiva na argumentu da raskid ugovora pogađa i *titulus* i *modus* tog ugovora.

Teza o tome da raskid u potpunosti, s učincima *ex tunc* dokida ugovor puka je fikcija. Zahtjevi na temelju čl. 368., st. 2. i st. 3. ZOO-a posljedica su neispunjenja, dakle, kršenja ugovora. Kako bi se mogao prekršiti taj isti ugovor pođe li se od toga da ga zapravo nije ni bilo? Zahtjevi za vraćanje iz čl. 368. ZOO-a postavljaju se prema mjerilu kao da ugovora među stranama nije ni bilo, ali ne može se zanijekati činjenicu da je ugovor i nadalje na snazi, samo s drugim sadržajem i svrhom. Raskidom ugovora zbog neispunjenja ugovorni odnos preobražava se u likvidacijski odnos. Gase se samo stranačke obveze na temelju preuzetih činidaba, ali ugovor se ne dokida u potpunosti. Ugovor stubokom mijenja svoj sadržaj, ali on se sam po sebi ne gasi. Ako je jedna strana ispunila ugovor potpuno ili djelomično, ima na temelju ugovora pravo na povrat onoga što je dala. Dužnikova obveza vraćanja primljenih stvari ne temelji se, dakle, na pravilima o neopravdanom obogaćenju nego na povredi njegovih preuzetih ugovornih obveza i obveza obazrivosti na temelju odgovornosti iz odnosa povjerenja. Zahtjev za vraćanje iz čl. 368., st. 2. i st. 3. ZOO-a ugovorni je zahtjev, a vraćanje se provodi po pravilima o ispunjenju dvostranoobveznih ugovora.

Pravila o vraćanju ako više nije moguća naturalna restitucija

Strana koja je primila određenu stvar obvezna je drugoj strani umjesto te stvari, ako ona tu istu stvar više nema jer ju je potrošila, uništila, preradila (čl. 148. - čl. 150. ZV-a) ili otuđila nekoj drugoj osobi koja je bila u dobroj vjeri (čl. 118. ZV-a), vratiti njezin eventualni surogat, nadomjestak. Vraćanje tih surogata uređeno je pravilima o neopravdanom obogaćenju. U tom je smislu obveza plaćanja odgovarajuće naknade u novcu iz čl. 323., st. 2. ZOO-a istorodna s obvezom vraćanja postignute koristi iz čl. 1111., st. 1. ZOO-a.⁴⁰ Proda li, primjerice, veletrgovac A trgovcu B određenu robu, a on je dalje preproda, A može od trgovca B zahtijevati vraćanje zarade koju je ostvario tom preprodajom ako je ugovor između A i B kasnije prestao s *ex tunc* učincima jer je poništen ili je utvrđena njegova ništavost. Preproda li B robu skuplje nego što ju je on platio

⁴⁰ V. o tome sa stajališta vraćanja poduzeća Miladin, P., *Problem vraćanja poduzeća stečenog na temelju ništavog ugovora o kupoprodaji poduzeća*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 61, br. 2, 2011., str. 743 sqq.

trgovcu A, ta razlika u cijeni je korist u smislu odredbe čl. 323., st. 2. ZOO-a, odnosno čl. 1111., st. 1. ZOO-a koju je B dužan prenijeti trgovcu A samo ako nije postupao u dobroj vjeri.⁴¹

Pravila o vraćanju ako je predmet činidbe bezgotovinski novac

Platitelj kondikcijski zahtjev nadomješten je u cijelosti platiteljevom posebnim zakonskim ugovornim zahtjevom prema njegovoj instituciji (čl. 60. Smjernice EU-a 2007/64; čl. 35. Zakona o platnom prometu, Narodne novine, br. 133/09, 136/12, dalje u tekstu: ZPP).⁴² Taj izričito propisan platiteljev ugovorni zahtjev podudara se sadržajno s platiteljevom kondikcijskim zahtjevom prema općem režimu ZOO-a. Spomenuti ugovorni zahtjevi razlikuju se od kondikcijskih zahtjeva ponajviše po tome što za njih vrijedi trinaestomjesečni prekluzivni rok (čl. 58. Smjernice EU-a 2007/64, čl. 33. ZPP-a). Platitelj je dužan obavijestiti svoju instituciju o činjenicama na kojima temelji svoj ugovorni zahtjev zbog "neautoriziranih doznaka" u tom trinaestomjesečnom prekluzivnom roku jer će u suprotnom izgubiti ne samo taj svoj ugovorni zahtjev nego i kondikcijske zahtjeve koje ima prema svojoj instituciji zbog eventualno prešutnog priznavanja odobrenog kontokorentnog salda. ZPP mijenja, stoga, kao *lex specialis* u odnosu na ZOO, u tom dijelu od 1. 1. 2010., trenutno važeći režim odredbe čl. 1015., st. 3. ZOO-a.

ZPP-om izričito propisan ugovorni zahtjev isključuje konkurentne kondikcijske zahtjeve. Ako nema sadržajne razlike između ugovornog i kondikcijskog zahtjeva, općenito uzevši, ugovorni zahtjev isključuje kondikcijski pa nema razloga drukčije rezonirati ni u ovom konkretnom primjeru njihove međusobne konkurencije. Smjernica EU-a 2007/64 ne uređuje ni ugovorni odnos strana u odnosu valute ni njihov odnos na temelju neopravdanog obogaćenja. Budući da se Smjernica EU-a 2007/64 ne dotiče kondikcijskog odnosa platitelja i

⁴¹ V. u tom smislu srodnu stvarnopravnu odredbu čl. 165. ZV-a koja nosi naslov Pravni položaj nepoštenog posjednika. Prema toj odredbi nepošteni posjednik tuđe stvari mora je predati vlasniku ili osobi koju taj odredi te naknaditi sve štete koje su na njoj nastale i sve koristi koje je imao za vrijeme svojega posjedovanja pa i one koje bi stvar dala da ih nije zanemario. I čl. 368., st. 4. ZOO-a rabi isti izraz "naknada koristi". Sličan primjer za švicarsko pravo iznose Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *op. cit.* u bilj. 12, str. 10.

⁴² V. Miladin, P., *Privatnopravno uređenje platnog prometa od 1. 1. 2011.*, Zbornik susreta pravnika Opatija 2010., str. 19. V. i § 675 BGB-a.

primatelja plaćanja, odnosno dužnika i vjerovnika iz temeljnog odnosa koji je zapravo materijalnoppravna podloga plaćanja, u tom dijelu treba primijeniti pravila neopravdanog obogaćenja. Odnos između platiteljeva ugovornog zahtjeva prema njegovoj instituciji i platiteljeva kondikcijskog zahtjeva prema primatelju plaćanja zadavat će glavobolje. U trostranim odnosima doznake posebice je teško odrediti u kakvu su međusobnom odnosu platiteljev ugovorni zahtjev prema njegovoj instituciji iz čl. 60. Smjernice EU-a 2007/64, čl. 35. ZPP-a i platiteljev kondikcijski zahtjev prema primatelju plaćanja koji, kao što je rečeno, nije uređen Smjernicom EU-a 2007/64.

Oba moguća režima polaze od toga da platiteljeva institucija ne poduzima činidbu primatelju plaćanja nego samo svom nalogodavcu, platitelju. Prva skupina slučajeva obuhvaća doznake bez ikakve autorizacije, upute ili pak doznake koje su bile opozvane, a primatelj je znao da je platitelj opozvao nalog za doznakom. U tim slučajevima platiteljeve tobožnje faktične činidbe primatelju plaćanja jednostavno se pravno ne mogu pribrojiti platitelju. Platiteljeva institucija obvezna je tada vratiti platitelju pokriće koje je zaprimila na temelju te konkretne neautorizirane doznake; faktično je obvezna stornirati terećenje koje je već proknjižila i stvar postaviti tako kao da nije ni došlo do tog neautoriziranog terećenja, a glede svoje pravne zaštite s obzirom na sredstva koja je već prenijela nekamo dalje u lancu doznake upućena je na kondikciju prema primatelju plaćanja. Kondikcijskom zahtjevu platiteljeve institucije za povrat valute primatelj plaćanja može, ispune li se za to potrebne pretpostavke, s uspjehom suprotstaviti prigovor da više nije obogaćen za sredstva za koja se bio neopravdano obogatio na njezin račun.

I druga skupina slučajeva obuhvaća slučajeve opoziva naloga za doznakom, ali, za razliku od prve, ovdje platitelj nije znao ni morao znati za opoziv. Okolnosti te skupine slučajeva također opravdavaju vraćanje sredstava platitelju, ali platiteljeva institucija ima tada pravo prijeboja te platiteljeve kondikcijske tražbine prema njoj s tražbinom koju ona ima prema platitelju na temelju neopravdanog obogaćenja, ovaj put na njezin račun! Platitelj se, naime, neopravdano obogatio na račun svoje institucije tako što je usprkos nevaljanoj autorizaciji upute namirio svoj dug prema primatelju plaćanja, svom vjerovniku iz odnosa valute. Tada je riječ isključivo o platiteljevoj činidbi primatelju plaćanja pa platiteljeva institucija ne može ni imati ikakvu nečinidbenu kondikciju prema primatelju plaćanja kao što je to bio slučaj s prvom spomenutom skupinom.

Taj model kao i prvi treba primijeniti jer čl. 35. ZPP-a i za tu skupinu slučajeva propisuje u konačnici samo obvezu platiteljeve institucije da platitelju

vрати валуту, да сторнира већ прокњижена терећења, и то не више као досад на темелју правила о неоправданом обогачењу него на темелју изричито прописаних уговорних заhtjeва.

6. ZAHTJEVI ZBOG NEMOГУЃNOSTI ISPUNJENJA OBVEZE ZBOG VIŠE SILE I NA TEMELJU NEOPRAVDANOG OBOGAĆENJA

Kad je ispunjenje obveze jedne strane u dvostranoobveznom ugovoru postalo nemoguće na temelju čl. 373., st. 1. ZOO-a, može se zahtijevati vraćanje po pravilima o vraćanju stečenog bez osnove.⁴³ Neskrivljena nemogućnost ispunjenja valjano preuzete ugovorne činidbe pogađa samo tražbine koje su obuhvaćene tim obveznim odnosom, viša sila ne gasi, međutim, sam taj obvezni odnos. Nemogućnost ispunjenja za koju ne odgovara ni jedna strana ne ruši valjanost tradicije poduzete na temelju ugovora koji je pogođen višom silom.

Gase se, primjerice, preuzete obveze ugovorne strane A, ispuni li ugovorna strana B svom partneru, ugovornoj strani A činidbu koju je preuzela ugovorom o zamjeni, a ispunjenje činidbe strane A potom sukladno čl. 373. ZOO-a postane nemoguće zbog okolnosti za koje ne odgovara ni jedna ugovorna strana. A je, dakle, zamjenom valjano stekao vlasništvo određene stvari, viša sila sama po sebi ne gasi obvezni odnos između A i B, njihov ugovor o zamjeni. A je, međutim, samo formalno valjano pribavio vlasništvo te stvari, on nije zadržao dublje, unutarnje, materijalnoopravno opravdanje tog svog vlasništva jer se on zbog više sile oslobodio svih svojih preuzetih ugovornih obveza. A ne može ispuniti činidbu na koju se obvezao, a B je svoju činidbu već ispunio. Taj činjenični opis nije pravno opravdan, treba ga ispraviti, korigirati jer on narušava načelo pravednosti. A se, dakle, neopravdano obogatio za vlasništvo te stvari u svojoj imovini. Dužan je stoga vratiti ugovornoj strani B sukladno čl. 373., st. 1. ZOO-a sve za što se na njegov račun neopravdano obogatio, i to ponajprije zato što je njegova činidba naknadno otpala.⁴⁴

⁴³ Tako čl. 373., st. 1. ZOO-a.

⁴⁴ V. taj primjer sa stajališta našem pravu u tom dijelu odgovarajućih odredbi čl. 119. švicarskog OR-a u: Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *op. cit.* u bilj. 12, str. 11.

7. NEOPRAVDANO OBOGAĆENJE I NAKNADA ŠTETE NA TEMELJU GRAĐANSKOG DELIKTA

7.1. Kritika vladajućeg stajališta o supsidijarnom odnosu neopravdanog obogaćenja prema naknadi štete na temelju građanskog delikta

Prema vladajućem stajalištu u hrvatskoj pravnoj književnosti vjerovnik kao obogaćenik stječe sukladno odredbi čl. 1111., st. 1. ZOO-a određenu imovinu "iz imovine druge osobe" kad je neko pravo izašlo iz imovine tužitelja, a ušlo u tuženikovu imovinu.⁴⁵ Traži se kauzalna povezanost između umanjenja imovine na jednoj i povećanja imovine na drugoj strani.⁴⁶ Obogaćenje, povećanje imovine na tuženikovoj strani ima prema tom shvaćanju nužno svoju protutežu u osiromašenju, umanjenju imovine na tužiteljevoj strani.⁴⁷ Potpuno se, dakle, podudara visina tih dviju oprečnih promjena u imovinama tužitelja i tuženika, odnosno vjerovnika i dužnika na temelju neopravdanog obogaćenja. Tužitelj na temelju neopravdanog obogaćenja ima pravo na naknadu svojih imovinskih gubitaka nastalih zbog dužnikova neopravdanog obogaćenja samo ako je dužnik ostvario određene koristi "na štetu" tužitelja.⁴⁸ Teza očito počiva na gledanju instituta neopravdanog obogaćenja kroz prizmu učenja o naknadi štete. Tužba na temelju neopravdanog obogaćenja po svojim gospodarskim učincima svodi se, dakle, na tužbu za naknadu štete koja je ograničena na dužnikovo obogaćenje. To je suština te teze, kondikcija je tek podvrsta tužbe za naknadu štete. Dobit koju dužnik stekne neopravdanim obogaćenjem ne može se, dakle, potraživati tužbom na temelju neopravdanog obogaćenja jer taj dio predmeta spora remeti ravnovjesje između ulaska u tužiteljevu i izlaska iz dužnikove imovine. To učenje ne može, međutim, izići uspješno na kraj s odredbom čl. 111., st. 2. ZOO-a po kojoj "(P)od prijelazom imovine razumijeva se i stjecanje koristi izvršenom radnjom." Učenje o kondikcijskom *šiberu* ispušta iz vida kondikcije zbog neopravdanog dužnikova obogaćenja nedopuštenim zadiranjem u sferu vjerovnikove pravne vlasti, ali i neopravdano obogaćenje slučajem. Upravo te

⁴⁵ Tako Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 645 i 646.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 646.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Domaća sudska praksa i pravna književnost nisu na poredbenopravnoj razini usamljene u tom stajalištu, posrijedi je i donedavno vladajuće stajalište švicarske pravne književnosti, v. prije svih Von Tuhr, A.; Escher, A., *op. cit.* u bilj. 39, str. 159.

kondikcije obuhvaća spomenuta odredba čl. 1111., st. 2. ZOO-a. ZOO poznaje i pojedinačne, izričite kondikcije zbog zadiranja u vjerovnikovu sferu pravne vlasti. One proizlaze iz čl. 251., st. 5. i iz čl. 1128. ZOO-a. Izraz “i predati mu sve postignute koristi” treba tumačiti kao kondikijski zahtjev. Te dvije odredbe očito potvrđuju širu teleološku primjenu pravila o neopravdanom obogaćenju iz čl. 1111. - čl. 1120. ZOO-a. Odgovornost *ob culpam in contrahendo* iz čl. 251., st. 5. ZOO-a rezultira alternativnom konkurencijom zahtjeva na temelju naknade štete i zahtjeva na temelju neopravdanog obogaćenja, a ne tobožnjim primatom zahtjeva za naknadu štete.⁴⁹ Oštećenik prema toj odredbi očito ima oba zahtjeva, i na temelju naknade štete i na temelju neopravdanog obogaćenja. U predugovornom razdoblju obveznog odnosa uz odgovornost za štetu na temelju odnosa povjerenja vrijede i pravila o neopravdanom obogaćenju. Predugovorni odnos je obvezni odnos u svojoj punini. Obogaćeni je, stoga, i u predugovornom razdoblju obvezan vratiti svom vjerovniku na temelju neopravdanog obogaćenja sve što je stekao neovlaštenim korištenjem bilo čega njegova. Odgovornost *ob culpam in contrahendo* iz čl. 251., st. 5. ZOO-a kao i odgovornost kod nepravog posloводства iz čl. 1128. ZOO-a pogrešno je svesti isključivo na naknadu štete.

Treba, stoga, prevladati učenje prema kojem je zahtjev na temelju neopravdanog obogaćenja supsidijaran prema odgovornosti na temelju privatnopravnog delikta.⁵⁰ Posrijedi su međusobno suprotstavljeni, konkurirajući

⁴⁹ V. Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 609. Oni tvrde kako “...u slučaju nedopuštenog korištenja povjerljivih obavijesti, naknada štete obuhvaća i povrat koristi ostvarene takvim korištenjem obavijesti.” Tu tezu zastupaju i glede odgovarajuće odredbe čl. 1128. ZOO-a jer, *ibid.*, str. 655, tvrde kako je namjerno obavljanje tuđeg posla u svoju korist u biti štetna radnja pa gospodar posla može, ako to želi, zahtijevati vraćanje stvari u prijašnje stanje i naknadu štete. To je tim jasnije jer, *ibid.*, str. 646, zagovaraju stajalište po kojem činidba zbog koje je došlo do promjene u imovini ne bi smjela biti štetna radnja jer će tada nastati obveznopravni odnos odgovornosti za štetu, a ne obveznopravni odnos zbog stjecanja bez osnove. Protupravnost činidbe ne isključuje, međutim, primjenu pravila o neopravdanom obogaćenju. Poblizje o odnosu kondikijskog zahtjeva i zahtjeva na temelju nepravog posloводства v. pod 8.

⁵⁰ Klarić, P.; Vedriš, M., *ibid.*, str. 646, očito su pobornici tog učenja. U švicarskoj pravnoj književnosti to se stajalište branilo sve do 9. izdanja udžbenika Guhl, T.; Koller, A.; Schnyder, A. K.; Druey, N. J., *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zürich, 2000., § 28/11. U 9. izdanju tog udžbenika Koller izričito naglašava kako su napustili svoje dojučerašnje stajalište o supsidijarnosti zahtjeva na temelju neopravdanog obogaćenja prema zahtjevima na temelju privatnopravnih delikata. Teško je naći ikoga tko danas u švicarskoj

zahtjevi.⁵¹ Vrhovni sud RH izričito je otklonio stajalište prema kojem treba odbiti odštetni tužitelj, kupčev zahtjev za isplatu novčanog iznosa u visini tržišne vrijednosti stana ako se ugovor o kupoprodaji stana naknadno utvrdi ništavim, a u postupku se ne utvrde pretpostavke deliktne odgovornosti za štetu.⁵² Jasno je, dakle, dao do znanja kako tužitelj, kupac ima tada u načelu i deliktni i kondikcijski zahtjev.

Čak i pobornici učenja o supsidijarnosti zahtjeva na temelju neopravdanog obogaćenja u odnosu prema odgovornosti na temelju privatnopravnog delikta uviđaju da ta dva zahtjeva imaju bitno različite zadaće.⁵³ Zahtjev za naknadu štete pa i zahtjev za pravičnu novčanu naknadu, s jedne strane, omogućuje vjerovniku da namiri nastalu štetu, umanjeње svoje imovine, odnosno povredu svog prava osobnosti, neimovinsku štetu, a zahtjev na temelju neopravdanog obogaćenja, s druge strane, omogućuje vjerovniku da vrati sve za što se dužnik neopravdano obogatio na njegov račun. Privatnopravni delikt može biti samo zajednički uzrok tih dvaju zahtjeva i sam po sebi ne rezultira njihovom sadržajnom istovjetnošću. Različitost funkcija prati različit sadržaj tih zahtjeva pa se oni najčešće ne podudaraju po svom obujmu i visini. To se može predočiti jednostavnim primjerom.⁵⁴ Troši li osoba A neovlašteno neku stvar osobe B, nanijet će mu štetu koja se po obujmu i visini ocjenjuje prema padu vrijednosti te

pravnoj književnosti ozbiljno brani to stajalište, a to je tim važnije uzme li se u obzir kako su odredbe ZOO-a o neopravdanom obogaćenju poredbenopravno najbliže odredbama OR-a o tom institutu.

⁵¹ Tako i Danilović, J., *op. cit.* u bilj. 15, str. 428. Autorica se pri tom poziva i na sudsku praksu prije 1978., odnosno prije nego što je ZOO iz 1978. stupio na snagu. Cigoj, S., *Teorija obligacij. Splošni del obligacijskog prava*, Ljubljana, 1981., str. 693, predlaže komplicirano i praktički neprovedivo rješenje po kojem tužitelj ima pravo izbora između kondikcije i tužbe za naknadu štete samo ako izborom tuženik ne dospije u nepovoljniji pravni položaj nego što bi bio da je upotrijebljena druga tužba koju je tužitelj imao na raspolaganju. Ta starija sudska praksa u nekim slučajevima odbila je tužbe na temelju neopravdanog obogaćenja ako su se bili stekli uvjeti i za naknadu štete, a zahtjev za naknadu štete je bio zastario. Takva odluka u skladu je sa spomenutim stajalištem po kojem vjerovnik nema pravo izbora ako svojim izborom tuženika dovede u nepovoljniji položaj iako se sudovi ne pozivaju na to stajalište pravne teorije. Navedeno prema Danilović, J., *ibid.*, str. 428.

⁵² Tako odluka VSRH br. Rev-211/99 od 6. rujna 2000. objavljena u: *Pravo u gospodarstvu*, vol. 42, br. 5, 2003., str. 137 - 138.

⁵³ V. Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 646.

⁵⁴ Primjere daju Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *op. cit.* u bilj. 12, str. 12.

stvari. Šteta će se popraviti uspostavom prijašnjeg stanja ili naknadom u novcu ako su za to ispunjene potrebne pretpostavke. Zahtjev na temelju neopravdanog obogaćenja zahvaća u tom slučaju iznos za koji se dužnik neopravdano obogatio, i to tako što je uštedio neopravdano se koristeći, bogateći tuđim.

Vladajuće učenje o općim pretpostavkama neopravdanog obogaćenja nije održivo. Pravnu zaštitu na temelju neopravdanog obogaćenja treba pružiti neovisno o tome podudaraju li se obogaćenje na dužničkoj strani i osiromašenje na vjerovničkoj strani. Institut neopravdanog obogaćenja nema zadaću naknaditi umanjene vjerovnikove imovine, on vjerovniku pruža naslov za posizanje u neopravdano povećanu dužnikovu imovinu. Šteta, kao razlika između obogaćenja na jednoj i osiromašenja na drugoj strani, nije opća pretpostavka obveznopravnog odnosa neopravdanog obogaćenja. Posrijedi je neopravdano obogaćenje, a ne neopravdano osiromašenje, to nisu lice i naličje jedne te iste medalje.⁵⁵ Neopravdano osiromašenje, umanjene imovine jednostavno treba ispustiti iz fokusa interesa pravila o neopravdanom obogaćenju i prepustiti ga kao problem za to mjerodavnim pravilima o odgovornosti za štetu. Naša praksa i doktrina moraju konačno dati neopravdanom obogaćenju važniju životnu ulogu, da dođe do daha uz nadmoćnu odgovornost za štetu koja se nad njim nadvila.

7.2. Alternativna konkurencija neopravdanog obogaćenja i naknade štete na temelju građanskog delikta

Ispune li se na temelju istog građanskopravnog delikta pretpostavke deliktne odgovornosti za štetu i neopravdanog obogaćenja, taj građanski delikt može biti samo zajednički uzrok tih dvaju zahtjeva, on sam po sebi ne rezultira sadržajnom istovjetnošću tih zahtjeva kao što je to slučaj kad imovinskopravni zahtjevi međusobno konkuriraju tako da jedan isključuje drugi. Odnos između tih dvaju zahtjeva, neopravdanog obogaćenja i deliktne odgovornosti za štetu, obilježava, stoga, alternativna konkurencija. Posrijedi su međusobno suprotstavljeni, konkurirajući zahtjevi. Tužitelji često krajnje laički tuže na isplatu određena iznosa opravdavajući svoj zahtjev tuženikovom deliktnom odgovornošću. Ta tužiteljeva parnična *handravorst* ne ispričava sud da tužbeni zahtjev materijalnoopravno raspravi i s aspekta alternativne odgovornosti zbog neopravdanog

⁵⁵ U tom smislu v. za njemačko pravo Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts. 2. Bd.: Besonderer Teil, 2. Halbband*, 12. izdanje, München, 1981, § 68, II, str. 533.

obogaćenja. Oduzme li se počinitelju kaznenog djela pravomoćnom osuđujućom presudom imovinska korist pribavljena počinjenjem kaznenog djela, tužba osobe oštećene tim kaznenim djelom protiv počinitelja može se temeljiti i na pravilima o naknadi štete i na pravilima o neopravdanom obogaćenju.⁵⁶ Vrhovni sud, stoga, ispravno zaključuje kad tvrdi kako u slučaju ništavosti ugovora o kupoprodaji stana tužitelj zahtjev za isplatu iznosa u visini tržišne vrijednosti stana u načelu sadržava i zahtjev za vraćanje iznosa što ga je kupac već platio prodavatelju na temelju tog ništavog ugovora, naravno, ako su se u postupku utvrdile pretpostavke tuženikove kondikcijske odgovornosti.⁵⁷

Zahtjev na temelju privatnopravnog delikta ne isključuje među istim stranama zahtjev na temelju neopravdanog obogaćenja. Neopravdano obogaćenje može se temeljiti na privatnopravnom deliktu, mogu se istodobno ispuniti pretpostavke obveznopravne odgovornosti na temelju obiju spomenutih osnova.⁵⁸ Vjerovnik može prema svojoj slobodnoj ocjeni ostvarivati koji god zahtjev, s tim da će namirivanjem postavljenog zahtjeva drugi prestati, osim ako po svom obujmu i visini ne prelazi namireni zahtjev. Uzmimo, na primjer, slučaj kad netko ukrade tuđi novac, uzmimo, 200 kuna. Lopov je svojim deliktom okrao drugoga te je, s jedne strane, svojim deliktom, krađom nanio okradenom štetu, a, s druge strane, neopravdano se obogatio tuđim novcem. Vрати li lopov

⁵⁶ Odluka Županijskog suda u Rijeci Gž-2168/04 od 6. rujna 2007. objavljena u ING pregledu sudske prakse, br. 1, 2009., str. 25, 191.211.85, polazi, međutim, sa stajališta da tada osoba oštećena kaznenim djelom ima prema počinitelju isključivo odštetni zahtjev. Posebno ne stoji argument toga suda po kojem bi pravna zaštita kondikcije tada "neprihvatljivo rezultirala tuženikovim obogaćenjem počinjenjem kaznenog djela". Odluka u tom dijelu grubo zanemaruje pravni položaj kondikcijskog vjerovnika prema nepoštenom kondikcijskom dužniku. Jasno je, naime, da nepošteni kondikcijski dužnik, a počinitelj kaznenog djela, u svakom slučaju nepošteni kondikcijski dužnik, mora vratiti kondikcijskom vjerovniku sve za što se neopravdano obogatio pa i kad mu ništa od toga nije preostalo jer mu je u kaznenom postupku oduzeta sva protupravno stečena imovinska korist. Sud je precizno izrazio stajališta učenja o supsidijarnosti kondikcije u odnosu na deliktnu odgovornost za štetu. Prema tom učenju dužnik se na temelju deliktne odgovornosti za štetu ne može obogatiti deliktom jer je njegovo stjecanje opterećeno deliktom. Istim argumentima dalo bi se argumentirati da ni oštećeniku na temelju delikta nije nastala nikakva šteta jer on ionako gubitak u svojoj imovini može popraviti kondikcijskim zahtjevom prema štetniku. Jasno je da ta argumentacija ne zadovoljava već s formalnologičke strane.

⁵⁷ Tako odluka VSRH, *op. cit.* u bilj. 52.

⁵⁸ Suprotno stajalište zastupaju Klarić, P.; Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 2, str. 646.

okradenom novac, prestat će samim time drugi zahtjev neovisno o tome je li novac vraćen po jednoj ili po drugoj osnovi, osim ako nenamireni zahtjev po svom obujmu i visini ne prelazi namireni zahtjev. Slične primjere susrećemo i kad osoba kojoj su povjerene tuđe stvari, te stvari ili dobra neovlašteno otuđi, potroši, optereti ili koristi. Pravna zaštita na temelju neopravdanog obogaćenja zahvaća i pravna dobra koja nisu dio imovine, ali su poput imovine vjerovnikova. Pravična novčana naknada iz čl. 1100. ZOO-a nije jedino sredstvo pravne zaštite u slučaju povrede prava osobnosti. Dođe li zadiranjem u tuđa prava osobnosti do neopravdanog korištenja tuđeg prava osobnosti, primjerice, poslovne tajne, tvrtke, poslovnog ugleda, privatnosti i sl., vjerovnik na temelju pravila o neopravdanom obogaćenju ima pravo od dužnika zahtijevati vraćanje svih tako stečenih koristi. I nelojalnom tržišnom utakmicom može se, na posljetku, neopravdano obogatiti, posebice neovlaštenim iskorištavanjem tuđih nematerijalnih dobara.⁵⁹

7.3. Praktične posljedice alternativne konkurencije

Ako su ispunjene pretpostavke za oba zahtjeva, vjerovnik može prema dužniku ostvarivati koji god zahtjev, može birati između naknade štete i vraćanja koristi ostvarenih građanskim deliktom. Moraju se pritom, razumije se, ispuniti pretpostavke i za jedan i za drugi zahtjev. Pravo izbora vjerovnika pogođenog građanskim deliktom tim je važnije uzme li se u obzir kako ta dva zahtjeva počivaju na različitim pretpostavkama. Pretpostavke neopravdanog obogaćenja bitno su blaže jer vjerovnik ne mora dokazivati dužnikovu krivnju pa je vjerovnicima stoga, ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, uputnije ostvarivati zahtjeve na temelju neopravdanog obogaćenja neovisno o tome što je iznos koji bi dobili za nastalu štetu viši od iznosa koji će dobiti na temelju neopravdanog obogaćenja.

Nije posrijedi zahtjev za naknadu štete koju je odvjetnik nanio klijentu pružajući mu pravnu zaštitu nego je riječ o zahtjevu na temelju neopravdanog obogaćenja temelji li se, primjerice, zahtjev klijenta na tome da mu odvjetnik nakon opoziva punomoći nije vratio ono što je primio kao akontaciju.⁶⁰ O

⁵⁹ Primjere daju Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *op. cit.* u bilj. 12, str. 12.

⁶⁰ Tako odluka Županijskog suda u Zagrebu Gž-7250/07 od 8. siječnja 2008. objavljena u ING pregledu sudske prakse, br. 4, 2008., str. 117 i 118, 191.211.1.

zahtjevu za naknadu štete može se u tom slučaju govoriti samo ako je odvjetnik propustio ispuniti ili uredno ispuniti svoje ugovorne obveze ili ako je nekom svojom radnjom nanio klijentu štetu. Iako je, dakle, odvjetnik bio dužan vratiti klijentu akontaciju jer ju je držao bez osnove, klijentu je s razlogom uskraćena odšteta jer u postupku nisu bile utvrđene pretpostavke tužiteljeve odgovornosti za naknadu štete.⁶¹ Osiguravatelj ne odgovara tada odvjetnikovu klijentu ako osigurani slučaj pokriva isključivo rizike “pojedinačno određene propuštene oblike pravne zaštite ili učinjene pogreške kojima se trećim osobama uzrokuje šteta.”⁶²

Neopravdano obogaćenje može se puno lakše dokazati ako se šteta koja se potražuje na temelju naknade štete sastoji u izmakloj dobiti. Sve što je stečeno neopravdanim obogaćenjem izraženo je konkretnim brojkama i može se pouzdano istražiti, primjerice, vještačenjem tuženikovih poslovnih knjiga. Izmakla dobit počiva, s druge strane, na pukoj hipotezi.⁶³ Nema dvojbe kako se pred sudom lakše nositi brojkama nego hipotezama. Prednost zahtjeva na temelju neopravdanog obogaćenja prema alternativnom zahtjevu za naknadu štete na temelju deliktne odgovornosti za štetu ponajviše dolazi do izražaja kad dužnikovo neopravdano obogaćenje nadilazi štetu koja je nastala oštećenom.⁶⁴

8. ZAKLJUČAK

Doslovnim tumačenjem čl. 1111., st. 1. ZOO-a proizlazi da se dio imovine koji bez osnove prijeđe u imovinu druge osobe ponajprije vraća vindikacijom. To, međutim, zavarava; ZOO, naime, ne smije zadirati u matičnu stvarnopravnu problematiku prirodne restitucije u slučajevima kad vlasnik zahtijeva od posjednika da mu vrati njegovu stvar. Vlasnik vraća svoje stvari u smislu čl. 1111., st. 1. ZOO-a isključivo vindikacijom, dakle, na temelju pravila ZV-a. Budući da se, dakle, odredba čl. 1111., st. 1. ZOO-a po tom pitanju samo šali ili pak buni adresata, taj nespretni, nemušti promašaj, u konačnici tek pozitivnopravni čorak (!), adresat ZOO-a treba teleološkom redukcijom svesti u granice zdravog

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ U tom smislu v. za švicarsko pravo Keller, M.; Schaufelberger, P. C., *op. cit.* u bilj. 12, str. 13.

