

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 27

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 27,
Br. 1, str. XII+1-636, Rijeka, 2006.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA

RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

Nakladnik/Publisher: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka

Glavna urednica/ Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Velinka Grozdanić

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Mladen Montana, prof. dr. sc. Dragutin Ledić, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Miomir Matulović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, mr. sc. Sandra Laleta (svi iz Rijeke)

Izvršna urednica/Executive Editor: mr. sc. Sandra Laleta

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board: akademik dr. h. c. Lujo Margetić (Rijeka/HR), prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Macerata/I), prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. R. Eugene Harper (The Plains, OH/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I)

Lektorica/Lector: Dušanka Starčević, prof.

Prijevod/Translations: doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer (za njemački), dr. sc. Sanja Barić (za engleski), Dott. Davide Bertaccini (za talijanski)

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel./fax: (051) 359-518, fax. 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://law.pravri.hr>

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Fintrade & tours d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *L'Indice Penale*, Milano/Padova, Italia i *Sociological Abstracts*, *Worldwide Political Science Abstracts*, *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, San Diego, California, USA.

Časopis je objavljen uz financijsku potporu Ministarstva znanosti i tehnologije Republike Hrvatske.

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 27

BROJ 1

RIJEKA, 2006.

SADRŽAJ

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo – obveze – postupak”

(Poreč, 6.-8. travnja 2006.)

Petar Simonetti,

Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba
na nekretninama u Republici Hrvatskoj
(izvorni znanstveni članak) 1

Edita Čulinović-Herc, Mira Dimitrić,

Način obračuna kamatne stope kod potrošačkog zajma –
otvorena pitanja hrvatskog prava i financijske prakse
(izvorni znanstveni članak) 57

Silvija Petrić,

Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema
novom Zakonu o obveznim odnosima
(izvorni znanstveni članak) 87

Aldo Radolović,

Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima
(izvorni znanstveni članak) 129

Zvonimir Slakoper,

Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o
obveznim odnosima (u poredbenopravnom kontekstu)
(izvorni znanstveni članak) 171

Dario Derđa,

Komunalne djelatnosti i pravo vlasništva na
građevinskim objektima komunalne infrastrukture
(izvorni znanstveni članak) 211

Nataša Žunić Kovačević,

Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika
(izvorni znanstveni članak) 241

Maja Bukovac Puvača,

Odgovornost Republike Hrvatske za štetu
prouzročenu terorističkim aktom (izvorni znanstveni članak) 267

<i>Antonija Zubović,</i> Primjena trgovačkih običaja (izvorni znanstveni članak)	307
<i>Vlado Belaj,</i> Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine (pregledni znanstveni članak).....	345
<i>Jozo Čizmić,</i> Novi Zakon o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva – korak naprijed ili natrag? (pregledni znanstveni članak).....	371
<i>Eduard Kunštek,</i> Osiguranje tražbina prijenosom prava vlasništva i prijenosom prava – neka otvorena pitanja (pregledni znanstveni članak)	423
<i>Duško Medić,</i> Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke (pregledni znanstveni članak).....	441
<i>Aleksandra Maganić,</i> Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava (pregledni znanstveni članak).....	465
<i>Dragan Zlatović,</i> Nepošteno tržišno natjecanje i modaliteti građanskopravne zaštite u hrvatskom i komparativnom pravu (pregledni znanstveni članak).....	499
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Kolektivno pregovaranje i proširenje primjene kolektivnog ugovora (oktroiranje kolektivnog ugovora) (stručni članak)	543
<i>Jasna Brežanski,</i> Ratna šteta prouzročena terorističkim aktom (stručni članak).....	575
<i>Srđan Šimac,</i> Mirenje – alternativni način rješavanja sporova (stručni članak)	611

TABLE OF CONTENTS

“Ownership – Obligations – Procedure”

(Poreč, April 6 – 8, 2006)

Conference Texts:

Petar Simonetti,

Right of Ownership and Right to Build of Foreign Citizens
on Real Estate in the Republic of Croatia 1

Edita Čulinović-Herc, Mira Dimitrić,

Calculation of Interest Rate in Consumer Credits –
Open Questions of Croatian Law and Financial Practice 57

Silvija Petrić,

Liability for Material Defects
According to the New Law on Obligations 87

Aldo Radolović,

Right on Personality in the New Law on Obligations 129

Zvonimir Slakoper,

Bank Guarantee under the New Law on Obligations
(in Comparative Legal Context)..... 171

Dario Đerđa,

Municipal Services and the Right of Ownership
on Municipal Infrastructure..... 211

Nataša Žunić Kovačević,

Code of Conduct for Business Taxation 241

Maja Bukovac Puvača,

Liability of the Republic of Croatia
for Damages Caused by a Terrorist Act..... 267

Antonija Zubović,

Application of Trade Usages 307

Vlado Belaj,

Performance of Rights and Obligations on a Separate Part
of Real Estate..... 345

<i>Jozo Čizmić,</i> New Law on Agency Related to Industrial Property Rights - Step Forward or Backward?	371
<i>Eduard Kunštek,</i> Security of Claims by Transfer of Ownership and Transfer of Rights – Certain Open Issues	423
<i>Duško Medić,</i> Legal Relation in Mortgage.....	441
<i>Aleksandra Maganić,</i> Necessity of Reform of the Croatian Non-Contentious Law	465
<i>Dragan Zlatović,</i> Unfair Commercial Practice and Instruments of Civil Legal Protection in Croatian and Comparative Law.....	499
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Collective Bargaining and Widening of Collective Agreement's Application (Octroyed Collective Agreement)	543
<i>Jasna Brežanski,</i> War Damage Caused by a Terrorist Act.....	575
<i>Srđan Šimac,</i> Conciliation – Alternative Dispute Resolution	611

INHALT

“Eigentum – Pflichten – Verfahren”

(Poreč, 6 – 8 April 2006)

Tagungsbeiträge:

Petar Simonetti

Eigentumrecht und Baurecht von Ausländern
auf unbewegliche Sachen in der Republik Kroatien 1

Edita Čulinović-Herc, Mira Dimitrić,

Abrechnungsart des Zinsfußes beim Verbraucherdarlehen –
offene Fragen des kroatischen Rechts und der Finanzpraxis 57

Silvija Petrić,

Haftung für materielle Mängel von Kaufgegenständen
nach dem Gesetz über Schuldverhältnisse 87

Aldo Radolović,

Persönlichkeitsrecht im neuen Gesetz über Schuldverhältnisse 129

Zvonimir Slakoper,

Bankgarantien nach dem neuen Gesetz über Schuldverhältnisse
(im komparativen Kontext) 171

Dario Đerđa,

Kommunale Tätigkeiten und Eigentumrecht auf Bauobjekte
der kommunalen Infrastruktur 211

Nataša Žunić Kovačević,

Verhaltenskodex für das Gebiet der Besteuerung
von Unternehmern 241

Maja Bukovac Puvača,

Haftung der Republik Kroatien für Schäden, die wegen
eines terroristischen Aktes entstanden sind 267

Antonija Zubović,

Anwendung von Handelsbräuchen 307

Vlado Belaj,

Ausführung von Befugnissen und Pflichten hinsichtlich
eines besonderen Teils von Immobilien 345

<i>Jozo Čizmić,</i> Das neue Gesetz über Vertretung im Rechtsgebiet Industrieeigentum – ein Schritt vorwärts oder zurück?	371
<i>Eduard Kunštek,</i> Sicherung der Forderung durch die Übertragung des Eigentumsrechts und Übertragung des Rechts – einige offene Fragen.....	423
<i>Duško Medić,</i> Hypothekenrechtliches Verhältnis als inhaltlicher Aspekt der Hypothek.....	441
<i>Aleksandra Maganić,</i> Notwendigkeit einer Reform des kroatischen Außerstreitrechts	465
<i>Dragan Zlatović,</i> Unlauterer Wettbewerb und Modalitäten des zivilrechtlichen Schutzes im kroatischen und vergleichenden Recht	499
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Tarifverhandlungen und Erweiterung der Anwendung des Tarifvertrags (Bewilligung des Tarifvertrags)	543
<i>Jasna Brežanski,</i> Kriegsschäden, die durch einen Terrorakt verursacht wurden	575
<i>Srđan Šimac,</i> Aussöhnung - eine Alternative zur Lösung von Rechtsstreitigkeiten ...	611

INDICE

“Proprietà – Obbligazioni – Procedura”

(Poreč, 6 – 8 aprile 2006)

Contributi per il Convegno:

Petar Simonetti,

Diritto di proprietà e diritto di edificazione delle persone straniere
sugli immobili nella Repubblica di Croazia 1

Edita Čulinović-Herc, Mira Dimitrić,

Modalità di calcolo del tasso di interesse nei prestiti al consumo
– Questioni aperte di diritto croato e prassi finanziaria 57

Silvija Petrić,

Responsabilità per difetti materiali della cosa secondo
la nuova Legge sui rapporti obbligatori..... 87

Aldo Radolović,

Diritto alla personalità nella nuova Legge sui rapporti obbligatori 129

Zvonimir Slakoper,

Garanzie bancarie secondo le norme della nuova Legge
dei rapporti obbligatori (nel contesto giuridico comparato) 171

Dario Derđa,

Servizi comunali e diritto di proprietà sulle opere edili
dell’infrastruttura comunale 211

Nataša Žunić Kovačević,

Codice di comportamento nel campo della tassazione
dell’imprenditore..... 241

Maja Bukovac Puvača,

Responsabilità della Repubblica di Croazia per danno causato
da atto terroristico 267

Antonija Zubović,

Applicazione degli usi commerciali 307

Vlado Belaj,

Esercizio di diritti e doveri riguardanti una singola parte
di immobile..... 345

<i>Jozo Čizmić,</i> Nuova Legge sulla rappresentanza nel campo del diritto della proprietà industriale – Passo avanti o indietro?	371
<i>Eduard Kunštek,</i> Assicurazione dei crediti mediante il trasferimento del diritto di proprietà e il trasferimento di diritti – Alcune questioni aperte.....	423
<i>Duško Medić,</i> Rapporto giuridico-ipotecario come aspetto del contenuto dell’ipoteca	441
<i>Aleksandra Maganić,</i> Necessità di riforma del diritto non-contenzioso croato	465
<i>Dragan Zlatović,</i> Concorrenza commerciale sleale e modalità di tutela legale civilistica nel diritto croato e comparato.....	499
<i>Marinko Đ. Učur,</i> Trattativa ed estensione collettiva dell’applicazione del contratto collettivo (imposizione del contratto collettivo).....	543
<i>Jasna Brežanski,</i> Danno bellico causato da atto terroristico	575
<i>Srđan Šimac,</i> Conciliazione – Modi alternativi di risoluzione delle controversie.....	611

Prilozi za Dvanaesto savjetovanje pravnika 2006. g.:

Contributions for Twelfth Jurist Conference, 2006

Beiträge für die 12. Juristen-Tagung, 2006

Contributi per il XII Convegno di giuristi, 2006

“Vlasništvo – obveze – postupak”

“Ownership – Obligations – Procedure”

“Eigentum – Pflichten – Verfahren”

“Proprietà – Obbligazioni – Procedura”

(Poreč, 6.-8. 04. 2006.)

Voditelj Savjetovanja (Conference Moderator / Tagungsleitung / Presidente):

prof. dr. sc. Petar Simonetti

PRAVO VLASNIŠTVA I PRAVO GRAĐENJA STRANIH OSOBA NA NEKRETNINAMA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Dr. sc. Petar Simonetti,
redoviti profesor u mirovini
Rijeka

UDK: 347.235(497.5)
Ur.: 15. studenog 2005.
Pr.: 9. siječnja 2006.
Izvorni znanstveni članak

Strane osobe koje su po raznim osnovama stekle ili imale pravo vlasništva na zgrade na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu (1945.-1991.), dana 8. listopada 1991. po samom zakonu stekle su pravo vlasništva na zemljište koje pripada zgradi. Prema sadašnjem pravnom uređenju strane osobe stječu pravo vlasništva na nekretnine pod uvjetom uzajamnosti, ali se za stjecanje na temelju pravnog posla, pored toga, traži i suglasnost nadležnog ministra. Isto vrijedi za stjecanje prava građenja na izgrađenom i neizgrađenom građevinskom zemljištu jer se to pravo po izričitoj zakonskoj odredbi smatra nekretninom u pravnom pogledu, a zgrada je njegova pripadnost kao da je ono zemljište. Na određene nekretnine (poljoprivredna zemljišta, šume i šumska zemljišta i zaštićene dijelove prirode, i na isključena područja radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske) strane osobe ne mogu imati ili steći pravo vlasništva. Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju otpast će većina ovih ograničenja u korist osoba država članica Europske unije. Nema, međutim, prepreke, da se zakonom propiše opća zabrana prodaje zemljišta u vlasništvu države (takva zabrana već postoji za šume i šumska zemljišta), pa i za zemljište u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Time se ne bi diskriminirale strane osobe, niti bi se ograničila sloboda kretanja kapitala, jer postoje pravne ustanove koje će načelno biti jednako dostupne domaćim i stranim osobama, koje omogućavaju ulaganje kapitala u poljoprivredno i građevinsko zemljište, i iskorištavanje zemljišta bez stjecanja prava vlasništva podizanjem dugogodišnjih nasada i stjecanjem prava vlasništva na zgrade i druge građevine.

Ključne riječi: strana osoba, nekretnina, pravo vlasništva, pravo građenja, uzajamnost, ograničenja, suglasnost.

Uvod

U Republici Hrvatskoj strane osobe, uz neke iznimke, načelno uživaju pravo vlasništva i na nekretninama kao i hrvatski državljani; veća ograničenja propisana su u pogledu stjecanja prava vlasništva na nekretninama.

U posljednje vrijeme povećava se interes stranaca za stjecanje prava vlasništva na nekretninama u Republici Hrvatskoj. U tijeku je sve veće otuđenje nekretnina, posebno građevinskog zemljišta, u vlasništvu države i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pretežno stranim osobama. Stoga se aktualizira pitanje interpretacije zakonskih ograničenja i mogućnosti stjecanja prava vlasništva stranih osoba na nekretninama na temelju pravnog posla kao i po drugim pravnim osnovama. Danas se ova ograničenja prosuđuju i sa stanovišta Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji je ratificirala Republika Hrvatska 2001. godine¹ i pristupanja RH WTO-u.²

Strane osobe koje su imale pravo vlasništva na zgradama na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu po samom su zakonu stekle pravo vlasništva na onoj površini zemljišta koja pripada zgradi (građevinska čestica),³ za što nije bila potrebna suglasnost nadležnog ministra. Stoga se posebno obrađuje i stjecanje prava vlasništva stranih osoba na zgradama u sustavu pravnog dualiteta nekretnina do uspostavljanja pravnog jedinstva zgrada i zemljišta u društvenom vlasništvu (8. listopada 1991.). Od 22. prosinca 1990. moglo se prenositi i na strane osobe pravo vlasništva na neizgrađenom građevinskom zemljištu koje je tada bilo u društvenom vlasništvu.⁴

Postoji dvojba da li je za stjecanje prava vlasništva strane osobe po samom zakonu (na primjer dosjelošću) ili na temelju odluke nadležnog tijela (na primjer u postupku izvlaštenja) potrebna suglasnost nadležnog ministra.

Posebna pažnja posvećena je stjecanju prava građenja na izgrađenom i neizgrađenom građevinskom zemljištu po sadašnjem zakonu, jer se osnivanjem toga prava omogućava stjecanje prava vlasništva na postojeću ili buduću zgradu, uz zadržavanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu u imovini dosadašnjeg vlasnika.

Čudno je da tako očitu pravnu činjenicu ne vide sudovi koji bezuvjetno dopuštaju, u korist stranih osoba, osnivanje prava građenja dvostrukom

¹ NN MU 14/01.

² Vidi Gavella, N., Neka razmišljanja o stvarnim pravima stranaca osobito u svjetlu nastojanja Republike Hrvatske da sudjeluje u gospodarskom procesu globalizacije, Informator, br. 4893, od 27. 01. 2001.

³ Zakon o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopравnim odnosima, NN 53/91., koji je donijet, proglašen, objavljen i stupio na snagu 8. listopada 1991. (članak 9.); članak 12. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prodaji stanova, NN 68/98. koji je stupio na snagu 20. svibnja 1998.)

⁴ Dan stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o građevinskom zemljištu, NN 53/90., (čl. 26. ZGZ-a)

uknjižbom u zemljišnu knjigu, otvaranjem novog zemljišnoknjižnog uloška u koji se upisuje to pravo zajedno sa zgradom kao druga nekretnina posve odvojena od zemljišta koje je njime opterećeno.

S obzirom da je ustanova prava građenja slabo poznata u praksi, u dodatku ovog članka prikazuje se u sažetom obliku: općenito, pravna funkcija, priroda i osnivanje prava građenja. Tako će potpuniju predodžbu o pravu građenja steći ne samo nadležna tijela, nego i potencijalni osnivači i stjecatelji toga prava, pa i stjecatelji prava na pravu građenja uključujući i moguće hipotekarne vjerovnike koji su imatelji hipotekarnog prava na pravu građenja.

U ovom članku ne obrađuje se promet nekretnina prema ugovorima koje je sklopila Republika Hrvatska s državama sljednicama bivše SFRJ, kao ni pravo vlasništva osoba (fizičkih i pravnih) pripadnika (državljana) tih država na području Republike Hrvatske. Ova tema traži samostalnu i iscrpnu obradu.

1. Povijesni pregled prava stranih osoba da stječu pravo vlasništva na zgradu i zemljište u sustavu pravnog dualiteta nekretnina

1. Strani državljani i strane pravne osobe kao stjecatelji prava vlasništva na zgradama i prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu

Strani državljani, pod uvjetom uzajamnosti, imali su ista nasljedna prava kao i domaći državljani (članak 5. ZN-a).⁵, a to znači da ni oni nisu mogli stjecati nekretnine u FNRJ/SFRJ preko zakonskog maksimuma propisanog za jugoslavenske državljane.⁶

U načelu, strane fizičke i pravne osobe nisu mogle stjecati pravo vlasništva na nekretninama u FNRJ/SFRJ, na temelju pravnog posla, pa ni pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu. Iznimke, u neko vrijeme manje u drugo veće, bile su zakonom propisane glede stjecanja prava korištenja (građenja) na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu i prava vlasništva na zgradama.

⁵ Zakon o nasljeđivanju, Službeni list FNRJ broj 20/55., Službeni list SFRJ broj 12/65. i 42/65. (pročišćeni tekst), ispravci: Službeni list SFRJ broj 44/65. i 47/65., Zakon o preuzimanju Zakona o nasljeđivanju u pravni sustav SRH, NN broj 52/71., dopuna - 47/78., prestao je važiti 3. listopada 2003. (čl. 259. Zakona o nasljeđivanju, NN broj 48/03.)

⁶ Čl. 15. Zakona o prometu zemljišta i zgrada. Blíže o tome, Pavić, Đ., Duić, F., Prava na nekretninama I knjiga, Informator, Zagreb, 1968., str. 45.-49. U pogledu nasljeđivanja poljoprivrednog zemljišta preko zakonskog maksimuma vidi Kreč - Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju, izd. Narodne Novine, Zagreb, 1964., uz čl. 5. gdje su tiskane relevantne odredbe iz 15 međudržavnih ugovora o uzajamnosti (reciprocitetu) nasljeđivanja, uključujući i ugovore s klauzulom najpovlaštenijeg naroda (SAD i Nizozemska).

Pravni položaj stranih osoba u pogledu stjecanja prava vlasništva na nekretninama bio je najprije (od 1946.) uređen uredbama,⁷ a zatim Zakonom o prometu zemljišta i zgrada (1954.) s njegovim izmjenama i dopunama,⁸ te jednom Uredbom⁹ (1963.-1966.), i napokon Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (ZOVO)¹⁰ (čl. 11., 12. i 13., ZP ZOVO),¹¹ od 1. rujna 1980. do 1. siječnja 1997.¹²

1.1. Strane države, organizacije i agencije Ujedinjenih naroda

U prvo vrijeme, u principu, strane pravne osobe nisu mogle steći pravo građenja na teritoriju FNRJ/SFRJ. Izuzetak od toga učinjen je samo u korist: a) stranih država za izgradnju zgrada za njihova diplomatska i konzularna predstavništva i b) organizacija i specijaliziranih agencija Ujedinjenih naroda. Zakon o prometu zemljišta i zgrada, od 15. lipnja 1954., koji je stupio na snagu 1. srpnja 1954., predviđao je da se tim osobama, uz suglasnost Saveznog izvršnog vijeća, mogu prodavati zgrade iz društvenog vlasništva za njihove službene potrebe. Stjecanjem prava vlasništva na zgradama iz društvenog vlasništva ovi subjekti su stjecali trajno pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu, koje je s jedne strane bilo

⁷ Uredba o stjecanju nepokretne imovine od strane stranih državljana Sl.l. FNRJ br. 68/46. i Uredba o kontroli prometa nekretninama (Sl.l. FNRJ br. 24/48.)