⁶⁴ *Ibid.*

pravnog razuma. On, dakle, ide na tužbu na temelju čl. 1111. ZOO-a, instituta neopravdanog obogaćenja tek ako mu je iz ma kojeg razloga otpala vindikacija. Ugovorni zahtjevi i zahtjevi na temelju neopravdanog obogaćenja također se isključuju. Kondikcija dolazi u obzir tek kad nisu ispunjene pretpostavke pravog posloводства bez naloga. Utvrđi li se ugovor ništavim, odnosno poništi li ga se, dane stvari vraćaju se s učincima *ex tunc* vindikacijom, a gotovinski novac se u pravilu vraća kondikcijom dok se bezgotovinski novac vraća kondikcijom ili na temelju posebnih ugovornih zahtjeva iz čl. 35. ZPP-a. Raskine li se ugovor, vraćanje se provodi po pravilima o ispunjenju dvostranoobveznih ugovora. Ako su ispunjene pretpostavke obaju zahtjeva, odnos između neopravdanog obogaćenja i deliktne odgovornosti za štetu obilježava alternativna konkurencija.

Summary

Petar Miladin *

CONDICTION (UNJUST ENRICHMENT CLAIM) AND OTHER COMPARABLE PROPERTY CLAIMS

A court should not allow any kind of ostensible general claim based on unjust enrichment (condictio sine causa), since every claim has to be specified. A general unwritten substantive rule provides that no one should unjustly gain benefit on behalf of another. Therefore, unjust enrichment, as a source of obligation, should be set apart from other similar obligations, since, only thus, condictions can clearly be distinguished from claims for return of the property (rei vindicatio), avoidance of the contract, nullity of the contract, force majeure.

Keywords: condictions, unjust enrichment, avoidance, nullity.

* Petar Miladin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

ZAKONSKI I SOCIOEKONOMSKI OKVIR OSNIVANJA I DJELOVANJA ZAKLADA

*Prof. dr. sc. Gojko Bežovan**

U radu se analiziraju zaklade kao institucije civilnog društva koje u različitim pravnim i političkim sustavima imaju dugu povijest. Zaklade kao institucije općeg dobra okvirom su filantropije u kojem fizičke i pravne osobe daju svoju imovinu na korist društvu, zajednici ili ciljanim skupinama. Zaklade su priznate kao neovisne pravne osobe u građanskom pravu, a glede osnivanja i djelovanja razlikuju se prakse u zemljama koje pripadaju tradiciji rimskog prava i common law tradiciji. Zaklade kao neprofitne pravne osobe uživaju izvjesne izravne i neizravne porezne poticaje u gospodarenju svojom imovinom i u svojim aktivnostima. Zakladnici, osnivači kao i donatori zaklada također imaju porezne poticaje. Trendovi razvoja zakladništva u procesu globalizacije govore o zakladama kao katalizatorima društvenih promjena i dionicima koji nude kreativna rješenja i sredstva za suvremene društvene probleme. Razvoj zakladništva u Hrvatskoj analizira se u svjetlu rezultata novijih empirijskih istraživanja. Analiza ključnih odrednica zakonskog okvira osnivanja i djelovanja zaklada upućuje ne potrebu reforme hrvatskog zakladnog prava. Zaključno se predlažu nova istraživanja i mjere kako bi se raspoloživi resursi u Hrvatskoj mobilizirali u procesu osnivanja novih i učinkovitih zaklada.

Ključne riječi: zaklada, zakladništvo, filantropija, civilno društvo, Hrvatska.

I. UVOD

Zaklade su institucije koje pripadaju području filantropije, a od najstarijih vremena do danas postoje, s više ili manje poticaja za njihovo nastajanje i rad,

* Dr. sc. Gojko Bežovan, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

u različitim društvima, kulturama i pravnim sustavima.¹ Zaklade su zapravo pravni okvir koji građanima i gospodarskim subjektima pružaju mogućnost darivanja imovine i prava za ostvarivanje raznih svrha javnoga dobra. One su način institucionalizacije privatnih darova za javne svrhe² i način međugeneracijskog transfera bogatstva. Zaklade su redovito percipirane kao čimbenici pozitivnih društvenih promjena usmjerene k određenim općeprihvaćenim svrhama pa, stoga, imaju porezne povlastice za primanje donacija i za svoje aktivnosti. Međutim, zaklade djeluju u dinamičnom okruženju i, da bi preživjele, moraju imati sposobnost prilagodbe različitim izazovima te raditi na strateškom planiranju razvoja. Koncept javne koristi nije statičan, a granice između javnoga i privatnoga sektora stalno se mijenjaju. Premda zaklade imaju svoju imovinu, one nisu neovisne institucije. Zaklade ponajviše ovise o zakonskom okviru koji donosi vlada i imovini koju zakladama transferiraju gospodarski sektor i građani. Učinkovito gospodarenje imovinom jamči održiv razvoj zaklada. S druge strane, iako je riječ o privatnim, autonomnim institucijama, zaklade svoje poslanje ostvaruju kao konstitutivni element društva. Ovisno o zakladniku i poslanju zaklada, u njihovim odborima povjerenika (*board of trustees*) sjede ugledni građani ili predstavnici utjecajnih dionika društva. Dugoročno, život zaklada ovisi i o legitimnosti koju su si priskrbile, bilo da je to održavanje pluralnog civilnog društva ili njihovih sposobnosti bolje opskrbe javnog dobra u odnosu na vladu ili poslovni sektor.³

U novije vrijeme zaklade sve više postaju hibridnim organizacijama koje svojim aktivnostima, svrhama i predstavljenošću različitih dionika u svojim upravnim tijelima brišu granice privatnog i javnog, komercijalnog i neprofitnog te se nameću kao čimbenici i katalizatori novog koncepta vladavine koji proizvodi poželjne društvene promjene.⁴ U okviru koncepta poduzetničke

¹ Inspirativna analiza povijesnog konteksta razvoja zakladništva nalazi se u radu Smith, J. A.; Borgmann, K., *Foundations in Europe: the Historic Context*, u: Schlüter, A.; Then, V.; Walkenhhorst, P. (ur.), *Foundations in Europe – Society Management and Law*, London, 2001., str. 2 – 34.

² Drobnig, U., *Foundations as Institutionalized Charitable Activity*, u: Schlüter et al. (ur.), *ibid.*, str. 604 – 626.

³ Usp. Smith, Borgmann, *op. cit.* u bilj. 1, str. 32.

⁴ Nizozemski primjer hibridizacije neprofitnog sektora može biti poticajan za inovacije u razvoju zakladništva. Dekker, P., *The Netherlands: from private initiatives to non-profit hybrids and back?*, u: Evers, A.; Laville, J. L. (ur.), *The Third Sector in Europe*, Cheltenham, 2004., str. 144 – 165.

filantropije zakladama se upravlja menadžerskim stilom iz profitnih tvrtka. Područje neprofitnog, trećeg sektora, odnosno organizacija civilnog društva prepoznaje se po organizacijskim oblicima pravnih osoba udruga i zaklada. Obje pravne osobe načini su usmjeravanja dobrovoljnih priloga društvu kojima se ne ostvaruje profit koji bi koristili članovi, zakladnici ili članovi upravnih tijela tih organizacija. Građani se osnivanjem udruge, primjerice, za promoviranje svojih interesa ili zaštitu prava posebnih društvenih skupina koriste slobodom udruživanja kao temeljnim ljudskim pravom koje je najčešće u razvijenim i demokratskim zemljama određeno kao ustavno pravo. Udruga kao pravna osoba je članska organizacija (*universitas personarum*) koju osnivaju i kojom upravljaju članovi u skladu sa zakonom i statutom udruge. Međutim, kada građani ili gospodarski subjekti daju dio svoje imovine za opće dobro koristeći se temeljnim pravom slobodnog raspolaganja svojom imovinom, najprikladnije je osnivanje zaklade. Imovina postaje pravnom osobom (*universitas bonorum, universitas rerum*), a postojanje te pravne osobe ne ovisi o duljini života osnivača. Djelotvorno gospodarenje imovinom i ugledom koji zaklada stječe podupirući prestižne javno korisne programe dominantno će odrediti život i prepoznatljivost zaklade.⁵

Zaklade kao privatne pravne osobe, po svom poslanju između privatnog i javnog sektora⁶, nemaju članova⁷ ni vlasnika. One su posredničke organizacije između države i privatne industrije i, s druge strane, privatnog svijeta doma i obitelji.⁸ Ključni dionici zaklada su njihovi korisnici, dakle, oni čije se potrebe podmiruju programima zaklada i podupiratelji zaklada koji svojim priložima povećavaju imovinu zaklada. Helmut Anheier⁹ ističe pet bitnih obilježja zaklada. Prije svega, one su (1) organizacije (pravne osobe) bez članova koje počivaju na imovini namijenjenoj u općekorisne svrhe, s ciljevima, unutaršnjim ustrojem i aktivnostima prepoznatim u društvu. Zaklade su (2) privatnog karaktera, odvojene od države i njezinih agencija (javne zaklade može osnovati država).

⁵ Više o tome u: Hondius, F. W.; Van der Ploeg, T. J., *Foundations*, Tübingen, 2000., str. 23 - 31.

⁶ *Ibid.*, str. 10.

⁷ Činjenicu da zaklade nemaju vlasnika Drobnig, *op. cit.* u bilj. 2, ističe kao razlog veće kontrole države u procesu osnivanja i djelovanja zaklada.

⁸ Bulmer, M., *The History of Foundations in the United Kingdom and the United States: Philanthropic Foundations in Industrial Society*, u: Anheier, H. K.; Toepler, S. (ur.), *Private Funds, Public Purpose: Philanthropic Foundations in International Perspective*, New York, 1998., str. 27 – 53.

⁹ Anheier, H. K., *Foundations in Europe: a Comparative Perspective*, u: Schlüter *et al.* (ur.), *op. cit.* u bilj. 1, str. 35 – 81.

Država ih ne može instrumentalizirati. Zaklade (3) imaju vlastitu upravljačku strukturu, uživaju određen stupanj autonomije, imaju svoj račun i neovisno financijsko poslovanje. Zaklade (4) provode aktivnosti bez cilja stjecanja dobiti, one imaju status neprofitnih organizacija. Kao neprofitne organizacije imaju izvjesne porezne povlastice. Ako se ostvari dobit, ona se usmjerava u temeljne aktivnosti zaklade. Osim toga, što je posebno važno, zaklade (5) služe ispunjavanju javne svrhe. U nekim zemljama takva javna svrha je porezno poticana, a u drugim ne. Razvoj zakladništva ovisi o bogatstvu društva i o kulturnoj, političkoj i religijskoj tradiciji. U novije vrijeme uloge zaklada ovise i o politici razvoja zakladništva koja se prakticira u pojedinim zemljama.¹⁰

II. ZAKLADE KAO PRAVNE OSOBE

Pravna osobnost zaklada uvijek znači da su zaklade priznate kao neovisne pravne osobe u građanskom pravu.¹¹ Razlike u pravnim sustavima glede osnivanja i djelovanja zaklada uglavnom se temelje na razlikama zemalja koje pripadaju tradiciji rimskog prava i anglo-saksonskoj common law tradiciji. Common law sustav je iznimno važan jer uređuje sustav zaklada u SAD-u, najrazvijeniji u svijetu. U okviru common law režima mora se prepoznati daljnja razlika između *charity law* u Engleskoj i Walesu te njegovim derivacijama u zemljama Commonwealtha, s jedne strane, i američkih propisa o zakladama, s druge strane. U SAD-u zaklade su većinom korporacije, a ne organizacije milosrđa (*charitable trust*) pa je zakonodavstvo o zakladama praktično izjednačeno s poreznim zakonom. U tom smislu Internal Revenue Code, a posebno Section 501 (c) (3) propisuju zakladama zahtjeve prema kojima one moraju biti organizirane i koje djelatnosti trebaju obavljati kako bi im se priznao neprofitni status. U Engleskoj i Walesu prema Charities Act (1993.) zaklade se prepoznaju prema njihovom dobrotvornom (milosrdnom) statusu koji, prema ispunjavanju određenih svrha organizacije, vuče svoje korijene iz kršćanske tradicije.¹² U toj tradiciji

¹⁰ Vidjeti primjere zemalja u: Anheier, H. K.; Daly, S. (ur.), *The Politics of Foundations: Comparative Perspectives from Europe and Beyond*, London, 2007.

¹¹ Hondius, Van der Ploeg, *op. cit.* u bilj. 5. Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, Zagreb, 2008., tek se načelno bave zakladama kao pravnim osobama određujući ih kao "...za određenu svrhu namijenjenu imovinsku masu ...", str. 54.

¹² Smith, Borgmann, *op. cit.* u bilj. 1, str. 8 – 17, kvalifikaciju milosrdnih organizacija, u novije vrijeme nazvanih općekorisnih, prepoznaju u djelu svetog Augustina, a izvedenu

zaklada nije pravni termin nego međunarodno prihvaćeni standardni pojam koji se udomaćuje tek u novije vrijeme. Glavni elementi kod engleskih zaklada su svrhe i načini na koje se one ostvaruju. Postoji neovisno tijelo Charity Commission koje zakladama dodjeljuje dobrotvorni status što, u stvari, znači porezne povlastice primanja neoporezivih donacija, gospodarenje imovinom kako bi se ona uvećavala i davanje donacija za općekorisne svrhe.¹³ Posebnost te tradicije je i postojanje zaklada bez pravne osobnosti, to jest milosrdno povjerenih dobara (*charitable trust*).¹⁴ U tom slučaju milosrdno povjerenjena dobra nemaju prava ni obveza, ne mogu tužiti ni biti tužene. Imovinom milosrdno povjerenih dobara (*trust res*) upravljaju povjerenici (*trustee*), redovito ugledni i utjecajni građani. Prava i obveze milosrdno povjerenih dobara trebaju se tretirati kao prava i obveze povjerenika, oni su ti koji mogu tužiti ili biti tuženi poradi *trust res*. Engleski i američki zakoni propisuju djelatnosti zaklada koje su ograničene dvama parametrima: ekonomskim i političkim aktivnostima. U Engleskoj i SAD-u državni odvjetnik ima posebnu ulogu u nadzoru aktivnosti zaklada i pokretanju sudskog postupka kada je to nužno.¹⁵

U europskim kontinentalnim zemljama s tradicijom rimskog prava situacija u tom području je različita. Hondius i Van der Ploeg dijele te zemlje u dvije skupine. Važno je istaknuti da Nizozemska¹⁶, Švicarska i skandinavske zemlje¹⁷ imaju veoma bogatu tradiciju zakladništva koju karakterizira sloboda, neovisnost i blaga regulativa bez velikog utjecaja države. Naime, riječ je o zemljama u kojima postoji visoko povjerenje građana u građane i građana u institucije, a u kojima su prakse samoorganizacije građana nosivi element društvene strukture. U takvoj tradiciji zakladama ne treba formalno odobrenje za rad ili bilo

iz dužnosti milosrda. Te dužnosti milosrda uvjetovane gospodarskim i socijalnim potrebama prvi su put ozakonjene u Zakonu o milosrdnoj namjeni 1601. godine u Velikoj Britaniji.

¹³ Phillips, A., *Charitable Status*, London, 1994., str. 16 - 21.

¹⁴ Nije poznato da je pojam *trust* preveden na hrvatski jezik.

¹⁵ Novije opasnosti povezane s terorističkim prijetnjama stavile su pod dodatnu kontrolu i aktivnosti američkih zaklada kao i drugih zaklada koje djeluju u SAD-u.

¹⁶ Više o nizozemskim zakladama i bogatoj tradiciji zakladništva može se naći u Burger, A.; Dekker, P.; Veldheer, V., *The Netherlands*, u: Schlüter *et al.* (ur.), *op. cit.* u bilj. 1, str. 193 – 205.

¹⁷ U Švedskoj do 1996. godine, kada se donosi zakon o zakladama, osnivanje i djelovanje zaklada bilo je uređeno na načelima prakse, pravne doktrine i poreznih propisa s kraja 19. stoljeća. V. više u: Wijkstrom, F., *Sweden*, u: Schlüter *et al.* (ur.), *ibid.*, str. 233 – 246.

kakvo mišljenje države, one moraju, kao i trgovačka društva, biti registrirane. Zaklade se u tim zemljama osnivaju odlukom zakladnika za života *inter vivos* ili poslije smrti *mortis causa*. Država u proceduri registracije nema u tom smislu nikakva utjecaja na svrhu i djelatnosti same zaklade. Mekan pravni pristup u uređivanju tih pravnih osoba općega dobra posvjedočen je i činjenicom da se određuje minimalan iznos imovine potreban za osnivanje zaklade. Primjerice, nizozemska tradicija registracije zaklada podrazumijevala je da zaklade imaju određenu imovinu, ali poslije Drugoga svjetskog rata udomaćila se i praksa osnivanja operativnih zaklada (*operational foundations*) koje, prije svega, prikupljaju sredstva za programe koje provode u zemlji i inozemstvu.¹⁸ Polder model kao temelj organizacije društva i izvor solidarnosti na kojem su utemeljene i nizozemske zaklade uvelike počiva na načelu samouređenja (*self-regulation*) gdje zaklade imaju zavidno visoke standarde transparentnosti i društvene odgovornosti. Van der Ploeg drži da Nizozemska ima jedan od najliberalnijih sustava osnivanja i djelovanja zaklada.¹⁹ O mekanu pravnom pristupu govore i činjenice da se zaklade u Nizozemskoj osnivaju, registriraju i djeluju prema dvadeset članaka građanskog zakonika, a u Švicarskoj je to samo deset članaka.²⁰ Jasno, djelovanje zaklada za različite svrhe uređeno je i posebnim pravnim propisima kao dijelu javnog prava.

U drugoj skupini europskih zemalja građanski zakonik nije dovoljan pa postoje dodatni zakoni koji uređuju osnivanje, registraciju, ustroj i prestanak rada zaklada. U Njemačkoj, pored odredaba građanskoga zakonika o zakladama, postoje pokrajinski zakoni koji uređuju registraciju i nadzor zaklada. Razvoj zakladništva u Njemačkoj, osobito krajem 19. stoljeća, učinile su to područje jako dinamičnim i inovativnim.²¹ Glavno obilježje zaklada je imovina koja je na temelju statuta zaklade, a po volji zakladnika, namijenjena izvjesnoj javnoj

¹⁸ U Nizozemskoj škole, bolnice, sveučilišta, socijalne i kulturne ustanove nerijetko imaju pravnu osobnost zaklada, a često su njihovi osnivači bile crkve. Religijski utjecaj prilikom osnivanja katoličkih škola vođen načelom supsidijarnosti vodio je prema zakladi kao pravnoj osobi dok je protestantska crkva vođena kalvinističkim načelom suvereniteta u tim slučajevima osnivala školu kao udrugu. Usp. Burger, Dekker, Veldheer, *op. cit.* u bilj. 16, str. 196 - 198.

¹⁹ Van der Ploeg, T. J., *A Comparative Legal Analysis of Foundations - Aspects of Supervision and Transparency*, u: Anheier, Toepler (ur.), *op. cit.* u bilj. 8, str. 55 - 78.

²⁰ Hondius, Van der Ploeg, *op. cit.* u bilj. 5, str. 23 - 29.

²¹ Više v. u: Graf Stachwitz, R., *Germany*, u: Schlüter *et al.* (ur.), *op. cit.* u bilj. 1, str. 133 - 144.

svrsi te joj je vlada dodijelila pravnu osobnost bez članova i bez vlasnika. Javne zaklade osnivaju vlada ili parlament posebnim zakonom. Kao osnivači zaklada najčešće se javljaju fizičke osobe, trgovačka društva, udruge i javna tijela. Fizičke su osobe najčešće zakladnici, a u novije vrijeme primjetna je tendencija da se trgovačka društva i udruge javljaju kao zakladnici. Obveza dobrog gospodarenja imovinom ključno je načelo kojim se uređuje transparentnost rada i odgovornost zaklada. Zaklade imaju vlastiti ustroj koji, najčešće, čine ravnatelj i odbor povjerenika sastavljen od pet do sedam članova. Zaklade nisu odgovorne prema općoj javnosti nego podnose godišnji izvještaj nadležnoj vladinoj agenciji. U Italiji je propisan relativno opsežan nadzor rada i aktivnosti zaklada o kojima one moraju podnositi godišnja izvješća, ali u praksi se nadzor ne provodi.²² Novije zakonske izmjene glede zaklada odnosile su se na ograničenje diskrecijskih prava uprave, smanjenje birokratskih kašnjenja i jačanja transparentne, učinkovite i odgovorne prakse zakladništva. Zakonski okvir osnivanja i djelovanja zaklada u Italiji omogućio je i osnivanje zaklada lokalnih zajednica (*community foundation*) kao izvjesnih inovacija koje imaju obilježja i zaklada i udruga. U Njemačkoj, Francuskoj i Italiji za rad zaklade potrebno je državno odobrenje.²³ Dakle, odluka zakladnika u procesu registracije može biti izmijenjena. U tim je zemljama predviđen i iznos minimalne imovine za osnivanje zaklada.

U ranijim socijalističkim zemljama, od kojih su neke imale veoma bogatu tradiciju zakladništva, poslije Drugoga svjetskog rata zaklade su ukinute, a njihova imovina nacionalizirana. Važno je istaknuti da su u zemljama srednje i istočne Europe, pored odredaba građanskih zakonika o zakladama, krajem osamdesetih i početkom devedesetih doneseni posebni zakoni o zakladama. Tim zakonima se prilično detaljno uređuje osnivanje, djelovanje, prestanak i nadzor zaklada.²⁴ Zakoni u tim zemljama uglavnom su bili inspirirani njemačkim propisima o zakladama. U komparativnoj analizi Hondius i Van der Ploeg zaključuju da je hrvatski Zakon o zakladama i fundacijama izrađen po uzoru na austrijski zakon. U tim je zemljama zakladama potrebno državno odobrenje za rad što prema Hondiusu i Van der Ploegu svjedoči o izvjesnom nedostatku povjerenja u zrelost i mogućnosti samoregulacije civilnoga društva.²⁵ Radi poticanja razvoja

²² Više o tome u: Barbetta, G. P.; Demaire, M., *Italy*, u: Schlüter *et al.* (ur.), *ibid.*, str. 163 – 178.

²³ Hondius, Van der Ploeg, *op. cit.* u bilj. 5.

²⁴ Pinter, F., *The Role of Foundations in the Transition Process in Central and Eastern Europe*, u: Schlüter *et al.* (ur.), *op. cit.* u bilj. 1, str. 282 – 317.

²⁵ Hondius, Van der Ploeg, *op. cit.* u bilj. 5, drže da je u početku tranzicije američka pravna pomoć u obnovi institucija civilnog društva, pa tako i zaklada, nametala anglo-saksonski

zakladništva u Češkoj je vlada ustanovila Zakladni investicijski fond koji je bio ključni čimbenik u povećanju osnovne imovine zaklada (*endowment*) i stasanju čeških zaklada u zrele institucije.²⁶ Za registraciju zaklada potrebna je minimalna osnovna imovina u iznosu 500.000 čeških kruna, što je oko 15.600 eura. Porezni poticaji za davanja u općekorisne svrhe fizičkim osobama i tvrtkama te naklonost državne politike zakladama okvir su u kojem se češke zaklade u svom djelovanju prepoznatljivo razlikuju.²⁷

Imajući u vidu zakladnike i aktivnosti koje zaklade provode dominantna su četiri tipa zaklada:

1. neovisne zaklade, organizacije čiji su zakladnici fizičke osobe ili obitelji koje uglavnom daju donacije
2. zaklade trgovačkih društava, slične neovisnim zakladama s tim da su njihovi zakladnici tvrtke
3. operativne zaklade, zaklade koje primarno provode svoje programe i projekte, a mogu dati i donacije drugim organizacijama
4. zaklade lokalnih zajednica, organizacije koje prikupljaju sredstva iz različitih izora, a potom ih doniraju.²⁸

III. ZAKLADE KAO PRAVNE OSOBE

Kako je već rečeno, aktivnosti zaklada, odnosno porezni okvir za razvoj zakladništva temelje se na činjenici da su zaklade neprofitne organizacije, što znači da ne plaćaju porez na dobit, a ako ostvare dobit trebaju ju koristiti za

common law premda su te zemlje imale drugačiju tradiciju. Taj pristup osobito je bio prisutan u dopuštenim aktivnostima zaklada koje nisu bile oporezive pa se je uz nedostatak nadzora dio zaklada upustio u trgovačke aktivnosti. To je utjecalo na raširenu negativnu percepciju zaklada, osobito u Mađarskoj. V. dodatno u: Anheier, H. K.; Daly, S., *Combining roles and visions - Patterns and Implications*, u: Anheier, Daly (ur.), *op. cit.* u bilj. 10, str. 59 – 72.

²⁶ O razvoju zakladništva u Češkoj više v. u: Skovajská, M., *Czech Republic*, u: Anheier, Daly (ur.), *op. cit.* u bilj. 10, str. 115 – 129.

²⁷ Pospíšil, M., *Mapping the Czech nonprofit sector*, *Civil Review*, vol. 3, br. 3, 2006., str. 233 – 244.

²⁸ Anheier, H. K.; Toepler, S., *Philanthropic Foundations: An International Perspective*, u: Anheier, Toepler (ur.), *op. cit.* u bilj. 8, str. 3 – 23. Jasno je, ta se tipologija odnosi na privatne zaklade.

osnovne zakladne svrhe.²⁹ To se drži temeljnim načelom uređenja statusa neprofitnosti zaklada. Ovisno o tradiciji i modernosti pojedinih država zaklade uživaju više neizravnih i izravnih poreznih poticaja. Na temelju neizravnih poreznih mjera zaklade uživaju izvjesne carinske povlastice i često za određene aktivnosti plaćaju prilikom kupnje roba i usluga sniženu stopu poreza na dodanu vrijednost. Na temelju izravnih poreznih mjera zaklade mogu u različitim razmjerima primati donacije koje su porezno priznat rashod donatorima i u skladu s javnim svrhama mogu davati donacije koje su neoporeziv prihod primateljima. Zaklade redovito imaju povlastice prilikom plaćanja poreza na promet nekretnina. U slučajevima nasljeđivanja imovine zaklade također imaju povoljan porezni status. U manjem broju zemalja (Austrija, Engleska, Finska, Mađarska, Italija i Slovenija) zaklade svojom registracijom stječu povlašten porezni status. U ostalim zemljama zaklade u posebnoj proceduri traže porezna oslobođenja za pojedine javno korisne aktivnosti. Analiza Batera i Habighorsta³⁰ o oporezivanju gospodarskih aktivnosti zaklada prilikom prodaje svojih usluga ili proizvoda govori o različitim praksama. Važno je istaknuti da sve veći broj zemalja dopušta zakladama u određenom razmjeru obavljanje i takvih aktivnosti koje najčešće nisu posebno oporezovane.

U razvijenim zemljama evidentno je postojanje tržišta donacija koje postaje sve kompetitivnije i koje s obzirom na procese internacionalizacije i globalnog djelovanja zaklada traži dodatnu regulaciju. Gallop ističe kako se pred posebnim izazovom nalaze zaklade koje imaju prekogranične programe i one zaklade koje prikupljaju donacije na međunarodnom tržištu.³¹ Europskom konvencijom o priznavanju pravne osobnosti međunarodnih nevladinih organizacija iz 1986. godine, a koja je stupila na snagu 1991. godine, zakladama, udrugama i drugim privatnim institucijama sa statusom neprofitnosti koje imaju međunarodnu korist dan je prostor za šire djelovanje. Zaklade i druge neprofitne pravne osobe nemaju ista prava i slobodu kretanja kao građani i gospodarski subjekti u Europskoj uniji. Primjerice, strane zaklade koje dolaze djelovati na područje Austrije, ako tamo žele osnovati svoj ured, moraju tražiti izvjesno dopuštenje od vlasti za svoje poslanje.

²⁹ Više o poreznim poticajima zakladama vidjeti u Batera, P.; Habighorst, O., *Tax Treatment of Foundations and their Donors*, u: Schlüter et al. (ur.), *op. cit.* u bilj. 1, str. 660 – 693.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Gallop, R., *Cross-border Issues facing Foundations and their Donors*, u: Schlüter et al. (ur.), *op. cit.* u bilj. 1, str. 744 – 797.

Na tragu jačanja europskih integracija Europska je komisija donijela i dokument Promocija uloge volonterskih organizacija i zaklada u Europi kojom se ohrabruje zemlje članice da poduzmu korake kako bi se pravni i fiskalni okvir za taj sektor učinio pozitivnijim, jasnijim i jednostavnijim. Zemljama članicama preporučena je revizija definicije javne koristi kako se ona ne bi odnosila na pojedinu zemlju nego na europsku perspektivu. Prepreke radu zaklada koje imaju prekogranične programe u zemljama Europske unije brojne su i nisu u skladu s ostalim procesima integracije na jedinstvenom tržištu. Kako bi se prevladale te poteškoće, poslije opsežne studije izvedivosti i javnih rasprava predloženo je donošenje Statuta europske zaklade.³² Prema tom Statutu zaklade bi imale pravnu osobnost u svim članicama Unije, a prilikom registracije trebale bi djelovati u najmanje dvije zemlje članice. Osnovna imovina za osnivanje zaklade iznosila bi 25.000 eura. Statut ima opciju da se ne uređuju pitanja poreznog statusa tih zaklada kao i opciju prema kojoj bi one imale ista porezna prava kao ostale domaće zaklade. U javnim konzultacijama nacionalne vlade i dijelom gospodarski subjekti bili su rezervirani prema ostvarenju tog projekta osnivanjem novih pravnih osoba.³³ Osnivanjem Europskog foruma za filantropiju i financiranje istraživanja 2007. godine na dnevni red stavljene su teme akademske filantropije kojom bi se prikupilo 0,2 posto BDP-a EU-a za financiranje znanstvenih istraživanja.³⁴ Time je u zemljama aktualizirana tema povećavanja izdvajanja za općekorisne svrhe koja su porezno priznat rashod fizičkim osobama i gospodarskim subjektima. Zaklade su izberive u brojnim programima EU-a kojima se potiče obrazovanje, istraživanja i razvoj. Ostvarivanje plana Europa 2020. – Europska strategija za pametan, održiv i uključiv rast³⁵ povezan je i s aktivnostima zaklada kao organizacijama civilnog društva.

³² Studiju izvedivosti izradio je Institut za komparativno i međunarodno privatno pravo Max Planck iz Hamburga i Centar za socijalne investicije Sveučilišta u Heidelbergu.

³³ O prijedlogu Statuta i rezultatima rasprava više v. u: European Commission, *Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation (FE)*, Bruxelles, 8. 2. 2012., COM (2012) 35, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/proposal_en.pdf (22. listopada 2012.).

³⁴ Više o tome http://www.efc.be/programmes_services/thematic-networks/research/Pages/default.aspx (10. prosinca 2012.).

³⁵ Usp. http://www.mobilnost.hr/prilozi/05_1300804774_Europa_2020.pdf (21. prosinca 2012.).

IV. TRENDOVI RAZVOJA ZAKLADNIŠTVA

Novija istraživanja razvoja zakladništva spominju tri vala razvoja zakladništva: prvi, u kasnom srednjem vijeku kada zaklade osnivaju trgovci i poduzetnici; drugi, industrijska revolucija krajem 19. stoljeća; treći, 1980-ih porast broja zaklada kao rezultat rasta gospodarstva. Zaklade su ponovo otkrivene kao čimbenici razvoja i pokretači društvenih promjena pa one doživljavaju izvjesnu renesansu.³⁶ U Njemačkoj se 1980-ih osnivalo oko 200 zaklada godišnje, a početkom 2000-ih između 800 i 900 zaklada.³⁷ U vrijeme industrijske revolucije u drugoj polovini 19. stoljeća zaklade su bile jedne od ključnih institucija civilnog društva koje su doprinijele procesima prve modernizacije.³⁸ Zaklade osnivaju industrijalci, bogati građani i pronicljivi intelektualci. Programi zaklada podupiru razvoj obrazovanja i istraživanja, kulture i umjetnosti, zdravstva i socijalnih služba. S povijesne distancije zaključuje se da su to bile socijalne investicije koje su ostvarivale prepoznatljiv društveni povrat. Time se objašnjava prijelaz s koncepta milosrđa, neposrednog pomaganja potrebitih na razvoj zakladništva koje podrazumijeva ostvarivanje strateških ciljeva. To je vrijeme kada trgovačka društva osnivaju prve zaklade. Osobito prepoznatljiv utjecaj u izgradnji općeg dobra i u procesima modernizacije zaklade su ostvarile u Njemačkoj.³⁹ Tek novija istraživanja o povijesti razvoja zakladništva u razvijenim zemljama govore o procesima u kojima se učilo iz iskustava drugih i onda takve projekte u okviru djelatnosti zaklada prenosilo u svoje zemlje. Ta istraživanja pokazala su da je proces razvoja zaklada u SAD-u nastao na temelju učenja iz iskustva Nijemaca te prenošenja primjera dobre prakse.⁴⁰ Time je napušteno mišljenje o američkom fenomenu razvoja zakladništva. Prijenosi znanja i dobrih praksa u SAD-u često su bila motivirana razvojem filantropske kulture koja je u dužem vremenu bila poticajan okvir za razvoj novih ideja, ulaganja u kulturu i umjetnost, poticanje obrazovanja i znanstvenih istraživanja, doprinos za rješavanje konkretnih socijalnih problema, unapređenje zdravstvene

³⁶ Anheier, Toepler (ur.), *op. cit.* u bilj. 8, str. 3.