⁸ Zakon o prometu zemljišta i zgrada, Službeni list FNRJ br. 26/54., 19/55., 48/58., 30/62., 53/62.; Službeni list SFRJ br. 15/65. pročišćeni tekst - 43/65., 57/65., 17/67. i 11/74., koji je bez posljednje izmjene preuzela SRH, NN 52/73., a bio je na snazi do 1. siječnja 1997. (čl. 394. stav 1. al. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima)

⁹ Uredba o stjecanju prava na zgradama, stanovima i zemljištima od strane stranih državljana i stranih pravnih osoba, Službeni list FNRJ br. 53/62.

¹⁰ Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Službeni list FNRJ br. 6/80. i 36/90.

¹¹ Zakon o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, NN 53/91.

¹² Šire o stjecanju prava vlasništva stranih osoba na nekretninama i prava na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu po tadašnjem pravom uređenju: Žuvela, M., Stjecanje prava vlasništva nekretnina od strane stranih fizičkih osoba, Naša zakonitost, br. 10-11/84., str. 1125-1131., isti: Položaj stranaca u stjecanju prava vlasništva, Zakonitost, br. 2/92., str. 633-649., Žuvela, M., Šeparović, M., Stranci kao stjecatelji prava vlasništva na nekretninama, u: Zbirka, Osnovni propis iz područja vlasničkopravnih odnosa, Informator, Zagreb, 1995.; Simonetti, P., Položaj stranih osoba u stjecanju prava na građevinskom zemljištu, Zbornik radova, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator i Privreda i pravo, Zagreb, 1993.; isti: Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, Informator, Zagreb, 1985., strana 132-136; Bašić, M., Stjecanje vlasništva na nekretninama po strancima, Odvjetnik, br. 8-9/58.; isti: Imovinska prava stranaca na području SFRJ, Zemljišna knjiga, X, 1963., broj 7-12; Budisavljević, J., Promet nekretnina sa strancima, Odvjetnik, XIII, 1963., broj 11-12; Misajlovski, V., Prava na građevinskom zemljištu u društvenoj svojini, Opština, XX, 1967. broj 5; Vasiljević, T., Promet zemljišta i zgrada, Narodni odbor, VII, 1954. broj 7-8.; Gajović, J., Sticanje svojine stranog fizičkog lica na nepokretnim stvarima na teritoriju SFRJ u toku bračne zajednice s državljaninom SFRJ, Pravi život, br. 6-7/86., str. 693-699.; Todorović, V. i Čosić, M., Pravo svojine u Jugoslaviji sa osvrtom na pravo svojine stranaca, izd. Ekonomika, Beograd 1990.; Todorović, V., Pravo stranaca na nepokretnostima u Jugoslaviji, Pravni život, 11-12/1991.

vezano uz pravo vlasništva na zgradu, a s druge strane razdvajalo je zgradu od zemljišta (čl. 47.). Međutim, čl. 47. Zakona dopunjen je 4. svibnja 1955. time što je bilo omogućeno davanje na korištenje navedenim osobama i neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu (pravo građenja) radi podizanja zgrada za njihove službene potrebe (čl. 47. a).¹³ ZOVO¹⁴ je propisao da stranim državama za potrebe njihovih diplomatskih i konzularnih predstavništava te organizacijama i specijaliziranim agencijama Organizacije Ujedinjenih Naroda mogu se, uz prethodnu suglasnost saveznog organa uprave nadležnog za poslove pravosuđa, prodavati zgrade za službene potrebe na kojima postoji pravo vlasništva ili su u društvenom vlasništvu, a i građevinska zemljišta na kojima postoji pravo vlasništva u svrhu izgradnje takvih zgrada (članak 83.).¹⁵

1.2. Strani državljani i strane pravne osobe

Strani državljani, međutim, u jednom su kraćem periodu (8. siječnja 1963. do 1. siječnja 1966.) pod određenim pretpostavkama mogli stjecati pravo građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu na teritoriju SFRJ. Savezno izvršno vijeće je, naime, po članu 8. st. 2. ZPZZ-a bilo ovlašteno da uredi stjecanje prava vlasništva na zemljištu i zgradama, odnosno pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, pored stjecanja prava vlasništva nasljeđivanjem, u korist stranaca. Taj propis donijet je 31. prosinca 1962. (stupio je na snagu 8. siječnja 1963.), a njime je bilo određeno da strani državljani mogu steći i pravo građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu.¹⁶ Međutim, ova izmjena ZPZZ-a, brisana je 31. prosinca 1965.¹⁷ Savezno izvršno vijeće, naime, donijelo je Uredbu o stjecanju prava vlasništva na zgradama, na dijelovima zgrada, stanovima i zemljištima od strane stranih državljana i stranih pra-

¹³ Čl. 1. Zakona o dopuni ZPZZ-a, Sl. list FNRJ, br. 19/55.

¹⁴ Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Službeni list FNRJ/SFRJ, 6/80 i 36/90.

¹⁵ O stjecanju prava vlasništva stranih osoba na nekretninama u FNRJ/SFRJ, vidi: Bibica, V., Komentar Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Zagreb, 1970., uz čl. 8., 40a – 40c; Pavić – Duić, Prava na nekretninama..., str. 23.-26. i 107.-111., Radanović, B., Poznić, B., Komentar Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Beograd, 1969., str. 20.-21. i 75.-81., Bašić, M., Imovina stranaca na području FNRJ, Zemljišna knjiga VII – 1960., br. 1-3., str. 25.-35; isti: Imovinska prava stranaca na području SFRJ, Zemljišna knjiga IX, 1963., br. 7.-12., str. 110.-127; isti: Stjecanje nekretnina po strancima, Zemljišna knjiga V, 1958., br. 4.-6., str. 11.-16; isti: Nacionalizacija imovine stranaca, Zemljišna knjiga VI, 1959., br. 1.-3., str. 43.-47; Kreč – Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju... uz čl. 5., str. 17.-24., Simonetti, P., Pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, Informator, Zagreb, 1985. (Strane osobe kao stjecatelji prava građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu), str. 132.-136.; isti Položaj stranih osoba u stjecanju prava na građevinskom zemljištu, Zbornik radova – Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, izd. Organizator i Privreda i pravo, Zagreb, 1993., str. 184.-190.

¹⁶ Sl. list FNRJ, br. 53/62. (čl. 1. ZID ZPZZ-a)

¹⁷ Čl. 1. ZID ZPZZ-a, Sl. list SFRJ, br. 57/65., koji se primjenjivao od 1.1. 1966.

vnih osoba.¹⁸ Prema toj Uredbi strani državljani mogli su stjecati pravo vlasništva na zgradama i stanovima u granicama zakonskog maksimuma propisanog za jugoslavenske državljane, i to za svrhu stanovanja, odmora ili oporavka za sebe i za članove svojih obitelji (čl. 2. st. 2.). Oni su mogli imati pravo građenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu i trajno pravo korištenja na izgrađenom zemljištu u društvenom vlasništvu (čl. 2. st. 1. i 3.). Trajanje prava korištenja neizgrađenog zemljišta ograničavalo se ugovorom. Ugovorom se određivao rok unutar koga se mogla izgraditi zgrada i gubitak prava korištenja (građenja) ako se ne izgradi zgrada u određenom roku, koji nije mogao biti duži od dvije godine od stjecanja toga prava. U slučaju gubitka prava korištenja (građenja) zbog nevršenja, strani državljanin imao je pravo na povrat novca plaćenog za stjecanje navedenog prava (čl. 5.).

Strane pravne osobe, međutim, mogle su, pod određenim zakonskim pretpostavkama, stjecati i pravo vlasništva na zgradama i stanovima u društvenom vlasništvu, a time i trajno pravo korištenja na izgrađenom zemljištu. One su mogle stjecati pravo vlasništva i na zgradama koje su same izgradile na zemljištu koje im je bilo dano u zakup na određeno vrijeme radi izgradnje zgrade za potrebe odmora ili oporavka njihovih članova. U tu svrhu su strane pravne osobe jedino i mogle pribaviti pravo vlasništva na već izgrađene zgrade na teritoriju SFRJ (čl. 7. st. 1. Uredbe). Prema tome, strane pravne osobe mogle su imati trajno pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu koje je, po građevinskoj regulativi, bilo namijenjeno za postojeću zgradu na kojoj su one stekle pravo vlasništva na osnovi pravnog posla.

Strane pravne osobe nisu mogle steći pravo građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu; mogle su, međutim, takvo zemljište dobiti u zakup radi izgradnje zgrade za potrebe odmora ili oporavka njihovih članova, a taj zakup nije mogao trajati duže od 99 godina (čl. 2. st. 2.).

1.3. Pravo raspolaganja zgradama u vlasništvu stranih osoba

Strani državljani i strane pravne osobe mogle su “ustupiti” (prenositi pravo vlasništva) zgradu ili stan i trajno pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu, odnosno pravo zakupca, samo domaćoj pravnoj osobi (čl. 13. st. 1.).

1.4. Dugoročni zakup stambene zgrade

Novela ZPZZ-a od 27. travnja 1967. predviđala je, pak, da se stranim državljanima (ne više i stranim pravnim osobama) na teritoriju Jugoslavije mogu davati stambene zgrade samo u dugoročni zakup (čl. 1. i 5., čl.

¹⁸ Uredbu o stjecanju prava na zgradama, stanovima i zemljištima od strane stranih državljana i stranih pravnih osoba, Sl. list FNRJ, br. 53/62., donijelo je Savezno izvršno vijeće na temelju zakonskog ovlaštenja.

40.a, 40.b i 40.c). Davanje stambenih zgrada u dugoročni zakup stranim državljanima uređivale su republike svojim propisima, ali u skladu s odredbama saveznog zakona (čl. 40.a). Zakon je predviđao da se mogu dati u dugoročni zakup stranim državljanima, u skladu s urbanističkim planovima, samo stambene zgrade s jednim stanom radi povremenog ili trajnog odmora i oporavka ili radi zadovoljavanja drugih osobnih potreba zakupnika i članova njihovih obitelji (čl. 40.b st. 1.). Republičkim propisima moglo se odrediti da strani državljanin može zgradu koja mu je dana u dugoročni zakup davati u podzakup domaćim ugostiteljskim i turističkim organizacijama za vrijeme za koje se on njome ne koristi (čl. 40.c st. 3.). Stambenu zgradu po tim odredbama mogla je davati u zakup stranom državljaninu samo radna organizacija i društveno-politička zajednica, i to, uz prethodnu suglasnost organa određenog republičkim propisom (čl. 40.b i 40.c st. 1.). Dugoročni zakup mogao se zasnivati najmanje na pet godina, a najviše na trideset godina. Po isteku ugovorenog roka zakup se mogao produljiti, ali ukupno trajanje zakupa po prijašnjim i novim ugovorima nije moglo biti dulje od trideset godina (čl. 40.c st. 3. i 4.). Na zahtjev zakupnika ovaj dugoročni zakup upisivao se u zemljišne knjige ili druge javne knjige, u koje se upisivalo pravo vlasništva na nekretnini. U tom slučaju zakup ima pravni učinak i prema trećima pa i prema kasnijem stjecatelju stambene zgrade (čl. 40.b st. 5. i 6.). Odredbe o dugoročnom zakupu stambenih zgrada (čl. 40.c i 40.b) koje su ostale na snazi kao savezni propisi na osnovi čl. 3. st. 2. Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o provođenju Ustavnih amandmana XX do XLI.,¹⁹ prihvatio je u cijelosti ZOVO (čl. 84. i 85.).

Odredbe čl. 84. i 85. ZOVO-a izmijenjene su 1990. i 1991. Zadržana je odredba o mogućnosti produljenja zakupa (čl. 84. st. 4.).²⁰ Zatim je 8. listopada 1991. brisana zakonska odredba vremenskog ograničenja zakupa s obzirom na namjenu zgrade,²¹ te je općenito dopušten zakup nekretnine i zemljišta bez zgrade; odnosno zgrade bez zemljišta do uspostave pravnog jedinstva zemljišta i zgrade. Zbog toga su brisane odredbe iz čl. 85.a i 85.b,²² prema kojima je poduzeće koje obavlja turističku ili ugostiteljsku djelatnost moglo davati u dugoročni zakup turistički ili drugi prateći objekt stranoj fizičkoj ili pravnoj osobi uz uvjete utvrđene pisanim ugovorom u skladu s odredbama čl. 84. st. 3.-5. ZOVO-a.^{23, 24}

¹⁹ Sl. list SFRJ, br. 71/72.

²⁰ Čl. 10. ZID ZOVO, Sl. list SFRJ, 36/90.

²¹ Zakon o preuzimanju ZOVO-a, NN. br. 53/91.

²² Ove odredbe su bile uvedene na temelju ZID ZOVO, Sl. SFRJ, 36/90., suglasno Zakonu o poduzećima, Sl. l. SFRJ br. 77/80., 40/89., 61/90., NN 53/91.

²³ Vidi Zakon o pravu vremenskog korištenja turističkog objekta, Službeni list SFRJ, br. 24/86. i 31/86.

²⁴ O davanju turističkog objekta stranoj osobi na vremensko korištenje od 5 do 30 godina, Barbić, J., Informator, br. 34/86., 34/87. od 5. i 8. kolovoza 1987. Vidi Vremensko korištenje turističkih objekata (Barbić, Carević, Crnić, Šarčević, Simičić), Informator, Zagreb, 1987.

Uspostavom pravnog jedinstva nekretnine dugogodišnji zakup zgrade i zemljišta nije se pretvorio, niti se mogao pretvoriti, u pravo vlasništva zakupnika.

1.5. Pravo vlasništva stranog državljanina na zgradu

Nakon što se prestalo primjenjivati (27. travnja 1967.) Uredbu o stjecanju prava vlasništva na zgradama, strani državljani nisu mogli stjecati pravo vlasništva na zgradama, osim po osnovi nasljedstva pod uvjetom primjene načela uzajamnosti (čl. 5. Zakona o nasljeđivanju).²⁵

Iznimku je učinio Zakon o dopuni ZPZZ-a, od 21. veljače 1974.,²⁶ koji je u čl. 40.g predvidio da se stranom državljaninu koji ima naročite zasluge za narodnooslobodilačku borbu naroda i narodnosti Jugoslavije može dozvoliti da stekne pravo vlasništva na obiteljskoj stambenoj zgradi, a time i trajno pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, odnosno pravo vlasništva na građevinskoj parceli na kojoj se nalazi ta zgrada (čl. 1.), ukoliko zemljište nije u društvenom vlasništvu. Građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu bilo je apsolutno neotuđivo, a na njemu su se mogla stjecati samo ona prava koja su bila određena zakonom (čl. 1. st. 2. ZPZZ-a), pa i trajno pravo korištenja. Dozvolu za stjecanje tih prava izdavao je nadležni republički, odnosno pokrajinski organ uprave (čl. 2.). Strani državljanin, doduše, i po ovim propisima nije mogao steći pravo građenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, niti je mogao zaključiti ugovor o dugoročnom zakupu neizgrađenog građevinskog zemljišta radi izgradnje, ali s pravom vlasništva na stambenoj zgradi stjecao je trajno pravo korištenja na građevnoj čestici u društvenom vlasništvu na kojoj je ta zgrada podignuta. Ove odredbe, međutim, nisu na snazi od 1. rujna 1980. kada je stupio na snagu ZOVO (čl. 89. i 90.)

1.6. Stjecanje prava vlasništva stranih osoba na izgrađenom građevinskom zemljištu

Strane osobe, fizičke i pravne, koje su po bilo kojoj pravnoj osnovi stekle pravo vlasništva na zgradu ili posebni dio zgrade na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu imale su, kao i domaće vlasničkopravne osobe, trajno pravo korištenja na zemljištu na kojem je bila zgrada i zemljištu "što služi za redovnu upotrebu te zgrade dok ona postoji" (čl. 12. st. 1. ZOVO-a). Trajno pravo korištenja na zemljištu pretvorilo se u pravo vlasništva vlasnika zgrade dana 8. listopada 1991.,²⁷ a riječi "dok ona postoji" ukinute su odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske od 30. studenog 1994.²⁸ Budući da zakon ne propisuje iznimku, strane osobe su kao i domaće stekle

²⁵ Kreč – Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju, Narodne novine, Zagreb, 1964., uz čl. 5.

²⁶ Sl. list SFRJ, br. 11/74.

²⁷ Čl. 9. Zakona o preuzimanju ZOVO-a, NN br. 53/91.

²⁸ Ova odluka je objavljena u NN br. 42/94.

pravo vlasništva (suvlasništva) na izgrađene građevinske čestice koje su do 8. listopada 1991. bile u društvenom vlasništvu, na kojima su one (strane osobe) imale vlastite zgrade ili pravo vlasništva na posebnim dijelovima zgrade.

1.7. Stjecanje prava vlasništva stranih državljana na nekretninama po klauzuli najpovlaštenije nacije u sudskoj praksi

U pogledu stjecanja prava vlasništva na nekretninama od strane stranih državljana u sudskoj praksi je, prije stupanja na snagu ZOVO-a, usvojen sljedeći pravni stav:

Strani državljanima mogu na teritoriju SFRJ stjecati pravo vlasništva na nekretninama na osnovi prava nasljeđivanja primjenom načela reciprociteta; oni mogu stjecati pravo vlasništva i pravnim poslovima, ali samo primjenom klauzule najpovlaštenije nacije ili ako im je to pravo priznato posebnim nacionalnim zakonom.²⁹ Kako tada nijednim zakonom ili međudržavnim ugovorom nije bilo dano stranim državljanima bilo koje države pravo stjecanja vlasništva na nekretninama na temelju pravnog posla, nitko se nije mogao pozivati na klauzulu najpovlaštenije nacije,³⁰ da bi na temelju pravnog posla stekao pravo vlasništva na nekretninama u SFRJ mimo gornjih zakonskih ograničenja.

1.8. Jesu li strani državljanima mogli stjecati pravo korištenja (građenja) na temelju prvenstvenog prava korištenja (građenja)

Postavlja se pitanje jesu li strani državljanima mogli naslijediti po načelu uzajamnosti prvenstveno pravo korištenja (građenja) koje su po tadašnjim propisima nasljeđivali domaći državljanima, a koji su mogli steći pravo korištenja (građenja) na onoj građevinskoj čestici na koju se odnosi prvenstveno pravo korištenja (građenja). Ovo pravo mogla je steći ona osoba koja njegovom realizacijom, izgradnjom zgrade kakva se može izgraditi na toj čestici uz odobrenje za građenje, ne bi prekoračila zakonski maksimum.

Budući da tadašnji propisi, ako se izuzme razdoblje od 8. siječnja 1963. do 1. siječnja 1966. (*supra*), nisu predviđali da strani državljanima građenjem mogu steći pravo vlasništva na zgradu u SFRJ, smatramo da nisu mogli ni po osnovi nasljeđivanja steći prvenstveno pravo korištenja (građenja), kao ni pravo građenja koje je stečeno na osnovi toga prava, stoga što ga oni ne bi mogli realizirati. Zato prvenstveno pravo korištenja (građenja) nije

²⁹ Zaključci XII. Zajedničke sjednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, održane 17. svibnja 1979. u Ohridu, objavljeni u Biltenu sudske prakse Saveznog suda br. 10/79. i u Pregledu NZ, br. 16/37.

³⁰ Vrhovni sud Hrvatske u jednoj odluci navodi: "Budući da SFRJ nije ni jednim ugovorom dala pravo državljanima neke druge države da pravnim poslom stječu vlasništvo na nekretninama na području SFRJ, takvo se pravo pozivom na klauzulu najvećeg povlaštenja ne može ni priznati državljaninu SAD." VSH, br. Rev-1900/80 od 4. prosinca 1980., Pregled NZ, br. 19/54.

pripadalo ni prijašnjem vlasniku zemljišta podružtvovljenog upravo zbog toga što je izgubio jugoslavensko državljanstvo.³¹

1.9. Davanje na korištenje građevinskog zemljišta i stjecanje prava vlasništva od 22. prosinca 1990.

Radikalna promjena u odnosu na raspolaganje neizgrađenim građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu uslijedila je posljednjim izmjenama i dopunama ZGZ-a koje su stupile na snagu 22. prosinca 1990.³² Od toga dana se na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, za koje posebnim zakonom nije propisana zabrana raspolaganja,³³ moglo konstituirati pravo građenja (davanje na korištenje) samo u korist društvenopravnih osoba, dok se fizičkim ili pravnim osobama (uključujući i stranim osobama) to zemljište moglo prenositi u vlasništvo; u jednom i drugom slučaju "samo uz naknadu prema tržišnim cijenama".³⁴

Prenošenje u privatno vlasništvo građevinskog zemljišta po tržišnim cijenama obavljalo se na temelju ugovora o prodaji nekretnina, ili drugim naplatnim pravnim poslom, po pravilima ZPZZ-a.³⁵ Kako su se društvenopravne osobe od 1991. godine u postupku pretvorbe društvenog kapitala (društvenih poduzeća) ili po samom zakonu (država, jedinice lokalne samouprave, javne ustanove itd.) pretvarale u vlasničkopravne osobe stječući pravo vlasništva na zgradu i na zemljištu koje pripada zgradi (čl. 9. ZPZOVO-a) i sposobnost da stječu vlasništvo na neizgrađenom zemljištu (čl. 26. ZGZ-a), ubrzo je prodaja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu postala pravilo s realnom opasnošću da općine odnosno kasnije jedinice lokalne samouprave kao i država rasprodaju i ono malo zemljišta koje će im ostati u vlasništvu nakon pretvorbe i denacionalizacije.³⁶ Tako se javila potreba primjene ustanove prava građenja iz pravila austrijskog Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. koji se primjenjivao u Istri i Dalmaciji do 1. srpnja 1929., a nakon toga do 6. travnja 1941. samo na području Apelacionog suda u Splitu.³⁷

³¹ Čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća, Sl.I. FNRJ br. 35/48. od 29. travnja 1948.

³² Čl. 11. ZID ZGZ, NN, 53/90., čl. 26. proć. teksta.

³³ Vidi Zakon o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike, odnosno u vlasništvu drugih fizičkih i pravnih osoba, NN br. 53/90., 61/91., 25/93. i 70/93. kojim je bilo zabranjeno raspolaganje nekretninama koje su bile prisilno prenijete u društveno vlasništvo nakon 15. svibnja 1945. godine.

³⁴ Čl. 11. ZID ZGZ-a, kojim se mijenja čl. 26., a taj glasi: "Građevinsko zemljište u društvenom vlasništvu može se dati na korištenje društvenopravnim osobama, odnosno u vlasništvo fizičkih ili pravnih osoba, samo uz naknadu prema tržišnim cijenama."

³⁵ Zakon o prometu zemljišta i zgrada (ZPZZ) prestao se primjenjivati 1. siječnja 1997. (čl. 394. st. 1. al. 3. ZV-a) uz supsidijarnu primjenu ZOO-a.

³⁶ Šire o tome Simonetti, P., Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu (*de lege lata i de lege ferenda*), Hrvatska prava revija, br. 7/02., god. II., str. 8-9 i str. 17-21.

³⁷ Šire o tome, Simonetti, P., Rasprave iz stvarnog prava, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u

1.10. Pravo vlasništva stranih osoba na nekretnine po zakonu o osnovnim vlasničkopravnim odnosima

1.10.1. Pravo vlasništva stranih fizičkih osoba na zemljište i zgrade stečeno nasljeđivanjem

Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima propisivao je da na teritoriji SFRJ strane fizičke osobe, uz uvjet reciprociteta, mogu biti nositelji prava vlasništva na zemljište i zgrade koje su stekli nasljeđivanjem (čl. 5. ZN-a), kao i građani SFRJ “ako međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno” (čl. 82. st. 1.). Ovo načelo ostalo je na snazi do 1. srpnja 1997., s tim što je po Zakonu o preuzimanju Zakona o vlasničkopravnim odnosima³⁸ na mjesto SFRJ, 8. listopada 1991., došla Republika Hrvatska. Ovim zakonom bilo je, dakle, potvrđeno pravo vlasništva stranih fizičkih osoba na nekretninama koje su stekle po propisima o nasljeđivanju. Strani državljani, prema Zakonu o nasljeđivanju, mogli su naslijediti i poljoprivredno zemljište, ali ne preko maksimuma koji je bio zakonom propisan za domaće državljane (čl. 3. ZN-a),³⁹ što je bilo u skladu s Ustavom SRH (čl. 263.). Ovo ograničenje izgubilo je ustavnu osnovu 22. prosinca 1990. proglašenjem Ustava Republike Hrvatske koji je zajamčio pravo vlasništva (čl. 48. st.1.), a njegovu nepovredivost uzdigao u red najviših vrednota ustavnog poretka (čl. 3.), čime je isključio svako ograničenje i oduzimanje prava vlasništva, osim kada je to zakonom određeno u interesu Republike Hrvatske (čl. 50. st. 1.).⁴⁰ Ustavom RH jamči se pravo nasljeđivanja (čl. 48. st. 4.), a strana osoba može stjecati pravo vlasništva uz uvjete određene zakonom (čl. 48. st. 3.).

1.10.2. Pravo vlasništva stranih fizičkih i pravnih osoba koje obavljaju djelatnost u SFRJ, odnosno u Republici Hrvatskoj

Od 1. srpnja 1990. strane osobe imale su šire mogućnosti stjecanja prava vlasništva na zemljište i zgrade. U skladu s ustavnim amandmanom XV na Ustav SFRJ⁴¹, Zakonom o poduzećima⁴² te Zakonom o stranim ulaganjima,⁴³ Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima⁴⁴ dodana su tri nova članka 82.a, 82.b i 82.c o pravu vlasništva stranih osoba.

Rijeci, Rijeka 2004, strana 228-235; isti: Rimski superficies i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja, ZPFR, vol. 20 broj 1. (1999.)

³⁸ NN 53/91 od 8. listopada 1991.

³⁹ Vidi čl. 61. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN 26/84.

⁴⁰ Zakon o izvlaštenju, NN broj 9/94., 35/94., 114/01. (USRH, NN 112/00.)

⁴¹ Službeni list SFRJ broj 70/88.

⁴² Službeni list SFRJ broj 77/88., 40/89. i 49/90.

⁴³ Službeni list SFRJ broj 77/88.

⁴⁴ Službeni list SFRJ broj 36/90.

Prema članku 82.a strana osoba koja obavlja djelatnost u SFRJ (od 8.10.1991. u Republici Hrvatskoj) uz uvjet reciprociteta, mogla je biti nositelj prava vlasništva na poslovne zgrade, poslovne prostorije, stanove i stambene zgrade, te na građevinsko zemljište, na kojem je moglo postojati pravo vlasništva, za izgradnju takvih zgrada. Zakon o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (od 8. listopada 1991.) nabravanje vrsta nekretnina zamijenio je općim terminom - nekretnina. Ovo zbog toga što se tim zakonom uspostavlja pravno jedinstvo zemljišta i zgrade u privatnom vlasništvu (članak 9.).

Zakonom se, međutim, moglo predvidjeti da strana fizička i pravna osoba ne može imati pravo vlasništva na nekretnine koje se nalaze na određenim područjima SFRJ (od 8. listopada 1991.- Republike Hrvatske).

1.10.3. Pravo vlasništva stranih osoba koje ne obavljaju djelatnost u SFRJ, odnosno u Republici Hrvatskoj

Prema članku 82.b strana fizička osoba koja je bila nastanjena na teritoriju SFRJ, uz uvjet reciprociteta, mogla je biti nositelj prava vlasništva na stan i stambenu zgradu. Ova odredba izmijenjena je člankom 13. Zakona o preuzimanju Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima u pravni sustav Republike Hrvatske tako što je bilo propisano da "strana fizička i pravna osoba koja ne obavlja djelatnost u Republici Hrvatskoj može uz uvjet reciprociteta biti nositelj prava vlasništva na nekretninama na teritoriju Republike Hrvatske uz suglasnost ministra inozemnih poslova, a po prethodno pribavljenom mišljenju ministra pravosuđa i uprave". Zatim je dodano da su ništavi pravni poslovi zaključeni protivno ovoj odredbi (članak 13. stav. 2.).

1.10.4. Pravo raspolaganja stranih osoba pravom vlasništva na nekretninama

Prema odredbi članka 82.c strana fizička i pravna osoba može pravo vlasništva na nekretnini prenositi pravnim poslom kako na domaću fizičku i pravnu osobu tako i na stranu osobu koja može biti nositelj prava vlasništva.

1.11. Ništavi pravni poslovi nisu se osnažili naknadnim ukidanjem zabrane otuđenja nekretnine stranoj osobi

Ugovor o otuđenju nekretnine stranoj osobi suprotno zakonskoj zabrani bio je apsolutno ništav (čl. 103. st.1. Zakona o obveznim odnosima).⁴⁵ Takav ugovor ne proizvodi nikakve pravne učinke. U načelu je svaka ugovorna strana bila dužna vratiti drugoj sve što je po osnovu ništavog ugovora primila (čl. 104. st. 1. ZOO-a). Ništav ugovor u načelu se ne može osnažiti

⁴⁵ Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SRFJ, br. 29/78., 39/85., 46/85., 45/89. i 57/86., NN 53/91., 111/93., 107/95, 7/96., 91/96. i 112/99.

naknadnim uklanjanjem uzroka ništavosti (čl. 107. st.1. ZOO-a). Osnaženje bilo bi moguće u hipotezi koju razmatramo, samo da je zabrana bila manjeg značenja, a ugovor dobrovoljno izvršen (čl.107. st. 2. ZOO-a). Zabrana otuđenja nekretnine stranim osobama, međutim, nije bila manjeg značenja pa se takav ugovor ne može osnažiti ni u slučaju kada je cijena plaćena u cijelosti, a nekretnina predana u posjed kupcu – stranoj osobi.⁴⁶

1.12. Pravo koncesije stranih osoba na nekretninama u SRH, odnosno u Republici Hrvatskoj

Strani ulagači mogli su od 8. svibnja 1990. dobiti koncesiju za korištenje određenog obnovljivog prirodnog bogatstva ili dobra u općoj upotrebi u skladu sa saveznim zakonom (članak 1. stavak. 1 ZK).⁴⁷ Prava i obveze koncedenta i koncesionara uređivale su se ugovorom u skladu s odredbama koncesije (članak 6. i 10.). Ovi ugovori su se upisivali u zemljišne knjige i druge evidencije koje se odnose na nekretnine (članak 13.)

Shodnom primjenom odredaba Zakona o koncesijama, stranim osobama se davalo odobrenje da izgrade, vode i iskorištavaju, na određeno vrijeme, određeni objekt, postrojenje ili pogon u skladu sa saveznim zakonom (čl. 1. st. 2. i čl. 12.).

Prema Zakonu o koncesijama Republike Hrvatske,⁴⁸ koncesijom se stječe:

- pravo gospodarskog korištenja prirodnih bogatstava te drugih dobara na kojima je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku;
- pravo obavljanja djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku te izgradnja i korištenje objekata i postrojenja potrebnih za obavljanje tih djelatnosti.

Koncesija se ne može dati za sljedeća dobra u vlasništvu države:

- šumska dobra;
- druga dobra utvrđena posebnim zakonom

Koncesija se može dati domaćoj i stranoj pravnoj i fizičkoj osobi, najdulje na vrijeme od 99 godina, a interes Republike Hrvatske utvrđuje Sabor Republike Hrvatske (članak 1.).

II. Sadašnje uređenje stjecanja prava vlasništva i prava građenja stranih osoba na nekretninama

1. Načelo

Strane osobe mogu imati i, pod određenim zakonskim pretpostavkama, stjecati pravo vlasništva na nekretninama u Republici Hrvatskoj, izuzi-

⁴⁶ VSRH, Rev – 3010/94 od 08. 10. 1994., Informator br. 4789 od 29. siječnja 2000.

⁴⁷ Zakon o koncesijama, NN 18/90. od 30. travnja 1990.

⁴⁸ NN broj 89/92.

majući nekretnine za koje je izričito zakonom propisano da ne mogu biti u vlasništvu stranih osoba, odnosno da na njih strane osobe ne mogu steći pravo vlasništva.

1.1. Ograničena stvarna prava

Ograničenja koja zakon propisuje u pogledu imanja i stjecanja prava vlasništva stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj ne odnose se na ograničena stvarna prava (čl. 354. st. 1. ZV-a),⁴⁹ u pogledu imanja i stjecanja ograničenih stvarnih prava na nekretninama strane osobe su izjednačene s domaćim osobama. To znači da strane osobe mogu imati i stjecati ograničena stvarna prava na svim nekretninama na kojima ih mogu imati i domaće osobe i da ih mogu stjecati pod onim pretpostavkama pod kojima ih stječu domaće osobe. Ni posebni zakoni, koji isključuju nekretnine na kojima strane osobe ne mogu imati pravo vlasništva, ne ograničavaju stjecanje drugih (ograničenih) stvarnih prava.

1.2. Pravo vlasništva stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj

Prema sadašnjem pravnom uređenju, dakle, strane pravne osobe ne mogu imati ili stjecati pravo vlasništva na određenim nekretninama u Republici Hrvatskoj, a na ostalima ga mogu stjecati samo pod posebnim zakonskim pretpostavkama (čl. 356.-358. ZV-a). Zato je nužno najprije odrediti pojam nekretnine i pojam strane osobe sa stanovišta Zakona o vlasništvu.⁵⁰

2. Pojam i svojstva nekretnine u pravu

2.1. Općenito o pojmu nekretnine kao objektu prava

Na ovom mjestu raspravlja se o nekretninama kao objektima prava vlasništva i drugih stvarnih prava s naročitim osvrtom na pravno jedinstvo nekretnine i pravni dualitet nekretnine, u ranijem pravnom sustavu, da bi se bolje sagledala prava na nekretninama u društvenom vlasništvu i uspostava prava vlasništva na njima – uspostavom pravnog jedinstva zemljišta i zgrade i u korist stranih osoba. O tome se šire raspravlja na drugom mjestu.⁵¹

Najprije se prikazuje načelo pravnog jedinstva nekretnine u današnjem pravu, kao univerzalno načelo, a zatim pravno jedinstvo i pravni dualitet

⁴⁹ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN br. 91/96., 73/00., 114/01.

⁵⁰ Vidi Gavella, N., u: Gavella, Josipović, Gliha, Belaj, Stipković, Stvarno pravo, Informator, Zagreb 1998., 2/62-82., 2/157, 6/48-53, 7/106 (B 24), 24/4., Tomljenović, V., Stranci kao stjecatelji prava vlasništva na nekretninama prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, ZPFR vol. 19. br. 2 (1998.), str. 534 – 536; Jelčić, O., Strane osobe kao stjecatelji prava vlasništva na nekretninama ZPFR. vol. 23. br. 1 (2002.), str. 250 – 251.

⁵¹ Simonetti, P., Rasprave iz stvarnog prava, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2001., strana 165.-201. (pravno jedinstvo nekretnine i njenih posebnih dijelova), isti u: Budimpeštanski simpozijum - Das Budapest Symposium, Edition Timmen, Bremen 2003.

nekretnina od 1945. do 8. listopada 1991. godine, odnosno do 1. siječnja 1997.

a) *Pojam nekretnine*

Nekretnine su, kao i ostale stvari u pravu, u širem smislu dijelovi prirode, vanjske sfere čovjeka, podložne vlasti fizičke ili pravne osobe. Nekretnine su prostorno ograničeni djelovi zemljišta i sve što je sa zemljištem trajno spojeno. Na površini zemljišta, ispod i iznad njegove površine, izgrađene su ili se grade različite zgrade, građevine i druge naprave i postrojenja te se u tome prostoru obavljaju gotovo sve ljudske djelatnosti. Na zemljištu ili ispod njegove površine, na vodi ili na dnu vodenih površina nalazi se sve što je čovjek izgradio, a nije razoreno ljudskim radnjama ili djelovanjem prirodnih sila.

b) *Svojstvo nekretnine*

Nekretninu izdvaja od ostalih stvari u pravu njeno prirodno svojstvo da se ne može premjestiti u prostoru bez uništenja njene strukture ili promjene identiteta. Obrnuto, pokretnine su one stvari koje se mogu premjestiti bez oštećenja s jednog mjesta na drugo, a da se time ni u čemu ne mijenja njihov pravni identitet.

Prostor zapravo individualizira nekretninu. Pomoću prostora se određuje njen identitet, jer u istom prostoru po zakonu fizike može postojati samo jedna stvar – samo jedna nekretnina. Iznimka je moguća samo u pravnoj fikciji po kojoj je pravo građenja druga nekretnina u pravnom pogledu. Ali ni u tom slučaju ne postoji identičnost u svojstvu između dviju nekretnina, jer se zgrada pravno odvaja od zemljišta pravom građenja, a ne može se ni u kom slučaju odvojiti od prava građenja (čl. 280. i 285. st. 3. ZV-a). Razlikuje se donekle svojstvo prirodne nekretnine (zemljišta) i umjetne nekretnine (prava građenja). Inače ne postoje dvije pravno identične nekretnine; dvije susjedne katastarske čestice jednake površine i oblika na zemljištu jednakog boniteta, kulture i položaja nisu isto; dva susjedna stana na istom katu, jednake površine i jednakog rasporeda – nisu isto, oni čine posebne dijelove prostorno određene nekretnine u etažnom vlasništvu; dva prava građenja na dvije susjedne građevinske čestice iste površine i oblika nisu isto, jer je svako od njih prostorno određeno. U tom smislu nekretnina je neponovljivo dobro: uvijek *res species* – nikada *generička stvar*.

2.2. *Zemljišta - nekretnine po prirodi*

Nekretnina je u pravu određena površina zemljišta – zemljišna čestica, katastarska ili građevinska čestica. Ona ima tri dimenzije: prostire se u visinu i dubinu do općeg dobra, dokle se prostire pravno zaštićeni interes vlasnika površine zemljišta (član 31. al. 3 ZV-a); nekretnina po horizontali ograničena je međama koje je odvajaju od susjednih nekretnina.

Nepokretnost zemljišta je njegovo prirodno svojstvo, a pravo ne može negirati tako očiglednu prirodnu činjenicu. Pravo ne može negirati ni pravni individualitet zemljišne površine, odnosno prostorno određenu nekretninu.

2.3. Pravo građenja kao nekretnina

Pravo građenja ograničeno je stvarno pravo na nečijem zemljištu koje ovlašćuje svoga nositelja da na površina toga zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik zemljišta dužan je to trpjeti (čl. 280. ZV-a); ali pravo građenja je istovremeno izjednačeno s nekretninom u pravnom pogledu (članak 280. stavak 2. ZV- a), a zgrada koja je na njemu izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je njime opterećeno "pripadnost je toga prava kao da je ono zemljište" (članak 280. stavak 3.). Pravo građenja se ni u pravnom prometu ne može odvojiti od zemljišta, ako zakonom nije drukčije određeno (članak 283.), kao ni zgrada od prava građenja (članak 285. stavak 3.). Ne postoji pravo koje može razdvojiti pravo građenja od zemljišta ili zgradu od prava građenja kao što može pravo građenja odvojiti zgradu od zemljišta. Od prava građenja može se pravom služnosti odvojiti samo onaj dio zgrade koji se oslanja na susjedno zemljište opterećeno pravom građenja (čl.157. i 196. ZV-a).

Prema tome sve pretpostavke zakonom određene za stjecanje prava vlasništva stranih osoba na nekretninama načelno vrijede i za pravo građenja. Nije isključena mogućnost stjecanja prava vlasništva, pa prema tome ni prava građenja na građevinskom zemljištu koje se nalazi izvan granica isključenog područja na kojem strane osobe ne mogu imati pravo vlasništva (čl. 358. st. 1. ZV-a) te izvan zaštićenih dijelova prirode, na kojima i tako, po pravilu nije dopuštena izgradnja (*infra*).

3. Strane osobe

Tko se smatra stranom osobom koja ne može imati ili stjecati pravo vlasništva na određenim nekretninama, a na ostalima može ga stjecati pod određenim zakonskim pretpostavkama, određuje Zakon o vlasništvu (čl. 355.).⁵²

Po Zakonu o vlasništvu strane osobe su one osobe koje nemaju državljanstvo Republike Hrvatske, osim ako je što drugo određeno zakonom (čl. 355. st. 1.). Prema metodi interpretacije pravnih propisa - iznimke propisane zakonom usko se tumače (*strictissime interpretationis*) nisu strane osobe one fizičke osobe koje po rođenju ili drugoj pravnoj osnovi imaju državljanstvo neke druge države, ako imaju i hrvatsko državljanstvo, bez obzira u kojoj državi imaju prebivalište ili boravište. Obrnuto, strana osoba je ona osoba koja nema hrvatsko državljanstvo iako ima prebivalište

⁵² Tako i po ranijim propisima (VSH, Rev 2080/83 od 9. XI.1983, Žuvela³ str. 382.)

u Republici Hrvatskoj, bez obzira ima li državljanstvo neke druge države ili je bez državljanstva (apatrid).