³⁷ Anheier, H. K.; Leat, D., *Creative Philanthropy: Towards a New Philanthropy for the Twenty-First Century*, London, 2006.

³⁸ Više v. u: Adam, T. (ur.), *Philanthropy, Patronage and Civil Society: Experiences from Germany, Great Britain, and North America*, Bloomington, 2004., str. 15 - 33.

³⁹ *Ibid.*, str. 103 - 119.

⁴⁰ *Ibid.*

zaštite i slično.⁴¹ Razvoj zakladništva i time filantropskih aktivnosti potaknut je industrijskom revolucijom i nastankom kapitalističke klase bogatih građana. T. Veblen dio te klase bogatih prepoznaje kao pripadnike “dokoličarske klase” kojoj je stalo do dokolice i dobrog glasa, odnosno ugleda.⁴² Vidljiva potrošnja i dokolica načini su na koji se pokazuje bogatstvo u javnosti. U tom smislu osobito se elitnu filantropiju u kojoj bogati daju ne samo zbog osjećaja odgovornosti drži i dijelom koncepta vidljive potrošnje i traženja javnih priznanja za tu potrošnju. Programi utjecajnih američkih zaklada temeljili su se na uvjerenjima da znanost može ponuditi rješenja za probleme s kojim su suočena industrijska društva i da pomažući primijenjena istraživanja i talentirane pojedince na najbolji način unapređuju dobrobit čovječanstva.⁴³ Ulaganja u obrazovanje osnivanjem sveučilišta i istraživačkih instituta, inoviranje programa u području javnih politika, posebno zdravstva i socijalnih službi, ostvarila su i prepoznatljiv globalni utjecaj. Jedan od međaša razvoja filantropije i zakladništva u SAD-u, a i u zapadnom svijetu, bio je Andrew Carnegie koji je bio na glasu kao tajkun i predator. Njegov tekst *Evandjelje bogatstva* iz 1889. godine drži se na neki način platformom zapadne filantropije. Prodajom svoje imovine i ulaganjima u filantropske svrhe ostvario je brojne prepoznatljive utjecaje.⁴⁴ Porter i Kramer upućuju na razvoj zakladništva krajem dvadesetog stoljeća u SAD-u, a mjera toga razvoja je povećanje imovine zaklada za 1.100 posto.⁴⁵ Ekonomska kriza utjecala je i na smanjenje donacija zaklada u SAD-u za 8,4 posto, odnosno sa 46,8 milijardi dolara u 2008. na 42,3 milijarda dolara u 2009. godini.⁴⁶ Od 1999. godine vrijednost zakladnih donacija povećana je za 43 posto. Vrijednost zakladne imovine u SAD-u procjenjuje se na 583,4 milijarde dolara.

⁴¹ Više v. u: Condliffe Lagemann, E., *Introduction: Foundation History, New Possibilities for Scholarship and Practice*, u: Condliffe Lagemann, E. (ur.), *Philanthropic Foundations: New Scholarship, New Possibilities*, Bloomington, 1999., str. ix - xviii.

⁴² Adam, T., *Buying Respectability - Philanthropy and Urban Society in Transitional Perspective, 1840 to 1930s*, Bloomington, 2009., str. 7 - 8.

⁴³ Bulmer, M., *op. cit.* u bilj. 8, str. 27 - 53.

⁴⁴ O Carnegiejevim filantropskim idejama više v. u hrvatskom prijevodu *Evandjelja bogatstva*, Revija za socijalnu politiku, vol. 19, br. 19, 2012., str. 199 - 206. Jedna od Carnegiejevih zaklada čije je poslanje bio svjetski mir sagradila je zgradu Palače mira u kojoj se nalazi Međunarodni sud pravde u Den Haggiu.

⁴⁵ Porter, M. E.; Kramer, M. R., *Philanthropy's New Agenda: Creating Value*, Harvard Business Review, November-December, 1999., str. 121 - 130.

⁴⁶ Usp. <http://foundationcenter.org/gainknowledge/research/pdf/fgge10.pdf> (31. prosinca 2012.).

Zaklade su sve više u kompetitivnom okruženju i sve su više obvezane na strateško djelovanje u kojem trebaju proizvesti izvjesne socijalne učinke.⁴⁷ Stvaranje novih vrijednosti za društvo drži se ključnim poslanjem zaklada u kojem se fokus s primatelja potpora usmjerava na društvo u cjelini. Kao i u poslovnom sektoru, zaklade trebaju koristiti ekspertizu i potpore usmjeravati prema najproduktivnijim korisnicima. Privlačenje drugih donatora koji imaju manje kapacitete za ekspertizu u partnerske projekte stvara dodatne vrijednosti. Zaklade sve više rade s primateljima donacija kako bi povećali socijalne učinke i pokazale svoj interes za konkretne rezultate. I na kraju, zaklade financiraju primjenjiva istraživanja kako bi došle do novih znanja i unapređenja praksa glede društvenih problema. Stvaranje novih vrijednosti obećavajući je okvir za množenje socijalnog kapitala i jačanja socijalne kohezije. Filantropija, a i zakladništvo uglavnom počivaju na temeljima ljudskih vrлина koje se obuhvaćaju pojmom velikodušnost. Interdisciplinarna istraživanja boljeg razumijevanja uzročnosti društvenog mehanizma koji proizvode velikodušnost ili ju osporavaju daju konkretne preporuke koje se mogu koristiti za učinkovit rad i razvoj zaklada.⁴⁸ Anheier i Leat⁴⁹ prepoznaju jedinstveni potencijal zaklada u proizvodnji, prihvaćanju, primjeni i diseminaciji ideja, inovacija i kreativnih rješenja. Kreativne zaklade ostvaruju održive rezultate s utjecajem i na one koji nisu korisnici njihovih sredstava. Njihovo poslanje je stvaranje održive društvene promjene, promicanje kreativnog i konstruktivnog javnog dijaloga koji povećava kapacitete društva za rješavanje problema. U opsežnom komparativnom istraživanju⁵⁰ razlučeno je više socijalnih modela u kojima se razvijaju suvremene zaklade (*Tablica 1.*). U zemljama gdje dominira liberalni tip socijalne države (SAD, Velika Britanija) zaklade su najrazvijenije i imaju više prostora za djelovanje. S druge strane, u socijaldemokratskom modelu koji dominira u Skandinaviji zaklade su na neki način sastavni dio politike koju provodi vlada.

⁴⁷ Porter, Kramer, *op. cit.* u bilj. 45, 121 - 130.

⁴⁸ John Templeton Foundation donirala je 2009. godine University of Notre Dame znatna sredstva za istraživanje vrline velikodušnosti. Više v. na <http://generosityresearch.nd.edu/more-about-the-initiative/> (15. prosinca 2012.).

⁴⁹ Anheier, Leat, *op. cit.* u bilj. 37.

⁵⁰ Anheier, Daly (ur.), *op. cit.* u bilj. 10.

Tablica 1. Socijalni modeli razvoja zakladništva

socijaldemokratski model	Zaklade su dio sustava šire socijalne politike koju koordinira vlada.
državno kontrolirani model	Zaklade trebaju biti odgovornije (<i>accountable</i>) vladi.
korporativistički model	Zaklade trebaju djelovati u propisanom području koje je primarni interes demokratski izabrane vlade i u kojem se može ostvariti uvid da one djeluju u javnom interesu.
	Zaklade trebaju djelovati neovisno, ali uglavnom u uskoj suradnji s državom i lokalnim vlastima, s naglaskom na pružanje socijalnih usluga.
liberalni model	Zaklade su vidljiva i od vlade i tržišta neovisna snaga, one osiguravaju alternativu glavnim maticama događanja i sigurno mjesto manjinama.
	Zaklade promiču inovacije tako kako ne mogu vlade ili tržište. One potiču nove socijalne perspektive, vrijednosti i načine rješavanja problema.
periferni model	Zaklade se ne bave izazovima promjene postojećeg stanja.
poslovni model	Poslovni lideri i zaklade rade bliže jedni drugima.
	Zaklade nude mogućnost poduzećima da pokažu svoju društvenu odgovornost i da promiču istovremeno njihov javni imidž.

Problem legitimacije i preispitivanje uloge zaklada pratio je razvoj zaklada u SAD-u u 1970-im kada su uz javne sumnje zlorporabe imale dosta krhku poziciju u američkom društvu. Na takve sumnje odgovorilo se praksom samoregulacije kojoj je bila svrha jačanje pozicije zaklada.⁵¹ Zaklade su u okviru svoga saveza obvezane na izvještavanje i dijeljenje informacija o aktivnostima, povećana su neovisna istraživanja i publiciranja radova o zakladama, razvijeni su standardi dobre prakse među zakladama te su u cijelosti poboljšani odnosi

⁵¹ Frumkin, P., *Private Foundations as Public Institutions - Regulation, Professionalization, and the Redefinition of Organized Philanthropy* u: Condliffe Lagemann, E. (ur.), *Philanthropic Foundations: New Scholarship, New Possibilities*, Bloomington, 1999., str. 69 - 98; Anheier, Leat, *op. cit.* u bilj. 37, str. 39 - 48. Na kompleksnost pitanja legitimnosti djelovanja suvremenih zaklada upućuju Anheier, H. K.; Daly, S., *Combining roles and visions - Patterns and Implications*, u: Anheier, Daly (ur.), *op. cit.* u bilj. 10, str. 59 - 72.

s javnošću. Kritike rada zaklada temelje se na sumnjama da je riječ o sofisticiranu načinu izbjegavanja plaćanja poreza, da se industrijalci kao zakladnici predstavljaju preko zaklada javnosti u boljem svjetlu, da su odbori povjerenika zatvorene skupine, često skupine prijatelja ili rodbine u sukobima interesa pa onda zaklade nemaju odgovarajuću socijalnu pozadinu koja opravdava njihovo poslanje.⁵² Strukturiranje suvremenih društava u kojima sve uži slojevi raspolazu sa sve većim bogatstvom čini se temeljem održive filantropije i time potencijalno intenzivnijeg razvoja zakladništva.⁵³ Međutim, rast filantropikalizma rezultat je akumulacije velikog bogatstva, a, s druge strane, na djelu je intenzivan rast siromaštva koje postaje sve većim političkim problemom.

V. RAZVOJ ZAKLADNIŠTVA U HRVATSKOJ

Parcijalni uvidi govore da su zaklade igrale prepoznatljivu ulogu u razvoju Hrvatske u doba industrijalizacije i urbanizacije krajem 19. stoljeća. Zaklade su osnivale prve moderne bolnice, škole, socijalne ustanove, poticale su kulturu i umjetnost te stipendirale učenike i studente. Razvoj zakladništva podupirali su i gospodarski subjekti.⁵⁴ Imućniji i ugledniji društveni slojevi preuzimali su inicijative koje su bile izraz modernizacije društva, a njima su materijalne potpore davali bogatiji građani. U prvoj polovici 20. stoljeća Zagreb je bio uključen u prekomorske, globalne procese razvoja filantropije.⁵⁵ Poslije Drugoga svjetskog rata zaklade su u Hrvatskoj prestale postojati, a njihova je imovina nacionalizirana. Početkom 1990-ih u ozračju političkih promjena osnivaju se i prve zaklade, ali na temelju pravnih pravila Zakona o zadužbinama iz 1930. godine (Službene novine, 11. 7. 1930., br. 155-LVIII). U tom su vremenu i neke udruge imale u svom nazivu riječ zaklada. Zakon o zakladama i fundacijama

⁵² Bulmer, M., *op. cit.* u bilj. 8, 42 - 45.

⁵³ Mooney, P.; Eikenberry, A. M., *Philanthropy in an Era of Global Governance*, u: Taylor, R. (ur.), *Third Sector Research*, New York, 2010., str. 269 – 279.

⁵⁴ Više o tome Bežovan, G., *Zaklade i njihova uloga u modernom društvu*, u: Bežovan, G.; Dika, M.; Ivanović, M., *Zaklade: djelatnosti i osnivanje*, Zagreb, 1999., str. 1 – 37.

⁵⁵ O tome svjedoči projekt gradnje današnje Škole narodnog zdravlja Andrija Štampar u programu Rockefellerove zaklade i gradnja Radišinog Zakladnog doma koji je financirala Zaklada Hrvatske bratske zajednice iz SAD-a. Temeljitiya istraživanja dosega razvoja zakladništva u Hrvatskoj prije Drugoga svjetskog rata mogla bi biti poticaj novom valu razvoja zaklada kao institucija civilnog društva.

donosi se tek 1995. godine.⁵⁶ Dinamika osnivanja zaklada bila je relativno usporena ratom i gospodarskom krizom te nepostojanjem odgovarajućih poreznih poticaja za davanja u općekorisne svrhe.⁵⁷ Empirijska istraživanja o razvoju zakladništva⁵⁸ govore o dosegima, razvojnim problemima i izazovima razvoja tih institucija. Dijelom su ti rezultati bili uspoređivani s razvojem zakladništva u drugim tranzicijskim zemljama.

Sredinom 2001. godine u Zakladni je upisnik bilo upisano 47 zaklada.⁵⁹ Većinom su to bile neovisne zaklade, a relativno skromna osnovna imovina upućivala je na činjenicu da oko 60 posto zaklada prikuplja sredstva za svoje aktivnosti. Tek manji broj zaklada imao je politiku povećavanja osnovne imovine. Zaklade su prikupljale sredstva uglavnom od domaćih pravnih i fizičkih osoba. Prema području djelovanja dominirale su stipendijske zaklade i zaklade socijalne skrbi. Tri zaklade isticale su se u davanju donacija, a u 2000. godini one su dale 62 posto ukupnih donacija. Početkom 2000-ih zaklade su isticale problem nepoticajnih poreznih propisa za davanja u općekorisne svrhe. U tom vremenu država nije priznavala donacije fizičkim i pravnim osobama koji su oni davali neprofitnim organizacijama, među njima i zakladama, kao porezno priznati rashod. Druga skupina problema odnosila se na samo vođenje zaklade kao pravne osobe. Vođenje zaklada na volonterskoj osnovi davalo je ograničene rezultate, a suvremeni menadžerski i marketinški pristupi uglavnom nisu primijenjeni u vođenju zaklada. Zaklade su iskazivale problem povezan s činjenicom da država nije vodila odgovarajuću politiku potpore razvoju zakladništva. Vlada nije ispunila zakonsku obvezu osnivanja Zakladnog vijeća koje je trebalo poticati razvoj zakladništva. Vlada također nije ispunila zakonske odredbe glede povrata nacionalizirane imovine zakladama.⁶⁰ Gospodarska kriza uvje-

⁵⁶ Narodne novine, br. 36/96, 64/01. Potonjom novelom uređen je status predstavništva stranih zaklada.

⁵⁷ Bežovan, *op. cit.* u bilj. 54.

⁵⁸ Ovdje se oslanjamo na dva empirijska istraživanja koja su do sada provedena u Hrvatskoj: Bežovan, G., *Zaklade i dosezi razvitka u Hrvatskoj*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 52, br. 3-4, 2002., str. 619 – 649; Bežovan, G., *Zaklade u Hrvatskoj - uloga, razvoj i postignuća*, Revija za socijalnu politiku, vol. 15, br. 3, 2008., str. 455 – 478.

⁵⁹ Bežovan, G., *Zaklade i dosezi razvitka u Hrvatskoj*, *ibid.*

⁶⁰ Obnovljenoj zakladi Blaga djela (*Opera Pia*) iz Dubrovnika osnovanoj u 14. stoljeću vraćen je tek dio nacionalizirane imovine, a procjenjuje se da nekretnine u vlasništvu zaklade vrijede 46 milijuna kuna. V. *Uz 15. obljetnicu registracije i obnove aktivnog rada zaklade Blaga djela iz Dubrovnika*, Dubrovnik, 2012.

tovana ratom i procesom tranzicije te cjelokupno socio-kulturno okruženje nisu išli na ruku razvoju zaklada. Zaklade su u istraživanju prilike za razvoj zakladništva u Hrvatskoj ocjenjivale kao relativno nepovoljne. Tek od početka 2001. godine koalicijska vlada donosi porezne propise za davanja u općekorisne svrhe.⁶¹ Tijekom 1990-ih na te se organizacije sumnjalo da peru novac. Potom su porezne povlastice za rad neprofitnih organizacija bile jedne od povoljnijih u regiji.⁶² Na donacije, potpore, članarine, dotacije iz javnih fondova nije se plaćao porez na dobit. Neprofitne organizacije imale su određene povlastice poreza na dohodak u dijelu nadoknađivanja troškova službenog puta osobama koje volonterski rade u takvoj organizaciji. Pored toga, imale su određene carinske povlastice, nisu plaćale porez na promet nekretnina⁶³ kao ni porez na nasljedstva i darove.⁶⁴ Međutim, porezne su povlastice tim organizacijama dijelom bile rezultat inozemnog pritiska⁶⁵ i očekivanja poticanja razvoja civilnog društva, a ne očekivanja od uloge tih organizacije u razvoju zemlje. U tom se dijelu nije vodila sustavna porezna politika koja bi promovirala davanja u općekorisne svrhe i time doprinosila izgradnji općeg dobra. Gospodarski subjekti mogu darovati do 2% svojih prihoda u općekorisne svrhe, što im je porezno priznati rashod.⁶⁶ Isto tako, fizičke osobe koje plaćaju porez na dohodak mogu darovati do 2% ukupnih primitaka u općekorisne svrhe.⁶⁷ Važno je napomenuti da su donacije zapravo stavka umanjenja porezne osnovice i porezni obveznici ne mogu donirati 2% prihoda ostvarenog u prethodnoj godini ako nemaju dovoljan iznos dobiti iz koje se donacija pokriva. Na temelju odluke nadležnog ministra neoporezivi iznosi pojedinih darova mogu se povećati. Dakle, ovdje je riječ o darivanju bez

⁶¹ U tom kontekstu vidjeti polemički tekst Bežovan, G., *Mecenama ne daju u Hrvatsku*, Vjesnik, 13. veljače 1995.

⁶² Više v. u: Bežovan, G.; Zrinščak, S., *Civilno društvo u Hrvatskoj*, Zagreb, 2007., str. 99 - 101.

⁶³ Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, br. 69/97.

⁶⁴ Zakon o financiranju jedinica lokalne samouprave i uprave, Narodne novine, br. 117/93. Mijatović, N., *Oporezivanje imovine: s posebnim osvrtom na oporezivanje nasljedstva i darova*, Zagreb, 2004., str 265, navodi kako su stope poreza na nasljedstva i darove od 5% u Hrvatskoj znatno niže od drugih zemalja gdje su to progresivni porezi i iznose od 60 do 81,6%.

⁶⁵ U to vrijeme na Hrvatsku su vršeni inozemni politički pritisci jer nije imala odgovarajući okvir za razvoj civilnog društva, a porezni poticaji za davanja za opće dobro bili su na listi prioriteta.

⁶⁶ Zakon o porezu na dobit, čl. 7., Narodne novine, br. 127/00.

⁶⁷ Zakon o porezu na dohodak, čl. 9., Narodne novine, br. 126/00.

protučinidbe. U Hrvatskoj se često ne razlikuju pojmovi sponzorstva i darivanja. Relativno mali broj gospodarskih subjekata, a osobito fizičkih osoba koristi te povlastice.⁶⁸

U drugoj polovici 2006. godine u Hrvatskoj su bile registrirane 94 zaklade i 6 fundacija.⁶⁹ Većina zaklada prikuplja sredstva za svoj rad. Tek desetak zaklada raspolaže imovinom koja jamči prihode kojima se mogu ostvariti poslanja zaklada. Glede djelatnosti i dalje dominiraju stipendijske zaklade i zaklade iz područja socijalne skrbi. Zaklade koje potiču razvoj u različitim područjima razvoja zapravo su inovatori koji osiguravaju prostor za dijalog i društvenu akciju. Tek je petnaest zaklada imalo osnovnu imovinu iznad 400.000 kuna, a dodatni empirijski uvidi govorili su da zaklade ne vode politiku uvećanja osnovne imovine. Ukupna vrijednost osnovne imovine svih zaklada bila je 52,6 milijuna kuna. Domaće fizičke i pravne osobe najčešći su donatori zakladama. Prema stajalištima odgovornih u zakladama, građani su spremni davati u skladu sa svojim mogućnostima uz uvjet da je riječ o transparentnom procesu u kojem se zna za koju svrhu se daje i tko što od toga dobiva. Na temelju zakona zaklade su dužne podnositi resornom uredu za registraciju, Ministarstvu financija i Državnom uredu za reviziju zaključni godišnji financijski račun koji treba sadržavati, između ostalog, pregled prihoda i rashoda te stanje imovine zaklade. Prema uvidima samo 41 zaklada podnijela je takav izvještaj Državnom uredu za reviziju. Prema podacima Državnog ureda za reviziju 41 zaklada koja je podnijela izvješća u 2005. godini dala je potporu u iznosu od 13,1 milijun kuna.

Predstavnici anketiranih zaklada zaključuju da je s aktivnostima zaklada upoznat relativno ograničen broj građana. Zapravo, mediji ne pokazuju interes za rad i postignuća zaklada. Zaklade se uglavnom vode na volonterskoj osnovi, a očit je izazov činjenica što relativno mali broj zaklada ima sredstava za zaposlenje kvalificirane osobe koja bi vodila zakladu. Zaklade kao svoja postignuća najviše ističu socijalno-humanitarno djelovanje, pomoć siromašnim obiteljima, pomoć djeci i organizaciju humanitarnih akcija. Primjerice, jedna zaklada ističe da daje pomoć za 1.498 djece. Nadalje, navode se stipendije koje se daju učenicima i studentima. Važan dio uspjeha su i pomoć bolesnima i nemoćni-

⁶⁸ Prema očitovanju Porezne uprave od 3. travnja 2012. godine za 2009. godinu 4.323 poreznih obveznika uvećalo je osobni odbitak u ukupnom iznosu od 4.191.130,29 kuna. Podaci za gospodarske subjekte nisu raspoloživi.

⁶⁹ Bežovan, G., *Zaklade u Hrvatskoj - uloga, razvoj i postignuća*, op. cit. u bilj. 58.

ma. Zaklade većim dijelom ističu probleme nedostatka financijskih sredstava i poteškoće prikupljanja sredstava. Navode se problemi zamora donatora koji nisu pripravniji davati donacije. Drugi važan problem je nepovjerenje vlasti, odnosno nepostojanje političke podrške općenito. Prilike za razvoj zakladništva u Hrvatskoj ocijenjene su u odnosu na ranije istraživanje kao povoljnije. Osim toga, 39 posto anketiranih zaklada ističe potrebu pojednostavljenja registracije zaklada. Drži se da bi dodatni porezni poticaji osnažili razvoj zaklada i potaknuli donatore na veća davanja.

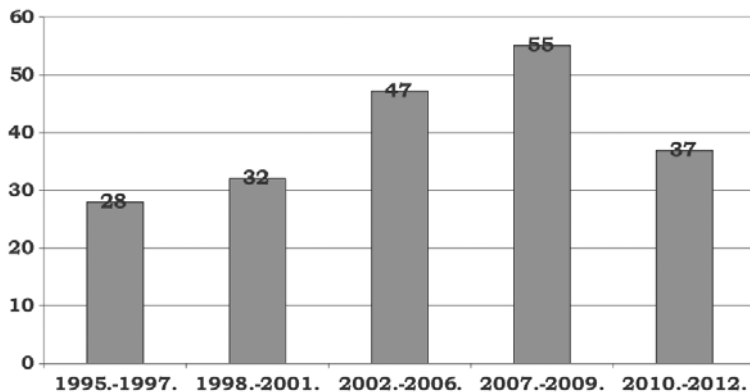
U okviru spomenutog istraživanja zaključuje se da zaklade uglavnom imaju komplementarnu ulogu i podmiruju potrebe koje ne mogu podmiriti država i lokalne vlasti. Dok je redistributivna uloga zaklada tek u začecima, zaklade se stidljivo javljaju kao inovatori, a ograničene su njihove aktivnosti u promicanju društvenih promjena.⁷⁰ Korporativistički bi društveni model ponajviše opisao ulogu zaklada u Hrvatskoj koje djeluju u javnom interesu. Imajući u vidu njihov mali broj, ograničene resurse s kojima raspolažu i slabu podršku drugih dionika kao i njihovu neprisutnost u javnosti moglo bi se govoriti i o perifernom socijalnom modelu razvoja zakladništva. Istraživanje je pokazalo da se postupno utire put razvoju zakladništva i da su raspoloživi mnogi resursi koji se uz odgovarajuće vještine mogu mobilizirati za općekorisne svrhe.⁷¹ Međutim, još uvijek je teško prepoznati dodanu vrijednost programa naših zaklada. Prema podacima iz Zakladnog upisnika povećava se broj registriranih zaklada (*Slika 1.*) i uočava se da je u doba gospodarskog prosperiteta 2007. - 2009. godine registrirano 55 zaklada.⁷²

⁷⁰ Socijalni modeli razvoja zaklada nalaze se u *Tablici 1.*

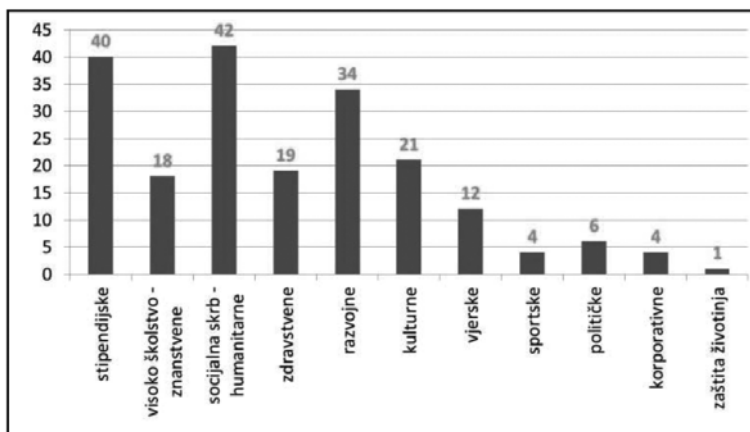
⁷¹ Razvojni problemi hrvatskih zaklada slični su s onima u tranzicijskim zemljama, v. Anheier, H. K.; Daly, S., *Combining roles and visions - Patterns and Implications*, u: Anheier, Daly (ur.), *op. cit.* u bilj. 10, str. 59 – 72.

⁷² U Zakladnoj knjizi Ministarstva uprave registrirane su 192 zaklade, v. <http://www.uprava.hr/default.aspx?id=669>, a u Fundacijskoj knjizi upisano je 12 fundacija <http://www.uprava.hr/default.aspx?id=668> (14. prosinca 2012.). Radi usporedbe, 31. 12. 2012. u Registru udruge bile su upisane 47.787 udruga, <http://www.aplpravna.hr/RegistarUdruga/faces/WEB-INF/pages/searchForm.jsp>. U Hrvatskoj je osnovano relativno manje zaklada u usporedbi s drugim srednjoeuropskim tranzicijskim zemljama, a to je zasigurno povezano sa zahtjevnim procesom osnivanja zaklada.

Slika 1. Zaklade i fundacije u Hrvatskoj prema razdobljima osnivanja. Broj osnovanih zaklada i fundacija prema podacima Ministarstva uprave (Zakladna knjiga i Fundacijska knjiga)



Slika 2. Zaklade i fundacije u Hrvatskoj prema područjima djelovanja



Glede područja djelovanja (Slika 2.) najbrojnije su zaklade iz područja socijalne skrbi, zatim stipendijske zaklade i zaklade koje podupiru razvojne projekte. Slično kao i u razvijenim zemljama, u Hrvatskoj se povećavaju socijalne razlike što je obilježeno smanjivanjem srednjih slojeva, rastom siromaštva i jačanjem veoma uskog kruga bogatih. Uzak krug bogatih građana potencijalni su donatori kao i oni koji pripadaju srednjim slojevima. Međutim, kod nas su najunosnije tvrtke, osobito banke u rukama stranaca i očito je da one nisu pripravne prakticirati istu razinu korporativne filantropije kao i njihove mati-

ce. Ta bi činjenica trebala biti temom javnih rasprava radi jačanja filantropije i zauzetosti gospodarskog sektora za probleme u društvu.⁷³

VI. ZAKONSKI OKVIR OSNIVANJA I DJELOVANJA ZAKLADA U HRVATSKOJ

Kao što je ranije kazano, osnivanje, ustrojstvo, djelatnost i prestanak zaklada i fundacija⁷⁴ te nadzor na njihovim radom uređeni su Zakonom o zakladama i fundacijama (dalje u tekstu: ZZF). Time je prestala praksa korištenja pravnih pravila Zakona o zadužbinama iz 1930. godine.⁷⁵ Ovdje se analiziraju glavne odredbe ZZF-a. Zaklada je imovina namijenjena da sama, odnosno prihodima što ih stječe trajno služi ostvarivanju neke općekorisne ili dobrotvorne svrhe, a fundacija to ostvaruje u određenom vremenskom razdoblju ne duljem od pet godina. Pod općekorisnom svrhom podrazumijeva se općenito unapređenje kulturne, prosvjetne, znanstvene, duhovne, ćudoredne, športske, zdravstvene, ekološke ili koje druge društvene djelatnosti. Dobrotvorna svrha podrazumijeva humanitarno djelovanje pružanjem potpora osobama kojima je potrebna pomoć. Svrha općekorisnosti i dobrotvornosti može se potvrđivati pružanjem potpore ciljanim društvenim skupinama (2).⁷⁶

Osnivač zaklade, zakladnik može biti domaća ili strana fizička ili pravna osoba. U tu svrhu se donosi akt o osnivanju zaklade, a kojim se određenu imovinu namjenjuje određenoj zakladnoj svrsi. Kada zakladu osniva jedan zakladnik, ona se osniva izjavom o osnivanju zaklade, odnosno izjavom posljednje volje, oporukom. Kada zakladu osniva više osoba, akt o osnivanju donosi se u obliku ugovora. Zakonom je propisan obvezan sadržaj akta o osnivanju zaklade (4): 1. očitovanje volje zakladnika da se određena imovina trajno namjenjuje za osnivanje zaklade, 2. podatke kojima se točno određuje imovina namijenje-

⁷³ Zaklada Adris, kao korporativna zaklada, nastala je na temeljima profitabilnog posla koji nije otišao u ruke stranaca, v. www.adris.hr/Adris_i_zajednica/Zaklada_Adris/ (15. prosinca 2012.).

⁷⁴ U tom zakonu došlo je do neprecizne upotrebe pojma fundacija, što je inače sinonim za zakladu. Pojam fundacija trebalo bi zamijeniti pojmom fond. O terminološkim dvojabama glede tog pojma v. Dika, M., *Zaklade i fundacije u hrvatskom pravu*, u Bežovan *et al.*, *op. cit.* u bilj. 54, str. 38 – 91.

⁷⁵ Službene novine, 11. 7. 1930., br. 155-LVIII.

⁷⁶ Pojedini članci toga zakona navode se brojkama u zagradama.

na zakladnoj svrsi (osnovna imovina) s procjenom zaprisegnutoga sudskog vještaka o njenoj vrijednosti i predvidivim prihodima koje bi ona mogla davati, 3. određenje općekorisne ili dobrotvorne svrhe zaklade. Akt o osnivanju zaklade mora biti sastavljen u pisanom obliku, a može sadržavati i odredbu o upravitelju zaklade kao i druge odredbe koje mora sadržavati statut zaklade. Dika⁷⁷ zagovara da bi već u aktu o osnivanju bilo preporučljivo utvrditi što više odredaba statutarnog karaktera kako bi se kasnije izbjegle nedoumice ili čak neugodna iznenađenja prilikom pripreme statuta zaklade. Ministarstvo uprave na temelju akta o osnivanju zaklade, a nakon provedenog postupka utvrđuje da su ispunjene zakonske pretpostavke za osnivanje zaklade i donosi rješenje kojim dopušta osnivanje zaklade i određuje njen upis u zakladni upisnik. Prije donošenja tog rješenja ministarstvo je dužno pribaviti suglasnost i onih ministarstava u čijem je djelokrugu ostvarivanje svrhe zaklade. Rezultati ranijeg empirijskog istraživanja⁷⁸ govore o problemima pribavljanja suglasnosti od drugih ministarstava, a što upućuje na preveliku moć države u tom procesu. Po pravomoćnosti rješenja kojim je dopušteno osnivanje zaklade ministarstvo rješenjem postavlja upravitelja zaklade, osobu određenu u aktu o osnivanju, koji predlaže statut zaklade te tijela upravljanja i zastupanja zaklade. Zakonsku mogućnost da nadležno tijelo postavi upravitelja mimo volje zakladnika Dika drži nedopustivim utjecajem države.