3.1. Strane fizičke osobe - iseljenici s područja Republike Hrvatske

Poseban pravni položaj imaju strane osobe – iseljenici s područja Republike Hrvatske i njihovi potomci.

Po Zakonu o vlasništvu iseljenici s područja Republike Hrvatske ne smatraju se stranim osobama ako je tijelo državne uprave nadležno za odlučivanje o državljanstvu utvrdilo da ispunjavaju pretpostavke za stjecanje državljanstva Republike Hrvatske. Isto vrijedi i za njihove potomke (čl. 355. st. 2.). Po zakonskoj definiciji, iseljenici s područja Republike Hrvatske osobe su koje su iselile iz Hrvatske u namjeri da stalno žive u inozemstvu (čl. 11. st. 3., ZHD).⁵³

Prema tome, iseljenici s područja Republike Hrvatske, kao i njihovi potomci, bez obzira imaju li ili nemaju državljanstvo neke druge države, ako se žele izjednačiti s hrvatskim državljanima u pogledu zadržavanja i stjecanja prava vlasništva na nekretninama u Republici Hrvatskoj, ne moraju podnijeti nadležnom tijelu zahtjev za stjecanje hrvatskog državljanstva već samo zahtjev za utvrđenje da ispunjavaju pretpostavke za stjecanje hrvatskog državljanstva, jer ako nadležno tijelo utvrdi da ispunjavaju te pretpostavke, oni će po Zakonu o vlasništvu biti izjednačeni s hrvatskim državljanima (čl. 355. st. 1.). Ovo ima praktičnu vrijednost za one osobe koje ne mogu steći hrvatsko državljanstvo bez odricanja od svoga državljanstva. Time se omogućava stjecanje nekretnina i onim Hrvatima iz dijaspore, koji su iselili do 10. lipnja 1940. godine s područja koje je bilo pripojeno Kraljevini Italiji po međudržavnim ugovorima (1920. i 1924.), danas su u sastavu Republike Hrvatske, koji su bili propustili podnijeti zahtjev za prijem u jugoslavensko državljanstvo u prekluzivnom roku do 30. lipnja 1948., odnosno njihovim potomcima,⁵⁴ a do sada nisu stekli hrvatsko državljanstvo.

3.2. Apatridi - iseljenici s područja bivše SFRJ

Ponešto specifičan položaj imaju iseljenici s područja bivše SFRJ koji nemaju državljanstvo nijedne države, kao i njihovi potomci (apatridi). Oni mogu stjecati pravo vlasništva na nekretninama na području Republike Hrvatske ako im suglasnost dade ministar zadužen za iseljništvo, po prethodno pribavljenom mišljenju ministra pravosuđa Republike Hrvatske (čl. 356. st. 3.). Njihov je položaj, dakle, specifičan samo utoliko što o njihovom zahtjevu odlučuje ministar zadužen za iseljništvo. Iz ovoga proizlazi, da se

⁵³ Zakon o hrvatskom državljanstvu, NN br. 53/91., 70/91., 28/92. (USHR 113/93)

⁵⁴ Čl. 36.a, 36.b i 36.c Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o državljanstvu Federativne Narodne Republike Jugoslavije (Sl.l. FNRJ, br. 104/47. od 6. prosinca 1947.). Šire o tome Martinčić, R., *Pravni status nekretnina ekonomskih emigranata s područja Istre*, ZPFR, vol. 1 (1980.), str. 225.-231.

o njihovim zahtjevima odlučuje u skladu sa smjericama politike Republike Hrvatske prema iseljenicima, bez obzira da li je ministarstvo za iseljništvo samostalno tijelo (kao ranije) ili su ti poslovi preneseni u nadležnost ministarstva vanjskih poslova (kao sada) ili kojeg drugog državnog tijela.

3.3. Strane pravne osobe

Strane pravne osobe po Zakonu o vlasništvu one su osobe koje imaju registrirano sjedište izvan područja Republike Hrvatske (čl. 355. st. 3.), bez obzira što je njihov osnivač hrvatski državljanin, ili hrvatska pravna osoba.

Obrnuto, domaće pravne osobe su one osobe koje su registrirane na području Republike Hrvatske iako je njihov osnivač strana osoba, fizička ili pravna.^{55, 56} Od ovoga pravila može se odstupiti samo zakonom (čl. 355. st. 3.) kao npr. Protokolom o pristupanju Republike Hrvatske Makareškom ugovoru o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije (WTO), koji je ratificirala Republika Hrvatska. Prema Protokolu "društva" osnovana stranim kapitalom i registrirana u Republici Hrvatskoj mogu stjecati pravo vlasništva samo na one nekretnine koje su neophodne za pružanje njihovih usluga.^{57, 58} Da je Zakon o vlasništvu propisao takvo ili slično ograničenje za stjecanje prava vlasništva na nekretninama od strane onih pravnih osoba koje u Republici Hrvatskoj osnivaju strane fizičke i pravne osobe, ne bi se množile pravne osobe osnovane stranim kapitalom i registrirane u Republici Hrvatskoj koje se osnivaju s jedinim ciljem da njihovi osnivači steknu nekretninu u RH mimo zakona⁵⁹. Nakon što takva osoba stekne pravo vlasništva na nekretnini, provede se postupak likvidacije, a nekretnina prelazi u vlasništvo osnivača-strane fizičke ili pravne osobe, zaobilazeći tako zakonska ograničenja, uvjet uzajamnosti i postupak pribavljanja suglasnosti od nadležnog ministra.

⁵⁵ Članak 611. Zakona o trgovačkim društvima, NN 117/93., 34/99., 118/03.

⁵⁶ Ovo načelo je općenito prihvaćeno u međunarodnom privatnom pravu, Ježdić, M., Međunarodno privatno pravo I, Beograd 1963., strana 131.-134.

⁵⁷ Protokol o pristupanju Republike Hrvatske Makareškom ugovoru o osnivanju Svjetske trgovinske organizacije koji je ratificiran Zakonom o potvrđivanju Protokola... NN-MU 13/00. daje pravo "društvima osnovanim i registriranim u Hrvatskoj kao pravne osobe" da u Republici Hrvatskoj stječu vlasništvo na one nekretnine koje su neophodne za pružanje njihovih usluga. "Za stjecanje vlasništva nad nekretninama neophodnim za pružanje usluga od strane podružnica potrebno je odobrenje Ministarstva vanjskih poslova". Za davatelje usluga koji nisu osnovani u Hrvatskoj nije preuzeta obveza (Lista izuzeća od članka II-Statusa najpovlaštenije nacije). Napomena: Podružnice nisu pravne osobe, ali mogu obavljati sve vrste gospodarskih djelatnosti. Za njihova prava i obveze odgovara društvo koje ih je osnovalo.

⁵⁸ Vidi Josipović, T., Promet nekretninama prema Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju i drugim međunarodnim ugovorima, u: Nekretnine u pravnom prometu, Inženjerski biro d.d. Zagreb, 2004., str.14.-15.

⁵⁹ U medijima se nazivaju "fantomske firme".

3.4. Osobe bez državljanstva (apatridi)

U duhu Konvencije o pravnom položaju osoba bez državljanstva,⁶⁰ apatridima priznaje se pravo da oporučno raspoložu svojom nepokretnom imovinom i da budu nasljednici, jer se na njih ne može primijeniti uvjet uzajamnosti.⁶¹

4. Zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva i prava građenja stranih osoba

4.1. Uzajamnost – opća pretpostavka za stjecanje prava vlasništva i prava građenja na nekretninama

Općenito načelo uzajamnosti u međunarodnom privatnom pravu ima to značenje da jedna država uvjetuje svoje postupanje prema državljanima druge države odgovarajućim postupanjem te druge države prema njenim državljanima.⁶² U idealnom smislu postoji uvjet uzajamnosti ako dvije države na jednak način utvrde pretpostavke za stjecanje, uživanje i zaštitu prava za državljane one druge države. Inače se to postiže međudržavnim ugovorom. Primijenjeno na stjecanje prava vlasništva na nekretninama značilo bi da strani državljanin, npr. može naslijediti nekretninu u Republici Hrvatskoj kao i njeni državljani, ako i hrvatski državljanin može naslijediti nekretninu u državi stranca kao i njeni državljani; da strana osoba u Republici Hrvatskoj može steći pravo vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla, ako je hrvatski državljanin može steći na temelju pravnog posla u državi stranca; da strana osoba može steći pravo vlasništva na nekretnini u Republici Hrvatskoj i po drugoj pravnoj osnovi, ako je po toj pravnoj osnovi hrvatski državljanin može steći u državi stranca.

Općenito, uzajamnost se utvrđuje međunarodnim ugovorima (diplomatska uzajamnost⁶³) i nacionalnim zakonom. Ovo vrijedi i za uzajamnost za stjecanje prava vlasništva na nekretninama. Ako uzajamnost nije ugovorena po jednom proširenom mišljenju, u pravnoj znanosti i u praksi, smatra se da postoji dok se ne dokaže suprotno (faktička uzajamnost).⁶⁴

⁶⁰ Sl. I. FNRJ-MU 9/59. od 1. rujna 1959. (čl. 13. Konvencije...)

⁶¹ Vidi, Kreč-Pavić, op. cit., strana 24; Varadi, T., Međunarodno privatno pravo, Forum, Novi Sad, 1987., str. 282-283.

⁶² Cigoj, S., Međunarodno pravo osebnih premoženjskih razmerij, Prva knjiga, Splošni nauki, Ljubljana 1984. strana 169; Knežević, G., Reciprocitet, u: Prestanak SFRJ. Pravne posledice, Beograd, 1995., strana 75; Sajko, K.; Neka pitanja u vezi s uzajamnošću i odmazdom u međunarodnom privatnom pravu, Naša zakonitost, broj 5/67, strana 431. O različitim poimanjima reciprociteta u pravnoj znanosti, Pak, M., Međunarodno privatno pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1986., strana 733.

⁶³ Vidi konvencije i ugovore o reciprocitetu (uzajamnosti) kod zakonskog i oporučnog nasljeđivanja, u: Kreč-Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju, izd. Narodne novine, Zagreb 1964., uz čl. 5., strana 19-24.

⁶⁴ Predmnjeva uzajamnosti za pojedine pravne odnose propisana je i posebnim zakonima.

4.1.1. *Primjena klauzule najpovlaštenije nacije*

Prema klauzuli najpovlaštenije nacije (The most favored nation; la nation la plus favorisee) iz međudržavnog ugovora, državljanin one države s kojim Republika Hrvatska ima takav ugovor, uživat će prava i povlastice pod istim uvjetima pod kojima ih je Republika Hrvatska priznala državljanima neke druge države, međudržavnim ugovorom ili posebnim zakonom.⁶⁵ To znači da će se državljanin te države u pogledu mogućnosti stjecanja prava vlasništva i prava građenja na nekretninama u Republici Hrvatskoj u dogledno vrijeme izjednačiti s pravima osoba članica Europske unije, ako su za njih povoljnija.⁶⁶

4.2. *Nasljeđivanje po načelu uzajamnosti*

U većini suvremenih država priznaje se stranom državljaninu sposobnost nasljeđivanja, najčešće uz uvjet uzajamnosti.⁶⁷

Strani državljani u Republici Hrvatskoj pod "uvjetima primjene načela reciprociteta" imaju "ista nasljedna prava kao i domaći državljani",⁶⁸ a imali su ga i u FNRJ - SFRJ.^{69, 70} Propisujući isto načelo sadašnji Zakon

Tako npr. sadašnji Zakon o nasljeđivanju RH propisuje: Uzajamnost se predmnijeva, dok se suprotno ne utvrdi na zahtjev osobe koja u tome ima pravni interes (čl. 2. st. 2.). Postojanje uzajamnosti što se tiče "strane sudske odluke pretpostavlja se dok se ne dokaže suprotno..." (čl. 92. st. 3. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Sl.l. FNRJ, br. 43/82., 72/82) koji je preuzela Republika Hrvatska na dan raskidanja državnopravnih sveza s bivšom SFRJ – 8. listopada 1991. (NN br. 53/91.). Ove odredbe se ne odnose na postupak priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka (vidi: Zakon o arbitraži, NN br. 88/01.).

⁶⁵ Vidi: Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo*, izdanje Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2000., str. 166.-168., 458. i 459., Andrassy, J., *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1954., str. 161., Bartoš, M., *Međunarodno javno pravo*, Ugovorno pravo. Klasici jugoslavenskog prava, izd. NIU, Sl. l. SFRJ, Beograd, 1986., str. 306.-307.

⁶⁶ Ugovor s klauzulom najpovlaštenije nacije zaključile su Srbija i Sjedinjene Američke Države 14. listopada 1881. (Ugovor o trgovini i plovidbi), koji je na temelju člana 12. Senžermenskog ugovora važio za prvu Jugoslaviju, a prihvatila ga je FNRJ (vidi Sporazum o novčanim potraživanjima SAD-a i njenih državljana, Službeni glasnik Presidijuma Narodne skupštine broj 25/51. i Obavezno tumačenje II Ugovora o trgovini i plovidbi i čl. 5. Sporazuma, Službeni list FNRJ 31/53. Podaci iz Kreč-Pavić, op.cit., strana 22.). Ugovor o trgovini i plovidbi s klauzulom najpovlaštenije nacije zaključen je 30. kolovoza 1930. godine s Holandijom (Sl. nov. broj 85-XXXVI od 13. travnja 1932.). Ovi ugovori su se primjenjivali u FNRJ/SFRJ po načelu sukcesije država u pogledu ugovora. Međunarodni ugovori koje je sklopila ili kojima je pristupila SFRJ primjenjuju se ako nisu u suprotnosti s ustavnim i pravnim poretom Republike Hrvatske, na temelju odredaba međunarodnog prava o sukcesije država u pogledu ugovora (t. III Ustavne odluke o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske, NN 31/91 od 25. lipnja 1991.)

⁶⁷ Jezdić, M., op.cit., strana 107.

⁶⁸ Članak 2. stavak 2. Zakona o nasljeđivanju, NN 48/03. od 26. ožujka 2003.

⁶⁹ Članak 5. Zakona o nasljeđivanju, Službeni list FNRJ 20/55. koji je stupio na snagu 11. srpnja 1955. (pročišćeni tekst Službeni list SFRJ 12/65., 42/65. ispr. 44/65., 47/65.)

⁷⁰ Šire o tome Kreč, M., i Pavić, Đ., *Komentar zakona o nasljeđivanju*, uz članak 5., str. 17-24.

o nasljeđivanju⁷¹ izričito određuje da se uzajamnost predmnijeva dok se suprotno ne utvrdi na zahtjev osobe koja u tome ima pravni interes (članak 2. stavak 2.). Prema tome strana osoba u Republici Hrvatskoj stječe pravo vlasništva, kao i pravo građenja, na nekretninama na osnovi nasljeđivanja ako nema dokaza da hrvatski državljanin ne bi mogao naslijediti pravo vlasništva nekretnine, odnosno pravo građenja u državi te osobe. Budući da ZN ne ograničava, predmnijeva se da se uzajamnost odnosi kako na zakonsko tako i na oporučno nasljeđivanje, ako međudržavnim ugovorom nije drukčije određeno. To znači da će stranac nasljeđivati u Republici Hrvatskoj na temelju predmnjeve faktičke uzajamnosti, ne samo po zakonskom redu nasljeđivanja nego i na temelju oporuke, ako nema dokaza da je takva mogućnost u državi stranca uskraćena hrvatskom državljaninu ili ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno.

4.3. Suglasnost nadležnog ministra, posebna pretpostavka za stjecanje prava vlasništva

Suglasnost nadležnog ministra je druga posebna pretpostavka za stjecanje prava vlasništva nekretnine, odnosno prava građenja, koja se izričito ne traži samo za stjecanje prava vlasništva nasljeđivanjem (član 356. stav 1. ZV-a). U pravnoj literaturi nema suglasnosti da li je ova pretpostavka propisana za sve druge pravne osnove stjecanja prava vlasništva ili samo za stjecanje na temelju pravnog posla.

Nasuprot vladajućem mišljenju, u ovom članku zastupa se suprotno mišljenje, da se suglasnost nadležnog ministra traži samo za stjecanje prava vlasništva na temelju pravnog posla (*infra*). Za stjecanje prava vlasništva po drugima pravnim osnovama, dovoljna je univerzalna pretpostavka – uzajamnost.

4.3.1. Vladajuće mišljenje - suglasnost nadležnog ministra za sve pravne osnove, osim za nasljeđivanje

Prema vladajućem mišljenju suglasnost nadležnog ministra traži se za stjecanje vlasništva na nekretninama, osim po osnovi nasljeđivanja.

Pobornici mišljenja da se suglasnost nadležnog ministra traži za stjecanje prava vlasništva stranih osoba na nekretnini po bilo kojoj pravnoj osnovi osim po osnovi nasljeđivanja, pozivaju se na formulaciju članka 356. stavak 2. i 3. ZV-a, koji samo za stjecanje prava vlasništva nasljeđivanjem ne traži suglasnost nadležnog ministra, pored opće pretpostavke – uzajamnosti.

Gramatičkim tumačenjem, dakle, pobornici ovog gledišta izvode zaključak da strana osoba mora imati suglasnost nadležnog ministra za stjecanje prava vlasništva na nekretnini i na temelju samoga zakona, odluke suda ili drugog nadležnog tijela, jer zakon ne propisuje ni jednu iznimku osim

⁷¹ Zakon o nasljeđivanju, NN, br. 48/03.

za stjecanje prava vlasništva nasljeđivanjem (članak 356. stavak 1.).⁷² Taj zaključak rezimiran je riječima “suglasnost ministra pretpostavka je da bi stranac bio sposoban steći pravo vlasništva nekretnine koja je na području Republike Hrvatske na bilo kojem pravnom temelju osim nasljeđivanja, dakle, ne samo na temelju pravnog posla, nego i na temelju odluke suda ili druge nadležne vlasti, kao i na temelju zakona” stoga “stranac nije sposoban postati vlasnikom nekretnine ako nema suglasnost nadležnog ministra... pa ni putem dosjeloosti”.⁷³

Prema nekim pobornicima gornje teze suglasnost nadležnog ministra (sa stanovišta ZOVO-a) bila je potrebna strancu-graditelju za stjecanje prava vlasništva građenjem na tuđem zemljištu, a ne i vlasniku zemljišta (strancu) koji stječe pravo vlasništva na zgradu po samom zakonu (*superficies solo cedit*).⁷⁴ Pri tome se zaboravlja, međutim, da i poštenu graditelj stječe pravo vlasništva građenjem na tuđem zemljištu po samom zakonu kad je vlasnik zemljišta znao za građenje, a nije se odmah usprotivio (članak 24. stavak 1. ZOVO-a). Štoviše, graditelj se ne bi mogao ni odreći prava vlasništva uz obvezu da vlasniku zemljišta plati naknadu za zemljište ako to ne prihvati vlasnik zemljišta, a vlasnik zemljišta mogao bi ustupiti nepoštenom graditelju zemljište i zgradu, uz naknadu za zemljište i bez njegova pristanka.⁷⁵ Tako i po sadašnjem zakonu zgrada “pripada” poštenom graditelju ako vlasnik zemljišta nije bez odgode zabranio daljnju gradnju (čl. 153. ZV-a), a u svim drugim hipotezama vlasnik “ima pravo” zahtijevati da mu se preda u posjed njegovo zemljište sa zgradom. Uz to vlasnik zemljišta može tražiti da nepošteni graditelj ukloni zgradu o svom trošku i da mu naknadi štetu po pravilima obveznog prava. Zakon o vlasništvu, u ovom slučaju, dopušta i mogućnost izbora vlasnika zemljišta da zemljište sa zgradom ustupi graditelju uz obvezu plaćanja naknade za zemljište.

U sudskoj praksi usvojeno je stanovište da strani državljanin ni zajedničkim radom ili doprinosom u bračnoj zajednici s domaćim državljaninom ne stječe pravo vlasništva, jer Zakon o prometu zemljišta i zgrada izričito propisuje da na teritoriju Jugoslavije strani državljanini mogu stjecati pravo vlasništva na nekretnine samo nasljeđivanjem (član 8. stav 1.).⁷⁶ Tužiteljica,

⁷² Jelčić, O., Strane osobe... str. 259.; Gavella, N., Neka razmišljanja o stvarnim pravima stranaca, Informator broj 4893 od 27. siječnja 2001. str. 2.; Josipović, T., Položaj stranaca u prometu nekretninama, u: Nekretnine u prometu, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2001, str. 132. Slično gledište su, prije Zakona o vlasništvu, zastupali Žuvela, M. i Šeparović, M. op.cit. Tomljenović, V. se o tome ne izjašnjava izričito, jer je ograničila temu na stjecanje prava vlasništva na temelju nasljeđivanja (uzajamnost) i pravnog posla (uzajamnost plus suglasnost nadležnog ministra), op. cit., str. 536. – 538.

⁷³ Gavella, N., op.cit.

⁷⁴ Šire o tome: Žuvela – Šeparović, op. cit. str. 8.

⁷⁵ Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982., str., 118. – 122.

⁷⁶ Pavić, Đ.-Duić, F., Prava na nekretninama, I knjiga, Informator, Zagreb 1968., strana 23.-26.; Radanović, B., Poznić, B., Komentar Zakona o prometu zemljišta i zgrada, izd. NIU S.I. SFRJ, Beograd, 1969., strana 20. i 21.

strana državljanka, dala je tuženome, svome bračnom drugu, domaćem državljaninu, novac za izgradnju kuće 1965., a u Jugoslaviji se definitivno nastanila 1966. dok je “jugoslavensko državljanstvo dobila 1973.”, pa nije stekla pravo vlasništva.⁷⁷

4.3.2. *Suprotno mišljenje – suglasnost samo za stjecanje na temelju pravnog posla*

Prema suprotnom mišljenju, koje se ovdje zastupa, samo uzajamnost je univerzalna pravna pretpostavka da bi strana osoba stekla pravo vlasništva na nekretninama u Republici Hrvatskoj po svim pravnim osnovama. Po hrvatskom pravu uzajamnost je, naime, opća pretpostavka za stjecanje određenih prava stranih državljana, pa i za stjecanje prava vlasništva na nekretninama, ako nije drukčije određeno zakonom ili međunarodnim ugovorom.

Suglasnost nadležnog državnog tijela, po našem pravu nadležnog ministra, specifična je zaštitna mjera koju određuje pojedina država kao pretpostavku za stjecanje prava vlasništva stranih osoba na nekretninama u slučaju kada postoji nerazmjerno veća mogućnost da strane osobe stječu vlasništvo na nekretninama na njenom području nego da njeni građani i pravne osobe stječu pravo vlasništva na nekretninama na području strane države, pa se sam uvjet uzajamnosti pokazuje kao nedovoljan. Naravno i u tom slučaju se može odrediti iznimka međudržavnim ugovorom ili nacionalnim zakonom kada država procijeni da postoje opravdani razlozi, politički, gospodarski i slično.

Ratio legis. Pretpostavka-suglasnost nadležnog ministra može se vezati samo za pravne poslove, voljni prijenos prava vlasništva nekretnine na stranu osobu, *inter vivos*; za stjecanje prava vlasništva koje se zasniva na očitovanju privatne volje, a nije izraz volje zakonodavca izražene u propisanim zakonskim pretpostavkama koje proizvode jednak pravni učinak za domaće i strane osobe, ako zakon izričito ne propisuje što drugo. Suglasnost nadležnog ministra ne traži se ni za stjecanje prava vlasništva na temelju odluke nadležnog tijela, pa čak ni za neke pravne poslove (*infra*).

Ovu tezu potvrđuje i posebna odredba Zakona, da bez suglasnosti nadležnog ministra ne proizvodi pravni učinak pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva (članak 357. stavak 1. ZV-a). Zakon ne propisuje da strana osoba neće steći pravo vlasništva po drugoj pravnoj osnovi, osim po osnovi nasljeđivanja, ako izostane suglasnost nadležnog ministra unatoč tome što su ispunjene sve opće zakonske pretpostavke. Dakle, takva posebna pretpostavka (suglasnost ministra) za stjecanje prava vlasništva po samom zakonu nije izričito propisana, a nije ni mogla biti propisana, bez naročitog razloga, kad je zakon ne propisuje za nasljeđivanje, tj. za stjecanje prava vlasništva po samom zakonu, bilo da se nasljeđivanje zasniva na zakonskom

⁷⁷ VSH Gž 4124/74, od 27. studenog 1975., Žuvela³, strana 378. Tako i VSSr Rev. 996/84, od 8. lipnja 1984., (cit iz Varadi, op. cit., str. 284.); VSRH, Rev 93/02, od 5. veljače 2002., IO VSRH 1/2002., br.21.

redu nasljeđivanja ili na temelju očitovanja posljednje volje ostavitelja (oporuke).

Kad zakon ne traži suglasnost nadležnog ministra za nasljeđivanje, uz primjenu načela predmnijevane faktične uzajamnosti, na temelju oporuke (čl. 2. st. 2. i čl. 4. st. 3. ZN-a)⁷⁸, u kojem slučaju oporučitelj (ostavitelj) svojom slobodnom voljom određuje svoga nasljednika ili zapisovnika (čl. 42. i 45. ZN-a), domaću ili stranu osobu, utoliko prije se ne može tražiti ova suglasnost kada se pravo vlasništva stječe ispunjenjem zakonskih pretpostavki bez očitovanja volje (pravnog posla) otuđivatelja i stjecatelja.

4.3.2.1. Kritika zakonskog rješenja

Suglasnost nadležnog ministra, ili bilo kojeg državnog tijela, kao dopunski uvjet za stjecanje prava vlasništva strane osobe na nekretninama u Republici Hrvatskoj, predstavlja visok stupanj neizvjesnosti u pravnom prometu i smetnju za brže odvijanje pravnog prometa, jer se ne zasniva na objektivnom kriteriju (apstraktnom pravilu), već na ocjeni od slučaja do slučaja, koja ne može izbjeći subjektivnost. Bolje rješenje bio bi dopunski objektivni uvjet, kao npr. prebivalište ili barem određeno vrijeme boravka stranca u Republici Hrvatskoj ili direktna ulaganja strane osobe u određene gospodarske ili druge djelatnosti u Republici Hrvatskoj koja dovode do otvaranja novih radnih mjesta, povećanja izvoza i slično.

5. Posebno o suglasnosti nadležnog ministra na pravni posao o stjecanju prava vlasništva na nekretnini

5.1. Nadležni ministar za davanje suglasnosti na pravni posao o stjecanju prava vlasništva na nekretninama

Suglasnost za stjecanje prava vlasništva na nekretnini stranoj osobi daje ministar vanjskih poslova Republike Hrvatske, a iseljenicima s područja bivše SFRJ ili njihovim potomcima ministar zadužen za iseljeničtvo. U ovom članku upotrebljava se skraćena sintagma – nadležni ministar.

Nadležni ministar daje ili uskraćuje suglasnost za stjecanje prava vlasništva na nekretnini po prethodno pribavljenom mišljenju ministra pravosuđa Republike Hrvatske (čl. 356. st. 2. i 3.).

5.2. Suglasnost nadležnog ministra – pretpostavka valjanosti pravnog posla

Suglasnost nadležnog ministra je bitna pretpostavka za valjanost pravnog posla na temelju koje strana osoba stječe pravo vlasništva na nekretnini. Bez

⁷⁸ Nasljeđivanje na temelju zakona i oporuke priznato je, pod uvjetom uzajamnosti, među-državnim ugovorima s Austrijom (Sl.I. FNRJ-MU broj 8/55), Bugarskom (Sl.I. FNRJ-MU 1/57.); Mađarskom (Sl.I. FNRJ-MU 13/60.), Čehoslovačkom (Sl. nov. br. 181 XXXVIII od 9. VIII 1924.); Rumunjskom (Sl.I. FNRJ-MU 8/61.) itd.

suglasnosti nadležnog ministra pravni posao, kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva strane osobe na nekretnini u Republici Hrvatskoj, ne proizvodi pravni učinak (čl. 357. st.1. ZV-a).

5.3. Pravna priroda akta nadležnog ministra

Odredbе iz st. 5. čl. 356. i st. 5. čl. 357. ZV-a, prema kojima akt nadležnog ministra o davanju ili uskraćivanju suglasnosti nije upravni akt, ukinute su odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske od 9. veljače 2000. godine.⁷⁹ Ustavni sud je naime, analizirajući elemente akta nadležnog ministra izveo zaključak da je “suglasnost” iz osporenih odredbi upravni akt koji sadržava sve elemente propisane odredbom iz čl. 6. st. 2. Zakona o upravnim sporovima.⁸⁰ Stoga taj akt, po mišljenju Ustavnog suda, “treba biti u pisanom obliku sa svim sadržajnim dijelovima uključujući i obrazloženje s razlozima na kojima je utemeljena suglasnost odnosno uskraćivanje suglasnosti. Ovo je osnovna pretpostavka ostvarivanju Ustavom zajamčenog prava na žalbu (čl. 18. Ustava RH), kao i na ostvarivanje prava na djelotvorna pravna sredstva pred domaćim državnim tijelom, na način kako to priznaje Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 13.)”.

5.4. Ugovor s odgodnim uvjetom

Ako ugovaratelji (otuđivatelj i stjecatelj) ne zatraže suglasnost nadležnog ministra ili nadležni ministar uskrati svoju suglasnost “pravni posao kojemu je cilj stjecanje prava vlasništva ne proizvodi pravni učinak” (čl. 357. st. 1. ZV-a). To znači da je takav pravni posao sklopljen pod odgodnim uvjetom koji će proizvoditi pravne učinke ako uslijedi suglasnost nadležnog ministra (čl. 74. st. 1. i 2., sada čl. 297. st. 1. i 2. ZOO-a).⁸¹

5.5. Pravna posljedica uskraćivanja suglasnosti bez pravnog učinka

Strana osoba kojoj je uskraćena suglasnost za stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla ne može ponoviti zahtjev za davanje suglasnosti za stjecanje prava vlasništva iste nekretnine prije nego što protekne rok od pet godina od podnošenja zahtjeva koji je odbijen (čl. 354. st. 4. ZV-a). Ovo bez obzira da li je zahtjev podnijela strana osoba ili “osoba koja namjerava otuđiti tu nekretninu” (čl. 357. st. 2.). Vlasnik nekretnine koga ne obvezuje ugovor o prijenosu prava vlasništva, jer nakon

⁷⁹ Odluka je objavljena u NN br. 22/00.

⁸⁰ Općenito upravni akt karakterizira konkretnost, autoritativnost i pravno djelovanje. Rezimirajući elemente pojma pravnog akta, Krbek, I., kaže, da se može “sintetički opisati kao autoritativno odlučenje... u cilju izazivanja neposrednog pravnog efekta u pravima i dužnostima fizičkih i kolektivnih lica za konkretan slučaj na području upravne djelatnosti” (Pravo jugoslovenske uprave, III knjiga, Birotehnički izdavački zavod, Zagreb 1962. strana 8.)

⁸¹ Stanković, O., Pravni posao, u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, NIU Službeni list SFRJ Beograd, II tom, strana 1062.

uskraćivanja suglasnosti konačno ne proizvodi nikakav pravni učinak⁸², može otuđiti nekretninu trećoj osobi. Vlasnik nekretnine, međutim, mogao bi se valjano obvezati da odnosnu nekretninu (koja je bila predmet ništavog pravnog posla) neće otuđiti prije nego što on ili druga strana ponovi zahtjev nadležnom ministru za davanje suglasnosti, jer takva obveza nije zakonom zabranjena (član 34. stavak 1. ZV-a). Ograničenje otuđenja nekretnine obvezuje vlasnika ako proizlazi iz njegovog pravnog posla, njegove slobodno izražene volje, a djeluje prema trećemu samo "ako je upisano u zemljišnu knjigu", odnosno u knjigu položenih ugovora (član 120. stav 4.). Vlasnik nekretnine odgovarao bi osobi s kojom je sklopio pravni posao o zabrani otuđenja nekretnine po pravilima obveznog prava zbog povrede ugovorne obveze.

6. Pravne osnove stjecanja prava vlasništva za koje se ne traži suglasnost nadležnog ministra

Suglasnost nadležnog ministra, u načelu, ne traži se za stjecanje prava vlasništva na temelju samog zakona, odluke suda ili drugog nadležnog tijela, pa ni za neke pravne poslove.

6.1. Stjecanje prava vlasništva po samom zakonu

Stjecanje prava vlasništva po samom zakonu usporedivo je sa stjecanjem prava vlasništva po osnovi zakonskog nasljeđivanja, a ne sa stjecanjem na temelju pravnoga posla, ako zakon ne propisuje što drugo. U prvom slučaju pravo vlasništva stječe se bez očitovanja volje, i bez uknjižbe u zemljišnu knjigu, a u drugom slučaju, pravo vlasništva stječe se na temelju očitovanja volje (pravnog posla) uknjižbom u zemljišnu knjigu.

Strana osoba, dakle, stječe pravo vlasništva na nekretnini u Republici Hrvatskoj, uz uvjet uzajamnosti, kad se za ovo steknu opće zakonske pretpostavke kako za nasljeđivanje, tako za druge pravne osnove (dosjelošt, građenje na tuđem zemljištu itd.)

Kad se ne traži suglasnost nadležnog ministra za stjecanje prava vlasništva nakon što se ispune zakonske pretpostavke za nasljeđivanje, ta se suglasnost ne traži ni za stjecanje prava vlasništva ni kad se ispune zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva npr. zajedničkim radom u bračnoj zajednici, dosjelošću, građenjem na tuđem zemljištu itd.

U slučaju kada bi u zemlji strane osobe za stjecanje prava vlasništva po samom zakonu, npr. dosjelošću, bila propisana pretpostavka – suglasnost ovlaštenog tijela te države, tada bi se i za stjecanje prava vlasništva dosjelošću njenog državljana u Republici Hrvatskoj tražila suglasnost nadležnog ministra, ali ne kao posebna pretpostavka nego kao pretpostavka uzajamnosti.

⁸² VSRH Rev 229/95., od 15. siječnja 1997., IO VSRH 1/1997., br. 6.

Ako u zemlji strane osobe nitko ne može steći pravo vlasništva građenjem na tuđem zemljištu, ni ta osoba po toj osnovi ne može steći pravo vlasništva u Republici Hrvatskoj, jer to pravo ne bi stekao ni hrvatski državljanin u njenoj državi, pa nije ispunjen uvjet uzajamnosti. Ako se u zemlji strane osobe ne stječe pravo vlasništva priraštajem zemljišta, ni strana osoba ne može po toj osnovi steći pravo vlasništva u Republici Hrvatskoj. Ako se u zemlji strane osobe ne stječe pravo vlasništva zajedničkim radom u bračnoj zajednici, ni ona ga ne stječe po toj osnovi u Republici Hrvatskoj, jer ga ni hrvatski državljanin ne bi stekao u njenoj državi. Ako se u zemlji strane osobe ne stječe pravo vlasništva zajedničkim radom u izvanbračnoj zajednici, po toj osnovi ga ne stječe ni strani državljanin u Republici Hrvatskoj, jer ga po toj osnovi u njegovoj državi ne bi stekao ni hrvatski državljanin.

Po samom zakonu stječe se pravo vlasništva kad se ispune sve pretpostavke koje zakon propisuje za pojedinu pravnu osnovu, na primjer za dosjelost (čl. 159. i 160. ZV-a), za stjecanje prava vlasništva građenjem na tuđem zemljištu ili na tuđem pravu građenja (čl. 153. i 157. ZV-a); za stjecanje prava vlasništva priraštajem zemljišta (čl. 145.-147. ZV-a);⁸³ za stjecanje prava vlasništva zajedničkim radom u bračnoj i izvanbračnoj zajednici (čl. 248. i 258. OZ-a).^{84, 85} U svim tim slučajevima se deklarativnom presudom na autoritativan način utvrđuje da su se ispunile zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva i da je, prema tome, pravo vlasništva stečeno po samom zakonu. Tko na taj način stekne pravo vlasništva nekretnine ovlašten je ishoditi upis u zemljišnoj knjizi (čl. 127. st. 1. i 130. st. 1. ZV-a). Ali se tako stečeno, a neupisano pravo vlasništva ne može "suprotstaviti pravu onoga, koji je postupajući s povjerenjem u zemljišne knjige u dobroj vjeri upisao svoje pravo na nekretninu" (čl. 127. st. 2. i čl. 130. st. 2. ZV-a).

Stjecatelj prava vlasništva može se zaštititi prema trećima od podizanja tužbe pred sudom zbog utvrđenja prava vlasništva ako zatraži zabilježbu spora u zemljišne knjige kojom će se učiniti vidljivim da se pred sudom vodi postupak čiji bi ishod mogao utjecati na uknjižbu i pripadanje prava vlasništva (članak 81.-84. Zakona o zemljišnim knjigama).

⁸³ Vidi član 57. Zakona o vodama, NN 107/95., koji u veliko sužava mogućnost stjecanja prava vlasništva priraštajem zemljišta, proširujući domen vodnog dobra, (javnog dobra u općoj uporabi), koje je neotuđivo pa se na njemu ne može steći pravo vlasništva ni dosjelošću (čl. 61. i 62.)

⁸⁴ Obiteljski zakon, NN 116/03. i 17/04.

⁸⁵ Gavella N., Stjecanje prava vlasništva izgradnjom zgrade na tuđem zemljištu, Privreda i pravo, br. 1/1981.; Jelčić O., Građenje na tuđem zemljištu, Godišnjak 8, Aktualnosti Hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 2001.; Žuvela, M., Stjecanje vlasništva građenjem na tuđem zemljištu, Informator br. 2975 od 11. rujna 1982.; Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, (Monografija), Svjetlost, Sarajevo 1982.; Gams, A., Bračno i porodično imovinsko pravo (Monografija), Beograd 1967., Gavella N, Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z., Stvarno pravo, Informator, Zagreb 1998. str 392.-399., 410.-418.; Brežanski, J., Dosjelost kao način stjecanja stvarnih prava ZPFR, vol. 20 br. 2. (1999.); Žuvela, M.; Zbirka sudskih odluka iz porodičnog prava, izd. Narodne novine, Zagreb, 1988.; strana 112.-134.

6.2. Stjecanje prava vlasništva na temelju odluke suda ili drugog nadležnog tijela

Pravo vlasništva na temelju odluke nadležnog suda ili drugog nadležnog tijela stječe se kad je zakonom propisana takva mogućnost, npr. u postupku izvlaštenja, komasacije itd. U tom slučaju odluka nadležnog tijela ima konstitutivan učinak, stjecatelj prava vlasništva ovlašten je ishoditi upis tako stečenog prava vlasništva u zemljišnoj knjizi (čl.127. st.1. ZV-a).

Stjecanje prava vlasništva na temelju odluke nadležnog tijela u postupku izvlaštenja davanjem na ime naknade druge odgovarajuće nekretnine⁸⁶ nije uvjetovano suglasnošću nadležnog ministra jer u tom slučaju strana osoba ne stječe pravo vlasništva na nekretnini u Republici Hrvatskoj *ex novo*, već stječe to pravo na drugoj nekretnini kao zamjeni (naknadi) za oduzetu nekretninu podjednake vrijednosti. U tom slučaju strana osoba ne smije biti lišena prava vlasništva na nekretnini koje je već imala, bez mogućnosti supstitucije po zakonu, a ta mogućnost bila bi ograničena ili isključena kada bi vrijedila dodatna pretpostavka za stjecanje prava vlasništva – suglasnost nadležnog ministra. U skladu s načelom uzajamnosti, ako u slučaju izvlaštenja nekretnine hrvatski državljanin u stranoj državi može steći pravo vlasništva u zamjenu za ekspropriiranu nekretninu, to pravo može steći i državljanin te druge države.

Ako u državi strane osobe hrvatski državljanin ne bi stekao vlasništvo na drugoj nekretnini u slučaju izvlaštenja, jer zakon te države ne priznaje takav oblik naknade ni svojim državljanima ili ga ne priznaje samo stranim državljanima, ne bi bila ispunjena pretpostavka uzajamnosti, pa strana osoba ne bi mogla tražiti naknadu za oduzetu nekretninu davanjem u zamjenu druge nekretnine.