Osnovnu imovinu zaklade čini imovina koju je zakladnik namijenio zakladi u aktu o osnivanju, a čija se vrijednost ostvarivanjem zakladne svrhe ne smije umanjivati ili gubiti (16). Ta imovina postaje imovinom zaklade upisom zaklade u zakladni upisnik. Imovinu zaklade čini i imovina koju zaklada stekne gospodarskim iskorištavanjem svoje imovine (npr., zakupnina, najamnina, kamate, dividende, prihodi od autorskih prava, patenata, licencija i sl., prihodi od poljodjelskog, šumskog i drugog zemljišta), priložima, donacijama i sl. Zakonom su navedeni i načini stjecanja imovine pa zaklada može organizirati određene aktivnosti (dobrotvorne priredbe, prigodnu lutriju, izradu i prodaju prigodnih tiskovina, amblema, značaka i sl.). Imovina zaklade može se nalaziti i u inozemstvu. Novčana sredstva koja čine dio imovine zaklade moraju se unijeti u Republiku Hrvatsku i položiti na račun zaklade. Namjena imovine je stroga pa ju zaklada može koristiti samo za ostvarivanje svrhe zbog koje je zaklada osnovana. Nepokretna imovina, unijeta u zakladu kao njezina

⁷⁷ Dika, M., *Zaklade i fundacije u hrvatskom pravu*, op. cit. u bilj. 74, str. 38 – 91.

⁷⁸ Bežovan, G., *Zaklade u Hrvatskoj - uloga, razvoj i postignuća*, op. cit. u bilj. 58.

glavnica ili kupljena od kamata radi ostvarivanja svrhe zaklade i uvećanja njezine financijske podloge, ne smije se otuđiti (prodati, zamijeniti) na štetu već ostvarene financijske podloge i svrhe glavnice. Dika drži da se tom odredbom nepotrebno ograničava načelo autonomije volje koji je u osnovi ideje osnivanja zaklade.⁷⁹

Kao što je ranije u iskustvima razvijenih zemalja izloženo, za osnivanja, djelovanje i razvoj zaklada ključni su porezni poticaji. ZZF-om država je obvezana da primjerenim propisima potiče i olakšava rad zaklada. U tom smislu imovina zaklade kao i njezini prihodi uživaju posebne porezne olakšice. Najavljeno je da će se posebnim zakonima urediti pitanja o vrsti i visini poreznih olakšica i povlastica za utemeljitelje, darovatelje i korisnike zaklada. Osim toga, rečeno je da se posebnim zakonima mogu odrediti i obvezatni doprinosi određenim zakladama iz prihoda igara na sreću ili iz dobiti određenih trgovačkih društava u državnom vlasništvu. Deklarirana spremnost države da primjerenim poreznim propisima potiče razvoj zakladništva nije se ostvarila. Zaklade imaju porezne povlastice kao i ostale neprofitne pravne osobe.⁸⁰

Isto tako, vlada nije osnovala Zakladno vijeće (34, 35) kao stručno i savjetodavno tijelo koje bi poticalo razvoj zakladništva. Inspekcijski nadzor nad radom zaklada provode Ministarstvo uprave, Ministarstvo financija i Državni ured za reviziju (30). Ministarstvo uprave provodi inspekcijski nadzor radi provjere održava li se osnovna imovina zaklade, ispunjava li se njezina svrha i upravlja li se njome sukladno propisima. Ministarstvo financija i Državni ured za reviziju provode inspekcijski nadzor nad financijskim poslovanjem zaklade. Zakladna su tijela dužna svake godine podnijeti Ministarstvu uprave, Ministarstvu financija

⁷⁹ Dika, M., *Zaklade i fundacije u hrvatskom pravu*, *op. cit.* u bilj. 74, str. 38 – 91.

⁸⁰ Prema Pravilniku poreza na dohodak (Narodne novine, br. 95/05, 96/06, 68/07, 146/08, 2/09, 9/09 - ispravak, 146/09, 123/10, 137/11, 61/12) isplatelji stipendija, u ovom slučaju i zaklade, obvezni su voditi evidenciju o dodijeljenim stipendijama za pojedinu akademsku godinu koja sadrži podatke o isplatelju stipendije, primatelju stipendije i troškovima koji su pokriveni stipendijom. Dakle, stipendisti privatnih zaklada, ako, primjerice, primaju mjesečnu stipendiju od 2.500,00 kuna, moraju voditi vjerodostojnu evidenciju o stvarnim troškovima školovanja za dio stipendije iznad 1.600,00 (porezno priznati neoporezivi dio stipendija) i troškove dokumentirati računima. Iznos stipendije koji nije iskorišten za pokriće stvarnih troškova školovanja smatra se oporezivim primitkom od kojeg se utvrđuje drugi dohodak. Time su zaklade obvezane na dodatne troškove, a cijeli je postupak očito uvjetovan nedostatkom povjerenja u privatne filantropske inicijative.

i Državnom uredu za reviziju zaključni račun za proteklu kalendarsku godinu (31). Zaključni račun mora sadržavati, između ostalog, pregled prihoda i rashoda zaklade u proteklom obračunskom razdoblju i stanje imovine zaklade. Ranije istraživanje upozorilo je da manji broj zaklada podnosi to izvješće Državnom uredu za reviziju, a sigurno je i u pitanju kapacitet nadležnih institucija za obavljanje tako ekstenzivnog nadzora.⁸¹

Zaklada prestaje s radom u sljedećim okolnostima: 1. ako izgubi imovinu, 2. ako njena imovina prestane biti dostatna za trajno ispunjavanje svrhe zaklade, a nema uvjeta za pretvorbu zaklade u fundaciju, ali se svrha zaklade može postići njenim prestankom i prijenosom zakladne imovine u neku drugu zakladu koja služi istoj ili sličnoj svrsi i 3. ako svrha zaklade prestane biti općekorisna ili dobrotvorna ili je njezino ostvarivanje postalo nemoguće, pravno ili moralno nedopušteno, a nije moguća promjena statuta sukladno odredbama zakona. Nisu poznati slučajevi prestanka rada zaklada premda je prema rezultatima istraživanja velik broj neaktivnih zaklada.⁸² Osim toga, istraživanje je ustanovilo da dio fundacija djeluje bez zakonske osnove i duže od pet godina. U kritici tog zakona pozivamo se na Dikino mišljenje prema kojem su "...zaklade i fundacije podvrgnute istom rigoroznom sustavu kontrole s hipertrofiranim intervencionističkim ovlastima državnih tijela, sve su one zapravo stavljene pod svojevršno skrbništvo države."⁸³ Dika posebno ističe činjenicu da nadležna tijela, uz ispunjenje određenih uvjeta, mogu izmijeniti svrhu zaklade i raspolagati imovinom bez volje zakladnika. U tom smislu još 1999. godine zagovarao je skorbu reformu zakladnog prava. Kako bi se udovoljilo ustavnom načelu proporcionalnosti u reguliranju (ograničavanju) slobode raspolaganja vlasništvom i pridonošenju ostvarivanja općekorisnih i dobrotvornih svrha, Dika drži da treba bitno ograničiti intervencionističke ovlasti državnih tijela i reducirati ih na njihovu nužnu kontrolnu funkciju.⁸⁴

⁸¹ Istraživanje je pokazalo da se ne ispunjavaju zakonske odredbe (čl. 10.) glede objave oglasa u Narodnim novinama u kojemu će se po upisu zaklade u zakladni upisnik navesti ime, sjedište i svrha zaklade, a troškove objave snosi zaklada. Ne objavljuju se ni druge zakonom predviđene statutarne promjene zaklada. Zakonodavac je očito htio zakladu kao pravnu osobu učiniti dodatno važnom i vjerodostojnom. U reformiranom zakladnom pravu ove bi odredbe trebalo izostaviti.

⁸² Bežovan, G., *Zaklade u Hrvatskoj - uloga, razvoj i postignuća*, op. cit. u bilj. 58.

⁸³ Dika, M., *Zaklade i fundacije u hrvatskom pravu*, op. cit. u bilj. 74, str. 38 – 91.

⁸⁴ *Ibid.*

U reformi zakladnog prava trebalo bi odrediti visinu osnovne imovine potrebne za osnivanje zaklade. Time bi se izbjegle nedoumice i mišljenja sudskog vještaka. Proces osnivanja trebalo bi pojednostaviti i uz akt o osnivanju zakladnik bi predložio upravitelja i članove zakladnih tijela te statut zaklade. Velik broj neaktivnih zaklada upućuje na potrebu regulacije te činjenice kao mogućeg razloga prestanka zaklada. Na dnevnom redu je i rasprava o povoljnijim poreznim povlasticama za razvoj zakladništva kao dijela nacionalne kulture i identiteta.

VII. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zaklade su prepoznatljivi dionici suvremenih društvenih promjena i predvođnici civilnodruštvenih inicijativa kojima se promiču socijalne inovacije, potiču socijalne investicije, osnažuju kreativne ideje i njihova primjena, proizvodi socijalni kapital i jača socijalna kohezija kao pretpostavka za stabilan i održiv gospodarski razvoj. Zaklade djeluju u dinamičnom gospodarskom, socijalnom i političkom okruženju u kojima su osobito važni povoljni zakonski okviri njihova osnivanja i djelovanja. Porezni poticaji za osnivanje zaklada, gospodarenje zakladnom imovinom i darivanje zakladama, razina povjerenja u društvu, gospodarske prilike, društvena odgovornost gospodarstva, partnerstvo s državom i sposobnost zaklada za mobilizaciju raspoloživih resursa ključni su čimbenici razvoja zakladništva. Sinergijski učinci zakladnih programa prepoznatljiviji su u proizvodnji dodanih vrijednosti u različitim područjima razvoja.

Nova istraživanja o dometima razvoja i postignućima zaklada u hrvatskoj povijesti mogla bi biti poticaj za dodatna ulaganja u zaklade. Hrvatsko zakladno pravo trebalo bi reformirati i osuvremeniti te pojednostaviti proces osnivanja zaklada i reducirati ulogu države na nadzor rada zaklada. Određivanje visine osnovne imovine potrebne za osnivanje zaklade dodatno bi učvrstilo postojanost tih još uvijek kod nas krhkih pravnih osoba. Porezni poticaji za razvoj zakladništva trebali bi biti motivirani davanjem dodatnih poticaja za fizičke i pravne osobe koje osnivaju zaklade ili koji ih darivaju. U tom smislu bilo bi korisno provesti temeljitu javnu raspravu kako država može biti partnerom u razvoju zakladništva.

Pored toga, ključnu ulogu u razvoju zakladništva trebali bi odigrati osposobljeni zaposlenici zaklada, prikupljivači sredstava (*fund raiser*) koji bi radili na dugoročnom projektu razvoja kulture darivanja u općekorisne svrhe. To

je zapravo nov oblik socijalnog poduzetništva u kojem zapisi (legati) i druge vrste davanja postaju dijelom identiteta imućnijih društvenih slojeva. Ulaskom Hrvatske u Europsku uniju otvara se prostor intenziviranja suradnje, a zaklade su izberive i poželjne kao korisnici sredstava EU-a u brojnim programima. U tom smislu jednostavnija procedura osnivanja zaklada i povoljniji porezni okvir dio su strategije s dvostrukim pozitivnim učincima.

Summary

Gojko Bežovan *

LEGAL AND SOCIOECONOMIC FRAMEWORK FOR ESTABLISHMENT AND FUNCTIONING OF FOUNDATIONS

This paper analyses foundations as legal structures that belong to civil society. In different legal and political systems, they have a long history. As organizations established to promote public good, foundations form a framework in which physical and legal persons donate their property for the benefit of society, community or target groups. Foundations are organized as independent legal persons of private law. Their forms are different in countries of civil and common law tradition. Foundations as not-for-profit institutions enjoy certain direct and indirect tax incentives, which are also given to those who donate foundations. Foundations are key factors for development of philanthropic culture: they are the catalysts of social changes.

The paper analyses trends regarding development of foundations in Croatia in the light of recent empirical research. It concludes by presenting arguments for improvement of current legal and fiscal environment with the purpose to foster future development of foundations.

Keywords: foundations, philanthropy, civil society, Croatia.

* Gojko Bežovan, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

O NASTANKU PRAVNOG INSTITUTA *SICHERUNGSÜBEREIGNUNG*

*Doc. dr. sc. Tomislav Karlović**

U radu se obrađuje problem pojave i priznanja pravnog instituta prijenosa vlasništva radi osiguranja (Sicherungsübereignung) u njemačkom pravu. U prvom dijelu prikazan je ukratko razvoj realnog osiguranja tražbina u Njemačkoj u razdoblju prije druge polovice 19. stoljeća te prihvaćanje načela nužne predaje pokretnine u posjed vjerovniku (Faustpfand) kao nužnog elementa ručnog zaloga. Nakon toga se razrađuje problem pojave, primjene i dopustivosti prodaje s uglavkom o nazadkupnji (Kauf auf Wiederkauf), odnosno prijenosa vlasništva radi osiguranja (Sicherungsübereignung) te posebice uloga pravne znanosti i analizâ fiducije rimskog prava u procesu priznanja Sicherungsübereignung u sudskoj praksi njemačkog Carskog suda (Reichsgericht) kao valjana oblika mobilijarnog osiguranja. U trećem dijelu rada analiziran je odnos spram rasprave o položaju instituta u postupku donošenja njemačkog Građanskog zakonika (BGB) te u sudskoj praksi neposredno nakon njegova stupanja na snagu.

Ključne riječi: osiguranje tražbina, fiducia cum creditore, prijenos vlasništva radi osiguranja, Sicherungsübereignung.

1. UVOD

Zbog izostanka iz Justinijanove kodifikacije fiducija rimskog prava nije bila predmetom recepcije rimskog prava tijekom srednjeg vijeka te nije postala dio *ius commune*. Međutim, ona je ipak, posredno, imala utjecaj na razvoj suvremenog osiguranja tražbina. Korijeni procesa kojim je ostvaren taj utjecaj sežu u 19. stoljeće u Njemačku i nastanak pravnog instituta prijenosa vlasništva radi

* Dr. sc. Tomislav Karlović, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

osiguranja (*Sicherungsübereignung*). Naime, s obzirom na to da je pandektno pravo bilo važeće pravo u većem dijelu Njemačke toga doba, autori koji su bili upoznati s fiducijom rimskog prava svojim su djelovanjem u drugoj polovici 19. stoljeća doprinijeli razvoju i opstanku *Sicherungsübereignung*, a u skladu s istovjetnom formom ostvarenja svrhe osiguranja kod dvaju instituta – prijenosa vlasništva na predmetu osiguranja.¹ Iako je funkcija *Sicherungsübereignung* od samih početaka nešto ograničenija jer se zasniva na pokretninama², pri čemu nije dolazilo do prijenosa posjeda stvari, što je postalo nužan element ručnog zaloga tog doba, a što je bio i glavni *ratio* uvođenja, sličnosti su bile i ostale znatne. Štoviše, u prijenosu ideje *Sicherungsübereignung* preko pravne znanosti početkom devedesetih godina 20. stoljeća u zemlje središnje i istočne Europe, među njima i Hrvatsku, novi institut redovito je prepoznat pod nazivom fiducijarno osiguranje u skladu sa zajedničkim rimskopravnim temeljima kontinentalnoeuropskih pravnih sustava.³

¹ U uskoj vezi s razvojem *Sicherungsübereignung* teoretska je koncepcija srodnog instituta *Treuhand* koji odgovara funkcijama rimske fiducije *cum amico*, a koji se često u literaturi koristi i kao zajednički viši pojam u smislu *fiduciae* kao općeg koncepta dok bi *Sicherungsübereignung* bila samo jedna vrsta *Treuhand*. Takav pristup najjasnije je vidljiv kod Coinga, pri čemu se u obzir uzima zajednička teoretska koncepcija, ili, primjerice, kod Schmelzeisen a koji *Sicherungsübereignung* naziva *Treupfand* kao i kod Asmusa koji zajednički obrađuje dogmatske temelje i za *Treuhand* i *Sicherungsübereignung*. Glede razlikovanja instituta, a samo je prvi predmet rada, bitno je istaknuti da je u izgradnji *Sicherungsübereignung* glavnu ulogu imala pandektistika s oslonom na rimsko pravo dok je *Treuhand* nastao kao odraz germanističke struje u njemačkoj pravnoj znanosti 19. st. Zajednička karakteristika obaju instituta je da nastaju tek tijekom 19. st., odnosno, iako su utemeljeni na starijim izvorima, ne postoji kontinuitet u odnosu na ranije oblike instituta. Usp. Schmelzeisen, G. K., *Das Treupfand*, Stuttgart, 1936., str. 3 *sqq.*; Coing, H., *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, 1973., str. 28 *sqq.*; Asmus, W., *Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand: Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre*, Frankfurt am Main, 1977.; Löhnig, M., *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, Tübingen, 2006., str. 13 *sqq.*

² U novijoj se doktrini ističe da *Sicherungsübereignung* nije moguć na nekretninama zbog nedopuštenosti uvjetovana prijenosa vlasništva na njima. Iako to uvijek nije izričito navedeno, navedeni zaključak se prema komentarima BGB-a može iščitati iz mjesta obrade instituta uz §§ 929. *sqq.* BGB-a. Usp. Weber, H.; Weber, J.-A., *Kreditsicherungsrecht*, München, 2006., str. 165 - 166; Oechsler, J., *Anhang nach §§ 929 – 936, Sicherungseigentum – Sicherungsübereignung*, u: Rebmann, K.; Säcker, F. J.; Rixecker, R. (ur.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2009. (prema Beck-online. Databank), Rn. I.

³ Vidi šire o nazivu i položaju instituta u poredbenopravnim razmatranjima oblika osiguranja tražbina na pokretninama, npr., Barbić, J., *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbine*

Cilj je ovoga rada pojasniti okolnosti nastanka i razvoja *Sicherungsübereignung* i ulogu rimskog prava u obrazloženjima pandektista u njegovu opravdanju i očuvanju tijekom druge polovice 19. stoljeća. Analiziran je i položaj instituta u raspravama tijekom donošenja njemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje u tekstu: BGB) s ciljem utvrđenja naravi njegove uloge u sustavu njemačkog građanskog prava kao i prvi problemi u vezi s institutom koji su se pojavili pred sudovima neposredno nakon stupanja na snagu BGB-a.⁴

2. NASTANAK I PROVEDBA NAČELA NUŽNE PREDAJE ZALOŽENE POKRETNINE U POSJED VJEROVNIKU (FAUSTPFAND PRINCIPA)

U razdoblju od kraja 15. stoljeća na području njemačkih zemalja trajao je intenzivan proces recepcije rimskog prava kojim ono postaje opće pravo, *ius commune* ili *gemeines Recht*⁵, zajedničko za cijelo područje Svetog Rimskog Carstva Njemačke Narodnosti, za razliku od lokalnih partikularnih prava. Iako je izvorno imalo supsidijaran položaj, ono je zbog niza faktora poput potreba prometa, pismenosti, sistematiziranosti, znanstvene obrade i sveučilišne obuke⁶

vjerovnika prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, u: Dika, M. *et al.* (ur.), *Novo ovršno i stečajno pravo*, Zagreb, 1996., str. 99 *sqq.*; Drobnig, U., *Security Rights in Movables*, u: Hartkamp, A. *et al.* (ur.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 1998., str. 521 - 522; Dika, M., *Sudsko i javnobilježničko fiducijarno osiguranje*, u: Barbić, J.; Dika, M.; Eraković, A.; Garašić, J.; Šepić, N. (ur.), *Novosti u stečajnom pravu*, Zagreb, 2001., str. 143 *sqq.*; *idem*, *Novela Ovršnog zakona i pravna sigurnost*, u: Barbić, J. (ur.), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 3, 2004., str. 1 *sqq.*; *idem*, *Građansko ovršno pravo, I. knjiga*, Zagreb, 2007., str. 784 *sqq.*; Kieninger, E.-M., *Introduction*, u: Kieninger, E.-M., Graziadei, M. (ur.), *Security rights in movable property in European private law*, Cambridge, 2004., str. 6, 11 *sqq.*; Röver, J.-H., *Secured Lending in Eastern Europe: Comparative Law of Secured Transactions and the EBRD Model Law*, Oxford, 2007., str. 58 *sqq.*

⁴ Za rasprave o institutu *Sicherungsübereignung* kao i o reformi založnog prava na pokretninama tijekom 20. stoljeća u Njemačkoj vidi Ernst, H., *Perspektive reforme njemačkog prava mobilijarnog osiguranja*, *Nova pravna revija*, br. 1, 2012., str. 27 *sqq.*

⁵ Usp. Wieacker, F., *A History of Private Law in Europe*, Oxford, 1995., str. 71 *sqq.*; Stein, P., *Rimsko pravo u Europa* (prevedeno s eng.), Zagreb, 2007., str. 94 *sqq.*

⁶ Usp. Wieacker, *op. cit.* u bilj. 5, str. 91 *sqq.*; Schlosser, H., *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte: Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg, 2005., str. 56, 60.

potisnulo iz pravne prakse, posebno većih gradova te južnih i zapadnih krajeva, nepisano germansko običajno pravo.⁷ Kao i na drugim područjima privatnog prava, tako je i na polju stvarnog prava, odnosno, specifičnije, stvarnopravnog osiguranja tražbina došlo do adaptacije i asimilacije oblika osiguranja iz običajnog prava u okviru rimskih modela hipoteke i ručnog zaloga.⁸ Nepreglednost, nesređenost i izniman partikularizam starog prava odmijenili su jednostavnost, univerzalnost, konceptualna i terminološka jasnoća rimskog prava.

Umjesto različitih lokalnih podvarijanata sa svojim pretpostavkama, primat su preuzeli neformalni *Faustpfand* (ručni zalog) i *Hypothek* (hipoteka), među kojima je jedina razlika bila u činjenici prijenosa posjeda.⁹ U vezi s tim došlo je i do najveće promjene jer je na području zaloga pokretnina *jüngere Satzung*, oblik osiguranja tražbina običajnog germanskog prava, zamijenjen mobilijarnom hipotekom. Umjesto prijašnjih posebnih pretpostavaka zasnivanja, ponajprije upisa u gradske knjige u razvijenom srednjem vijeku, sada više nisu bile potrebne posebne formalnosti za zasnivanje besposjedovnog zaloga pokretnina.¹⁰

Kao supsidijarna forma osiguranja i u općem se pravu zadržala kupnja uz nazadprodaju, *Kauf auf Wiederkauf*. Iako je ona davala vjerovniku prednost spram založnih vjerovnika pri stečaju, ona je već ranije bila gurnuta na margine i sve dok je založno pravo ispunjavalo svoju svrhu nije bilo potrebe za njenom primjenom.¹¹ Štoviše, dogmatska razlika vlasništva i založnog prava u rimskom

⁷ Na područjima gdje je običajno pravo bilo kodificirano kao što je, na primjer, u Saskoj gdje je Eike von Repgow sastavio *Sachsenspiegel* u razdoblju 1220. - 1225., proces recepcije bio je dosta sporiji od područja gdje nisu postojale zbirke običajnog prava. Usp. Wieacker, *op. cit.* u bilj. 5, str. 80.

⁸ Glede oblika založnog prava u srednjovjekovnom pravu Njemačke usp. Brunner, E. H., *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1901. (repr.), str. 88 *sqq.*; Hromadka, W., *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert*, Köln, Wien, 1971., str. 25 *sqq.*; Lipp, M., *Pfand*, u: Hoops, J. (ur.), *Reallexikon der germanischen Altertumskunde*, vol. 23, Berlin, 2003., str. 4 *sqq.*

⁹ No koja je mogla biti pomučena s obzirom na dopuštenost *constitutum possessorium*. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 5, str. 30.

¹⁰ Iako je jedan dio lokalnih prava i dalje tražio ispunjenje određenih pretpostavaka poput svjedoka, sastavljanja isprave i sl. *Ibid.*, str. 29. Opširnije za *Satzung* općenito kao i posebice za njegov noviji oblik vidi Von Meibom, V., *Das deutsche Pfandrecht*, Marburg, 1867., str. 409 *sqq.*; Stobbe, O., *Handbuch des deutschen Privatrechts*, vol. II, Berlin, 1883., str. 293 *sqq.*, 693 *sqq.*

¹¹ *Ibid.*, str. 45.

pravu samo je pridonijela ograničavanju njene uloge kao i razmatranja o njejoj nedopuštenosti zbog prijekave od strane škole komentatora.¹²

Neformalnost i izjednačavanje učinaka ručnog zaloga i hipoteke u počecima su svakako bili prednost općeg prava, ali daljnjim razvojem trgovine u 17., a osobito općim razvojem gospodarskog života na temeljima industrijske revolucije u 18. i 19. stoljeću, uređenje na temeljima rimskog prava počelo je pokazivati određene slabosti koje su postajale sve veći problem. U rimskom pravu, kao i u općem pravu, nije bila predviđena posebna zaštita trećih, poštenih stjecatelja založene stvari kao ni zaštita poštenog kasnijeg vjerovnika u slučaju višestrukog zalaganja istog predmeta.¹³ To je posebno postao problem u slučaju zaloga pokretnina te zaloga cijele imovine kada su stvari ostajale u posjedu, odnosno, točnije, detenciji dužnika kod mobilijarne hipoteke ili ručnog zaloga putem *constitutum possessorium*.¹⁴ Dužnik bi zasnivao za vjerovnika ručni zalog na pokretnini pri čemu bi na njega prenosio posjed stvari, ali istovremeno ostajući njen detentor. Na taj je način založni dužnik i dalje mogao koristiti stvar, što je bilo vrlo važno kod proizvodnih sredstava u manufakturnoj proizvodnji, ali i trgovini. Međutim, činjenica da je posjed stvari ostajao dužniku kod trećih

¹² Prijekava se, međutim, u tom slučaju sastojala u zaobilaženju zabrane uzimanja kamata. Šire glade zabrane uzimanja kamata u nauku i pravu Katoličke crkve vidi Sprandel, R., *Zins IV: Kirchengeschichtlich*, u: Krause, G., Müller, G. (ur.), *Theologische Realenzyklopädie*, vol. 36, 4-5, Berlin, 2004., str. 682 sqq. O zaobilaženju te zabrane usp. Busse, K., *Der Wiederkauf in der Rechtsliteratur des 12. - 18. Jahrhunderts*, München, 1965.; Coing, H., *Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus*, u: Festschrift Paul Koschaker III, Weimar, 1939., str. 413; Theisen, F., *Die Sicherungsübereignung und Ihre Römischrechtlichen Grundlagen in der Klassik – Betrachtungen des Deutschen Gemeinen Rechts des 19. Jahrhunderts*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 69, 2001., str. 123.

¹³ Usp. Kaser, M., *Das römische Privatrecht. I*, München, 1971., str. 413; *idem*, *Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht*, u: Studi in onore Giuseppe Grosso I, Torino, 1968., str. 29 sqq.

¹⁴ *Constitutum possessorium* je kao oblik derivativna stjecanja posjeda razvijen u klasičnom pravu, a temeljem se smatra Celzov tekst D. 41. 2. 18. pr. (*Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.*). Sam pojam, međutim, potječe od glosatora koji su pridjev *possessorium* dodali radi razlikovanja od *constitutum debiti*. Usp. Wacke, A., *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik: Ursprung, Entwicklung und Grenzen des Traditionsprinzips im Mobiliarsachenrecht*, Köln, 1974., str. 10 sqq. (s uputom na daljnju literaturu str. 10, bilj. 34); Brinkmann, M., *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen*, Tübingen, 2011., str. 90 sqq.

lako je mogla stvoriti iluziju da je riječ o objektu koji bi mogli kupiti ili uzeti u zalog bez ikakvih ograničenja tuđim pravima, što uistinu nije bio slučaj. Tek bi naknadno postali svjesni da na stvari postoji založno pravo ili založno pravo višeg prednosnog reda koje je kao stvarno pravo pratilo stvar, a oni bi imali samo obveznopравни zahtjev prema nepoštenom založnom dužniku.¹⁵

Kako bi se spriječile zlouporabe, ali i osigurao nesmetan i pravno siguran promet robe, počela se afirmirati ideja o povratku na izvorni ručni zalog, *Fau- stpfand*, kod kojeg je stvar bila kod vjerovnika cijelo vrijeme trajanja odnosa.¹⁶ Od zaštite založnog vjerovnika naglasak je stavljen na zaštitu poštenog stjecatelja.¹⁷ To je prvi put izričito uredio 1722. g. pruski *Hypothec- und Concurs-Ordnung* u § 29. prema kojem više nije bilo dopušteno zasnivanje založnog prava na pokretninama bez prijenosa posjeda stvari.^{18 19} Potvrda načela uslijedila je i u *Allgemeines Landrecht* iz 1794. g., a predviđeno je bilo njegovo zadržavanje i u nacrtu kasnijeg pruskog Građanskog zakonika iz 1840. g.²⁰

¹⁵ Funkcije posjeda kod založnog prava upravo su primarna zaštita vjerovnika koja je bila kao takva prepoznata i u rimskom pravu, zaštita stjecatelja predmeta založnog prava u dobroj vjeri kao i potonjeg poštenog stjecatelja založnog prava. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 20 *sqq.*; Füller, J. T., *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen, 2006., str. 115 *sqq.*, 352.

¹⁶ Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 41 *sqq.*; Seif, E., *Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2007., str. 63 – 64.

¹⁷ Usp. Ernst, U., *Mobiliarsicherheiten in Deutschland und Polen: Sicherungseigentum, Registerpfand, Kollisionsrecht*, Tübingen, 2005., str. 11.

¹⁸ HCO § 29.: “Und obwohl sonst gewöhnlich, daß in die Obligationen gesetzt worden, der Schuldner verpfände und hypothecire dem Gläubiger alles sein Vermögen, beweg- und unbewegliches; daraus aber nur beschwerliche Processe entstanden, wenn der Schuldner die in Handen behaltene bewegliche Güter veräußert, und der Gläubiger selbige, vermöge seines generalen Pfand-Rechts, von dem Käuffer, der solche bona fide an sich gebracht, wieder zurück und für sich haben wollen; so ordnen Wir hiermit, daß hinkünftig, es sey Gerichtlich oder ausser Gerichtlich, kein Pfand-Recht in beweglichen Vermögen constituiret werden solle, es wäre dann das Pfand dem Creditori wirklich zu Händen gestellt; Und wie also eine generale Pfand-Verschreibung ohne Uebergabe des beweglichen Pfandes ohne Effect;...” Prema <http://web-archiv.staatsbibliothek-berlin.de/altedrucke.staatsbibliothek-berlin.de/Rechtsquellen/CCMT22/start.html?image=00966&size=1> (13. lipnja 2013.).

¹⁹ U § 176. to je potvrđeno tako da je prilikom namirenja iz vrijednosti pokretnine uvijek prednost imao onaj založni vjerovnik koji je stvar imao u posjedu. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 51 *sqq.*

²⁰ U Općem zemaljskom zakoniku za pruske zemlje (ALR) od 5. 2. 1794. načelo je uređeno u 20. titulu, prvi odjeljak, paragrafi 6. do 10., tj. ALR 20. I. 6. - 10. (Erwerbungsart des

U drugim njemačkim zemljama prijelaz na načelo *Faustpfand* i njegova provedba uglavnom su izvršeni u zakonodavnim projektima u 19. stoljeću²¹, a proces je dovršen u ujedinjenoj Njemačkoj s *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* iz 1861. g. koji je 10 godina kasnije postao zakon novog Njemačkog Carstva (*Deutsches Reich*, 1871. – 1918.)²² te *Reichs-Konkursordnung* iz 1879. g.²³ Tim zakonima došlo je do univerzalne primjene načela i konačnog definiranja pretpostavaka i učinaka ručnog zalogu u praksi.²⁴

Pfandrechts. § 6. Der vorstehendermaaßen entstandene Titel zum Pfandrechte, giebt für sich allein noch kein wirkliches dingliches Recht auf eine gewisse bestimmte Sache; sondern es muß, um dieses zu erlangen, annoch die gesetzmäßige Erwerbungsart hinzukommen. §. 7. Geschieht die Einräumung dieses dinglichen Rechts durch Uebergabe der Sache: so ist ein Pfandrecht im engern Sinne vorhanden. §. 8. Geschieht dieselbe durch gerichtliche Eintragung auf Grundstücke, und solche Gerechtigkeiten, welche die Gesetze den unbeweglichen Sachen gleich achten: so hat der Gläubiger das Recht einer Hypothek. §. 9. So lange weder Uebergabe noch Eintragung erfolgt ist, kann zwar der Gläubiger die seiner Forderung im Gesetze beygelegten Vorrechte, auf das Vermögen des Schuldners, und die darin befindlichen Sachen ausüben; §. 10. Er kann aber dieselben auf Sachen, die rechtsgültiger Weise aus dem Vermögen des Schuldners herausgegangen sind, gegen einen Dritten Besitzer derselben nicht verfolgen.). Nedjelotvornost posesornog konstitutata radi zasnivanja založnog prava je potvrđena u paragrafima 20.I.104 - 105 (§ 104. Die Uebergabe des Pfandes muß in der Regel so geschehen, daß die Sache in die körperliche Gewahrsam des Gläubigers wirklich gelange und darin verbleibe. § 105. Wird die Sache in der Naturalgewahrsam des Schuldners gelassen, oder dahin zurückgegeben; damit er sie im Namen des Gläubigers besitzen solle: so ist kein Pfandrecht vorhanden.). Usp. Bornemann, F. W. L., *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts*, vol. IV, 2. Ausg., Berlin, 1842., str. 198 *sqq.* (posebno str. 201); Brinkmann, *op. cit.* u bilj. 14, str. 91 *sqq.*

²¹ Vidi detaljniji pregled po pojedinim zemljama prema Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 69 *sqq.*

²² Iako je primjena zakona i načela bila ograničena na ručni zalog u trgovačkim stvarima, njegovo značenje pokazalo se puno šire. Regulacija je predviđena u § 306. ADHGB. *Ibid.*, str. 120.