Po analogiji, suglasnost nadležnog ministra ne traži se ni u slučaju stjecanja prava vlasništva na temelju rješenja o komasaciji zemljišta.⁸⁷

7. Pravni poslovi o stjecanju prava vlasništva strane osobe na nekretninama, kao i prava građenja, koji su, pod uvjetom uzajamnosti, valjani bez suglasnosti nadležnog ministra

Postoje pojedini pravni poslovi o stjecanju prava vlasništva na nekretninama, kao i prava građenja, u korist stranih osoba pod uvjetom uzajamnosti, koji proizvode pravne učinke bez suglasnosti nadležnog ministra. Ovdje se ukazuje na te pravne poslove.

Kako se ne traži suglasnost nadležnog ministra za stjecanje prava vlasništva nasljeđivanjem, takva suglasnost ne traži se ni za sporazum o ustupanju i raspodjeli imovine s potencijalnim nasljednicima prvog nasljednog reda (čl.

⁸⁶ Članak 32. Zakona o izvlaštenju, NN 9/94., 35/94., 112/00. i 114/01.

⁸⁷ čl. 78.-88. Zakona o komasaciji, NN 10/79., 21/84., 5/87.

105.-115. ZN-a),⁸⁸ uključujući i osnivanje prava građenja na temelju takvog ugovora. Kako se suglasnost nadležnog ministra traži samo za pravni posao čiji je cilj stjecanje prava vlasništva na nekretnini *ex novo*, proizlazi da se takva suglasnost ne traži za pravni posao o stjecanju prava vlasništva razvrgnućem prava suvlasništva ili utvrđenjem udjela u zajedničkom vlasništvu koje se pretvara u pravo suvlasništva (čl. 49., 52. i 63. st. 2. ZV-a). U tom slučaju pretvara se postojeće pravo suvlasništva strane osobe u njeno pravo vlasništva na određenoj nekretnini u Republici Hrvatskoj ili u pravo građenja u korist pojedinog suvlasnika. Utoliko prije se ne traži suglasnost nadležnog ministra za pravni posao o uspostavljanju prava vlasništva na posebnom dijelu nekretnine koje proizlazi iz prava suvlasništva strane osobe na nekretnini, i koji s njime stoji u neraskidivoj pravnoj vezi (čl. 71.-78. ZV-a). Vlasništvo posebnog dijela može se uspostaviti i na pravu građenja koje se osniva u korist dotadašnjeg suvlasnika (čl. 66. st. 3. ZV-a). Ni pravnim poslom o razmjeni nekretnina ne stječe se pravo vlasništva *ex novo*, pa ni za taj pravni posao se ne traži suglasnost. Moguća je zamjena nekretnine kako za postojeće pravo građenja, tako i za osnivanje prava građenja na nekretnini druge ugovorne strane. Kako se suglasnost nadležnog ministra ne traži za stjecanje zajedničke imovine u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici po samom zakonu (čl. 248. i 258. ObZ-a), tako se ne traži njegova suglasnost ni za ugovor bračnih i izvanbračnih drugova o određenju udjela u zajednički stečenoj imovini u bračnoj i izvanbračnoj zajednici (čl. 249. i 258. ObZ-a⁸⁹), pa i zajednički stečenoj nekretnini ili pravu građenja.

Čini se da se suglasnost nadležnog ministra ne može tražiti ni za valjanost ugovora o doživotnom i dosmrtnom uzdržavanju (čl. 579.-589. ZOO),⁹⁰ ako je stjecatelj prava vlasništva strana osoba, jer u tom slučaju vlasnik nekretnine, odnosno imatelj ili osnivač prava građenja, ne sklapa depersonalizirani pravni posao s bilo kojom osobom, nego s onom u koju ima povjerenja da će ispunjavati svoje obveze davanja uzdržavanja do njegove smrti. Kad bi se za te pravne poslove tražila suglasnost nadležnog ministra, bila bi neizravno uskraćena mogućnost njihovog sklapanja ukoliko ne bi uslijedila tražena suglasnost. Opasnost da se pri tome zaključuju simulirani pravni poslovi ne može biti razlog za suprotno tumačenje, tj., da je i za te pravne poslove neophodna suglasnost nadležnog ministra.

⁸⁸ Ranije član 110.-120. Zakona o nasljeđivanju.

⁸⁹ Obiteljski zakon, NN 116/03.

⁹⁰ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/2005., koji je stupio na snagu 1. siječnja 2006. (čl. 1165.); Gorenc, V., i dr., Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005., uz čl. 579.-589., ranije član 121.-126. Zakona o nasljeđivanju (iz 1955.), potom, član 116.-121. Zakona o nasljeđivanju (iz 2003.), vidi Subotić- Konstantinović, N., Ugovor o doživotnom izdržavanju, Naučno delo, Beograd, 1968., str. 35.-106.; Kreč-Pavić, Komentar..., str. 364.-408.

7.1. Osnivanje prava građenja u korist strane osobe odlukom suda pod uvjetom uzajamnosti, bez suglasnosti nadležnog ministra

Prema izričitij zakonskoj odredbi pravo građenja može se osnovati i odlukom suda u postupku diobe i u ostavinskom postupku, a i u drugim slučajevima određenim zakonom (čl. 289. st. 1. ZV-a). Ako je sud u postupku diobe nekretnina ovlašten osnovati služnost, može "svojom odlukom osnovati" i pravo građenja i korist određenog suvlasnika. Za osnivanje prava građenja u korist suvlasnika - strane osobe nije potrebna suglasnost nadležnog ministra, jer suvlasnik u tom slučaju ne stječe pravo građenja *ex novo*, već ga stječe u zamjenu za pravo vlasništva koje bi stekao diobom na određenoj nekretnini iz suvlasničke zajednice. Budući da strana osoba načelno stječe pravo vlasništva na nekretnini nasljeđivanjem, pod uvjetom uzajamnosti, načelno nema prepreke da stekne pravo građenja koje je pripadalo ostavitelju (pravo građenja se nasljeđuje, ako nije što drugo određeno, čl. 285. st. 1. ZV-a) ili da ga ostavitelj oporukom osnuje u korist oporučnog nasljednika ili zapisovnika. To je smisao zakonske odredbe: da pravo građenja može osnovati sud u ostavinskom postupku. No, bilo da je pravo građenja osnovao sud u postupku diobe ili ostavinskom postupku, ono će biti osnovano tek uknjižbom u zemljišnu knjigu po pravilima o osnivanju prava služnosti (čl. 289. st. 2. u vezi čl. 222. ZV-a). I u ovom slučaju, razumije se, pravo građenja se osniva dvostrukom uknjižbom (čl. 34. Zakona o zemljišnim knjigama) jer to proizlazi iz njegove dvostruke pravne prirode: ono je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu, ali je istovremeno i nekretnina u pravnom smislu, a zgrada je njegova pripadnost kao da je ono zemljište (čl. 280. ZV-a).

7.2. Odstupanje od načela uzajamnosti

Sve što je naprijed rečeno u pogledu uvjeta uzajamnosti vrijedi ako za određenu osnovu stjecanja nije što drugo određeno. Posebnim zakonskim propisom ili međudržavnim ugovorom mogu se stranim državljanima priznati i veća prava nego što bi im pripadala pod uvjetom uzajamnosti. Takvo rješenje ne može se unaprijed isključiti ako ne vrijeđa ustavno načelo jednakosti svih pred zakonom (čl. 14. st. 2. Ustava Republike Hrvatske).

8. Nekretnine koje ne mogu biti u vlasništvu strane osobe ili na koje strane osobe ne mogu steći pravo vlasništva

Postoje nekretnine na kojima strane osobe ne mogu imati ili stjecati pravo vlasništva, pa ni pravo građenja, zbog zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske ili zato što su od posebnog gospodarskog ili drugog interesa za Republiku Hrvatsku.

8.1. Nekretnine na isključenom području

Postoje područja na kojima strane osobe zbog zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske ne mogu imati pravo vlasništva, pa ni pravo građenja. To su zaštićena područja koja se određuju i proglašavaju zakonom (čl. 358. st.1. ZV-a).

Budući da Zakon upotrebljava generički naziv – nekretnina, bez specifikacije, strana osoba ne može imati pravo vlasništva ni na jednoj vrsti nekretnina koje se nalaze na zaštićenom području, pa ni na građevinskom zemljištu, kao ni na nekretnini koja se sastoji od zemljišta i zgrade ili od prava građenja i zgrade. To znači da se na tom području ne može konstituirati ni pravo građenja u korist strane osobe, jer bi time strana osoba stekla nekretninu u pravnom pogledu (članak 280. stav 2.).

Strana osoba koja je imala pravo vlasništva na nekretnini prije nego što je područje na kojem se nalazi proglašeno isključenim područjem, gubi pravo vlasništva po samom zakonu, a ona ima pravo na naknadu prema propisima o izvlaštenju (čl. 358. st. 2.). Po analogiji u tom slučaju strana osoba gubi i pravo građenja kao nekretninu u pravnom pogledu.

Budući da na isključenom području strana osoba ne može imati pravo vlasništva, ona ga ne može steći ni nasljeđivanjem, pa ni po bilo kojoj drugoj pravnoj osnovi na temelju samoga zakona, kao ni na temelju pravnog posla, odluke suda ili kojeg drugog nadležnog tijela. Samo zakonom se može drukčije odrediti (čl. 358. st. 1. ZV-a).

U slučaju kada ne bi mogla steći pravo vlasništva nasljeđivanjem nekretnine na isključenom području, strana osoba imala bi pravo na naknadu po propisima o izvlaštenju “kao da je ta nekretnina oduzeta u postupku izvlaštenja” (čl. 358. st. 3.). Naknada za izvlaštenu imovinu po Zakonu o izvlaštenju određuje se, po pravilu, davanjem na ime naknade druge odgovarajuće nekretnine koja odgovara visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje, u istoj općini ili gradu, kojom se vlasniku nekretnine koja se izvlašćuje omogućavaju isti uvjeti korištenja kakve je imao koristeći tu nekretninu (čl. 32. ZI).⁹¹ To znači da se stranoj osobi, u tom slučaju, u zamjenu za nekretninu na isključenom području može prenijeti u vlasništvo druga nekretnina izvan isključenog područja, na području iste općine ili grada koja po prometnoj vrijednosti odgovara visini tržišne cijene njene nekretnine na isključenom području i koja joj omogućuje iste uvjete korištenja kakve je imala koristeći nekretninu u odnosu na koju je izgubila pravo vlasništva. Sve se to odnosi i na nasljeđivanje prava građenja na isključenom području.

Iz ovoga proizlazi da se stranoj osobi, lišenoj prava vlasništva na građevinskom zemljištu ili prava građenja na zemljištu koje leži na isključenom području može dati u zamjenu odgovarajuće građevinsko zemljište ili pravo

⁹¹ Zakon o izvlaštenju, NN br. 9/94., 35/94., 112/00. i 114/01.

građenja na zemljištu izvan isključenog područja na području iste općine ili grada.

Nekretnina koja se daje stranoj osobi za nekretninu na isključenom području ne može biti, međutim, ni poljoprivredno zemljište, ni šuma ili šumsko zemljište, pa ni nekretnina na zaštićenim dijelovima prirode jer na tim nekretninama strana osoba ne može steći pravo vlasništva, ako međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno.

8.2. Poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište

Poljoprivredno zemljište, kao i šume i šumska zemljišta dobra su od općeg interesa za Republiku Hrvatsku i imaju njenu osobitu zaštitu (čl. 1. st. 1. ZPZ-a⁹² i član 1 ZŠ-a⁹³).

a) Poljoprivredno zemljište

Poljoprivrednim zemljištem smatraju se poljoprivredne površine: oranice, vrtovi, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, trstici i močvare, kao i drugo zemljište koje se može privesti poljoprivrednoj proizvodnji (čl. 2. st. 1. ZPZ-a).

Na poljoprivrednom zemljištu strane fizičke i pravne osobe ne mogu biti nositeljima prava vlasništva, osim ako je međunarodnim ugovorom drukčije određeno (čl. 1. st. 3. ZPZ-a).

Čini se da se odredba prema kojoj strane osobe ne mogu biti nositeljima prava vlasništva na poljoprivredno zemljište ne odnosi na zemljište u građevinskom području ili izvan tog područja koje je dokumentima prostornog uređenja predviđeno za izgradnju, iako se do privođenja nepoljoprivrednoj namjeni mora održavati sposobnim za poljoprivrednu proizvodnju (čl. 2. st. 3. ZPZ-a), jer je prema konačnoj namjeni – građevinsko, a na građevinsko zemljište strane osobe mogu stjecati pravo vlasništva odnosno pravo građenja pod općim zakonskim pretpostavkama koje vrijede za nekretnine na koje strane osobe mogu stjecati pravo vlasništva.

b) Šume i šumsko zemljište

Šumom se prema Zakonu o šumama smatra zemljište obraslo šumskim drvećem u obliku sastojine na površini većoj od 10 ari, a ne smatraju se šumom šumski rasadnici, vjetrobrani, pojasevi, drvoredi, ni parkovi u naseljenim mjestima (član 4. stav 1. i 2.). Šumskim zemljištem prema Zakonu o

⁹² Zakon o poljoprivrednom zemljištu, NN br. 66/01. i 87/01.

⁹³ Zakon o šumama, NN 52/90. (pročišćeni tekst), 5/91. (ispr.), 9/91., 61/91. (vidi član 7. Zakona o izmjenama zakona kojima su osnovana javna poduzeća), 26/93. (vidi član 78. Zakona o izmjenama i dopuna zakona kojima su određene novčane kazne za privredne prijestupe i prekršaje), 76/93., 29/94. (vidi član 3. Zakona o dopuna Zakona o izmjenama i dopunama zakona kojima su određene novčane kazne za privredne prijestupe i prekršaje), 76/79., 8/00. (odluka USRH) i 13/02.

šumama smatra se zemljište na kojem se uzgaja šuma ili koje je zbog svojih prirodnih osobina predviđeno kao najpovoljnije za uzgajanje šuma (član 4. stavak 3.). U slučaju sumnje ili spora da li se neko zemljište smatra šumom ili šumskim zemljištem, odlučuje Ministarstvo poljoprivrede i šumarstva Vlade Republike Hrvatske (član 4. stavak 4.)

Prema noveliranom Zakonu o šumama⁹⁴ strane fizičke i pravne osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno (čl. 1.).

8.3. Zaštićeni dijelovi prirode

U načelu strane osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva na zaštićenim dijelovima prirode, dakle, ni na zgradama pa ni na stanovima, odnosno samostalnim prostorijama koje se nalaze na području zaštićenih dijelova prirode.

Raniji Zakon o zaštiti prirode (čl. 40. st. 3.)⁹⁵ propisivao je da pravo vlasništva na nekretninama koje se nalaze na zaštićenim dijelovima prirode mogu stjecati samo domaće pravne i fizičke osobe. *Argumentum a contrario* strane osobe na tom zemljištu nisu mogle stjecati pravo vlasništva. Sadašnji Zakon o zaštiti prirode⁹⁶ propisuje da strane pravne i fizičke osobe ne mogu biti nositelji prava vlasništva na nekretninama u strogom rezervatu, parku prirode, regionalnom parku, spomeniku prirode, značajnom krajobrazu, park-šumi i spomen-parku parkovne arhitekture, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno (čl. 194. st. 2.).⁹⁷ Ovo isključenje stjecanja prava vlasništva na zaštićenim dijelovima prirode ima prevalentan značaj samo ako se odnosi na zemljište koje je uključeno u građevinsko područje, a ne nalazi se na isključenom području, jer na poljoprivrednom zemljištu, šumama i šumskom zemljištu, bez obzira da li se na njima nalaze zaštićeni dijelovi prirode, strane osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva.

8.4. Značenje i svrha zakonskih ograničenja

U jezičkom smislu nisu jednaka ograničenja u pogledu šuma i šumskog zemljišta, pa ni u pogledu zaštićenih dijelova prirode po ranijem zakonu, s onima koja su propisana za poljoprivredno zemljište i zaštićene dijelove prirode po sadašnjim zakonima.

Dok na poljoprivrednom zemljištu strana osoba ne može imati pravo vlasništva, ili kako kaže zakon, ne može biti nositeljem prava vlasništva, na šumama i šumskom zemljištu te na zaštićenim dijelovima prirode (raniji Zakon) strane osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva.

⁹⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o šumama, NN br. 13/02., od 8. veljače 2002.

⁹⁵ Raniji Zakon o zaštiti prirode, NN, 30/94., 72/94. i 107/03.

⁹⁶ Sadašnji Zakon o zaštiti prirode, NN, 162/03., 100/04.

⁹⁷ Vidi zabrane i ograničenja u pravnom prometu nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske, jedinica područne (regionalne) samouprave ili jedinica lokalne samouprave (čl.193. st.1.) koje se odnose i na domaće osobe

Prema jezičkom tumačenju strane osobe koje su prije stupanja na snagu gornje zakonske izmjene (1993.) stekle pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu, odnosno na zaštićenim dijelovima prirode – gube to pravo stupanjem na snagu zakona jer one ne mogu biti nositeljima prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu, odnosno na zaštićenim dijelovima prirode (sadašnji Zakon).

Prema Ustavu RH, međutim, pravo vlasništva moguće je zakonom ograničiti ili oduzeti samo u interesu Republike Hrvatske, i to uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1.). Opće pretpostavke i postupak izvlaštenja određene nekretnine, kao i naknada za izvlaštenje uređeni su Zakonom o izvlaštenju. Posebne pretpostavke i postupak za stjecanje prava vlasništva na nekretninama u korist stranih osoba mogu se propisati i drugim zakonom u skladu s Ustavom RH u interesu Republike Hrvatske. Posebna ograničenja propisuju zakoni koji određuju da strane osobe ne mogu biti vlasnice određenih nekretnina u Republici Hrvatskoj.

U slučaju oduzimanja sposobnosti strancima da budu nositelji zakonito stečenog prava vlasništva na određenim nekretninama krije se, u izvjesnom smislu, izvlaštenje u odnosu na te nekretnine u interesu Republike Hrvatske. Takvo izvlaštenje se nesumnjivo provodi u odnosu na nekretnine stranih osoba koje se nalaze na isključenom području, jer ZV izričito propisuje pravo na naknadu (“prema propisima o izvlaštenju”) za nekretninu koju je strana osoba imala u vlasništvu prije nego što je područje na kojem se nalazi proglašeno područjem na koje strane osobe ne mogu imati pravo vlasništva zbog zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, osim ako je zakonom što drugo određeno (čl. 358. st. 1. i 2.).

Time se ne umanjuju Ustavom zajamčena prava stečena ulaganjem kapitala u nekretnine na kojima je stranoj osobi prestalo pravo vlasništva po samom zakonu (član 49. stav 4. Ustava RH) jer joj u tom slučaju pripada pravo na naknadu “tržišne vrijednosti”.

9. Nekretnine na koje strane osobe mogu stjecati pravo vlasništva pod određenim zakonskim pretpostavkama

Izvan nekretnina na koje strane osobe ne mogu imati ili stjecati pravo vlasništva ostalo je izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište, kao i zgrade (stanovi, samostalne prostorije), bilo da su sastavni dio zemljišta ili prava građenja, ako se nalaze izvan isključenog područja ili zaštićenih dijelova prirode.

10. Izjednačavanje državljana članica Europske unije s hrvatskim državljanima u pogledu stjecanja prava vlasništva na nekretninama

Iako članice Europske unije autonomno uređuju sustav prava na nekretninama, jamčeci pravo vlasništva i njegovu nepovredivost na ustavnoj razini, one su se obvezale da pod uvjetima uzajamnosti omoguće svim gra-

danima i pravnim osobama država članica stjecanje prava vlasništva na nekretninama.⁹⁸

Poseban položaj u pogledu stjecanja prava vlasništva na nekretninama u Republici Hrvatskoj uskoro će steći državljani članica Europske unije. Izjednačavanje državljana članica Europske unije s hrvatskim državljanima obveza je Republike Hrvatske koju je preuzela Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju koji je zaključen između Republike Hrvatske i europskih zajednica⁹⁹ i njihovih država članica 29. listopada 2001., a ratificirao ga je Hrvatski sabor na sjednici od 5. prosinca 2001.¹⁰⁰ Ciljevi tog Sporazuma među ostalima su: poduprijeti napore Hrvatske u razvijanju gospodarske i međunarodne suradnje, među ostalim, i usklađivanjem njezina zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice; poduprijeti nastojanja Hrvatske da vrši prijelaz u tržišno gospodarstvo, promicati skladne gospodarske odnose i postupno razvijati područje slobodne trgovine između Zajednice i Hrvatske (čl. 1. t. 2. al. 2. i 3.). U tom okviru ističe se obveza “postupno usklađivati svoje zakonodavstvo koje se odnosi na stjecanje nekretnina u Hrvatskoj kako bi se državljanima članica Europske unije osigurao isti tretman kao i hrvatskim državljanima” (čl. 60. t. 2. st. 2.). To ne znači da Sporazum nalaže potpunu liberalizaciju prometa prava na nekretninama, već samo “osiguranje državljanima-članica Europske unije istog tretmana kao i hrvatskim državljanima”,^{101, 102} pod uvjetom uzajamnosti.¹⁰³

Prema tome bi državljani država članica Europske unije u načelu imali ista prava u pogledu imanja i stjecanja prava vlasništva na nekretninama u Republici Hrvatskoj, kao i u pogledu stjecanja prava građenja, jer pravo građenja je nekretnina u pravnom pogledu, a zgrada njegova pripadnost kao da je ono zemljište, iako je istovremeno i ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu (čl. 280. ZV-a). Izjednačavanje se odnosi i na druga srodna prava: pravo nadogradnje; pravo služnosti koje ovlašćuje njegova nositelja da na susjednoj nekretnini ima dio svoje zgrade, kakvu napravu ili uređaj, na površini ili ispod nje ili u njezinom zračnom prostoru (čl. 196. st.

⁹⁸ Mojović, N., O pravnom prometu nekretnina u Evropskoj uniji, *Pravna riječ*, Banja Luka, 2005., br. 5, str. 137.-165.

⁹⁹ Postoje tri europske zajednice: Europska zajednica, Europska zajednica za ugljen i čelik i Europska zajednica za atomsku energiju, vidi: Vukadinović, D.R., *Pravo Evropske unije*, Beograd, 1996., str. 29.

¹⁰⁰ Vidi Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i europskih zajednica i njihovih država članica, NN-MU br. 14/01.

¹⁰¹ Ako bi se npr. zakonom zabranilo otuđenje građevinskog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, to se ne bi protivilo Sporazumu o pridruživanju i stabilizaciji jer bi zabrana otuđenja vrijedila i za domaće osobe, pa ne bi bilo diskriminacije.

¹⁰² Josipović, op. cit.; Simonetti, *Pravo građenja kao oblik raspolaganja građevinskim zemljištem jedinica lokalne samouprave*, *Informer*, broj 5362-5363 (27. i 30. srpnja 2005.) i broj 5364-5365 (3. i 6. kolovoza 2005.)

¹⁰³ Vidi komparativni prikaz, u: *Pravo i porezi br. 5/2001* (Vajda, A., *Prilagodavanje stjecanja vlasništva na nekretninama prema zahtjevima Europske unije*).

1.) kao što su npr. vodovi i drugi uređaji - električni, kanalizacijski, plinski, vodovodni, toplovodni, komunikacijski i dr. (čl. 196. st. 2.). Također i u pogledu stjecanja koncesije koja svojega nositelja ovlašćuje da na općem dobru ili drugom zemljištu ima kakvu zgradu ili drugu građevinu u svom vlasništvu (čl. 3. st. 4. i 9. st. 4. ZV-a).

Po stupanju na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju dopustit će se "državljanima država članica Europske unije stjecanje nekretnina u RH, uz potpunu i svrhovitu primjenu postojećih postupaka, osim za područja i pitanja navedena u Dodatku VII".

U Dodatku VII navedena su "područja na kojima strane osobe ne mogu stjecati pravo vlasništva, a to su: poljoprivredno zemljište kako je određeno u Zakonu o poljoprivrednom zemljištu¹⁰⁴ i područja zaštićena Zakonom o zaštiti prirode¹⁰⁵."

Sporazum određuje da će nakon isteka četiri godine od njegova stupanja na snagu, Vijeće za stabilizaciju i pridruživanje ispitati načine za proširivanje tih prava na područja i pitanja navedena u Dodatku VII.

S druge strane, Republika Hrvatska je nakon ratifikacije Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju isključila mogućnost da strane osobe steknu pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu, ali samo ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno (čl. 1. st. 3. Zakona o šumama).

10.1. Moguća zakonska zabrana otuđenja građevinskog i poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta u vlasništvu države i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave

Načelna zakonska zabrana otuđenja građevinskog i poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta u vlasništvu RH¹⁰⁶ i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, za što postoje opravdani gospodarski i drugi razlozi da se ne otuđuje zajedničko neobnovljivo dobro, ne bi bila u sukobu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju, jer bi jednako vrijedila za domaće i strane osobe. Takva zabrana ne bi ograničavala kretanje kapitala ni u kojem vidu, pa ni u vidu direktnih stranih ulaganja¹⁰⁷. U hrvatskom pravu postoje pravne ustanove koje omogućavaju učinkovito iskorištavanje tuđeg zemljišta, kako za građenje tako i za druga ulaganja kapitala u nekretnine i iskorištavanja tuđeg zemljišta. Na tuđem građevinskom zemljištu može se imati i izgraditi vlastita zgrada na temelju:

¹⁰⁴ NN, br. 54., pročišćeni tekst, 48/95., 19/98. i 105/99.

¹⁰⁵ NN, br. 30/94.

¹⁰⁶ Šume i šumska zemljišta u državnom vlasništvu, u načelu, se ne mogu otuđivati ni po sadašnjem Zakonu o šumama (član 55.); iznimka postoji u slučaju izdvajanja šuma i šumskog zemljišta iz šumskog gospodarskog područja (član 15.) i u postupku komasacije (član 64.-66.)

¹⁰⁷ Trifković, M., Međunarodno poslovno pravo, Sarajevo, 2001, strana 115. itd.; o tome u usporednom pravu, Čirić, A., Pravna zaštita stranih investicija, Pravna riječ, Banja Luka, broj 5/2005. strana 202. i dalje; Vukadinović, D.R., Međunarodnopravni režim investicija, Pravna riječ, Banja Luka, 2005., br. 5, str. 401.-417.

- prava građenja (trajna zgrada), čl. 280.-296. (na površini ili ispod površine zemljišta);
 - ugovora o zakupu (privremene zgrade na površini zemljišta) koje pravno nisu sastavni dio zemljišta;
 - koncesije (zgrade i druge građevine na općem i javnom dobru), čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV-a. (na površini ili ispod površine)¹⁰⁸
- Poljoprivredno zemljište, može se iskorištavati na temelju
- dugogodišnjeg zakupa (za sadnju voćnjaka, vinograda, lavande, maslinika i druge vrste korištenja)¹⁰⁹ i
 - koncesije (za biljnu i stočarsku proizvodnju i za dugogodišnje nasade).¹¹⁰

Zaštićena područja i speleološki objekti mogu se ustupati na iskorištavanje na osnovi koncesije (član 206.-219. Zakona o zaštiti prirode).¹¹¹

Šumska dobra u vlasništvu države ne mogu biti predmet koncesije (član 1. stavak 2. al. 1. ZK).¹¹²

Primjenom gornjih pravnih ustanova vlasnik zemljišta zadržava pravo vlasništva i ubire zemljišnu rentu u vidu periodičnih naknada koje je dužan plaćati nositelj prava građenja, zakupnik i koncesionar. Time se stjecatelj ovih prava oslobađa obveze ulaganja dijela kapitala u kupovinu zemljišta, pa ga može iskoristiti za druga profitabilna ulaganja koja omogućavaju otvaranje novih radnih mjesta, povećanje izvoza itd., a upravo takva ulaganja trebala bi stimulirati država.

U skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju, fizičke i pravne osobe članice Europske unije imale bi u načelu jednake mogućnosti stjecanja prava građenja, zakupa i koncesije kao i državljani Republike Hrvatske. Takva prava imale bi fizičke i pravne osobe i onih država ne-članica Europske unije s kojima Republika Hrvatska ima ugovor s klauzulom najpovlaštenije nacije (*supra*, II.4.1.1.)

III. Pravo građenja: općenito, pravna funkcija, priroda i osnivanje

A) Općenito o pravu građenja, pravnoj funkciji i njegovoj prirodi

I. Općenito o pravu građenja

Pravo građenja, nova pravna ustanova u hrvatskom pravu, poslije pre-tvorbe društvenog vlasništva, a s time i prava korištenja (prava izgradnje i prava držanja vlastite zgrade na zemljištu u društvenom vlasništvu) u pravo

¹⁰⁸ Vidi Josipović T., Posebna uređenja koncesija na nekretninama, u: *Nekretnine kao objekti imovinskih prava* izd. Narodne Novine, Zagreb 2004., strana 85.-127.

¹⁰⁹ Član 31. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

¹¹⁰ Član 43. ZPZ-a; Josipović op. cit. strana 119.-120.

¹¹¹ Zakon o zaštiti prirode, NN 162/03. i 100/04.; Josipović, op. cit., strana 88.-92.

¹¹² Zakon o koncesijama, NN 89/92.

vlasništva, bit će sve više privlačno za potencijalne graditelje (investitore) koji nemaju dovoljno sredstava za kupovinu građevinskog zemljišta ili žele plasirati svoj kapital u proizvodnju ili drugu profitabilnu djelatnost umjesto u kupovinu zemljišta, jer se osnivanjem prava građenja besplatno pribavlja građevinska čestica, uz obvezu njegova nositelja da plaća periodičnu naknadu vlasniku zemljišta u visini prosječne zakupnine za takvo zemljište. S druge strane, opterećenjem zemljišta pravom građenja u vlasništvu jedinica lokalne samouprave osigurava se stalni izvor prihoda (periodičnu rentu) za ulaganja u komunalnu infrastrukturu. Pravo građenja se može odmah hipotekarno založiti radi pribavljanja kredita za građenje; prijenosom prava građenja osigurava se tražbina vjerovnika, kao i prijenosom prava vlasništva na nekretnini – fiducijarnim prijenosom.

Zgrada koja se izgradi na pravu građenja *in statu nascendi* pripadnost je toga prava, kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹¹³ nadalje: ZV), jer je pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom (čl. 280. st. 2.), pa se založno pravo širi na zgradu u izgradnji počev od polaganja “kamena temeljca”. Pravo građenja i zgrada predstavljaju neraskidivo jedinstvo: nekretninu u pravnom pogledu. Tko je nositelj prava građenja, taj je vlasnik zgrade. Zgrada se pravno odvaja od zemljišta pravom građenja, ali se ne može odvojiti od prava građenja ni po kojoj pravnoj osnovi, pa se prenosi, nasljeđuje i opterećuje zajedno s pravom građenja (čl. 285. st. 3.).

S druge strane, pravo građenja ne može se odvojiti od zemljišta koje opterećuje, “pa tko na bilo kojem pravnom temelju stekne vlasništvo opterećenog zemljišta, stekao je zemljište opterećeno pravom građenja” (čl. 283. ZV-a). Svagdašnji vlasnik dužan je trpjeti da ovlaštenik prava građenja na površini zemljišta koje opterećuje ili ispod nje ima zgradu (čl. 280. st. 1.).

Pravo građenja zbog navedenih svojstava pruža pravnu sigurnost, kako njegovom nositelju, tako i ovlaštenicima prava koja ga opterećuju, pa, dakle, i hipotekarnom vjerovniku koji je dao kredit za izgradnju zgrade na pravu građenja. Pravna pozicija hipotekarnog vjerovnika, naime, ni u jednom trenutku nije ugrožena, pod pretpostavkom da kontrolira “trošenje” kredita za izgradnju zgrade. Ovo zbog toga što usporedo s (trošenjem kredita) izgradnjom zgrade raste vrijednost hipotekom opterećenog prava građenja, budući da je i zgrada u izgradnji njegov sastavni dio. Koliko se iscrpi kredita – toliko poraste vrijednost prava građenja opterećenog hipotekom (baza hipoteke).

Hipotekarni vjerovnik, osim toga, može uvjetovati davanje kredita osiguranjem zgrade, pa i zgrade u izgradnji od određenih rizika (požar, poplava itd.), pa će u slučaju propasti zgrade ili zgrade u izgradnji, umjesto zgrade založno pravo teretiti naknadu za zgradu koju duguje osiguravatelj osiguranom nositelju prava građenja.

¹¹³ Narodne novine, br. 91/96., 73/00., 114/01.

Prestane li pravo građenja, po bilo kojoj pravnoj osnovi, vlasnik zemljišta dužan je nositelju prava građenja “dati onoliku naknadu za zgradu koliko je njegova nekretnina u prometu vrijednija s tom zgradom nego bez nje” (čl. 295. st. 3.), a na tu naknadu proteže se založno pravo koje je u vidu hipoteke teretilo pravo građenja (čl. 296. st. 2.).

Pravo građenja osniva se, kao i ostala stvarna prava na nekretninama na osnovu a) pravnog posla ili b) sudske odluke (čl. 286. st. 1. ZV-a). Kako pravo građenja, kao i ostala stvarna prava djeluje prema svima (*contra omnes*), a ne samo između sudionika pravnog posla o njegovom osnivanju ili stranaka u postupku u kome je sud donio odluku o njegovom osnivanju, ono je *osnovano* tek kada se ispune sve pretpostavke određene zakonom (čl. 286. st. 2. ZV-a). Dok se ne ispune te pretpostavke, postoje samo prava i obveze sudionika pravnog posla (najčešće iz ugovora) o osnivanju prava građenja ili pak, prava i obveze stranaka koje su sudjelovale u postupku donošenja odluke o osnivanju prava građenja; u tom slučaju, dakle, postoji pravni temelj za osnivanje prava građenja, ali pravo građenja još nije osnovano. Razlikuju se, prema tome, pravni temelj osnivanja prava građenja, koji je općenito izraz volje osnivača i stjecatelja prava građenja i način osnivanja prava građenja.

Budući da se pravo građenja izvodi iz prava vlasništva na nečijem zemljištu koje se njime opterećuje (čl. 286. st. 1. ZV-a), ono se osniva u načelu aktom raspolaganja zemljišnoknjižnog vlasnika zemljišta, a to znači na temelju pravnog posla (ugovora, sporazuma ili jednostrane izjave volje).

Zakon o vlasništvu, doduše, propisuje da se, osim na temelju pravnog posla, pravo građenja osniva odlukom suda (čl. 286. st. 1.). No, ako se pobliže ispituju zakonske odredbe o osnivanju prava građenja odlukom suda u postupku diobe nekretnina i u ostavinskom postupku, vidi se da se ta odluka, po pravilu, temelji na suglasnosti stranaka u postupku diobe ili na temelju očitovanja posljednje volje ostavitelja.

Način osnivanja prava građenja određen je zakonom i ne može se modificirati pravnim poslom. Ovo vrijedi i za stjecanje ostalih stvarnih prava; to je zbog toga što se osnivanjem stvarnih prava uspostavlja pravni odnos prema svima, a ne samo između osnivača i stjecatelja jer pravo građenja, kao i ostala stvarna prava, djeluje prema svima. Način osnivanja prava građenja, dakle, propisan je kogentnim propisima. Zakon točno propisuje pretpostavke za osnivanje prava građenja (čl. 288. st. 1.-4. i 226. st. 2. na koji upućuje čl. 289. st. 2. ZV-a) i postupak osnivanja (čl. 31., 32, 34., itd. ZZK). Način osnivanja prava građenja ne može se modificirati voljom stranaka, osnivača i stjecatelja, jer se upravo propisanim načinom osnivanja štite treće savjesne osobe koje stječu postojeće pravo građenja ili pravo vlasništva opterećenog zemljišta s povjerenjem u istinitost i potpunost zemljišne knjige (čl. 122.-124. i 290. ZV-a).

Kada zakonom nije što drugo određeno glede načina osnivanja prava građenja, uključujući i osnivanje prava građenja zaštitom povjerenja u

zemljišne knjige, na odgovarajući način primjenjuju se odredbe iz čl. 263. i 264. ZV-a o načinu osnivanja stvarnog tereta na koje upućuje čl. 288. st. 5. ZV-a. Na temelju sudske odluke, donijete u postupku diobe nekretnina i u ostavinskom postupku, pravo građenja se osniva "na način koji je ovim Zakonom predviđen za stjecanje služnosti na temelju pravnoga posla" (čl. 226. st. 3. na koji upućuje st. 289. st. 2. ZV-a), a to znači uknjižbom toga prava u zemljišnoj knjizi (čl. 220. st. 1.).

Pravo građenja stječe se, jednako kao i pravo stvarnog tereta, polaganjem u sud zakonom propisane isprave, ako zemljište koje se njime opterećuje nije upisano u zemljišne knjige (čl. 263. st. 3. na koji upućuje čl. 288. st. 5. ZV-a).

Prve rasprave o pravu građenja pokazuju prilično nerazumijevanja o pravnim pretpostavkama za konstituiranje toga prava. Ne raspoznaju se dovoljno ni njegove funkcije, pa ni njegova pravna priroda. Danas je aktualno pitanje temelj i način osnivanja prava građenja, ali se o tome šire raspravlja na drugom mjestu.¹¹⁴

Budući da pravo građenja pravno odvaja zemljište i zgradu i da se može osnovati i prije izgradnje zgrade i kada zgrada već postoji, za osnivanje prava građenja moraju se ispuniti kumulativno tri pretpostavke:

- da postoji pravno jedinstvo zemljišta i zgrade ili da bi se ono uspostavilo izgradnjom zgrade, a pravno jedinstvo zemljišta i zgrade je samo podvrsta višeg rodnog (genusnog) pojma: pravnog jedinstva nekretnine;

- da na odnosnom zemljištu po zakonu, posebno po urbanističkom planu, može ostati postojeća zgrada ili da se na njemu po zakonu može izgraditi trajna zgrada predviđena aktom o osnivanju prava građenja i

- da je zemljište u nečijem vlasništvu (tuđem ili vlastitom - član 284. stav 2. ZV-a).¹¹⁵

2. Pravna funkcija prava građenja

Pravo građenja pravno odvaja zgradu od zemljišta (čl. 280. st. 1. ZV-a); poništavajući privlačnu snagu prava vlasništva na zemljištu, samo preuzima ulogu zemljišta jer je zgrada njegova pripadnost "kao da je ono zemljište" (čl. 280. st. 3.). Osnivajući pravo građenja, dakle, ne ukida se načelo *superficies solo cedit*, već se samo zamjenjuje objekt koji privlači zgradu. Na mjesto prirodnog zemljišta dolazi pravo građenja kao drugo zemljište, odnosno druga nekretnina prije i nakon što je zgrada već izgrađena (čl. 280. st. 2.). Pravo građenja osniva se bilo radi pravnog odvajanja postojeće trajne zgrade od zemljišta, bilo radi izgradnje takve zgrade koja bi bez

¹¹⁴ P. Simonetti, Osnivanje prava građenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 2. br. 2. (1999.).

¹¹⁵ Pravo građenja se ne može osnovati na zemljištu na kojem nitko ne može imati pravo vlasništva - opće dobro. Na općem dobru može se koncesijom pravno odvojiti zgrada ili druga građevina od zemljišta (član 3. stav 4. i član 9. stav 4. ZV-a).

prava građenja bila sastavni dio zemljišta, jer će u oba slučaja nositelj prava građenja biti vlasnik zgrade, dok to pravo postoji ma tko bio njegov nositelj, ma tko bio vlasnik zemljišta.

Budući da se pravo građenja može osnovati na površini ili ispod površine zemljišta (čl. 280. st. 1.), postoji mogućnost da jedna osoba ima pravo građenja na površini zemljišta, a druga ispod površine i da je treća osoba vlasnik zemljišta. Prva osoba biti će vlasnik zgrade na površini zemljišta, druga zgrade ispod površine zemljišta, a treća postaje vlasnikom tih zgrada kada prestane pravo građenja po načelu *superficies solo cedit*.

3. Priroda prava građenja

Prema naprijed izloženom, pravo građenja ima dvostruku pravnu prirodu: ono je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu, a istovremeno samostalna nekretnina u pravnom pogledu. Po tome se pravo građenja odvaja od ostalih ograničenih stvarnih prava i približava pravu vlasništva na nekretnini na kojoj nema prava građenja. Zgrada koju odvaja pravo građenja od zemljišta pravno je pripadnost prava građenja, a ne na zemljištu u koje je ukopana. Zato se ovlasti nositelja prava građenja glede uživanja zemljišta razlikuju od prava na izgradnju i održavanje zgrade na nečijem zemljištu; i jedne i druge ovlasti su također bitno različite od prava vlasništva na nekretninu koju sačinjava pravo građenja i zgrada koje pripada nositelju prava građenja. Prema tome, pravo građenja istovremeno je stvarno pravo na nečijem zemljištu i objekt prava vlasništva nositelja prava građenja sa zgradom koja je njegova pripadnost.