²³ Stečajni zakon donesen je 1877. g., a stupio je na snagu 1879. g. Načelo je predviđeno u § 40. RKO. Usp. Theisen, *op. cit.* u bilj. 12, str. 121 *sqq.*; Löhnig, *op. cit.* u bilj. 1, str. 14 *sqq.*

²⁴ Iako Hromadka govori da je značenje obaju prethodno citiranih zakona bilo ograničenije jer "einmal fehlt dem Deutschen Bund ebenso wie zu nächst dem Deutschen Reich die Gesetzgebungskompetenz zu einer Gesamtregelung des Pfandrechts." (str. 128), faktični pokazatelji na koje upućuje, posebno suženje područja primjene mobilijarne hipoteke 1874. g. na svega 500 kvadratnih milja područja (str. 129, bilj. 12) omogućuju zaključak

3. RAZLOZI I UVJETI PRIMJENE PRODAJE I NAZADKUPNJE (KAUF UND WIEDERKAUF) I PRIJENOSA VLASNIŠTVA RADI OSIGURANJA (SICHERUNGSÜBEREIGNUNG)

Uz prednost u zaštiti trećih poštenih stjecatelja i kasnijih vjerovnika, nužnost prijenosa posjeda na pokretninama radi priznavanja stvarnopravnih ovlaštenja založnim vjerovnicima predstavljala je istodobno i problem u ograničenju kreditne sposobnosti dužnika upravo u doba kada je postojala velika ponuda, ali i potražnja za zajmovima. Nakon velike krize na prijelazu s 1840-ih na 1850-e novi konjunktorni ciklus donio je izniman rast investicija, posebno u industriji, ali i drugim ekonomskim granama.²⁵ Tranzicija na kapitalno bazirano gospodarstvo značila je da su glavni potrošači kredita poslovni subjekti koji nisu raspolagali velikim zemljišnim površinama, nego je njihovo bogatstvo bilo materijalizirano u pokretninama, strojevima, sirovinama i gotovoj robi u skladištima te transportnim sredstvima.²⁶ Nakon pokrića dugova hipotekama na ograničenom zemljištu, radi osiguranja dodatnih kredita bila bi stoga nužna predaja pokretnih dobara što bi onemogućilo redovnu gospodarsku aktivnost. Da bi se to izbjeglo, pokušalo se pronaći zaobilazan put kojim bi se pokušalo zadovoljiti obostrane interese – zadovoljavajući stupanj osiguranja tražbine i zadržavanje objekta osiguranja u posjedu dužnika.

Prvotni način ostvarenja toga cilja bilo je ugovaranje prodaje pokretne stvari u kojoj bi cijena predstavljala zajamsku svotu te prilikom čega bi bilo ugovoreno da se stvar prenosi u vlasništvo i posjed kupcu, ali ostaje prodavatelju u najmu (*constitutum possessorium*) uz uglavak da prodavatelj ima pravo kupiti stvar nazad za unaprijed određenu cijenu (obično kao i visina kupovnine) u točno

o potpunoj primjeni principa Faustpfand u Njemačkom Carstvu. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 128.

²⁵ Usp. Lütge, F., *Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte: ein Überblick*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1952., str. 353 *sqq.*; Rürup, R., *Deutsche Geschichte. Bd. 8 - Deutschland im 19. Jahrhundert 1815 - 1871*, Göttingen, 1992., str. 162 *sqq.*, 205.

²⁶ Hromadka naglašava i promjene u društvenoj strukturi, odnosno povećanje broja gradskog stanovništva koje također nije imalo nekretnine, nego je njihova imovina bila sadržana u pokretninama, no u ukupnom opsegu je uloga poslovnih kredita i osiguranja bila puno veća. U sličnom su položaju bili i poljoprivrednici čija je zemlja bila opterećena hipotekom radi otplate naknade za oslobođenje od daća vlasteli te su za daljnje kredite morali davati u zalog pokretnine. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 137 *sqq.*

određenom roku.²⁷ Ako bi prodavatelj u tom roku platio navedenu cijenu, ne bi bilo potrebno sklapati novi ugovor, nego bi učinci iz prvoga odmah nastupili s automatskim povratom vlasništva stvari.²⁸ Ako ne bi platio, stvar bi ostala kupcu iako je naknadno u praksi, s obzirom na to da je s vremenom razvijen niz varijanata uglavaka u ugovorima, a uvažavajući razliku u vrijednosti predmeta i cijeni, učestalo bilo ugovarano da stvar ne ostaje kupcu, nego ju je on imao prodati i višak od kupovnine vratiti prodavatelju. U tom aspektu prodaja s pravom nazadkupnje (*Kauf auf Wiederkauf*) sve se više približavala založnom pravu.

Presudan korak u tom smjeru ostvaren je širim prihvaćanjem i primjenom principa apstraktnog prijenosa vlasništva kako ga je koncipirao Savigny polovicom stoljeća. Sporazum o prijenosu vlasništva i forma prijenosa odvajaju se i postaju neovisni od kauze koja im je prethodila kada se od prodaje s uglavkom o nazadkupnji tijekom posljednjih 15-ak godina 19. stoljeća razvija *Sicherungsübereignung*.^{29 30} Smjena pojmova značila je da se više ne fingira kupoprodaja,

²⁷ Da je, međutim, riječ o već ranijoj praksi, ali koja je ipak u drugoj polovici 19. st. postala važnija, svjedoči Funkeov rad iz 1830. koji navodi da su trgovci ugovarali kupnju s uglavkom o nazadprodaji radi osiguranja potraživanja i zaobilaznja zabrane zasnivanja založnog prava bez predaje predmeta osiguranja. Usp. Funke, G. L., *Beiträge zur Erörterung practischer Rechtsmaterien, mit Berücksichtigung des sächsischen Rechts*, Chemnitz, 1830., str. 212 sqq.

²⁸ Usp. Leist, G. A., *Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien*, Jena, 1889., str. 13.

²⁹ Važnost Savignyjeva učenja o apstraktnom prijenosu vlasništva posebno je važno u Coingovu tumačenju razvoja instituta: "Die Anwendung von Savignys Lehre von der Abstraktheit der Übereignung führte logisch zu der Ansicht, daß es sich hier um eine gültige Übereignung besonderer Art, nämlich zum Sicherungszwecken, handele. Das Ergebnis war nicht nur die Anerkennung der dinglichen Durchführung des zur Sicherung eines Gläubigers abgeschlossenen Kauf- und Rückkaufvertrages, sondern bedeutete weiterhin auch eine Absicherung gegen eine etwaige Anwendung der Theorie der Gesetsumgehung." Usp. Von Savigny, C. F., *System des heutigen römischen Rechts. Vol. III*, Berlin, 1840., str. 312 sqq.; Coing, *op. cit.* u bilj. I, str. 31.

³⁰ Pritom se u literaturi susreću nazivi *Abstrakte Sicherungsübereignung* (tako Hromadka i Coing), odnosno *Reine Sicherungsübereignung* (Gaul, Luig), pri čemu prihvatljivijim smatramo potonji naziv s obzirom na to da apstraktnost primarno definira odnos kauze i načina prijenosa, a koji je općevažeći u njemačkom pravu, ali općenito smatramo da nazivi *Kauf auf Wiederkauf* i *Sicherungsübereignung* dovoljno jasno upućuju na razliku u koncepciji instituta. Usp. Gaul, H. F., *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 168, 1968., str. 360; Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 143; Coing, H., *Europäisches*

nego bi u ugovoru bilo navedeno da se radi osiguranja točno određenog zajma u vlasništvo prenose određene pokretne stvari. Ako bi zajmoprimac vratio zajamsku svotu u ugovorenom roku, ugovor se raskidao sa svim učincima, a ako dug ne bi bio vraćen, zajmodavac bi prodavao stvari na javnoj dražbi i višak vraćao dužniku. Kao poseban uglavak ugovaralo bi se pravo dužnika da i dalje koristi tako predane stvari, u pravilu po osnovi najma pri čemu bi najamnina imala ulogu kamata.

Prednost takva prijenosa bila je da je bio ostvariv uz primjenu *constitutum possessorium*, što je dužniku omogućavalo redovnu porabu predmeta te da su tako prenesene stvari bile izuzete iz stečajne mase dužnika, što je vjerovnike oslobađalo dužnosti dokazivanja založnog prava i prednosnog reda. Međutim, kao što je to bio slučaj i glede mobilijarne hipoteke, ostajao je problem nezaštićenih trećih stjecatelja.

Polazište u rješavanju toga problema bilo je pitanje je li u navedenom slučaju prodaje s pravom nazadkupnje i kasnije prijenosa vlasništva radi osiguranja riječ o simuliranom pravnom poslu, *Scheingeschäft*, odnosno prijevari, *fraus legis*. Ono je već ranije bilo obrađivano u razvijenom srednjem vijeku u vezi sa zaobilaženjem zabrane ubiranja kamata te zabranom *lex commissoria*, ali sada se ponovno javilo u pravnoj znanosti druge polovice 19. stoljeća u vezi sa zaobilaženjem zabrane *constitutum possessorium* kod založnog prava, a njime su se sve češće bavili i sudovi kako su slučajevi u kojima je dolazilo do sukoba interesa vjerovnika stečajne mase i vjerovnika vlasnika stvari postajali brojniji. Iako je u ranijim razdobljima zauzeto jasno stajalište o nedopuštenosti posla s obzirom na to da njime nije bio ostvaren cilj konačnog prijenosa vlasništva, i znanost i sudstvo ovoga doba nisu tako čvrsto odbili mogućnost primjene kupnje za ostvarenje svrhe osiguranja tražbina. Zakonodavac je također uglavnom prelazio šutke preko problema, uz iznimku Bremena gdje je prodaja uz nazadkupnju u svrhu osiguranja proglašena ništavom, odnosno Oldenburga i Braunschweiga gdje je izričito predviđeno da prodaja bez predaje stvari nije imala učinak prema trećima.³¹

Privatrecht, II, München, 1989., str. 427; Luig, K., *Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung*, u: Falk, U.; Monhaupt, H. (ur.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896 - 1914)*, Frankfurt am Main, 2000., str. 387.

³¹ Za Bremen paragrafi § 1/II i § 7. Brem.VO in Betreff des Überganges des Eigenthums an beweglichen Sachen vom 25. 8. 1848. g. dok za Oldenburg Pfandgesetz iz 1874. g., art. 32. te Braunschweig Mobiliarpfandgesetz iz 1878. g., art. 19. Usp. Linckelmann, K., *Die Sicherheitsübereignungen*, Archiv für bürgerliches Recht, vol. 7, 1893., str. 223; Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 146.

U pravnoj znanosti konkretan problem dopuštenosti prijenosa vlasništva radi osiguranja posla obrađen je u vezi s teorijama o simulaciji i odnosu *Scheingeschäft* – *Umgehungsgeschäft*, prividnih pravnih poslova i onih čiji je cilj bio zaobilaženje zakonskih zabrana.³² U prvoj fazi, do 1880. g., prevladavalo je stajalište o njihovoj istovjetnosti, stoga i načelnoj nedopuštenosti *Sicherungsübereignung*, što je u sudskoj praksi značilo da je sud u svakom slučaju trebao procjenjivati subjektivnu namjeru stranaka. Ako ta namjera nije odgovarala cilju prodaje, nego je namjera bila ostvariti svrhu založnog prava uz zaobilaženje zabrane pridržaja neposrednog posjeda dužniku, prodaja bi bila nevaljana, a s njom bi otpao i prijenos vlasništva.³³

Do djelomična preokreta u znanosti je došlo radovima Kohlera iz 1878. g.³⁴ i Regelsbergera iz 1880. g.³⁵ u koje su, u skladu s tadašnjom pandektnom metodom u Njemačkoj³⁶, uključeni rimski tekstovi te, posebice, spoznaje o fiduciji rimskog prava koja je postala osobito aktualan predmet proučavanja nakon otkrića *tabulae Baeticae* 1867. g.³⁷ Kohler je izložio novu podjelu prividnih pravnih poslova na simulirane poslove, koji su pravno nepostojeći jer stranke ne žele pravne učinke tog posla, i prikrivene pravne poslove, *verdeckte Geschäfte*,

³² Kao podloga navedenih razmatranja uzeta su opća razmatranja pandektista o simulaciji i poslovima čiji je cilj bio zaobilaženje zakonskih zabrana kao, primjerice, Savignyja. Vidi Savigny, *op. cit.* u bilj. 29, str. 261 *sqq.*; Endemann, W., *Studien in der Romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre: Bis Gegen Ende Des Siebenzehnten Jahrhunderts, Bd. II*, Berlin, 1883., str. 94 *sqq.*, 339. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 148 *sqq.* (posebno o delikatnosti zadaće suda u prepoznavanju prave kupnje s nazadprodajom i osiguranja zaodjenutog u tu formu str. 152); Asmus, *op. cit.* u bilj. 1, str. 30 *sqq.*; Theisen, *op. cit.* u bilj. 12, str. 126; Hofer, S., *Treuhandtheorien in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Zur Verwendung von historischen Rechtsinstituten in der Zivilrechtsdogmatik*, u: Helmholz, R.; Zimmermann, R. (ur.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in historical perspective*, Berlin, 1998., str. 395 *sqq.*

³³ Glede konkretnih presuda i opisa činjeničnog stanja vidi Schäfer, L., *Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung*, Archiv für bürgerliches Recht, vol. 38, 1913., str. 1 *sqq.*; Theisen, *op. cit.* u bilj. 12, str. 126 *sqq.*; Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 387 *sqq.*

³⁴ Usp. Kohler, J., *Studien über Mentalreservation und Simulation*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, vol. 16, 1878., str. 91 *sqq.*

³⁵ Usp. Regelsberger, F., *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, Archiv für civilistische Praxis, vol. 63, 1880., str. 157 *sqq.*

³⁶ Usp. Coing, H., *Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 37, 1973., str. 202 *sqq.*

³⁷ Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 154.

kod kojih stranke žele učinke pravnog posla, ali se ti učinci odnose na ostvarenje druge gospodarske svrhe od uobičajene.³⁸ Glede dopuštenosti prikrivenih poslova i njihovih učinaka prema njemu je ključan smisao, odnosno interpretacija zakona i utvrđenje je li on usmjeren zabrani određenog pravnog posla ili zabrani ostvarenja određene svrhe.

Regelsberger, čiji je rad imao dalekosežnije učinke s obzirom na prihvaćenost podjele koju je predložio, uz simulirane pravne poslove, dodatno je prema dopuštenosti svrhe podijelio poslove na fiducijarne i zaobilazne.³⁹ Fiducijarni poslovi, čiji naziv autor izvodi iz fiducije rimskog prava⁴⁰, a kao primjer navodi i fiduciju *cum creditore*⁴¹, bili bi oni kod kojih postoji nesklad forme i svrhe, ali je željeni cilj dopušten. Iako forma daje više prava od ciljanih, namjera stranaka je njome ostvarena. Suprotno njima, zaobilazni su poslovi, *rechtsgeschäftliche Schleichwege*, oni kod kojih se posrednim putem ostvaruje zakonom zabranjena svrha te su stoga nevaljani.⁴²

Premda Kohler navodi prodaju s uglavkom o nazadkupnji kao primjer zabrane koja se odnosi na svrhu koja se poslom postiže (*Zweckstreben*)⁴³ dok se Regelsberger izravno ne izjašnjava o svrstavanju takve kupoprodaje u svojoj klasifikaciji⁴⁴,

³⁸ Pritom se Kohler oslanja na ranija Iheringova istraživanja o simulaciji. Usp. Von Ihering, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 1, Leipzig, 1865., str. 247 sqq. (§ 57); Kohler, *op. cit.* u bilj. 34, str. 140 sqq.; Asmus, *op. cit.* u bilj. 1, str. 34 sqq.

³⁹ Razlog dodatne podjele je, prema Regelsbergeru, neodgovarajući naziv *verdecktes Rechtsgeschäft* jer je posao na koji se misli prije *verdeckendes* s obzirom na to da on pokriva gospodarsku svrhu. Usp. Regelsberger, F., *op. cit.* u bilj. 35, str. 157; također i kasnije ponovljena stajališta u: Regelsberger, F., *Handelsgeschäfte. Allgemeine Grundsätze*, u: Endemann, W. (ur.), *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, II, Leipzig, 1882., str. 409 sqq.; Regelsberger, F., *Pandekten I*, Leipzig, 1893., str. 518 sqq.

⁴⁰ Usp. Regelsberger, *op. cit.* u bilj. 35, str. 173.

⁴¹ *Ibid.*, str. 172 sqq.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Prema Kohlerovim riječima: "Das vorliegende Geschäft ist aber in seinem ganzen Umfang regelmäßig nichts anderes als eine Realsicherung, als die Benutzung des werthes einer Sache zur eventuellen Deckung eines persönlichen Anspruchs. In der ganzen Manipulation entwickelt sich regelmäßig nur dasjenige wirtschaftliche Zwecksbestreben, welches im Pfandvertrag seinen adäquaten Ausdruck fände; die angeführte Publizitätsvorschrift bezieht sich aber ihrer ganzen Tendenz nach nichts auf die Rechtsform, sondern auf das Zwecksbestreben." Usp. Kohler, *op. cit.* u bilj. 34, str. 149, 151 – 152.

⁴⁴ Glede tvrdnje Hofer u vezi s Regelsbergerovim tekstom prema kojoj se navođenje fiducije *cum creditore* kao fiducijarnog posla, tj. dopuštenog ne može izjednačiti sa *Sicherungsübereignung* s obzirom na bitnu ulogu u procjeni dopuštenosti potonje zabrane *constitutum*

izdvajanje prikrivenih/fiducijarnih poslova kao načelno dopuštenih bio je bitan korak u priznanju učinaka prijenosa vlasništva radi osiguranja u znanosti. Oslanjajući se na rješenja rimskog prava, posebno u vezi s fiducijom, dogmatska osnova je postavljena usprkos naknadnim pokušajima više autora da kategoriziraju *Sicherungskauf* i *Sicherungsübereignung* kao zabranjene pravne poslove *in fraudem legis*.⁴⁵

Iako su neki autori pokušali relativizirati ili zanijekati vezu fiducije rimskog prava i *Sicherungsübereignung*, smatramo da ona evidentno proizlazi iz presuda u kojima je pitanje razmatrano (dalje u tekstu), iz Regelsbergerova ključnog djela i, na poslijetku, terminologije. Suprotno razmišljanjima Hofer, prema kojoj fiducija nije mogla biti osnova *Sicherungsübereignung* i koja je, pozivajući se na Oertmanna koji je u svom djelu o fiduciji rimskog prava na samom kraju dao i kratak osvrt na tada suvremeni razvoj u Njemačkoj, iznijela stajalište da je riječ o udaljenim institutima s obzirom na različitu osnovu identifikacije (u rimskom pravu forma, a u suvremenom pravu gospodarska svrha)⁴⁶, smatramo da poanta nije u ispitivanju strogog kontinuiteta u razvoju instituta (kao kod založnog prava ili drugih recipiranih instituta), nego u primjeni koncepata koji su preneseni iz rimskog prava kao izvorišta za rješenje suvremenih problema, odnosno dogmatskih problema kraja 19. stoljeća. U tom smislu Theisen,

possessorium, a koje pitanje nije postojalo kod fiducije u rimskom pravu, smatramo da je riječ o izmjeni premisa i da je istovjetnost forma i svrha, prijenos vlasništva radi osiguranja, odlučujuća za pozitivan odgovor, što je kasnije prepoznato i u sudskoj praksi. Kod Coinga, kao i u većini doktrine, upravo je Regelesbergerov rad priznat kao osnovni teoretski oslonac dopuštenosti *Sicherungsübereignung*. Usp. Coing, *op. cit.* u bilj. 1, str. 35 - 36; Hofer, *op. cit.* u bilj. 32, str. 392, bilj. 25.

⁴⁵ Primjerice, Hellwiga, Bähra ili Leista. Hellwig je tako smatrao da prilikom ispitivanja postoji li simulacija kod *Kauf auf Wiederkauf* sud treba utvrditi namjeru stranaka, ali i onu zakonodavca. Ako je cilj stranaka suprotan zabrani zakonodavca, što bi bilo kod prodaje sa svrhom zaloga bez predaje stvari, takav je posao nevaljan kao što bi bio i ručni zalog. Glede shvaćanja nevaljanosti, Bähr takvu kupnju podvodi pod termin *in fraudem agere* dok je Leist s obzirom na inherentnost *lex commissoria* smatra *contra legem*. Usp. Hellwig, K., *Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung*, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 64, 1881., str. 377; Bähr, O., *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München, Leipzig, 1883., str. 52 *sqq.* (nedostupno djelo, citirano prema Coing, *op. cit.* u bilj. 1, str. 38); *idem*, *Mißbräuchliche Geschäfte*, u: *Gesammelte Aufsätze*, Bd. 1, Leipzig, 1895., str. 306; Leist, *op. cit.* u bilj. 28, str. 73 - 74; Linckelmann, *op. cit.* u bilj. 31, str. 213 - 214, 220.

⁴⁶ Usp. Oertmann, P., *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890., str. 258 - 259; Hofer, *op. cit.* u bilj. 32, str. 404; kritički spram Oertmannova stajališta o strogoj odijeljenosti stvarnopravnog i obveznopravnog elementa kod fiducije i njegova utjecaja na kasnija razmatranja o *Treuhand* vidi Asmus, *op. cit.* u bilj. 1, str. 122 *sqq.*, 144 - 145.

smatramo s pravom, ističe idejnu povezanost dvaju instituta⁴⁷ te sami držimo odlučnim utjecaj fiducije rimskog prava na priznanje i održanje prijenosa radi osiguranja u njemačkoj doktrini.

U sudskoj praksi također nije postojalo jedinstveno stajalište glede dopuštenosti *Kauf auf Wiederkauf*, a uz razlike među pokrajinskim sudovima ni Carski sud, *Reichsgericht*, nije imao ustaljeni obrazac odlučivanja.⁴⁸ Odnos se ponajprije procjenjivao kroz prizmu simulacije i zaobilaženje zabrane zasnivanja pignusa bez predaje stvari u posjed (*Faustpfand*) iako su pojedini sudovi već od 1880. g. u pojedinim odlukama problemu počeli pristupati s aspekta tumačenja zakona.⁴⁹ U tom smislu dijelom je bila priznavana dopuštenost prodaje s nazadkupnjom u svrhu osiguranja s učincima valjana prijenosa vlasništva, što je ponajprije bio problem u slučaju ovrhe nad imovinom dužnika. No, situacija još nije bila nedvosmisleno riješena jer su i naknadno, npr. 1881. g., donošene i nove presude u kojima su takvi prijenosi bili proglašeni nevaljanima zbog prijenosa putem *constitutum possessorium*.⁵⁰

Konačno, pozitivno stajalište glede valjanosti *Sicherungsübereignung Reichsgericht* je iznio u svojoj presudi iz 1885. g.⁵¹, a potvrda je uslijedila 1890. g.⁵² U prvoj presudi je istaknuto da zakonska zabrana *constitutum possessorium* kod hipoteke nije obuhvaćala i zabranu prijenosa vlasništva radi osiguranja jer bi

⁴⁷ Usp. Theisen, *op. cit.* u bilj. 12, str. 132.

⁴⁸ O nepostojanju jedinstvenog stajališta sudske prakse, čak ni najvišeg suda, Luig navodi da su 1. i 2. *Senat Reichsgericht* potvrđivali *Sicherungsübereignung* dok je 3. bio neodlučan. Usp. Linckelmann, *op. cit.* u bilj. 31, str. 213, bilj. 4; Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 163; Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 387 – 388.

⁴⁹ Tako, primjerice, u slučaju koji prenosi Theisen sud u drugoj instanciji donosi odluku o potvrdi prodaje tumačeći smisao zakona koji nije obuhvaćao zabranu prodaje s nazadkupnjom, ali koju je *Reichsgericht* oborio te potvrdio odluku prvostupanjskog suda o ništavosti posla (V. RG III, Civilsenat, presuda iz siječnja 1880. g., dostupna u: Seufferts Archiv, vol. 36, 1881., br. 99, str. 142). Usp. Theisen, *op. cit.* u bilj. 12, str. 127. Također glede pozitivnih presuda viših pokrajinskih sudova v. Coing, *op. cit.* u bilj. 1, str. 30.

⁵⁰ RGZ 13, str. 200 *sqq.* Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 163 – 164; Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 388.

⁵¹ RG 10. 1. 1885., I 431/84, prema: RGZ 13, str. 200 *sqq.* Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 165 - 166; Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 389.

⁵² RG 2. 6. 1890., VI 98/90, prema: RGZ 26, str. 180 *sqq.* Tomu se može se dodati i kasnije, uz prve dvije, citirana presuda iz 1896. g., RG 11. 3. 1896., V 359/95 (prema: JW 1896, 213) kao posljednja potvrda dopuštenosti prodaje radi osiguranja. Usp. Gaul, *op. cit.* u bilj. 30, str. 360; Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 391.

inače to bilo izričito navedeno dok je u drugoj navedeno da je moguće zaobilaženje samo zakona kojima se nešto naređuje ili zabranjuje, a što nisu ni RKO ni posebni zakoni o založnom pravu.⁵³ U njima je propisano da će se priznati učinci založnog prava na pokretninama samo uz određeni oblik prijenosa, što se ne može kvalificirati kao zabrana ili naredba.⁵⁴ Sud je u objema presudama prepoznao široku raširenost prijenosa radi osiguranja kao i njegovo sudsko priznanje od strane nižih sudova, a u drugoj je izričito kao podloga odluke uzet oslonac na ustaljenu sudsku praksu i vladajuće shvaćanje u znanosti.⁵⁵ U presudi iz 1890. g. sud se također pozvao na teoriju o fiducijarnim poslovima, što je značilo sudski prihvat Regelsbergerove teorije.⁵⁶

Tim presudama je prijenos vlasništva radi osiguranja (*Sicherungsübereignung*) lišen tereta sumnje u dopuštenost zbog zaobilaženja zabrane posjedovnog konstituta. Fokus je prebačen na pretpostavke i formu potonjeg, a Carski je sud već 1889. g. počeo otklanjati dopuštenost “apstraktnog” i zahtijevati “realni” *constitutum possessorium*, odnosno drugi posao kojim bi bio zasnovan takav prijenos posjeda.⁵⁷ Međutim, kao i kod razvoja samog instituta *Sicherungsübereignung*, taj je proces potrajao duže te se prenio i u doba nakon donošenja njemačkog Građanskog zakonika.

4. RASPRAVE O DOPUŠTENOSTI PRIJENOSA VLASNIŠTVA RADI OSIGURANJA U PROCESU DONOŠENJA BGB-a I NEPOSREDNO NAKON NJEGOVA STUPANJA NA SNAGU

Razdoblje sastavljanja BGB-a, od 1874. do 1896. g., podudara se s vremenom razvoja *Sicherungsübereignung* u sudskoj praksi. Štoviše, etape u izradi nacrtu zakonika (prva komisija od 1874. do 1887. g. i druga od 1890. do 1895. g.) i njihova obrazloženja reflektiraju stanje u znanosti i praksi glede tog instituta.⁵⁸

⁵³ Usp. Theisen, *op. cit.* u bilj. 12, str.133 - 134.

⁵⁴ RGZ 26, str. 184 *sqq.*

⁵⁵ RGZ 26, str. 182.

⁵⁶ U drugoj presudi iz 1890. g. sud *Reichsgericht* potvrdio je dopuštenost inkaso indosamenta kao oblika fiducijarnog posla s izravnom uputom na fiduciju rimskog prava. Usp. Coing, *op. cit.* u bilj. 1, str. 39, 41.

⁵⁷ RG 1. 6. 1889., I 110/89, prema: RG 24, str. 307, 311. Usp. Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 389.

⁵⁸ U postupku stvaranja BGB-a izrađena su tri nacrtu zakonika. Prvi nacrt je donijela prva komisija (u kojoj je sudjelovao, primjerice, Windscheid) koja je djelovala od 1874. do

Konstanta koja je od početka označila osnovicu razmišljanja bilo je ostajanje pri načelu *Faustpfand*, odnosno da je kod zaloga pokretnina morao biti izvršen prijenos posjeda (§ 1147.).⁵⁹ U skladu s važećim pravom, prijenos stvari u zalog putem *constitutum possessorium* bio je bez pravnog učinka (§ 1147/III)⁶⁰, a vraćanjem stvari u posjed dužnika ili treće osobe koju bi on označio založno bi pravo prestajalo (§ 1191.).

Istovremeno, *constitutum possessorium* bio je izričito predviđen kao jedan od oblika prijenosa posjeda kod stjecanja vlasništva (§ 874., kasnije § 930.) i upravo u vezi s njim su uglavnom vođene rasprave o dopuštenosti *Kauf auf Wiederkauf*.

U obrazloženju uz prvi nacrt vidljiva je nesigurnost sastavljača u stajalištu prema prijenosu vlasništva radi osiguranja uz posjedovni konstitut. Kontradiktorne izjave prisutne su u više rasprava. Upravo u vezi s § 874. govori se o zaobilaženju zakona i simulaciji putem posjedovnog konstituta, ali ipak je ukidanje mogućnosti tog oblika prijenosa posjeda odbijeno jer bi time bili pogođeni svi oni slučajevi kada nije bilo simulacije.⁶¹ Također, u raspravi o prodaji uz uglavak o nazadkupnji istaknuto je isto stajalište – spominje se mogućnost simulirane prodaje u svrhu zaloga, ali ipak se u posao ne dira, nego bi trebalo biti prepušteno sudu da procijeni svaki slučaj zasebno.⁶²

1887. g., a koji je objavljen 1888. g. Obrazloženje uza nj izdano je u pet tomova pod nazivom *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Prijedlog je, međutim, dočekan s velikim kritikama, a prema Gierkeu (Von Gierke, O., *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889., str. 2 *sqq.*) osnovne su bile da je “lebensfremd, volksfern, überromanistisch, undeutsch und sprachlich missglückt”. Stoga je 1890. g. osnovana druga komisija čiji je referent bio Gottlieb Karl Georg Planck, a koja je nakon pet godina objavila svoj nacrt (obrazloženje pod nazivom *Protokolle* objavio je Mugdan u svojim *Die Gesamten Materialien*), a koji je nakon neznatnih izmjena u radu treće komisije koju je odredio Reichstag kao treći nacrt prihvaćen 1896. godine. Usp. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bd. 1 – 5*, Berlin, Leipzig, 1888. (dalje u tekstu: *Motive*); Mugdan, B., *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, 1899.; Jakobs, H.; Schubert, W. (ur.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Bde. 1, 2, Berlin, New York, 1978., 1990.; Rückert, J.; Stalte, S., *Die Entstehung des BGB im Überblick mit Nachweis der Quellentexte*, u: Schmoeckel, M.; Rückert, J.; Zimmermann, R. (ur.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. I, Tübingen, 2007., str. XXXII *sqq.*

⁵⁹ Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str.167 – 168.

⁶⁰ Vidi *Motive. III*, str. 801.

⁶¹ Vidi *Motive. III*, str. 335.

⁶² Vidi *Motive. II*, str. 340.

Afirmativan odnos spram instituta posebno se može iščitati iz § 183/III (kasnije preuzet u BGB kao § 223/II): “Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht (Eigenthum, Grundschuld usw.) übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden.” Taj bi stavak imao smisla samo ako bi bili priznati učinci *Sicherungsübereignung*.⁶³ U dogmatskim raspravama stoga je tom tekstu i dano veće značenje jer je praktički riječ o jedinom izravnom elementu samog zakona, a ne obrazloženja, koji predviđa prijenos radi osiguranja. U širem kontekstu, ne uzimajući ga kao jednu kariku koja drži cijelu konstrukciju, smatramo da njegova uloga s obzirom na mjesto i ulogu nije presudna, nego je puno važniji komentar o uvjetovanom prijenosu vlasništva.⁶⁴ Iako u zakonu on nije bio reguliran, stajalište je sastavljača bilo da je dopušten, čak i u svrhu osiguranja, a od slučaja do slučaja imalo bi se provjeriti je li riječ o uvjetovanom prijenosu vlasništva ili založnom pravu, ovisno o dogovoru stranaka.⁶⁵

Nesigurnost i prožetost problemom simulacije koje su bile prisutne i u znanosti i u sudskoj praksi u većem dijelu razdoblja nastanka nacрта jasno su vidljive i iz njegova obrazloženja. Autori nacрта priznali su da se putem prijenosa vlasništva zaobilazi zabrana posjedovnog konstituta kod zaloga, ali su zauzeli stajalište da se o institutima ne može suditi na općoj razini, nego treba individualno ocjenjivati svaki slučaj. Na taj su način bez izričite regulacije dopustili nastavak postojeće prakse čime je izvršen ustup i potrebama gospodarstva koje se sve glasnije ističu.⁶⁶ Iako nije ukinut *Faustpfand*, nije ni zabranjen *Kauf auf Wiederkauf*.⁶⁷

⁶³ Vidi *Motive. I*, str. 345. Usp. Gaul, *op. cit.* u bilj. 30, str. 358; Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 172; Weber, H.; Weber, J.-A., *Kreditsicherungsrecht*, München, 2006., str. 165.

⁶⁴ Vidi *Motive. III*, str. 337 *sqq.*

⁶⁵ Hromadka u navedenom tekstu nalazi već prvu potvrdu *Sicherungsübereignung* kao apstraktnog prijenosa radi osiguranja. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 173 - 174.

⁶⁶ Glede toga izvještaja s 15. Deutsche Juristentag u kojem se navode potrebe trgovaca, tvorničara, radnika i dijela seljaka za besposjedovnim zalogom. Usp. Leonhard, R., *Gutachten über die Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen das constitutum possessorium mit der Wirkung des Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten sei?*, u: Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentages, Bd. I, Berlin, 1880., str. 109; Eisenhart, V., *Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, vol. 24, 1882., str. 131 - 132.

⁶⁷ Sukob dvaju stajališta o dopustivosti prijenosa vlasništva radi osiguranja vidljiv je i u komentarima prvog nacрта. Dok je Bähr u svom nacrtu u § 1061. predložio zabranu takva prijenosa vlasništva i konzekventnu provedbu načela *Faustpfand*, Gierke je tražio izričito

Načelno neutralnu, iako zapravo pozitivnu, orijentaciju izabrala je i druga komisija zadužena za izradu BGB-a. Pritom se u radu te komisije osjetila promjena u sudskoj praksi jer je dopuštenost *Sicherungsübereignung* uzeta kao gotova stvar, bez uobičajenih ograda o simulaciji. Argumenti za odbijanje napada iz znanosti, ali i zahtjeva unutar komisije za zabranom konstituta ako bi bila riječ o osiguranju tražbine bili su gospodarski razlozi i niz sudskih presuda pred Carskim sudom kojima je institut afirmiran (RG 2, 168; RG 26, 180; RG 13, 200).⁶⁸ Kao poseban razlog naveden je da bi načelo apstraktnog prijenosa vlasništva bilo narušeno ako bi bio prihvaćen zahtjev da prijenos bude nevaljan ako je izvršen u svrhu osiguranja. Za takvu intervenciju morao bi postojati posebno opravdan razlog, što odredba o nužnosti prijenosa posjeda pokretnina kod založnog prava nije.⁶⁹

Prihvaćanje instituta u obrazloženju nije, međutim, do kraja pretočeno i u zakon. Zakonodavac je ostao suzdržan u eksplicitnom rješenju problema te nije posebno regulirao *Sicherungsübereignung*. Može se reći da je svjesno dan prešutan pristanak na primjenu instituta time što su sve pretpostavke za njegovu realizaciju predviđene u BGB-u, konkretno u § 930. dopušten je prijenos vlasništva uz *constitutum possessorium* dok nije uspostavljena nikakva zabrana ili prepreka njegovoj primjeni u praksi kod osiguranja tražbina.⁷⁰ Iz obrazloženja te općeg

priznanje. Usp. Bähr, O., *Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Kassel, 1892., str. 228; Von Gierke, O., *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889., str. 388 - 389.

⁶⁸ *Protokollen. III*, str. 3689 - 3870.

⁶⁹ Uz to su sastavljači nacrtu naveli kao bitnu razliku između prijenosa vlasništva i založnog prava da kod prvoga ne postoji problem više vjerovnika. Držimo, međutim, ispravnim zaključak Hromadke prema kojem se ovdje radi o tehnikaliji ili *haarspaltische Akrobatik* izvršenoj u smjeru održanja instituta jer ključni problem kod posjedovnog konstituta nije rang vjerovnika, nego činjenica nepostojanja negativnog publiciteta koji posjed ima prema van. Usp. Hromadka, *op. cit.* u bilj. 8, str. 180; također vidi Theisen, *op. cit.* u bilj. 12, str. 135.

⁷⁰ Kvalifikacije različitih autora uglavnom se svode na neodlučnost zakonodavca. Iako dio autora govori o razvoju prava *praeter legem*, pri čemu se iznose mišljenja da je institut dio običajnog prava, iz radnih materijala za BGB očito je da je riječ o redovitom dijelu sustava ili, Oechslerovim riječima, "das Sicherungseigentum entspricht vielmehr von vornherein dem System des BGB." Usp. Gaul, *op. cit.* u bilj. 27, str. 358 - 359; Hromadka, *op. cit.* u bilj. 5, str. 180 *sq.*; Wiegand, W., *Anhang zu §§ 929 - 931 BGB*, u: Von Staudinger, J. (ur.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen*, Buch 3, 2004. (preuzeto s Beck-online. Datenbank), Rn. 54; Kessal-Wulf, S.,

konteksta može se zaključiti da je zakonodavac - ne želeći izravno potkopati načelo *Faustpfand* na kojem je sam inzistirao - prepustio daljnji razvoj instituta sudskoj praksi sankcionirajući njenu dotadašnju ulogu.

Premda određeni zemaljski i niži sudovi nisu odmah prepoznali namjeru zakonodavca, Reichsgericht se pobrinuo snagom svog autoriteta da i nakon 1900. g. *Sicherungsübereignung* bude dopušten.⁷¹ Uz presude po starom pravu⁷², i u slučajevima koji su prosuđivani po BGB-u Reichsgericht je zadržao isto stajalište.⁷³ Pritom je moralo jedino doći do određene prilagodbe s obzirom na granične slučajeve koji su se javljali u praksi. Sud je morao utvrditi pretpostavke za valjan prijenos radi osiguranja kako bi razdvojio stvarne slučajeve prijenosa od simuliranih.

Problem koji se pojavio pred sudom bio je da su stranke naknadno ugovarale (ili su se samo pozivale da je ugovoren) pridržaj prava vlasništva ili da su stvari prenesene radi osiguranja uz *constitutum possessorium* iako to od početka nije bio slučaj ili nije bilo na dovoljno očigledan način dogovoreno, kako bi se osiguralo izlučno pravo vjerovnika.⁷⁴ Kako bi se spriječili takvi pokušaji prijevera, Reichsgericht je izgradio načelo da *constitutum possessorium* mora biti vidljiv u jasno utvrđenim pravima i obvezama stranaka glede predmeta prijenosa te je time utvrđena do danas važeća teorija o “konkretnom posjedovnom konstitutu” (*konkreten Besitzkonstitut*).⁷⁵ Sud je pritom išao dosta široko u tumačenju volje stranaka tako da nije uvijek bio potreban ni poseban ugovor na temelju kojeg bi stvar ostajala otuđivatelju nego su u skladu s načelom slobode ugovaranja bili priznavani učinci prijenosa i ako su stranke pogrešno nazvale ugovor, ali iz njega je bila jasno vidljiva volja za prijenosom posjeda.⁷⁶

Recht der Kreditsicherung, u: Von Staudinger, J.; Beckmann, R. M.; Martinek, M. (ur.), Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts, vol. 8, Berlin, 2005., str. 429 - 430; Oechsler, J., *op. cit.* u bilj. 2, Rn. 3.

⁷¹ Iz presuda Carskog suda razvidno je da su pojedini niži sudovi još i 1904. g. odbijali priznanje prijenosa radi osiguranja kao simuliranog pravnog posla. Usp. Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 402 – 403.

⁷² *Ibid.*, str. 392 *sqq.*

⁷³ *Ibid.*, str. 396 *sqq.*

⁷⁴ RG 8./15. 11. 1901., II 239/1901, prema: RGZ 49, str. 170.

⁷⁵ Za pregled presuda u kojima je načelo u prvim godinama nakon donošenja BGB-a obrađeno vidi Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 397 *sqq.*

⁷⁶ Usp. RG 24. 6. 1904., VII 50/1904, prema Schubert, W., *Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Jahrgang 1904, Goldbach, 1992., str. 554.

Na sličan je način Reichsgericht 1904. g. potvrdio valjanost uglavka o predaji vlasništva radi osiguranja koji nije bio sastavljen u obliku kupnje.⁷⁷ Iako je kupnja i dalje bila uobičajen oblik u kome se ugovarao prijenos radi osiguranja, tako je omogućeno da čisti uglavak o osiguranju, *Sicherungsabrede*, bude osnova prijenosa vlasništva.⁷⁸

Ostavljajući strankama dosta široku slobodu, uz ispunjenje nužnih uvjeta o prijenosu vlasništva i *constitutum possessorium*, sudska je praksa razvila *Sicherungsübereignung* kao redovan oblik osiguranja tražbina na pokretninama uz založno pravo karakterističan za njemačko pravo. Temeljna uloga sudova, uz znatan doprinos pravne znanosti, u razvoju instituta praktički je održana do danas uz tek djelomičnu zakonsku regulaciju pojedinih aspekata instituta.

5. ZAKLJUČAK

Recepcija rimskog založnog prava u Njemačkoj u razdoblju od 15. stoljeća nadalje imala je niz pozitivnih učinaka, ali s razvojem trgovine i industrije te širenjem kruga potencijalnih vjerovnika i dužnika u 18. i 19. stoljeću sve je vidljiviji postao i njegov osnovni problem – nedostatak publiciteta. On je bio posebno izražen kod pokretnina te je stoga zakonodavac, u skladu i s promijenjenim, na prirodnom pravu utemeljenim shvaćanjima uloge prava, odlučio otkloniti postojeću nesigurnost propisujući nužnost prijenosa posjeda i zabranjujući *constitutum possessorium* kod zaloga pokretnina. Međutim, istodobno sa završnom fazom procesa i propisivanjem navedene zabrane na razini cijelog novoosnovanog Njemačkog Carstva početkom i tijekom druge polovice 19. stoljeća gospodarske su se okolnosti u bitnom izmijenile tako da opća zabrana mobilijarne hipoteke više nije odgovarala potrebama stranaka. S obzirom na utvrđenost pravila o

⁷⁷ Sud je već 1903. priznao jedan takav slučaj apstraktnog prijenosa, ali nije ulazio dublje u problematiku (RG 7. 1. 1903., II 497/1902, prema: Schubert, *op. cit.* u bilj. 76, Sammlung 1903, str. 505). Detaljnije objašnjenje i potvrdu je dao u presudama RG 16. 9. 1904., VII 86/1904 (prema RGZ 59, 146) i RG 8. 11. 1904., VII 173/04 (prema *ibid.*, Sammlung 1904, str. 561).

⁷⁸ Ključnu ulogu u priznanju takva uglavka Coing je pridavao apstraktnosti prijenosa dok je prema Luigu to *Typenfreiheit des Vertragsrechts*. Usp. Coing, *op. cit.* u bilj. 30, str. 428; Luig, *op. cit.* u bilj. 30, str. 402. Protivno, da se institutom razbija jedinstvo pravnog poretka i načelo *numerus clausus* stvarnih prava, vidi Larenz, K., *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, Karlsruhe, 1965., str. 7.

Faustpfandu koje se više nije moglo preokrenuti, najjednostavnije i najbrže rješenje u trgovačkoj i pravnoj praksi pronađeno je posezanjem za postojećim institutom koji je dotad bio samo supsidijarno važan, prodajom s pravom nazadkupnje (*Kauf auf Wiederkauf*) koja bi se zaključivala s ciljem osiguranja tražbina, a kod koje nije bio zabranjen *constitutum possessorium*, ali koja je bila od svojih početaka pod sumnjom zbog izigravanja prava, odnosno *fraus legis*.

Rasprave o dopuštenosti takve kupoprodaje, koja je kasnije sa širim prihvaćanjem Savignyjeve teorije o apstraktnom prijenosu vlasništva prerasla u *Sicherungsübereignung*, apstraktni prijenos vlasništva radi osiguranja, intenzivnije su vođene od 70-tih godina 19. stoljeća. Pritom je posebno problematizirano pitanje je li u konkretnom slučaju riječ o simuliranom pravnom poslu i prijevari zbog istovjetnosti svrha s ručnim zalogom ili dopuštenom pravnom poslu. Za prihvaćanje potonjeg odgovora ključna je bila Regelsbergerova studija u koju je uključio spoznaje iz rimskog prava, osobito iz materije fiducije rimskog prava koja je tih godina bila podvrgnuta analizama pandektista zbog pronalaska *tabulae Baeticae*, kojom su kao posebna skupina dopuštenih poslova izdvojeni fiducijarni poslovi. Među njih, s obzirom na objašnjenje koje je dao Regelsberger, bilo je vrlo lako svrstati i *Kauf auf Wiederkauf*, što su sudovi vrlo brzo i učinili potvrđujući dopuštenost posla dok je Reichsgericht i izričito potvrdio vezu teorije i prakse u svojoj presudi iz 1890. godine. Fiducija rimskog prava imala je tako važnu ulogu u osiguranju dopuštenosti i održanju prijenosa vlasništva radi osiguranja u njemačkom pravu. Štoviše, uz rasprave o naravi i položaju *Sicherungsübereignung – secundum, praeter, contra legem* – prema navedenom u tekstu možemo ustvrditi da je institut u isto doba postao i sastavni dio njemačkog građanskog prava, o čemu svjedoče pripremni materijali iz razdoblja pisanja BGB-a iako je ostao nekodificiran zbog straha od narušavanja integriteta načela *Faustpfand*. Zakonodavac, svjestan instituta te njegove važnosti i prihvaćenosti, nije ga namjeravao zabraniti, nego ga je zbog širih interesa ostavio izvan zakona i prepustio sudskoj i poslovnoj praksi da ga dalje razvijaju kao dio šireg sustava realnih osiguranja tražbina kao što su i dotad uspješno činile.

Summary

Tomislav Karlović*

ON THE CREATION OF SICHERUNGSÜBEREIGNUNG

The paper deals with the issue of emergence and legal recognition of Sicherungsübereignung in German law. The first part gives an overview of the development of pledge and hypothec in Germany during the period of ius commune, before the second half of the 19th Century, and the stabilisation of the Faustpfand principle as a necessary prerequisite for pledge. The author discerns the problems regarding emergence, use in practice and legal recognition of the sale and repurchase used for security purposes (Kauf auf Wiederkauf), later transformed in the abstract security transfer of ownership (Sicherungsübereignung), especially the role of legal science and results of inquiries in Roman law fiducia cum creditore in the process of validation of Sicherungsübereignung in the Reichsgericht's case-law. Within the discussions on the (il)legality of such transfers because of the allegations of simulation and fraus legis, which have become more intense from the 1870's, prominent place took Regelsberger's study which introduced special category of legally valid fiduciary legal affairs. In the paper the emphasis is put on the incorporation of Roman law material, esp. on fiducia, in the creation of this theory and later developments which were reflected in judicial practice. Also, the legal nature and the position of Sicherungsübereignung within the legal system are analysed with regard to the attitudes of Commissions in the process of enactment of German Civil Code (BGB). It is concluded that this legal form, although it remained uncodified because of the fear to encroach upon the system of secured transactions incorporating as one of its pillars Faustpfand principle, was already at the time deemed integral part of legal and business practice for which there was a conscious choice of medium by which it will be developed.

Keywords: Sicherungsübereignung, Roman law, fiducia.

* Tomislav Karlović, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb.

PRILOG

BIBLIOGRAFIJA PROF. DR. SC. MIHAJLA DIKE*

1969.

1. *Pravna priroda arbitražnog sporazuma s elementom inostranosti u jugoslavenskom pravu*, magistarski rad, neobjavljeno, 1969.

1970.

2. Određivanje naknade za ekspropirane nekretnine i tržišna cijena, *Naša zakonitost*, vol. 24, br. 10, 1970., str. 745 – 775.
3. Savjetovanje sudaca s područja okružnih sudova Pula, Rijeka, Zadar i Šibenik od 17. 1. 1970. u Poreču o materijalno-pravnom aspektu određivanja pravične naknade od strane sudova u postupku eksproprijacije i nacionalizacije, *Naša zakonitost*, vol. 24, br. 3, 1970., str. 236 – 240.

1971.

4. Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera i pravična naknada, *Naša zakonitost*, vol. 25, br. 5, 1971., str. 356 – 361.

1972.

5. Kriteriji za određivanje mjerodavnog prava za arbitražu s elementom inostranosti, *Naša zakonitost*, vol. 26, br. 4, 1972., str. 250 - 259.

* Bibliografija obuhvaća radove evidentirane u knjižničnim katalozima Pravnog fakulteta u Zagrebu, Nacionalne i sveučilišne knjižnice, Knjižnice grada Zagreba, Hrvatskoj znanstvenoj bibliografiji (CROSBI), Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti do 1. lipnja 2013., u Bibliografiji radova iz područja građanskog procesnog prava 1987. – 2000. (priredio A. Uzelac), udžbenicima S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb, 2004.; M. Dika, *Građansko ovršno pravo*, Zagreb, 2007. te zasebnim evidencijama bibliografskih jedinica prof. dr. sc. Mihajla Dike i knjižničara Biblioteke Pravnog fakulteta u Zagrebu.

1973.

6. Neki problemi postupka u sporovima male vrijednosti pred sudovima opće nadležnosti u stadijima nakon zaključenja glavne rasprave, *Naša zakonitost*, vol. 27, br. 6, 1973., str. 526 – 535.
7. Pravna priroda pasivnog suparničarstva između vlasnika odnosno korisnika motornog vozila i osiguravajućeg zavoda u parnicama za naknadu štete, *Naša zakonitost*, vol. 27, br. 9, 1973., str. 794 - 800.

1974.

8. Marginalije uz odredbu čl. 354. st. 4. ZPP-a, *Odvjetnik*, vol. 47, br. 1-2, 1974., str. 18 - 28.
9. Postojeće zakonske i nove ustavne osnove za određivanje nadležnosti izbranih sudova u jugoslavenskom pravu, *Naša zakonitost*, vol. 28, br. 7-8, 1974., str. 667 – 679.
10. Pravna priroda suparničarstva između solidarnih dužnika, *Naša zakonitost*, vol. 28, br. 10, 1974., str. 937 - 943.

1975.

11. Neki procesnopravni problemi u postupku u sporovima zbog povrede prava na dodjelu stana, *Naša zakonitost*, vol. 29, br. 5, 1975., str. 47 - 59.
12. Novi talijanski postupak u radnim sporovima, *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo*, br. 8, 1975., str. 19 - 49.
13. Pravne značajke posljednje novele Zakona o prisilnoj nagodbi i stečaju, *Naša zakonitost*, vol. 29, br. 10, 1975., str. 57 - 62.

1976.

14. Dr. Beroljub Rajović: Sudovi udruženog rada, *Naša zakonitost*, vol. 30, br. 1, 1976., str. 103 – 110.
15. Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 26, br. 1, 1976., str. 115 - 119.
16. *Stečajno pravo i pravo prisilne nagodbe*, skripta, zajedničko izdanje autora i Saveza socijalističke omladine Pravnog fakulteta, Zagreb, 1976.

1977.

17. Dokazivanje saslušanjem stranaka, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 94 - 95.

18. Dostava pismena, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 72 - 75.
19. Izuzeće sudaca, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 61 - 62.
20. Mjesna nadležnost, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 41 - 50.
21. *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova* (u koautorstvu sa S. Trivom i V. Belajcem), Informator, Zagreb, 1977.
22. Osiguranje dokaza kod izvanrednih pravnih lijekova, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 95 - 99.
23. Postupak u privrednim sporovima, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 185 - 192.
24. Postupak u sporovima male vrijednosti, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 165 - 168.
25. Prekid postupka, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 92 - 94.
26. Prikaz diskusije na Savjetovanju kadrova za potrebe pravosuđa (u koautorstvu s D. Krapcem i Z. Stipkovićem), *Naša zakonitost*, vol. 31, br. 1, 1977., str. 34 - 40.
27. Punomoćnici stranaka, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 70 - 71.
28. Redovni put pravne zaštite, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 7 - 12.
29. Sastav suda, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 57 - 61.
30. Savjetovanje Pravna znanost i udruženi rad, prikaz diskusije (u koautorstvu sa Z. Stipkovićem), *Naša zakonitost*, vol. 31, br. 5, 1977., str. 28 - 30.
31. Stvarna nadležnost saveznog suda, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 38 - 39.
32. Sukob (o) nadležnosti, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 54 - 57.
33. Ustupanje predmeta male vrijednosti mirovnim vijećima, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 168 - 175.

34. Utvrđivanje vrijednosti predmeta spora kumuliranih tužbenih zahtjeva, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 39 - 41.
35. Žalba protiv presude, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 99 - 113.
36. Žalba protiv rješenja, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Novo parnično procesno pravo. Zbirka radova*, Informator, Zagreb, 1977., str. 113 - 114.

1978.

37. Jadranko Crnić: Prava na nekretninama, primjeri podnesaka i odluka za primjenu propisa o pravima na nekretninama, *Naša zakonitost*, vol. 32, br. 11-12, 1978., str. 132 – 134.
38. Ostvarivanje prava na ispravak informacije objavljene u štampi u postupku pred sudom, u: Z. Šeparović (ur.), *Odgovornost u informativnoj djelatnosti*, zbornik radova savjetovanja o odgovornosti u informativnoj djelatnosti 19., 20., 21. listopada 1978., Split, sv. I, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom Pravnog fakulteta i časopis *Naša zakonitost*, Zagreb, 1978., str. 187 – 193.
39. Tko odlučuje o iseljenju iz stana protupravno useljene osobe?, *Naša zakonitost*, vol. 32, br. 6, 1978., str. 74 – 79.
40. *Zakon o izvršnom postupku* (prema stanju na dan I. X. 1978.) s objašnjenjima, napomenama i bilješkama, priložima i stvarnim kazalom, Narodne novine, Zagreb, 1978.

1980.

41. Intervencijski efekt presude redovnog suda u postupku pred stalnim izbranim sudom, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 30, br. 4, 1980., str. 429 – 433.
42. Podobnost odluka sudova udruženog rada za sudsko izvršenje: analiza primjera iz prakse, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 30, br. 1, 1980., str. 127 - 132.
43. *Sudsko izvršno pravo: opći dio* (u koautorstvu sa S. Trivom i V. Belajcem), Informator, Zagreb, 1980.
44. Supsidijarno suparničarstvo i nadležnost suda: analiza slučajeva iz prakse, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 30, br. 4, 1980., str. 423 - 428.
45. *Vanparnično procesno pravo*, skripta za studente pravnih fakulteta (u koautorstvu sa S. Trivom), Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1980.

1982.

46. Engleska doktrina *rei judicatae*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 32, br. 3-4, 1982., str. 375 - 396.
47. Interkatedarsko savjetovanje nastavnika građanskog procesnog prava na pravnim fakultetima u SFRJ o Nacrtu novog Zakona o sudovima udruženog rada, *Privreda i pravo*, vol. 21, br. 6, 1982., str. 16 - 24.
48. *Izvanparnično procesno pravo* (u koautorstvu sa S. Trivom), 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1982.
49. Kako ugovoriti nadležnost stalnog izbranog suda, *Privreda i pravo*, vol. 21, br. 9-10, 1982., str. 65 - 66.
50. *Materijali za pripremanje i polaganje ispita iz građanskog procesnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1982.
51. Neke dileme o ustavnosti Nacrta zakona o sudovima udruženog rada, *Privreda i pravo*, vol. 21, br. 11-12, 1982., str. 7 - 15.
52. Nenadležnost stalnog izbranog suda i prekid zastarijevanja: analiza slučaja iz prakse, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 32, br. 1-2, 1982., str. 203 - 207.
53. Prikaz diskusije, *Privreda i pravo*, vol. 21, br. 11-12, 1982., str. 79 - 89.
54. Privremene mjere radi uzdržavanja djece: analiza jedne prakse, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 32, br. 3-4, 1982., str. 449 - 453.
55. Revizibilnost rješenja u troškovima postupka, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 32, br. 1-2, 1982., str. 209 - 211.
56. Sudsko izvršenje i osiguranje u bračnim i porodičnim stvarima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 32, br. 1-2, 1982., str. 129 - 139.
57. *Zakon o izvršnom postupku* (prema stanju na dan 15. II. 1982.) s objašnjenjima, napomenama i bilješkama, priložima i stvarnim kazalom, 2. dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1982.

1983.

58. Izvršenje na temelju vjerodostojne isprave i ugovor o nadležnosti stalnog izbranog suda, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 33, br. 1-2, 1983., str. 229 - 231.
59. Konvencija o priznanju i izvršenju inozemnih arbitražnih odluka (New York, 1958) i Konvencija o rješavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (Washington, 1965), *Privreda i pravo*, vol. 22, br. 3-4., 1983., str. 47 - 61.

60. Postupak sa žalbom izjavljenom od neovlaštene osobe, *Privreda i pravo*, vol. 22, br. 11-12, 1983., str. 114 - 117.
61. Postupak sa žalbom izjavljenom od neovlaštene osobe, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 33, br. 1-2, 1983., str. 225 - 228.
62. Povlačenje tužbe u paternitetskom sporu: analiza slučaja iz prakse, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 33, br. 3-4, 1983., str. 461 – 463.
63. *The Problem of Multiparty Arbitration from the Standpoint of Yugoslav Law*, 's-Gravenhage, Zagreb, 1983.

1984.

64. Arbitraža u NR Kini, *Privreda i pravo*, vol. 23, br. 9-10, 1984., str. 19 - 24.
65. Arbitražni institut Stockholmske trgovačke komore, *Privreda i pravo*, vol. 23, br. 5-6, 1984., str. 52 – 56.
66. *Izvanparnično procesno pravo*, skripta (u koautorstvu sa S. Trivom), Pravni fakultet, Zagreb, 1984.
67. Načelo saslušanja stranaka (sudionika) u postupku pred stalnim izbranim sudom i u postupku pred sudovima udruženog rada, *Privreda i pravo*, vol. 34, br. 1-2, 1984., str. 253 - 258.
68. Neka načelna pitanja u vezi s novim sustavom međunarodne nadležnosti organa SFRJ, *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno pravo*, vol. 17, br. 20, 1984., str. 69 - 86.
69. *Pravo na tužbu*, doktorska disertacija, Zagreb, 1984.
70. Procesnopravna problematika zaključivanja autorskih ugovora s inozemnim autorima i izdavačima, u: *Autorsko pravo i izdavači*, Poslovna zajednica izdavača i knjižara Jugoslavije, Beograd, 1984., str. 195 - 203.
71. *Sudsko izvršno pravo: opći dio* (u koautorstvu sa S. Trivom i V. Belajcem), 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1984.
72. Sukob o nadležnosti u nasljednim stvarima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 34, br. 3-4, 1984., str. 461 - 468.
73. Višestranačka arbitraža u međunarodnim trgovačkim sporovima, *Privreda i pravo*, vol. 23, br. 5-6, 1984., str. 23 - 63.

1985.

74. Apokrifne izvršne isprave, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 4, 1985., str. 513 - 516.
75. Arbitration in Sweden – drugo izdanje. The Stockholm Chamber of Commerce, 1984., *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 2-3, 1985., str. 335 - 337.

76. *Ius standi in iudicio* u postupku pred stalnim izbranim sudom, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 1, 1985., str. 139 - 143.
77. Međunarodna nadležnost sudova SFRJ u ostavinskim stvarima i nasljednopravnim sporovima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 4, 1985., str. 399 - 408.
78. Naši radnici na privremenom radu u inozemstvu i međunarodna nadležnost jugoslavenskih sudova na osnovi prebivališta i boravišta, *Pravo – teorija i praksa*, br. 3, 1985.
79. Pravna enciklopedija Pravnog fakulteta u Zagrebu, *Naša zakonitost*, vol. 39, br. 3, 1985., str. 305 – 306.
80. Razvoj instituta pravomoćnosti do prvih modernih kodifikacija. I dio, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 1, 1985., str. 17 - 30.
81. Razvoj instituta pravomoćnosti do prvih modernih kodifikacija. II. dio, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 2-3, 1985., str. 267 - 283.
82. Sudska zaštita samoupravnih prava povrijeđenih odlukama sportskih asocijacija, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 5-6, 1985., str. 733 - 736.
83. The Problem of Multiparty Arbitration from the Standpoint of Yugoslav Law, u: C. C. A. Voskuil, J. A. Wade (ur.), *Reservation of Title - Domestic Law, Conflict of Laws. Multiparty Arbitration*, The Hague, 1985., str. 125 - 138.
84. *The Problem of Multiparty Arbitration from the Standpoint of Yugoslav Law*, T. M. C. Asser Institut, Martinus Nijhoff, The Hague, 1985.
85. Učinak presumiranog povlačenja tužbe u parničnom postupku na postupak pred sudom udruženog rada, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 35, br. 1, 1985., str. 135 - 137.
86. *Zakon o parničnom postupku od 24. XII. 1976.* (s izmjenama i dopunama) (u koautorstvu sa S. Trivom), 12. izdanje prema stanju na dan 31. X. 1985., Narodne novine, Zagreb, 1985.

1986.

87. Da li je nadležnost organa starateljstva u SR Hrvatskoj da odlučuju o povjeravanju djece na čuvanje i odgoj u skladu s Ustavom SFRJ o SRH te s nekim bilateralnim sporazumima koje je zaključila SFRJ, *Naša zakonitost*, vol. 40, br. 4, 1986., str. 617 - 620.
88. Dijete i maloljetnik kao žrtva nasilja, *Naša zakonitost*, vol. 40, br. 2, 1986., str. 166 – 180.

89. *Građansko parnično procesno pravo* (u koautorstvu sa S. Trivom i V. Belajcem), 6. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1986.
 90. Kontrola ustavnosti i zakonitosti obvezatnih pravnih shvaćanja usvojenih na općim odnosno odjelskim jedinicama određenih sudova, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 36, br. 2, 1986., str. 277 - 279.
 91. Neka procesnopravna pitanja ostvarivanja pravne zaštite u stambenim stvarima u postupku pred redovnim sudovima, *Naša zakonitost*, vol. 40, br. 1, 1986., str. 96 - 106.
 92. Nostrifikacija i priznavanje ekvivalencije stranih školskih svjedodžbi i diploma stečenih u inozemstvu: pravno uređenje, pojmovi, pretpostavke, *Naša zakonitost*, vol. 39, br. 6, 1986., str. 880 - 886.
 93. Pojam strane arbitražne odluke prema ZRSZ 82, *Privreda i pravo*, vol. 25, br. 3-4, 1986., str. 112 - 123.
 94. Poništenje strane arbitražne odluke pred jugoslavenskim sudom: analiza slučajeva iz prakse, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 36, br. 3-4, 1986., str. 539 - 543.
 95. Pretpostavke za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka po Zakonu o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja, *Privreda i pravo*, vol. 25, br. 9-10, 1986., str. 427 - 439.
 96. Problem unifikacije, ujednačavanja i rješavanja sukoba zakona i nadležnosti na području nostrifikacije i priznavanja ekvivalencije školskih svjedodžbi i diploma u inozemstvu, *Naša zakonitost*, vol. 39, br. 7-8, 1986., str. 1059 - 1065.
 97. Prorogacija nadležnosti i priznanje odluka stranog suda u bračnim i porodičnim stvarima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 36, br. 5-6, 1986., str. 763 - 765.
 98. Razvoj jugoslavenskog učenja o pravomoćnosti u jugoslavenskim zemljama nakon unifikacije parničnog procesnog prava 1929. godine do donošenja Zakona o parničnom postupku 1956., *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 36, br. 3-4, 1986., str. 439 - 512.
 99. Razvoj učenja o pravomoćnosti u jugoslavenskim zemljama do unifikacije parničnog procesnog prava 1929. godine, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 36, br. 1, 1986., str. 73 - 84.
- 1987.
100. Neka pitanja stečaja pomorskih brodara u jugoslavenskom pravu (u koautorstvu s V. Filipovićem), *Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja*, br. 115-116 (3-4), 1987., str. 158 - 274.

101. Njemačka klasična učenja o biti pravomoćnosti. Prvi dio – Geneza, osnovna obilježja, civilističke teorije i njihova kritika, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 37, br. 5-6, 1987., str. 815 - 843.
102. O dopustivosti revizije u izvanparničnom postupku, *Naša zakonitost*, vol. 41, br. 11-12, 1987., str. 1237 - 1244.
103. O pojmu priznanja stranih sudskih odluka po jugoslavenskom internom pravu, *Privreda i pravo*, vol. 26, br. 11-12, 1987., str. 600 - 611.
104. Osvrt na problem ustaljivanja međunarodne nadležnosti jugoslavenskog suda, *Privreda i pravo*, vol. 26, br. 1-2, 1987., str. 21 - 25.
105. *Pravo na tužbu: prilog učenju o ulozi procesa u ostvarivanju pravnog poretka*, Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Samobor, Zagreb, 1987.
106. *Priznavanje stranih školskih svjedodžbi u SFRJ*, Informator, Zagreb, 1987.
107. Problem saveznog Zakona o izvanparničnom postupku, *Pravna misao*, vol. 18, br. 11-12, 1987., str. 8 - 15.
108. Suvremeno jugoslavensko učenje o pravomoćnosti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 37, br. 2, 1987., str. 165 - 195.
109. *Zakon o izvršnom postupku* (prema stanju na dan 1. V. 1987.), Narodne novine, Zagreb, 1987.

1988.

110. Izmjena pravomoćne odluke suda udruženog rada u povodu odluke Ustavnog suda, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 38, br. 3, 1988., str. 453 - 459.
111. *Izvanparnično procesno pravo* (u koautorstvu sa S. Trivom), ponovljeno izdanje knjige iz 1982., 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1988.
112. Jugoslavenska literatura stečajnog prava, *Privreda i pravo*, vol. 27., br. 1-2, 1988., str. 231 - 238.
113. *La Protection Judiciaire des Droits de l'Homme au Niveau National et International* (u koautorstvu s P. Nikolićem i V. Rakić-Vodinelić), Bologna, 1988.
114. Neki problemi procesne operacionalizacije Zakona o obveznim odnosima, u: *Zakon o obveznim odnosima 1978 - 1988. Knjiga o desetogodišnjici*. 2. tom, izdanje časopisa Pravni život, Zagreb, 1988., str. 427 - 435.
115. Njemačka klasična učenja o biti pravomoćnosti. Drugi dio – Procesualističke koncepcije pravomoćnosti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 38, br. 1, 1988., str. 17 - 36.

116. Njemačka klasična učenja o biti pravomoćnosti. Treći dio – Normativističke koncepcije pravomoćnosti, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 38, br. 3, 1988., str. 405 - 421.
117. *Sanacija i stečaj organizacija udruženog rada*, zbornik radova, M. Dika (ur.), Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1988.
118. *Savjetovanje o stvarnopravnim i obveznopravnim jamstvima u vezi s brodom s aspekta osiguranja*, Pula, studeni 1988. (ostali autori: I. Grabovac *et al.*), Zagreb, 1988.
119. Stečaj broдача (u koautorstvu s V. Filipovićem), *Privreda i pravo*, vol. 27, br. 1-2, 1988., str. 119 - 130.
120. Stečajni postupak, *Privreda i pravo*, vol. 27, br. 1-2, 1988., str. 32 – 45.
121. *Zakon o parničnom postupku od 24. XII. 1976.* (s izmjenama i dopunama) s napomenama i bilješkama, ... te stvarnim kazalom (u koautorstvu sa S. Trivom), 13. izdanje prema stanju na dan 15. III. 1988., Narodne novine, Zagreb, 1988.

1989.

122. *Arbitražno rješavanje međunarodnih trgovačkih sporova* (zajedno s K. Sajkom), Center za mednarodno sodelovanje in razvoj, Ljubljana; Institut za spoljnu trgovinu, Beograd; Ekonomski institut, Zagreb, 1989.
123. Bankruptcy of Ship Operators in Yugoslav Law (u koautorstvu s V. Filipovićem), u: C. C. A. Voskuil *et al.*, *Corporate Bankruptcy and Similar Proceedings*, Apeldoorn, Antwerp, 1989., str. 17 - 27.
124. Građansko parnično pravo u Jugoslaviji i zaštita subjektivnih građanskih prava - procesnopravni aspekt, *Naša zakonitost*, vol. 43, br. 8-9, 1989., str. 993 - 1008.
125. Marginalije uz nacrt pravosudnih amandmana na Ustav SR Hrvatske, *Naša zakonitost*, vol. 43, br. 1, 1989., str. 90 - 95.
126. *Međunarodno savjetovanje Strana ulaganja u jugoslavenski turizam Yugoslav Travel Trade Fair* - Zagrebački velesajam, 9. 6. 1989. (ostali autori: J. Barbić *et al.*), Zagrebački velesajam, Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Zagreb, 1989.
127. Nedopustivost atrakcije nadležnosti u postupku pred vanjskotrgovinskom arbitražom pri Privrednoj komori Jugoslavije, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 39, br. 1, 1989., str. 141 - 143.

128. Neki problemi procesne operacionalizacije Zakona o obveznim odnosima, *Pravni život*, vol. 39, br. 4-5, tematski broj Zakon o obligacionim odnosima, 1989., str. 853 – 864.
 129. Osvrt na četiri koncepcije o pravnoj prirodi pravosudnog akta (Duguit, Kelsen, Krbek, Lukić) i pokušaj određenja pojma u procesualističkom ključu, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1-2, 1989., str. 29 - 59.
 130. Postupak za upis u sudski registar, *Privreda i pravo*, vol. 28, br. 3-4, 1989., str. 176 - 198.
 131. Potreba donošenja saveznog zakona o izvanparničnom postupku i ujednačavanje republičkog i pokrajinskog izvanparničnog zakonodavstva, u: D. Đekić (ur.), *Vanparnični i izvršni sudski postupak. Tom 2*, Savez udruženja pravnika SR Srbije, Beograd, 1989., str. 5 - 14.
 132. Pravo na nezavisnog suca, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 39, br. 5-6, 1989., supplement, str. 855 - 878.
 133. Privremene mjere osiguranja na brodu, *Privreda i pravo*, vol. 28, br. 7-8, 1989., str. 521 - 539.
 134. Strana ulaganja i arbitraža, *Naša zakonitost*, vol. 43, br. 5, 1989., str. 565 - 581.
- 1990.**
135. Civil and Administrative Procedures: Differences and Reasons Therefor: Yugoslav Perspective, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 40, br. 3, 1990., str. 269 - 288.
 136. Izlučna i razlučna prava, u: M. Dika (glavni ur.), *Stečaj poduzeća i banaka*, Narodne novine, Zagreb, 1990., str. 71 - 78.
 137. Izvanparnični postupak u slučaju prodaje društvenog kapitala ispod knjigovodstvene odnosno procijenjene vrijednosti, *Privreda i pravo*, vol. 29, br. 1-2, 1990., str. 47 – 55.
 138. Novo privredno izvršno pravo, *Privreda i pravo*, vol. 29, br. 5-6, 1990., str. 398 - 413.
 139. Novo privredno pravo, u: *Promjene u privredi i pravo*, referati 28. susreta pravnika u privredi, Opatija, 1990.
 140. Osnove stečajnog i nagodbenog prava: izvori, stečajni dužnik, stečajni razlog, načela, u: M. Dika (glavni ur.), *Stečaj poduzeća i banaka*, Narodne novine, Zagreb, 1990., str. 27 - 45.
 141. Potreba donošenja saveznog zakona o izvanparničnom postupku i ujednačavanje republičkog i pokrajinskog izvanparničnog zakonodavstva, *Pravni život*, vol. 40, br. 1, 1990., str. 5 - 14.

142. Pravo na nezavisnog suca, *Odvjetnik*, vol. 63, br. 5-6, 1990., str. 18 – 42.
143. *Stečaj poduzeća i banaka*, M. Dika (glavni ur.), Narodne novine, Zagreb, 1990.
144. Zum Problem des richterlichen Aktivismus in Jugoslawien (u koautorstvu s A. Uzelcem), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 40, br. 4, 1990., str. 391 - 416.

1991.

145. *Arbitraža i poduzetništvo* (ostali autori: S. Triva, K. Sajko *et al.*), Progres, Zagreb, 1991.
146. Arbitražno rješavanje radnih sporova, u: *Arbitraža i poduzetništvo*, Progres, Zagreb, 1991., str. 53 – 58.
147. Arbitražno rješavanje sporova u odnosima s postjugoslavenskim elementom: neki aktualni problemi, *Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno pravo*, vol. 22-23, 1991., str. 1 - 11.
148. *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja* (u koautorstvu s G. Kneževićem i S. Stojanovićem), Nomos, Beograd, 1991.
149. *Novo parnično i izvršno pravo* (u koautorstvu sa S. Trivom, I. Grbinom i I. Crnićem), Pravni fakultet, Propisi i praksa, Zagreb, 1991.
150. *O biti i granicama pravomoćnosti. I. Povijesno-komparativna impostacija instituta*, Pravni fakultet u Zagrebu, Sveučilišna naklada, Zagreb, 1991.
151. Organizacija sudova, status, izbor i odgovornost sudaca u Švicarskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 41, br. 2-3, 1991., str. 151 - 168.
152. Parnični i izvršni postupci s postjugoslavenskim elementom: u povodu zakona o preuzimanju nekih saveznih građanskoprocenih zakona, *Privreda i pravo*, vol. 30, br. 11-12, 1991., str. 683 - 704.
153. Prodaja dužnika u stečaju, *Privreda i pravo*, vol. 30, br. 7-8, 1991., str. 438 - 451.
154. Stalni izabrani sud pri Privrednoj komori Hrvatske, u: *Arbitraža i poduzetništvo*, Progres, Zagreb, 1991., str. 95 - 108.
155. Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog prava*, zbornik radova, 1991., str. 80 - 91.
156. Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, *Privreda i pravo*, vol. 30, br. 1-2, 1991., str. 46 – 54.
157. Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, *Zakonitost*, vol. 45, br. 9-10, 1991., str. 1028 - 1039.

158. The Taking of Provisional Measures in Arbitration According to Yugoslav Law, u: C. C. A. Voskuil, J. A. Wade (ur.), *International Obligations - Choice of Law. Provisional Measures in Arbitration*, The Hague, 1991., str. 163 - 169.
159. Višestranačka trgovačka arbitraža – suparničarstvo i miješanje trećih osoba, u: *Arbitraža i poduzetništvo*, Progres, Zagreb, 1991., str. 109 – 119.
160. *Zakon o izvršnom postupku* (prema stanju na dan 1. V. 1987.) s objašnjenjima, napomenama i bilješkama, priložima i stvarnim kazalom, Zagreb, 1991.
161. *Zakon o izvršnom postupku* (prema stanju na dan 31. 12. 1990.), 4. dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1991.
162. *Zakon o parničnom postupku od 24. XII. 1976.* (s izmjenama i dopunama) s napomenama i bilješkama, ... te stvarnim kazalom (u koautorstvu sa S. Trivom), 14. izdanje prema stanju na dan 25. II. 1991., Zagreb, 1991.
163. Zaštita vjerovnika i sanacija dužnika u stečaju, *Odvjetnik*, vol. 64, br. 3-4, 1991., str. 5 - 20.

1992.

164. *Građanskopravni aspekti državnopravnog osamostaljenja Republike Hrvatske*, radni materijal za seminar, Zagreb, 9. i 10. travnja 1992. godine (ostali autori: V. Birin, N. Vajić *et al.*), Društvo za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske, Zagreb, 1992.
165. Neki problemi izazvani preuzimanjem saveznih građanskoprocenih zakona, *Zakonitost*, vol. 46, br. 4, 1992., str. 598 – 605.
166. Novo kinesko građansko procesno pravo, *Privreda i pravo*, vol. 31, br. 9-10, 1992., str. 638 - 648.
167. O razvitku instituta sudske (sudačke) nezavisnosti u zapadnoevropskom civilizacijskom krugu: pokušaj rekonstrukcije povijesne geneze instituta, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 42, br. 4, 1992., str. 511 - 533.
168. Rješavanje međunarodnih trgovačkih sporova: aktualni problemi, *Privreda i pravo*, vol. 31, br. 5-6, 1992., str. 314 - 322.
169. *Zakon o parničnom postupku od 24. XII. 1976.* (prema stanju na dan 1. VI. 1992.) s napomenama, bilješkama i stvarnim kazalom (u koautorstvu sa S. Trivom), 15. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1992.

1993.

170. Arbitražno rješavanje sporova u odnosima s postjugoslavenskim elementom, *Privreda i pravo*, vol. 32, br. 5-6, 1993., str. 328 - 337.

171. Arbitražno rješavanje sporova u odnosima s postjugoslavenskim elementom: neki aktualni problemi, u: P. Končar (ur.), *Zbornik ljubljansko-zagrebskega kolokvija*, Pravna fakulteta Univerze, Ljubljana, 1993., str. 105 - 116.
172. Izvršenje sudskih presuda kojima je naloženo plaćanje stare devizne štednje, *Zakonitost*, vol. 47, br. 8-12, 1993., str. 604 - 611.
173. Juristische Ausbildung (u koautorstvu s A. Uzelcem), nacionalno izvješće na IXth World Conference on Procedural Law, 25. - 31. 8. 1993., Coimbra & Lisabon (Portugal), 1993.
174. Marginalije uz institut ustavne tužbe (diskusija), u: P. Končar (ur.), *Zbornik ljubljansko-zagrebskega kolokvija*, Pravna fakulteta Univerze, Ljubljana, 1993., str. 38 - 45.
175. Marginalije uz Nacrt zakona o javnom bilježništvu, *Odvjetnik*, vol. 66, br. 3-4, 1993., str. 30 - 35.
176. *Međunarodna trgovačka arbitraža u Hrvatskoj i Sloveniji: prvo hrvatsko arbitražno savjetovanje*, Zagreb, 9. i 10. prosinca 1993., zbornik radova, M. Dika et al. (ur.), Hrvatska gospodarska komora, Zagreb, 1993.
177. Nadležnost arbitražnog suda (Dragica Wedam-Lukić), sa slovenskog preveo M. Dika, *Privreda i pravo*, vol. 33, br. 3-4, 1993., str. 187 - 199.
178. *Priručnik za ravnatelje odgojno-obrazovnih ustanova* (ostali autori: A. Bežen et al.), B. Drandić (glavni ur.), Znamen, Zagreb, 1993.
179. Privremeni zastupnik pravne osobe, *Privreda i pravo*, vol. 32, br. 1-2, 1993., str. 56 - 62.
180. Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka po hrvatskom i slovenskom pravu, u: M. Dika (ur.), *Međunarodna trgovačka arbitraža u Hrvatskoj i Sloveniji: prvo hrvatsko arbitražno savjetovanje*, Zagreb, 9. i 10. prosinca 1993., zbornik radova, Hrvatska gospodarska komora, Zagreb, 1993., str. 116 - 134.
181. Razgovor s dr. Mihajlom Dikom, profesorom Pravnog fakulteta u Zagrebu (razgovor vodio Ž. Pajalić), *Iudex*, vol. 1, br. 3, 1993., str. 139 - 144.
182. Rješavanje individualnih radnih sporova u Francuskoj: Vijeća (sudovi) časnih ljudi, *Privreda i pravo*, vol. 32, br. 9-10, 1993., str. 650 - 663.
183. Talijanski postupak u radnim sporovima, *Privreda i pravo*, vol. 32, br. 7-8, 1993., str. 512 - 535.
184. Uloga javnog bilježništva u formiranju i evoluciji uniformnog prava (Vittorio di Cagno), s francuskoga preveo M. Dika, *Odvjetnik*, vol. 66, br. 5-6, 1993., str. 11 - 18.
185. Ustanove u prijelaznom režimu, u: *Zakon o ustanovama*, zbornik radova sa savjetovanja, Zagreb, 21. i 22. listopada 1993., str. 57 - 67.

186. Ustanove u prijelaznom režimu, *Zakonitost*, vol. 47, br. 4-7, 1993., str. 335 - 345.
187. Zakon o ustanovama, *Računovodstvo i financije*, vol. 39, br. 11, 1993., str. 96 - 98.
- 1994.**
188. Arbitražno rješavanje radnih sporova, *Stručne informacije za poduzeća i druge pravne osobe*, vol. 43, br. 4, 1994., str. 268 - 270 (14 - 16).
189. Izlučna i razlučna prava, u: P. Simoneti (ur.), *Zaštita vjerovnika*, zbornik radova u povodu savjetovanja Zaštita vjerovnika, Opatija, 28. i 29. III. 1994., 1994., str. 39 - 44.
190. Javnobilježnički akti, *Stručne informacije za poduzeća i druge pravne osobe*, vol. 43, br. 2, 1994., str. 109 - 111 (21 - 23).
191. Javnobilježnički poslovi, u: *Zakon o javnom bilježništvu* (u koautorstvu s I. Crnićem), Organizator, Zagreb, 1994., str. 89 - 120.
192. Organizacijska samostalnost i funkcionalna nezavisnost sudbene vlasti u Republici Hrvatskoj: pokušaj analize normativnopravnog uređenja instituta nakon donošenja Ustava Republike Hrvatske, *Privreda i pravo*, vol. 33, br. 1-2, 1994., str. 19 - 46.
193. Osvrt na povijesni razvoj evropskoga latinskoga javnog bilježništva, u: *Zakon o javnom bilježništvu* (u koautorstvu s I. Crnićem), Organizator, Zagreb, 1994., str. 27 - 40.
194. Pobijanje arbitražne odluke (Lojze Ude), sa slovenskog preveo M. Dika, *Privreda i pravo*, vol. 33, br. 3-4, 1994., str. 245 - 259.
195. Pravna zaštita trgovačkog društva kao vjerovnika u pravnom prometu i izvan njega, u: *Trgovačka društva u novom pravnom sustavu Republike Hrvatske*, zbornik radova, Foka, Stubičke Toplice, 1994., str. 123 - 147.
196. Privremene mjere, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 1, 1994., str. 191 - 214.
197. Privremene mjere, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 33, br. 11-12, 1994., str. 971 - 994.
198. Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka po hrvatskom i slovenskom pravu, *Privreda i pravo*, vol. 33, br. 3-4, 1994., str. 260 - 278.
199. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards According to Croatian and Slovenian Law, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 1, 1994., str. 91 - 108.
200. Republika Hrvatska i jedinice lokalne samouprave i uprave kao stranke u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 34, br. 1-2, 1994., str. 40 - 58.

201. Stvarna nadležnost trgovačkih sudova u parničnom i izvršnom postupku, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 33, br. 7-8, 1994., str. 542 - 553.
 202. Sudsko izvršenje na nekretnini na temelju izvršne isprave radi naplate novčanog potraživanja, u: P. Simoneti (ur.), *Zaštita vjerovnika*, zbornik radova u povodu savjetovanja Zaštita vjerovnika, Opatija, 28. i 29. III. 1994., 1994., str. 26 - 38.
 203. Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, u: P. Simoneti (ur.), *Zaštita vjerovnika*, zbornik radova u povodu savjetovanja Zaštita vjerovnika, Opatija, 28. i 29. III. 1994., 1994., str. 17 - 25.
 204. *Zakon o javnom bilježništvu* (u koautorstvu s I. Crnićem), Organizator, Zagreb, 1994.
- 1995.
205. Javno bilježništvo i zaštita vjerovnika, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 34, br. 7-8, 1995., str. 544 - 560.
 206. Osvrt na rješavanje sporova u svezi s koncesijama na pomorskom dobru, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 34, br. 5-6, 1995., str. 372 - 382.
 207. *Osvrt na rješavanje sporova u svezi s koncesijama na pomorskom dobru*, Pomorsko dobro i koncesije: referati i izlaganja na Okruglom stolu, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 24. svibnja 1995., str. 31 - 42.
 208. The Republic of Croatia and Units of Local Self-government and Administration as Parties to International Commercial and Investment Arbitration, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 2, 1995., str. 95 - 108.
 209. Transnational Litigation and the Evolution of the Law of Evidence (u koautorstvu s A. Uzelcem), nacionalno izvješće na V. World Congress on Procedural Law, 17. do 23. rujna 1995., Taormina (Sicilija), 1995.
 210. *Trgovačka društva u Republici Hrvatskoj: pravno, financijski, radno pravo, plaće* (ostali autori: J. Chour, Z. Parać et al.), Lina, Zagreb, 1995.
 211. Trgovački statusni izvanparnični postupci, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 2, 1995., str. 73 - 103.
 212. *Zakon o parničnom postupku* s napomenama, pratećim propisima i stvarnim kazalom (u koautorstvu sa S. Trivom), 16. dopunjeno i izmijenjeno izdanje prema stanju na dan 27. XII. 1994., Tiskara Varaždin, Varaždin; Otvoreno sveučilište, Zagreb, 1995.
 213. *Zaštita banaka kao vjerovnika*, seminar (zajedno s N. Gavellom), Hrvatska gospodarska komora, Udruženje banaka i ostalih financijskih institucija, Zagreb, 1995.

214. Zaštita vjerovnika, u: *Zaštita banaka kao vjerovnika*, seminar, Hrvatska gospodarska komora, Udruženje banaka i ostalih financijskih institucija, Zagreb, 1995., str. 1 - 24.

1996.

215. Arbitration in Labor Disputes Under Croatian Law (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom), *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 3, 1996., str. 91 - 106.
216. Arbitražno rješavanje radnih sporova (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom), *Pravo u gospodarstvu*, vol. 35, br. 3-4, 1996., str. 282 - 303.
217. Dramaturgija promjena: stečaj, *Tvrtka*, vol. 1, br. 5, 1996., str. 60 - 64.
218. Novo hrvatsko stečajno pravo: stečajni razlozi, *Računovodstvo i financije*, vol. 42, br. 6, 1996., str. 114 - 117.
219. *Novo ovršno i stečajno pravo*, ur. M. Dika, Organizator, Zagreb, 1996.
220. Novo ovršno pravo: neki temeljni instituti, u: M. Dika (ur.), *Novo ovršno i stečajno pravo*, Organizator, Zagreb, 1996., str. 1 - 35.
221. Pomorsko dobro i prisilno ostvarivanje potraživanja vjerovnika, u: V. Hlača (ur.), *Pomorsko dobro: društveni aspekti upotrebe i korištenja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1996., str. 45 - 52.
222. Pravni lijekovi u ovršnom postupku i postupku osiguranja, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 3, 1996., str. 181 - 205.
223. Pravni lijekovi u ovršnom postupku i postupku osiguranja, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 35, br. 11-12, 1996., str. 1115 - 1135.
224. Razlozi za reformu hrvatskog insolventijskog prava i neke temeljne novine toga prava, u: M. Dika (ur.), *Novo ovršno i stečajno pravo*, Organizator, Zagreb, 1996., str. 203 - 227.
225. Stečajni razlozi, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 35, br. 7-8, 1996., str. 705 - 721.
226. Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, u: M. Dika (ur.), *Novo ovršno i stečajno pravo*, Organizator, Zagreb, 1996., str. 75 - 98.
227. Trgovački statusni izvanparnični postupci, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 35, br. 1-2, 1996., str. 73 - 103.

1997.

228. Arbitration in Bankruptcy? New Window of Opportunities in Croatian Law, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 4, 1997., str. 27 - 38.
229. *Građansko-procesnopravna zaštita okoliša*, zbornik radova u povodu skupa Pravo i okoliš: zaštita čovjekova okoliša – pravno uređenje i ostvarivanje, Hrvatski pravni centar, Zagreb, 1997.

230. Javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, *Pravo i porezi*, vol. 6, br. 12, 1997., str. 1207 - 1210 (9 - 12).
231. Pomorsko dobro i prisilno ostvarivanje vjerovnikove tražbine, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 36, br. 3, 1997., str. 349 - 356.
232. *Rječnik trgovačkog prava* (suradnici: P. Klarić, Ž. Potočnjak, K. Sajko et al.), V. Gorenc (ur.), Masmedia, Zagreb, 1997.
233. Subjekti, sredstva i predmet ovrhe i osiguranja, *Pravo i porezi*, vol. 6, br. 3, 1997., str. 15 - 21 (259 - 265).
234. Sudsko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, *Pravo i porezi*, vol. 6, br. 11, 1997., str. 1103 - 1109 (29 - 35).

1998.

235. *Aktualnosti hrvatskoga gospodarstva i pravne prakse* (ostali autori: J. Barbić, T. Tumbri et al.), Inženjerski biro, Zagreb, 1998.
236. Arbitrability and Exclusive Jurisdiction of Courts of Law, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 6, 1998., str. 27 - 43.
237. Arbitral Settlement of Disputes According to the 1852 Provisional Civil Procedure Code: A Contribution to the History of Croatian Arbitration Law, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 5, 1998., str. 187 - 205.
238. Arbitralnost i isključiva nadležnost sudova, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 38, br. 1, 1998., str. 25 - 42.
239. Arbitražno rješavanje bankarskih sporova prema Privremenom građanskom postupniku iz 1852., *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37, br. 1, 1998., str. 108 - 129.
240. Arbitražno rješavanje gospodarskih sporova - prednosti i perspektive arbitražnog sudovanja, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, 1998., str. 191 - 202.
241. Arbitražno rješavanje stečajnih sporova u hrvatskom pravu, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 36, br. 1, 1998., str. 50 - 62.
242. Das kroatische Insolvenzrecht, *Recht in Ost und West*, vol. 42, br. 9, 1998., str. 339 - 356.
243. Dvije godine primjene Ovršnog zakona s naglaskom na dobrovoljno sudsko i javnobilježničko založno pravo i fiducijarno osiguranje tražbina vjerovnika, u: K. Barbarić (ur.), *Ovrha u gospodarskoj i sudskoj praksi: najaktualnija pitanja*, Inženjerski biro, Zagreb, 1998., str. 7 - 68.
244. Gospodarski subjekti u ovršnom postupku, *Hrvatska gospodarska revija*, vol. 47, br. 11, 1998., str. 1317 - 1325 (47 - 55).

245. Gospodarski subjekti u ovršnom postupku: neki aktualni problemi, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, 1998., str. 87 - 103.
 246. *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998.
 247. O nekim problemima u svezi s ovrhom na novčanim tražbinama i fiducijarnim osiguranjem tražbina, *Pravo i porezi*, vol. 7, br. 10, 1998., str. 1047 - 1051 (3 - 7).
 248. O nekim problemima u vezi s primjenom Ovršnog zakona, *Hrvatska gospodarska revija*, vol. 47, br. 9, 1998., str. 61 - 70 (1091 - 1100).
 249. O nekim problemima u vezi s primjenom Ovršnog zakona, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37, br. 4, 1998., str. 539 - 561.
 250. Osiguranje prethodnom ovrhom, *Pravo i porezi*, vol. 7, br. 4, 1998., str. 367 - 370 (3 - 6).
 251. Osiguranje prisilnim zasnivanjem založnog prava na nekretnini, *Pravo i porezi*, vol. 7, br. 5, 1998., str. 501 - 502 (9 - 10).
 252. Ovrha na nekretnini, u: K. Barbarić (ur.), *Nekretnine u pravnom prometu: pravni i porezni aspekti*, Inženjerski biro, Zagreb, 1998., str. 123 - 169.
 253. Prava zaposlenika u slučaju preustroja stečajnog dužnika (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom), *Pravo i porezi*, vol. 7, br. 7, 1998., str. 723 - 727 (3 - 7).
 254. Prava zaposlenika u slučaju stečaja poslodavca (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom), *Pravo i porezi*, vol. 7, br. 6, 1998., str. 623 - 633 (3 - 13).
 255. Prava zaposlenika u slučaju stečaja poslodavca (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom), *Pravo u gospodarstvu*, vol. 37, br. 4, 1998., str. 562 - 596.
 256. *Pravne posljedice raspada SFRJ u području imovinskog i stambenog prava* (ostali autori: C. A. Helton et al.), Zbornik radova s Međunarodne konferencije u Zagrebu, 27. i 28. 2. 1998., Hrvatski pravni centar, Zagreb, 1998.
 257. Vrste privremenih mjera prema Ovršnom zakonu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, supplement, 1998., str. 745 - 786.
- 1999.**
258. Dobrovoljno ovršnopravno osiguranje novčanih tražbina - zadužnice i sporazumi, u: *Novosti i otvorena pitanja pravne i gospodarske prakse*, zbornik radova, Consult biro, Zagreb, 1999., str. 30 - 42.
 259. Izlučni prigovor u ovršnu postupku i izlučna tužba, *Vladavina prava*, vol. 3, br. 3-4, 1999., str. 157 - 170.
 260. Novela ovršnog prava i zaštita vjerovnika, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 38, br. 4, 1999., str. 509 - 539.

261. Novela ovršnog prava i zaštita vjerovnika, *Zbornik 37. susreta pravника u gospodarstvu. Opatija, 1999.*, 1999., str. 48 – 77.
262. Obična i bjanko zadužnica kao sredstva osiguranja i ostvarenja tražbina vjerovnika, *Računovodstvo, revizija i financije, vol. 9*, br. 10, 1999., str. 58 - 62.
263. Oduzimanje imovinske koristi u ovršnom postupku, *Policija i sigurnost, vol. 8*, br. 3-4, 1999., str. 281 - 286.
264. Osnovne značajke i opći pregled prve novele hrvatskoga ovršnog prava, u: M. Dika (ur.), *Reforma ovršnoga i stečajnog prava*, Organizator, Zagreb, 1999., str. 141 – 157.
265. *Ostvarivanje vjerovničkih prava i aktualnosti u poslovanju trgovačkih društava* (ostali autori: V. Buljan et al.), TEB, Zagreb, 1999.
266. Ovrha na nekretnini, *Hrvatska gospodarska revija, vol. 48*, 1999., str. 301 - 307 (57 - 61).
267. Ovrha na novčanim tražbinama ovršenika prema banci, u: J. Barbić et al., *Bankarski sustav i financijsko poslovanje u Republici Hrvatskoj: novosti i otvorena pitanja u praksi*, Consult biro, Zagreb, 1999., str. 212 - 241.
268. Privremene mjere prema Ovršnom zakonu - opće značajke, *Pravo i porezi, vol. 8*, br. 3, 1999., str. 8 - 12.
269. Privremene mjere radi osiguranja nenovčanih tražbina, *Pravo i porezi, vol. 8*, br. 9, 1999., str. 10 - 18.
270. Privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine, *Pravo i porezi, vol. 8*, br. 4, 1999., str. 3 - 8.
271. Protuovrha, *Vladavina prava, vol. 3*, br. 5, 1999., str. 105 - 126.
272. Prva novela Ovršnog zakona, *Pravo i porezi, vol. 8*, br. 5, 1999., str. 7 - 18.
273. Prva novela Stečajnog zakona, *Pravo i porezi, vol. 8*, br. 5, 1999., str. 19 - 25.
274. *Reforma ovršnoga i stečajnog prava* (ostali autori: J. Barbić et al.), M. Dika (ur.), Organizator, Zagreb, 1999.
275. Rješenje o denacionalizaciji poslovnog prostora kao ovršna isprava, *Informator*, br. 4708, 1999.
276. Zaduznica i bjanko zaduznica, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse: građansko, trgovačko, radno i procesno pravo u praksi*, br. 6, 1999., str. 345 - 363.
277. Zaduznica i bjanko zaduznica, *Pravo u gospodarstvu, vol. 38*, br. 6, 1999., str. 345 - 363.
278. *Zaklade: djelatnosti i osnivanje* (u koautorstvu s G. Bežovanom i M. Ivanovićem), Centar za razvoj neprofitnih organizacija, Zagreb, 1999.

279. Žalba protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave, u: M. Dika (ur.), *Reforma ovršnoga i stečajnog prava*, Organizator, Zagreb, 1999., str. 41 - 91.

2000.

280. Hrvatsko ovršno pravo - *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 37, br. 1-2, 2000., str. 181 - 200.

281. International Commercial Arbitration in Croatia (u koautorstvu s K. Sajkom), *Review of Arbitration in Central and Eastern Europe*, br. 1, 2000., str. 37 - 71.

282. *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine* (u koautorstvu s J. Čizmićem), Sarajevo, 2000.

283. Naplata tražbina u stečaju, u: *Zaštita vjerovnika i stečajni postupak: problemi solventnosti i likvidnosti, naplata tražbina u stečaju, ugovorni odnosi, naplata kamata, blokade*, TEB, Zagreb, 2000., str. 148 - 178.

284. Neki posebni insolventni postupci, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 133 - 138.

285. Osnovna obilježja hrvatskoga stečajnoga prava, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 3 - 13.

286. Ovrha na pokretninama radi naplate novčane tražbine, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 21, br. 1, 2000., str. 1 - 41.

287. Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 7, 2000., str. 217 - 264.

288. Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 39, br. 6, 2000., str. 217 - 264.

289. Pravna priroda zapisnika Komisije za vrijednosne papire o postupku preuzimanja, *Vladavina prava*, vol. 4, br. 3-4, 2000., str. 71 - 76.

290. Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 75 - 88.

291. Preustroj, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 109 - 116.

292. *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, M. Dika (ur.), Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000.

293. Privremene mjere radi osiguranja pravnih odnosa i pravnoga reda, *Pravo i porezi*, vol. 9, br. 9, 2000., str. 14 - 17.

294. Stečajni postupak, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 57 - 67.
295. Stečajni razlozi i stečajni dužnik, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 15 - 25.
296. Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom stvari, *Javni bilježnik*, vol. 4, br. 9, 2000., str. 26 - 38.
297. Upravljanje stečajnom masom i njezino unovčenje, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 89 - 92.
298. Vjerovnici stečajnog dužnika, u: M. Dika (ur.), *Priručnik za polaganje ispita za stečajnog upravitelja*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2000., str. 45 - 55.
299. Zadužnica i bjanko zadužnica, *Javni bilježnik*, vol. 4, br. 9, 2000., str. 15 - 25.
300. Zadužnica i bjanko zadužnica, *Pravo i porezi*, vol. 9, br. 1, 2000., str. 4 - 11.
301. Zadužnica i bjanko zadužnica, *Slobodno poduzetništvo*, vol. 7, br. 3, 2000., str. 148 - 155.
302. *Zakon o parničnom postupku*, redakcijski pročišćeni tekst s komentarskim bilješkama, prateći propisi, stvarno kazalo (u koautorstvu sa S. Trivom), 17. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 6. III. 2000., Informator, Zagreb, 2000.
303. *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama: ideje, norme, implementacija, evalvacija* (ostali autori: M. Goreta *et al.*), Psihijatrijska bolnica Vrapče, Medicinska naklada, Zagreb, 2000.
- 2001.**
304. Bitne značajke druge novele Stečajnog zakona, u: M. Kuzmić i H. Momčinović (ur.), *Stečaj i ovrha - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2001., str. 3 - 39.
305. Bitne značajke druge novele Stečajnoga zakona, *Hrvatska pravna revija*, vol. 1, br. 4, 2001., str. 46 - 68.
306. Iskustvo u uvođenju notara u Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 38, br. 1 (61), 2001., str. 89 - 95.
307. Ispunjenje pravnih poslova nakon otvaranja stečajnog postupka, *Pravo i porezi*, vol. 10, br. 9, 2001., str. 3 - 12.

308. Ispunjenje pravnih poslova nakon otvaranja stečajnog postupka: opća pravila, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 40, br. 4, 2001., str. 87 - 110.
309. Izmjene i dopune Stečajnog zakona, *Slobodno poduzetništvo*, vol. 8, br. 6, 2001., str. 110 - 124.
310. Izuzeće od ovrhe i ograničenje ovrhe na pokretninama radi naplate novčane tražbine, *Pravo i porezi*, vol. 10, br. 1, 2001., str. 8 - 13.
311. Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj (I), *Pravo i porezi*, vol. 10, br. 12, 2001., str. 3 - 9.
312. Materijalnopravne posljedice otvaranja stečajnog postupka - opća pravila obveznog prava o prijebu tražbina u osnovi primjenjiva i u stečaju, *Pravo i porezi*, vol. 10, br. 5, 2001., str. 3 - 6.
313. *Novosti u stečajnom pravu* s pročišćenim tekstom Stečajnog zakona (ostali autori: J. Barbić *et al.*, M. Dika (ur.), Organizator, Zagreb, 2001.
314. Odgoda ovrhe, *Hrvatska pravna revija*, vol. 1, br. 1, 2001., str. 143 - 155.
315. Osnovne procesnopravne i materijalnopravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 22, br. 1, 2001., str. 1 - 48.
316. Osnovne procesnopravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, *Pravo i porezi*, vol. 10, br. 6, 2001., str. 3 - 8.
317. Ovrha na dionici za koju nije izdana isprava o dionici te na udjelu odnosno poslovnom udjelu, I. dio, *Informator*, br. 4924, 16. V. 2001.
318. Ovrha na dionici za koju nije izdana isprava o dionici te na udjelu odnosno poslovnom udjelu, II. dio, *Informator*, br. 4925, 19. V. 2001.
319. Ovrha na dionici za koju nije izdana isprava o dionici te na udjelu odnosno poslovnom udjelu, u: M. Kuzmić i H. Momčinović (ur.), *Stečaj i ovrha - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro, Zagreb, 2001., str. 157 - 183.
320. *Računovodstvo trgovačkih društava u stečaju i likvidaciji: pravni, računovodstveni i porezni aspekt*, (uz ostale autore), TEB, Zagreb, 2001.
321. Sumarni eliminacijski stečaj insolventnih dužnika malog temeljnog kapitala, *Pravo i porezi*, vol. 10, br. 3, 2001., str. 3 - 7.
322. *Zakon o parničnom postupku*, redakcijski pročišćeni tekst s komentarskim bilješkama, prateći propisi, stvarno kazalo (u koautorstvu sa S. Trivom), 18. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 11. III. 2001., Informator, Zagreb, 2001.
323. *Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama: komentar s priložima* (u koautorstvu s K. Turković, M. Goretom i Z. Đurđević), Pravni fakultet, Psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2001.

324. *Zbornik radova: Prvi zagrebačko-skopski pravni kolokvij, Zagreb, 19. i 20. listopada 2000.*, ur. M. Dika, Pravni fakultet, Zagreb, 2001.

2002.

325. Arbitražno rješavanje radnih sporova (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom), *Pravo i porezi*, vol. 11, br. 9, 2002., str. 11 - 22.

326. Generičko određenje pokretne stvari kao predmet založnog i fiducijarnog vlasništva, *Hrvatska pravna revija*, vol. 2, br. 4, 2002., str. 117 - 123.

327. Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj (II.), *Pravo i porezi*, vol. 11, br. 1, 2002., str. 3 - 10.

328. Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj (III.), *Pravo i porezi*, vol. 11, br. 2, 2002., str. 3 - 7.

329. *Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka*, Narodne novine, Zagreb, 2002.

330. *Priznavanje stranih školskih svjedodžbi i diploma u Republici Hrvatskoj* (u koautorstvu s D. Bošnjakom i D. Rajčićem), Narodne novine, Zagreb, 2002.

331. Sudski penali, *Pravo i porezi*, vol. 11, br. 7, 2002., str. 3 - 14.

332. Sudski penali, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 23, br. 1, 2002., str. 1 - 31.

333. *Zakon o parničnom postupku i Zakon o arbitraži*, redakcijski pročišćeni tekst ZPP-a i tekst ZA s komentarskim bilješkama, prateći propisi, stvarno kazalo (u koautorstvu sa S. Trivom), 19. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 26. VII. 2002., Narodne novine, Zagreb, 2002.

334. Založnog i fiducijarno osigurane pokretnosti određene po rodu, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 41, br. 3, 2002., str. 28 - 42.

335. Zlouporebe u građanskom postupku (ostali uvodničari: I. Grbin i M. Hanžeković), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 1, 2002., str. 182 - 189, 189 - 194, 194 - 196, 197 - 199, 201 - 202, 204, 206, 208, 209.

2003.

336. Izvanparnični postupci u obiteljskim odnosima, u: D. Hrabar (ur.), *Obiteljski zakon: novine, dvojbe i perspektive*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 134 - 171.

337. *Komentar Zakona o udrugama s obrascima* (u koautorstvu sa S. Ljubišićem, D. Medvedovićem i I. Šprajcem), B.a.B.e., Zagreb; International Center for Not-for-Profit Law, Budimpešta, 2003.

338. Nadležnost sudova u parničnom postupku, u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 30 - 73.
339. Novela Ovršnog zakona (ostali uvodničari: J. Matko Ruždjak i M. Kovač), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 2, 2003., str. 5 - 11, 11 - 17, 18 - 25, 33, 34.
340. Novela Ovršnog zakona iz 2003. - pregled izmjena i dopuna općih instituta uređenih Ovršnim zakonom, u: M. Dika et al., *Novine u stečajnom i ovršnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 179 - 204.
341. Novela Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003. - opći pregled, *Hrvatska pravna revija*, vol. 3, br. 11, 2003., str. 108 - 125.
342. Novela Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003. - opći pregled, u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 12 - 46.
343. Novela Stečajnog zakona od 18. srpnja 2003.: opći pregled, u: M. Dika (ur.), *Treća novela Stečajnog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 1 - 38.
344. *Novine u stečajnom i ovršnom postupku* (ostali autori: I. Crnić et al.), Inženjerski biro, Zagreb, 2003.
345. *Novo nasljednopravno uređenje* (ostali autori: J. Crnić, T. Josipović et al.), M. Dika (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2003.
346. Novo uređenje stečajnog postupka, *Pravo i porezi*, vol. 12, br. 11, 2003., str. 3 - 13, 118.
347. *Novote u parničnom postupku* (ostali autori: I. Crnić et al.), Organizator, Zagreb, 2003.
348. *Obiteljski zakon: novine, dvojbe i perspektive* (ostali autori: M. Alinčić et al.), D. Hrabar (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 134 - 171.
349. *Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača* (ostali autori: M. Baretić, T. Josipović et al.), M. Dika i Z. Pogarčić (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2003.
350. Ostavinski postupak, u: M. Dika (ur.), *Novo nasljednopravno uređenje*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 169 - 237.
351. Ovrha i osiguranje u obiteljskim stvarima, u: D. Hrabar (ur.), *Obiteljski zakon: novine, dvojbe i perspektive*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 173 - 214.
352. Ovrha radi ispražnjenja i predaje nekretnine, *Pravo i porezi*, vol. 12, br. 3, 2003., str. 3 - 7.

353. Pobijanje pravnih radnji u povodu stečaja, u: M. Dika (ur.), *Treća novela Stečajnog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 141 - 209.
354. Postavljanje privremene uprave trgovačkom društvu kao privremena mjera osiguranja (II.), *Pravo i porezi*, vol. 12, br. 8, 2003., str. 3 - 8.
355. Postavljanje privremene uprave trgovačkom društvu kao privremena mjera osiguranja, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 42, br. 4, 2003., str. 139 - 162.
356. Postavljanje privremene uprave u trgovačkom društvu kao privremena mjera osiguranja (I.), *Pravo i porezi*, vol. 12, br. 7, 2003., str. 3 - 8.
357. Pravosudna legitimacija udruga za zaštitu potrošača, u: M. Dika, Z. Pogarčić (ur.), *Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 126 - 142.
358. Prekid, zastoj, obustava i mirovanje postupka, u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 158 - 169.
359. Prijelazni režim prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003., u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 261 - 271.
360. Sredstva ovrhe, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 23, br. 3, 2003., str. 197 - 222.
361. Sudski penali, u: *Ovrha i stečaj - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse 2003.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 3 - 33.
362. *Treća novela Stečajnog zakona* (ostali autori: J. Garašić *et al.*), M. Dika (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2003.
363. Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača, *Hrvatska pravna revija*, vol. 38, br. 10, 2003., str. 37 - 43.
364. Utvrđivanje činjeničnog stanja u reformiranom parničnom postupku, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 42, br. 6, 2003., str. 63 - 85.
365. Utvrđivanje činjeničnog stanja u reformiranom parničnom postupku, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse: građansko, trgovačko, radno i procesno pravo u praksi*, br. 10, 2003., str. 63 - 85.
366. Vrijednost predmeta spora, u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003., str. 74 - 82.
367. Žalba protiv presude prema Noveli ZPP-a iz 2003., *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, br. 1, 2003., str. 1 - 39.

2004.

368. Arbitražno rješavanje radnih sporova (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom), u: M. Dika (ur.), *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa. Rješavanje radnih sporova*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 237 - 269.

369. Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnog suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 25, br. 1, 2004., str. 1 - 16.
370. Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnoga suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 43, br. 5, 2004., str. 3 - 19.
371. Izvanparnični postupci u obiteljskim odnosima (I.), *Pravo i porezi*, vol. 13, br. 7, 2004., str. 7 - 11.
372. Izvanparnični postupci u obiteljskim odnosima (II.), *Pravo i porezi*, vol. 13, br. 8, 2004., str. 4 - 10.
373. Izvanparnični postupci u obiteljskim stvarima (III.), *Pravo i porezi*, vol. 13, br. 10, 2004., str. 16 - 20.
374. Javnobilježnička ovrha na temelju ovršne isprave, u: M. Dika (ur.), *Novo ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 183 - 193.
375. Javnobilježnička ovrha na temelju ovršne isprave, u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Ovrha i stečaj - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse 2004.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 153 - 163.
376. Javnobilježnička ovrha prema Noveli Ovršnog zakona iz 2003., *Pravo i porezi*, vol. 13, br. 4, 2004., str. 3 - 8.
377. Marginalije uz problem reforme pravosuđa, u: J. Kregar, V. Puljiz, S. Ravlić (ur.), *Hrvatska - kako dalje: zadanosti i mogućnosti*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Zagreb, 2004., str. 119 - 133.
378. *Nekretnine kao objekti imovinskih prava: izvlaštenje, denacionalizacija, hipoteka, koncesije, sukcesija, stečena prava na pomorskom dobru* (ostali autori: S. Bagić et al.), M. Dika (ur.), Zagreb, 2004.
379. Novela Ovršnog zakona i pravna sigurnost, *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 3, 2004., str. 4 - 16, 18 - 19, 20, 21, 22 - 24, 24 - 25, 26.
380. *Novo ovršno pravo* (ostali autori: I. Crnić et al.), M. Dika (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2004.
381. Opći pregled novele Ovršnog zakona iz 2003. i ocjena njene ustavnosti, u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Ovrha i stečaj - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse 2004.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 3 - 28.
382. Opći pregled Stečajnog zakona iz 2003., u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Ovrha i stečaj - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse 2004.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 164 - 198.

383. Ovrha i osiguranje u obiteljskim stvarima (I.), *Pravo i porezi*, vol. 13, br. 5, 2004., str. 3 - 12.
384. Ovrha i osiguranje u obiteljskim stvarima (II.), *Pravo i porezi*, vol. 13, br. 6, 2004., str. 3 - 10.
385. *Ovršni zakon*, redakcijski prošireni tekst sa stvarnim kazalom, Narodne novine, Zagreb, 2004.
386. Pravni lijekovi stranaka u ovršnom postupku pokrenutom na temelju ovršne isprave, u: M. Dika (ur.), *Novo ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 29 - 73.
387. Pravni lijekovi stranaka u ovršnom postupku pokrenutom na temelju ovršne isprave, u: M. Kuzmić, J. Hercigonja (ur.), *Ovrha i stečaj - aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse 2004.*, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 29 - 74.
388. Sudsko rješavanje radnih sporova, u: M. Dika (ur.), *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa. Rješavanje radnih sporova*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 129 - 152.
389. *Zakon o parničnom postupku i Zakon o arbitraži*, redakcijski pročišćeni tekst ZPP-a i tekst ZA s komentarskim bilješkama, prateći propisi, stvarno kazalo (u koautorstvu sa S. Trivom), 20. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 27. II. 2004., Narodne novine, Zagreb, 2004.
390. *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa. Rješavanje radnih sporova* (ostali autori: M. Ruždjak *et al.*), M. Dika (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2004.

2005.

391. Disponability of the Subject Matter of the Dispute as a Requirement for Arbitrability in Croatian Law: Selected Issues, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 12, 2005., str.11 - 24.
392. Disponibilnost predmeta spora kao pretpostavka arbitrabilnosti u hrvatskom pravu - neki problemi, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 44, br. 2, 2005., str. 113 - 126.
393. Djelomična i dopunska presuda, *Pravo i porezi*, vol. 14, br. 6, 2005., str. 3 - 9.
394. Dokazivanje saslušanjem stranaka u parničnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 55, br. 3-4, 2005., str. 1075 - 1100.
395. *Građansko parnično procesno pravo* (u koautorstvu sa S. Trivom), 7. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004. (!)
396. In memoriam: Akademik Siniša Triva (Šibenik 1919. - Zagreb 2004.), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 55, br. 1, 2005., str. 201 - 203.

397. In memoriam: Prof. dr. sc. Siniša Triva (Šibenik, 1919 - Zagreb, 2004), *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 12, 2005., str. 267 - 269.
398. Javnobilježnička, sporazumna i pretinačka dostava u parničnom postupku, *Pravo i porezi*, vol. 14, br. 5, 2005., str. 16 - 21.
399. Konačno snošenje troškova parničnog postupka: pokušaj sustavne prezentacije i redefiniranja instituta, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 44, br. 4, 2005., str. 54 - 90.
400. Konačno snošenje troškova parničnog postupka: pokušaj sustavne prezentacije i redefiniranja instituta, *Zbornik 43. susreta pravnika. Opatija, svibanj 2005.*, 2005.
401. Novela Ovršnog zakona iz 2005. - opći pregled, u: M. Dika (ur.), *Novela Ovršnog zakona iz 2005.*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 1 - 78.
402. *Novela Ovršnog zakona iz 2005.* (ostali autori: D. Burcar *et al.*), M. Dika (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2005.
403. Odmjeravanje naknade štete prema slobodnoj ocjeni, u: P. Klarić (ur.), *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima: neimovinska šteta fizičke osobe, pravne osobe i zbog povrede ugovora, odmjeravanje naknade štete prema slobodnoj ocjeni, odgovornost članova uprave društva kapitala*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 121 - 140.
404. Određivanje mjesne nadležnosti od strane višeg suda u pojedinim parničnim predmetima, *Pravo i porezi*, vol. 14, br. 7, 2005., str. 7 - 12.
405. Osiguranje dokaza u parničnom postupku, *Računovodstvo i financije*, vol. 51, dodatak uz br. 6, 2005., str. 11 - 18.
406. Ovrha na temelju vjerodostojne isprave, *Javni bilježnik*, vol. 9, br. 21, 2005., str. 5 - 22.
407. *Ovršni zakon*, redakcijski pročišćeni tekst zakona, interpretativne i komentarske bilješke, prilozi, stvarno kazalo, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 3. X. 2005., Narodne novine, Zagreb, 2005.
408. Prethodno pitanje u parničnom postupku, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 44, br. 3, 2005., str. 3 - 51.
409. Prethodno pitanje u parničnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, 2005., str. 1 - 51.
410. Prorogacija nadležnosti, *Pravo i porezi*, vol. 14, br. 10, 2005., str. 10 - 17.
411. Samostalna manifestacijska tužba i stupnjevita tužba, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 44, br. 1, 2005., str. 5 - 26.
412. Utuživanje i prisilna naplata novčanih tražbina radnika, *Radno pravo*, br. 11, 2005., str. 31 - 34.

413. Utuživanje i prisilna naplata novčanih tražbina radnika, u: M. Dika (ur.), *Novela Ovršnog zakona iz 2005.*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 333 - 343.
414. Zadužnica i bjanko zadužnica, u: T. Josipović (ur.), *Zaštita vjerovnika: stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 249 - 269.
415. Žalba stranaka u ovršnom postupku pokrenutom na temelju ovršne isprave, te opozicijska i opugnacijska tužba, u: M. Dika (ur.), *Novela Ovršnog zakona iz 2005.*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 79 - 137.

2006.

416. Četvrta novela Stečajnog zakona (ostali autori: V. Buljan *et al.*), M. Dika (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2006.
417. Četvrta novela Stečajnog zakona od 7. srpnja 2006. - opći pregled, u: M. Dika (ur.), *Četvrta novela Stečajnog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 1 - 63.
418. Dokazivanje saslušanjem svjedoka u hrvatskom parničnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 501 - 548.
419. Dovršetak ovrhe, *Pravo i porezi*, vol. 15, br. 3, 2006., str. 3 - 9.
420. Effects of the Arbitral Award Under the Croatian Law on Arbitration, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 13, 2006., str. 7 - 27.
421. Marginalije uz problem djelotvornosti arbitražnog pravorijeka, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 45, br. 2, 2006., str. 37 - 55.
422. Nova načela građanskog pravosuđenja (Stefan Georgievski), preveo M. Dika, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 405 - 423.
423. Novine u uređenju pravnoga položaja tijela stečajnoga postupka, *Računovodstvo, revizija i financije*, vol. 16, br. 10, 2006., str. 156 - 164.
424. O dopuštenosti revizije u parnicama iz radnih odnosa po Zakonu o parničnom postupku Republike Makedonije (Arsen Janevski), preveo M. Dika, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 425 - 441.
425. O znanstvenom i stručnom radu akademika Siniša Trive, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 265 - 272.
426. Određenost zahtjeva za isplatu kamata, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 45, br. 4, 2006., str. 337 - 347.
427. Ovrha na pravima intelektualnoga vlasništva radi naplate novčane tražbine, u: R. Matanovac (ur.), *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa*

- Europskoj uniji*, Narodne novine, Državni zavod za intelektualno vlasništvo RH, Zagreb, 2006., str. 221 - 247.
428. Ovrha na tražbini da se predaju ili isporuče pokretnine ili da se preda nekretnina, *Pravo i porezi*, vol. 15, br. 5, 2006., str. 3 - 11.
429. Ovrha radi naplate novčane tražbine na nekretnini, u: O. Jelčić (ur.), *Nekretnine kao objekti imovinskih prava: nekretnine u vlasništvu države, županija, gradova i općina, bračna stečevina, posredovanje u prometu nekretninama, nadstojnički stanovi, knjižni prednik, nekretnine u ovršnom i stečajnom postupku*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 161 - 219.
430. Pobijanje pravnih radnji u povodu stečaja, u: M. Dika (ur.), *Četvrta novela Stečajnog zakona*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 155 - 234.
431. Procesnopravna operacionalizacija instituta *facultatis alternativae* u hrvatskom pravu, u: Z. Parać *et al.* (ur.), *Liber amicorum Jakša Barbić*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006., str. 593 - 632.
432. Procesnopravna operacionalizacija instituta *facultatis alternativae* u hrvatskom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 56, poseban broj, 2006., str. 609 - 648.
433. *Strategija reforme pravosudnog sustava*, okrugli stol održan 12. prosinca 2005. u palači Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti u Zagrebu (ostali uvodničari: V. Škare Ožbolt i D. Krapac), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 2006., str. 16 - 34.
434. Zajednička načela registarskog postupovnog prava: sumarni osvrt, u: T. Josipović (ur.), *Hrvatsko registarsko pravo: registri pravnih osoba, nekretnina, pokretnina i prava*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 31 - 39.
435. Zaštita prava osobnosti u parničnom i ovršnom postupku, u: P. Klarić (ur.), *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 259 - 314.

2007.

436. *Građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007.
437. Je li *pactum de quota litis* još dopušten u hrvatskome pravu?, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 46, br. 4, 2007., str. 351 - 356.
438. Jedinstveni i nužni suparničari, *Zbornik na trudovi na Pravniot fakultet Justinijan Prvi vo Skopje, posveten na Prof. d-r Franjo Bačić = Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu posvećen prof. dr. sc. Franji Bačiću*, 2007., str. 138 - 155.

439. O propuštanju u parničnom postupku, u: I. Gliha *et al.* (ur.), *Liber amicorum Nikola Gavella: građansko pravo u razvoju*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2007., str. 773 - 804.
440. Pravni leksikon - početak hrvatske pravne leksikografije (drugi uvodničar: V. Pezo), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 6, 2007., str. 115 - 131.
441. *Pravni leksikon*, V. Pezo (glavni ur.), M. Dika (zamjenik glavnog ur. i ur. struke građansko procesno pravo), Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
442. Pravni položaj institucionalnih i *ad hoc* arbitraža u hrvatskom pravu *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 46, br. 2, 2007., str. 27 - 37.
443. Radni sporovi (u koautorstvu sa Ž. Potočnjakom i V. Gotovcem), u: Ž. Potočnjak (ur.), *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, Zagreb, 2007., str. 649 - 770.
444. The Legal Status of Institutional and *ad hoc* Arbitration in Croatian Law *de lege lata* and *de lege ferenda*, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 14, 2007., str. 11 - 20.
445. Tko može biti punomoćnik u parničnom postupku?, *Pravo i porezi*, vol. 16, br. 1, 2007., str. 3 - 9.
446. *Upravljanje sveučilištem*. Projekt Pravni i organizacijski aspekti integriranog sveučilišta: učinkovitost postojećih organizacijskih modela s obzirom na stupanj funkcionalne integriranosti pojedinog sveučilišta (ostali autori: J. Kregar, M. Petrak *et al.*), zbornik radova s prvog seminara od 3. do 5. svibnja 2007. u Begovom Razdolju, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Nacionalna zaklada za znanost, visoko školstvo i tehnološki razvoj RH, Zagreb, 2007.

2008.

447. *Građansko parnično pravo. Knjiga 4. Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
448. *Građansko parnično pravo. Knjiga 5. Parnične radnje*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
449. Interim Measures Under Croatian Arbitration Law, *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 15, 2008., str. 11 - 27.
450. Je li u Republici Hrvatskoj provedena lustracija ili o položaju sudaca tijekom prve tri i pol godine nakon donošenja Ustava iz 1990., u: J. Kregar *et al.* (ur.), *Hrvatska - kako sada dalje*, Pravni fakultet Sveučilišta, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Zagreb, 2008., str. 45 - 60.

451. Načelo javnosti u parničnom postupku: prilog pokušajima opravdanja i reafirmacije instituta, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29, br. 1, 2008., str. 1 - 26.
452. Novo alimentacijsko pravo (drugi uvodničar: D. Hrabar), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 7, 2008., str. 113 – 123, 125, 128, 129, 130, 131 - 132, 133, 135.
453. O načelu neposrednosti u parničnom postupku *de lege lata* uz neke projekcije *de lege ferenda*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 58, br. 4, 2008., str. 899 - 921.
454. Opće uređenje uporabe jezika i pisma u parničnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 58, br. 1-2, 2008., str. 205 - 218.
455. *Ovršni zakon*, redakcijski pročišćeni tekst zakona s interpretativnim i komentarskim bilješkama, sudskom praksom i stvarnim kazalom, 3. izmijenjeno izdanje prema stanju na dan 18. VII. 2008., Narodne novine, Zagreb, 2008.
456. Privremene mjere u arbitražnom postupku prema hrvatskom pravu, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 47, br. 2, 2008., str. 193 - 213.
457. *Zakon o parničnom postupku*, redakcijski pročišćeni tekst s interpretativnim i komentarskim bilješkama i stvarnim kazalom (u koautorstvu sa S. Trivom), 21. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 21. kolovoza 2008., Narodne novine, Zagreb, 2008.

2009.

458. *Antidiskriminacijsko zakonodavstvo i praksa* (ostali autori: I. Crnić, R. Marijan, M. Mrčela, Ž. Potočnjak), Međunarodna organizacija za migracije (IOM) u suradnji s Hrvatskim pravnim centrom i Pravosudnom akademijom, Zagreb, 2009.
459. Autonomija Sveučilišta i judikatura Ustavnog suda Republike Hrvatske, u: J. Kregar *et al.*, *Funkcionalna integracija Sveučilišta?*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2009., str. 29 - 41.
460. Dostava sudskih pismena u hrvatsko-makedonskim odnosima - *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Zbornik radova. Drugi skopsko-zagrebački pravni kolokvij, Skoplje, studeni 2008.*, Pravni fakultet, Skoplje, 2009., str. 9 - 26.
461. Europsko međunarodno građansko procesno pravo - europski ovršni nalog za nesporne tražbine (drugi uvodničar: H. Sikirić), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 9, 2009., str. 177 - 183, 183 - 184, 185, 187, 188, 189.

462. *Građansko parnično pravo. Knjiga 6. Tužba*, Narodne novine, Zagreb, 2009.
463. Izmjena pravomoćnih odluka donesenih u parničnom postupku u povodu odluka Ustavnog suda o neustavnosti odnosno nezakonitosti propisa, *Informator*, vol. 57, br. 5812, 2009., str. 5 - 7.
464. Izvanparnična i koncilijacijska funkcija javnih biležnika - *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 59, br. 6, 2009., str. 1153 - 1177.
465. Novelirani postupak u sporovima male vrijednosti, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30, br. 1, 2009., str. 1 - 32.
466. Novo uređenje revizije protiv presude, *Zbornik 47. susreta pravnika. Opatija, svibanj 2009.*, 2009., str. 173 - 241.
467. *Obiteljski zakon*, redakcijski pročišćeni tekst zakona s napomenama, uputama, sudskom praksom i pojmovnim kazalom; drugi izvori obiteljskog prava (prema stanju propisa na dan 27. veljače 2009.) (ostali autori: M. Alinčić *et al.*), D. Hrabar (ur.), Narodne novine, Zagreb, 2009.
468. Određenost zahtjeva za isplatu kamata u parničnom postupku, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 43, br. 4, 2009., str. 1008 - 1025.
469. Prejudicijelni zahtjev za utvrđenje, u: H. Kačer *et al.* (ur.), *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928. - 2008.)*, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 985 - 1000.
470. Vladavina prava: razgovor s J. Barbićem, M. Dikom i D. Medvedovićem (Forum Hrvatskog radija), *Pravo u gospodarstvu*, vol. 43, br. 6, 2009., str. 1530 - 1547.

2010.

471. *Građansko parnično pravo. Knjiga 10. Pravni lijekovi*, Narodne novine, Zagreb, 2010.
472. Novo pravno uređenje ovrhe - pretenzije i postignuća, *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, br. 9, 2010., str. 281 - 296, 297 - 298, 299 - 300, 301.
473. Novo uređenje ovrhe na tražbini ovršenika po računu kod banke, *Zbornik 48. susreta pravnika. Opatija, 12. - 14. svibnja 2010.*, 2010., str. 255 - 270.
474. O predmetu uviđaja i uviđaju u parničnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 31, br. 1, 2010., str. 1 - 21.
475. Sudska zaštita u diskriminacijskim radnim sporovima, u: M. Ruždjak (ur.), *Ogledi o novom Zakonu o radu: glavna obilježja, ugovori o radu, menadžerski ugovori, plaće, dopusti, otkazi, program zbrinjavanja*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 171 - 199.

476. Sudski postupak u radnim sporovima zbog povrede prava iz radnog odnosa, u: M. Ruždjak (ur.), *Ogledi o novom Zakonu o radu: glavna obilježja, ugovori o radu, menadžerski ugovori, plaće, dopusti, otkazi, program zbrinjavanja*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 135 - 170.

2011.

477. Expedited Arbitration Proceedings: About some Croatian Experiences (u koautorstvu s A. Maganić), *Croatian Arbitration Yearbook*, vol. 18, 2011., str. 9 - 33, 185.

478. Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011. - opći pregled, u: V. Bilić *et al.*, *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Novi informator, Zagreb, 2011., str. 15 - 54.

479. *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.* (ostali autori: V. Bilić, B. Blažević, D. Kontrec, Đ. Sessa), Novi informator, Zagreb, 2011.

480. Novine u Ovršnom zakonu iz 2010. s posebnim osvrtom na ovrhu na novčanim tražbinama, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse: građansko, trgovačko, radno i procesno pravo u praksi*, br. 18, 2011., str. 285 - 329.

481. *Novo ovršno pravo* (ostali autori: I. Crnić, J. Matko-Ruždjak, N. Nekić-Plevko, Đ. Sessa), M. Dika (ur.), Organizator, Zagreb, 2011.

482. *Ovršni zakon* (NN 139/10, 125/11), redakcijski pročišćeni tekst zakona i stvarno kazalo, Narodne novine, Zagreb, 2011.

483. *Početak primjene novog ovršnog prava i djelovanja javnih ovršitelja*: obrasci za postupanje, radni materijal sa seminara održanog 30. studenog 2011. u Zagrebu (ostali autori: I. Crnić, J. Matko-Ruždjak, N. Nekić-Plevko, Đ. Sessa), Organizator, Zagreb, 2011.

484. Podsjetnik za traženje građanskopravne zaštite u diskriminacijskim stvarima, u: I. Crnić *et al.*, *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011., str. 96 – 98.

485. Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava, u: V. Bilić *et al.*, *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011.*, Novi informator, Zagreb, 2011., str. 55 - 70.

486. Prorogacija mjesne nadležnosti u hrvatskom pravu, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, br. 1-2, 2011., str. 211 - 228.

487. Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima, u: I. Crnić *et al.*, *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2011., str. 68 – 95.

488. Ubrzani arbitražni postupci (u koautorstvu s A. Maganić), *Pravo u gospodarstvu*, vol. 50, br. 4, 2011., str. 803 - 830.
489. *Zakon o parničnom postupku i Zakon o arbitraži*, redakcijski pročišćeni tekst ZPP-a i tekst ZA s komentarskim i interpretativnim bilješkama, prateći propisi, stvarno kazalo (u koautorstvu sa S. Trivom), 23. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 20. VII. 2011., Narodne novine, Zagreb, 2011.
490. *Zakon o parničnom postupku*, redakcijski pročišćeni tekst s interpretativnim i komentarskim bilješkama i stvarnim kazalom (u koautorstvu sa S. Trivom), 22. izmijenjeno i dopunjeno izdanje prema stanju na dan 24. VI. 2011., Narodne novine, Zagreb, 2011.

2012.

491. *Novi Ovršni zakon* (u koautorstvu s V. Bilićem, V. Boićem, R. Dukom, A. Redžić), Novi informator, Zagreb, 2012.
492. Novine u Ovršnom zakonu iz 2010. s posebnim osvrtom na ovrhu na novčanim tražbinama, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, br. 1, 2012., str. 285 – 329.
493. O rješenju u parničnom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 33, br. 1, 2012., str. 37 - 65.
494. *Ovršni zakon* (NN br. 112/2012), tekst zakona s interpretativnim i komentarskim bilješkama te stvarnim kazalom, izdanje prema stanju na dan 18. X. 2012., Narodne novine, Zagreb, 2012.
495. *Ovršni zakon* (NN br. 112/2012), tekst zakona s interpretativnim i komentarskim bilješkama te stvarnim kazalom, 2. neizmijenjeno izdanje prema stanju na dan 18. X. 2012., Narodne novine, Zagreb, 2012.
496. Pravosuđe – što učiniti na području građanskog pravosuđenja?, u: *Hrvatski pravni sustav*, okrugli stol održan 14. lipnja 2012. u palači Akademije u Zagrebu, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Znanstveno vijeće za državnu upravu, pravosuđe i vladavinu prava, Zagreb, 2012., str. 57 – 84.
497. Presuda na temelju priznanja, u: T. Josipović *et al.* (ur.), *Liber amicorum Petar Klarić*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2012., str. 773 – 799.
498. Presuda na temelju priznanja, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 62, br. 5-6, 2012., str. 1885 – 1911.
499. Prorogacija mjesne nadležnosti u hrvatskom pravu, u: H. Sikirić *et al.* (ur.), *Liber amicorum Krešimir Sajko*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2012., str. 189 – 205.

priređio Marko Bratković, mag. iur.

ISBN 978-953-270-078-7



9 789532 700787