3.1. Ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu

Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu ne samo zato što ga tako definira zakon (čl. 280. st. 1. ZV-a); ono je to i po svome biću.

Pravo građenja ima sva bitna svojstva stvarnog prava: pravna vlast na stvari, neposrednost, apsolutnost i slijeđenje;^{116, 117} njegov objekt određena je nekretnina, stječe se i gubi na isti način kao i ostala stvarna prava na nekretninama, ali postoje i specifični razlozi njegova prestanka.

Pravo građenja je neposredno jer je njegov objekt određena stvar (nekretnina, odnosno zemljište), a ne činidba (prestacija) dužnika; upravo zbog toga pravo građenja djeluje prema svima (*contra omnes*); osniva se i prenosi upisom u zemljišnu knjigu (čl. 288., 289. st. 2. i 290. st. 1. ZV-a), odnosno

¹¹⁶ O načelima stvarnopravnog uređenja. N. Gavella, I. Gliha, *Uvod u stvarno pravo*, izd. Pravni fakultet u Zagrebu, 1991., str. 39.-47.

¹¹⁷ O obilježjima stvarnih prava, S. Krmeta, *Stvarno pravo*, u *Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom III., Beograd, 1978., str. 183.-186. NIU Službeni list SFRJ; Belfiore, A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1979., str. 155.-609.

polaganjem naročite ovjerovljene isprave (tabularne isprave) kod suda ako nekretnina koja se njime opterećuje nije upisana u zemljišnu knjigu (čl. 263. st. 3. na koji upućuje čl. 285. st. 5., 289. st. 2. i 290. ZV-a); stječe se i po pravilima o zaštiti povjerenja u zemljišne knjige (čl. 122.-124. na koje upućuju čl. 285. st. 5., 289. st. 2 i 280. ZV-a). Za preinaku sadržaja prava građenja vrijede ista pravila kao i za njegovo osnivanje i prijenos (čl. 282. ZV-a). Kao što se osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu, pravo građenja prestaje tek brisanjem iz zemljišne knjige na temelju jednog od zakonom propisanih razloga (čl. 292. st. 2. ZV-a). Dakle, pravo građenja ne prestaje po samom zakonu, pa ni kada se pravomoćnom sudskom odlukom utvrdi zakonski razlog prestanka, već je ta odluka samo pravna osnova za njegovo brisanje iz zemljišne knjige, a brisanje proizvodi učinak prestanka.

3.2. Pravo građenja kao druga nekretnina

Budući da je pravo građenja izjednačeno s nekretninom u pravnom pogledu, u slučaju građenja na zemljištu opterećenom pravom građenja nositelju toga prava, a ne vlasniku zemljišta, pripadaju prava i obveze vlasnika zemljišta neopterećenog pravom građenja iz čl. 152. do 155. ZV-a koji uređuju pravne posljedice građenja na tuđem zemljištu (čl. 152.-154.) i prekoračenja međe građenjem na zemljištu opterećenom pravom građenja. (čl. 155.).

Dakle, pravo građenja i zgrada na njemu izgrađena, odnosno njime odvojena od zemljišta, čine u pravnom smislu homogenu nekretninu, jedan pravni monolit, bez obzira da li je zgrada koja je njegov sastavni dio izgrađena prije ili nakon osnivanja prava građenja. Paradoks da je zgrada (tjelesna stvar) sastavni dio, odnosno pripadnost prava građenja (netjelesna stvar), uklanja se zakonskom fikcijom prema kojoj je pravo građenja otjelovljeno pravo "kao da je ono zemljište" (čl. 280. st. 3.).

3.2.1. Razlike između prava građenja i prava vlasništva na "prirodnoj" nekretnini

Postoje određene razlike između prava građenja kao druge nekretnine i prava vlasništva na nekretnini neopterećenoj pravom građenja ("prirodna nekretnina").

Propisujući za nasljedno pravo građenja analognu primjenu ustanove prava vlasništva na nekretnini, njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja isključuje samo tri paragrafa BGB-a iz ustanove prava vlasništva na nekretninama – § 925., koji uređuje prijenos prava vlasništva na nekretnini; § 927., koji normira stjecanje prava vlasništva dosjelošću, i § 928., koji propisuje mogućnost jednostranog odreknuća prava vlasništva. Zakon o vlasništvu... Republike Hrvatske nema takve odredbe, ali iz prirode prava građenja proizlaze razlike u odnosu na ustanovu prava vlasništva na zemljištu i na nekretnini koja se sastoji od zemljišta i zgrade. Ove razlike izlažemo u nastavku.

3.2.1.1. Zgrada se ne može pravno odvojiti od prava građenja

Pravo građenja pravno odvaja zgradu od zemljišta, ali ne postoji pravo koje će odvojiti zgradu od prava građenja. To znači da se pravno jedinstvo zemljišta i zgrade predmnijeva, ako nije drukčije određeno, a da je pravno jedinstvo zgrade i prava građenja neraskidivo. Pravo vlasništva zgrade može se otuđiti bez prava vlasništva zemljišta ili obrnuto, pa se time osniva pravo građenja, ali pravo vlasništva zgrade koja je izgrađena na pravu građenja ili njime naknadno odvojena od zemljišta ne može se odvojiti od toga prava dok ono postoji. "S pravom građenja ujedno se prenosi i pravo vlasništva zgrade izgrađene na pravu građenja; suprotna odredba je ništava" (čl. 290. st. 2. ZV-a).

Ugovor o prijenosu prava vlasništva zgrade bez prava građenja valjan je bez odredbe o razdvajanju zgrade od prava građenja, jer je ništavost te odredbe određena upravo zato da bi ugovor ostao na snazi bez nje. Ovo je smisao zakonske odredbe koja glasi: "Suprotna odredba je ništava", tj. odredba ugovora o prijenosu prava vlasništva zgrade bez prava građenja.^{118, 119}

Pravo građenja je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom, pa je zgrada njegova pripadnost "kao da je ono zemljište" (čl. 280. st. 2. i 3. ZV-a). Dakle, pravo građenja i zgrada na njemu izgrađena ili njime postojeća zgrada odvojena od zemljišta čine jedan pravni monolit. Štoviše, taj pravni monolit čvršći je od pravnog jedinstva zemljišta i zgrade, jer dok se zgrada može pravno odvojiti od zemljišta stvarnim pravom (čl. 9. st. 4. ZV-a), tj. pravom građenja (čl. 280. st. 1. ZV-a), pravno razdvajanje prava građenja i zgrade koja je njegova pripadnost je nemoguće, jer je "svaka tome suprotna odredba ništava" (čl. 281. st. 1.). Zgrada koju pravo građenja odvaja od prirodnog zemljišta ne može se, dakle, odvojiti od njega samog: ona je bezuvjetno njegov sastavni dio, kao da je ono zemljište, sve dotle dok ono postoji. Ne može, prema tome, jedna osoba biti nositelj prava građenja, a druga vlasnik zgrade koja je njime odvojena od zemljišta. Moguće je, međutim, da je jedna osoba nositelj prava građenja, a druga vlasnica privremene zgrade podignute na zemljištu opterećenom pravom građenja, jer privremene zgrade nisu pravno odvojene od zemljišta pravom građenja, već samim zakonom koji propisuje da je samo trajna zgrada sastavni dio zemljišta. Stoga samo trajna zgrada može se odvojiti od zemljišta pravom građenja.

¹¹⁸ Čl. 105. st. 2. Zakona o obveznim odnosima, NN, br. 53/91., 3/94. i 7/96.

¹¹⁹ Šire o djelomičnoj ništavosti ugovora: M. Vedriš - P. Klarić, *Građansko pravo*, drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje, "Narodne novine", Zagreb, 1996., str. 119.; S. Perović, *Obligaciono pravo*, "Privredna štampa", Beograd, 1980., str. 451.-452.; isti: u *Komentarima Zakona o obligacionim odnosima*, izd. "Kulturni centar", Gornji Milanovac i Pravni fakultet u Kragujevcu, 1980., I. knjiga, str. 364.-365. U talijanskoj pravnoj literaturi, Casella, M., *Nullità parziale nell' contratto e inserazione automatica di clausole*, Giuffrè, Milano, 1974., strana 15.-58., odnosi se na članak 1419. *Građanskog zakonika (Codice civile)* koji se poklapa sa člankom 105., sada 324. Zakona o obveznim odnosima.

Zato se vlasništvo posebnog dijela nekretnine može uspostaviti i na odgovarajućem suvlasničkom dijelu nekretnine koja se sastoji “od prava građenja sa zgradom” jednako kao i na nekretnini “koja se sastoji od zemljišta sa zgradom” (čl. 66. st. 3. ZV-a).

Ne može se osnovati pravo građenja na pravu građenja; može se, međutim, osnovati pravo građenja na nekretnini koju sačinjava pravo građenja i zgrada. To je pravo nadogradnje.¹²⁰ Austrijski Zakon i njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja u prvobitnom tekstu ne poznaju ni takvu mogućnost jer u vrijeme kada su doneseni, ni u Austriji, ni u Njemačkoj nije još postojala pravna ustanova prava vlasništva na posebni dio nekretnine.

B) Osnivanje prava građenja

1. Pravne osnove o osnivanju prava građenja

Sve pravne osnove o osnivanju prava građenja svrstavaju se u dvije kategorije:

- a) o osnivanju prava građenja na temelju pravnog posla
- b) osnivanje prava građenja na temelju sudske odluke.

1.1. Pravni posao o osnivanju prava građenja (sadržaj i oblik)

Općenito je pravni posao o osnivanju prava građenja pravno valjano očitovanje volje “kojemu je cilj osnutak prava građenja” te koji “nužno sadrži odredbe o osnivanju prava građenja na određenoj nekretnini”, (čl. 287. st. 1. i 2. ZV-a).

1.1.1. Oblik pravnog posla o osnivanju prava građenja

Pravni posao o osnivanju prava građenja da bi bio valjan, uz ostale pretpostavke koje vrijede za sve pravne poslove, “treba biti u pisanom obliku” (čl. 287. st. 2.). Zakon, dakle, za pravni posao o osnivanju prava građenja ne propisuje kvalificiranu formu, već se zadovoljava običnom pisanom formom kao konstitutivnim sastojkom. Kvalificirana forma je propisana za ispravu o upisu stvarnih prava u zemljišnu knjigu (čl. 52. i 53. ZZK), pa i za ispravu o upisu prava građenja jer zakon u tom pogledu ne čini iznimku (arg. iz čl. 34. ZZK).

Ali odredba o osnivanju prava građenja sadržana u pravnom poslu za koji je zakonom propisana ili ugovorena kvalificirana forma ne bi bila

¹²⁰ O pravu nadogradnje po dosadašnjem pravu šire: P. Simonetti, *Pravna osnova građenja na tuđoj nekretnini (pravo nadogradnje)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 17., vol. 1. str. 27.-37; Nicoletti, A., *Le innovazioni e la sopraelevazione nell'condominio*, Seconda ediz.; CEDAM, Padova, 1996., str. 113.-146.; Barca, A.-Marvasi, C., *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004., str. 422.-430.

valjana ako bi zbog nedostatka forme pravni posao bio ništav. Tako odredba o osnivanju prava građenja može biti sastavni dio sporazuma o ustupanju i raspodjeli imovine za života (čl. 105.-115. ZN-a) u vidu naloga ili ugovora o doživotnom uzdržavanju iz ZN-a (čl. 121.-127., sada: član 579. do 585. ZOO-a).^{121, 122} Taj sporazum, odnosno ugovor, iako zaključen u pisanom obliku, bit će valjan samo ako ga ovjeri sudac nadležnog suda, odnosno ako ga solemnizira javni bilježnik ili ako ga sastavi u obliku javnobilježničkog akta i ako ga pri tome ovlaštena osoba pročita ugovornicima uz upozorenje na njihove posljedice (čl. 112. st. 2. i 3. i čl. 122. st. 4. i 5. ZN-a i čl. 580. novoga ZOO-a).

Nedostatak kvalificirane forme po pravilu se ne uklanja ni dobrovoljnim ispunjenjem obveza iz ugovora u cijelosti ili u pretežnom dijelu, kao u slučaju kada je za valjanost ugovora propisana obična pisana forma (čl. 73., sada čl. 294. ZOO-a). Dakle, nedostatak forme o osnivanju prava građenja u ovim poslovima se ne bi uklonio predajom u samostalan posjed zemljišta koje se htjelo opteretiti pravom građenja.

1.1.2. Sadržaj pravnog posla o osnivanju prava građenja

Po pravilu sadržaj pravnog posla o osnivanju prava građenja obuhvaća sve tri kategorije tipičnih sastojaka pravnog posla (bitne - *essentialia negotii*), dispozitivne ili prirodne (*naturalia negotii*) i slučajne sastojke (*accidentalialia negotii*). Općenito su sva tri sastojka zastupljena u pravnom poslu o osnivanju prava građenja. Dispozitivne ili slučajne odredbe pravnog posla o osnivanju ili izmjeni i dopuni (preinaci) sadržaja prava građenja postaju sadržaj prava građenja kao stvarnog prava, uknjižbom u zemljišnu knjigu ili polaganjem u sud propisane tabularne isprave, ako zemljište koje se opterećuje pravom građenja nije upisano u zemljišne knjige. Do uknjižbe odnosno polaganja tabularne isprave kod suda valjan pravni posao o osnivanju prava građenja, kao i sporazum o preinaci prava građenja, proizvodi samo obveznopravne učinke.

1.1.3. Bitni sastojci pravnog posla o osnivanju prava građenja

Bitni sastojci pravnog posla o osnivanju prava građenja jesu:

- odredba o osnivanju prava građenja;
- odredba o predmetu pravnog posla - objektu prava građenja tj. zemljištu koje će se na temelju tog pravnog posla opteretiti pravom građenja.

¹²¹ Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05. Ovim zakonom uređuje se i ugovor o dosmrtnom uzdržavanju (član 286-589.)

¹²² Gavella, N., *Nasljedno pravo*, "Informator", Zagreb, 1986., str. 361.-362. i 372.

2. Protuzakonite (ništave) odredbe pravnog posla o osnivanju prava građenja

Zakon o vlasništvu izričito propisuje sankciju ništavosti za određene odredbe koje bi bile unesene u pravni posao o osnivanju, preinaci sadržaja ili prijenosu prava građenja.

2.1. Ništavost odredbe pravnog posla o odvajanju prava građenja i zgrade

Ništava je odredba o tome da pravo vlasništva na zgradu stječe neka druga osoba, a ne nositelj prava građenja, pa makar ta druga osoba bila i sam vlasnik zemljišta. Zgrada je naime, sastavni dio prava građenja, njegova pripadnost, kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 3.); nositelj prava građenja bez iznimke je vlasnik zgrade, a svaka tome suprotna odredba je ništava (čl. 281. st. 1.). Suglasno tome je i pravilo da se s pravom građenja prenosi pravo vlasništva zgrade izgrađene na pravu građenja, a da je suprotna odredba ništava (čl. 290. st. 2. ZV-a).

Gornje odredbe izražavaju pravilo po kome vlasnik zgrade na zemljištu opterećenom pravom građenja može biti jedino nositelj prava građenja. Zgrada se pravno odvaja od zemljišta pravom građenja (čl. 280. st. 1.) ili koncesijom (čl. 9. st. 4.), ali se zgrada kao cjelina ne može odvojiti od prava građenja ni po kome pravnom osnovu (čl. 281. st. 1. ZV-a). Može se, međutim, odvojiti pravom služnosti dio zgrade koji prelazi na susjedsko zemljište opterećeno pravom građenja (čl. 155. st. 2., čl. 157. i 196. ZV-a). Prema tome, postoji mogućnost pravnog razdvajanja samo dijela zgrade od prava građenja na susjedskom zemljištu. Ovo bez obzira na to da li je vlasnik zgrade vlasnik zemljišta na kome je pretežno izgrađena ili je nositelj prava građenja.

2.2. Ništavost odredbe pravnog posla o odvajanju prava građenja od zemljišta

Pravo građenja se ne može odvojiti od zemljišta koje opterećuje, pa tko na bilo kojoj osnovi stekne vlasništvo opterećenog zemljišta, stekao je i zemljište opterećeno pravom građenja, osim ako je zakonom drukčije određeno (čl. 283. ZV-a).

Ova odredba odnosi se na sve pravne osnove stjecanja prava vlasništva zemljišta opterećenog pravom građenja, na temelju pravnog posla, po samom zakonu, nasljeđivanjem ili odlukom suda, odnosno drugog nadležnog tijela. Neraskidiva pravna veza prava građenja i zemljišta pretpostavka je pravne sigurnosti u pravnom prometu. Zato je ništava i odredba u pravnom poslu o otuđenju prava vlasništva na zemljište, opterećeno pravom građenja bez prava građenja. Osim toga po općem pravilu obveznog prava: što dvojica ugovore trećega ne obvezuje. Treći je u ovom slučaju nositelj prava građenja, kao i ovlaštenik prava koja opterećuju pravo građenja.

Pravo građenja može prestati samo zbog razloga koji su zakonom propisani (čl. 292.-294. ZV-a); ono može prestati na temelju odreknuća, ali i po tom osnovu samo uz ograničenja iz čl. 274. st. 4. na koja upućuje čl. 293. ZV-a, tj. uz pristanak ovlaštenika prava koja ga opterećuju.

Dakle, od pravila pravnog slijeđenja prava građenja: tko po bilo kojem temelju stekne vlasništvo opterećenog zemljišta, stekao je i zemljište opterećeno pravom građenja; može se propisati iznimka samo zakonom, ne i podzakonskim propisom, a pogotovo se ne može odrediti pravnim poslom. Odstupanje je moguće samo “ako je zakonom drukčije određeno” (čl. 283.). Takvo odstupanje bi se npr. moglo propisati Zakonom o izvlaštenju kada to zahtijeva svrha izvlaštenja zemljišta opterećenog pravom građenja, da se na korisnika izvlaštenja prenese pravo vlasništva bez prava građenja koje ga opterećuje. Pravo građenja bi se, dakle, ukinulo izvlaštenjem, što se mora izričito odrediti rješenjem o izvlaštenju. Ukidanjem prava građenja korisnik izvlaštenja stječe pravo vlasništva ne samo na zemljište nego i na zgradu (čl. 295. st. 1. ZV-a). U tom slučaju bi nositelj prava građenja, razumije se, imao pravo na naknadu po tržišnim cijenama za gubitak prava građenja. Drugačije se ne bi moglo propisati, jer bi to bilo suprotno ustavnoj odredbi iz čl. 50. Ustava Republike Hrvatske koji propisuje: “Zakonom je moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti.” Ustav upotrebljava pojam vlasništva u širem smislu - i za ograničena stvarna prava,¹²³ a pogotovo za pravo građenja koje je istovremeno nekretnina u pravnom pogledu s kojom je spojeno pravo vlasništva zgrade. Dakle, za ukidanje prava građenja njegov nositelj ima pravo naknade u visini tržišne cijene prava građenja i zgrade.

Napokon, s povjerenjem u zemljišne knjige stječe se pravo vlasništva nekretnine opterećene pravom građenja bez prava građenja kada pravo građenja postoji izvan zemljišne knjige (čl. 124. st. 1.), jer je stečeno na originaran način npr. dosjelošću.¹²⁴

3. Osnivanje prava građenja odlukom suda

Pod određenim zakonskim pretpostavkama pravo građenja osniva se i na temelju odluke suda.

Prema Zakonu o vlasništvu sud može odlučiti da se osnuje pravo građenja:

- a) u postupku diobe nekretnine,
- b) u ostavinskom postupku, te
- c) u drugim slučajevima određenim zakonom.

U postupku diobe nekretnina i u ostavinskom postupku sud “može svojom odlukom” osnovati (točnije: donijeti odluku o osnivanju) pravo građenja “ako je ovlašten u tom postupku osnovati služnost” (čl. 289. st. 1.).

Budući da se pravo građenja po pravilu osniva na sporazumu stranaka (dosadašnjih suvlasnika, zajedničara) u postupku diobe nekretnina, odnosno na očitovanju posljednje volje oporučitelja u ostavinskom postupku, u na-

¹²³ Gavella i dr., *Stvarno pravo*, “Informator”, Zagreb, 1998., str. 290.

¹²⁴ P. Simonetti, *Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19. br. 2., str. 440.-441.

čelu, sudska odluka, kao i pravni posao, može imati dispozitivne i dopunske odredbe koje određuju sadržaj, opterećenja, ograničenja, trajanje i posljedice prestanka prava građenja.

Na osnivanje prava građenja odlukom suda na odgovarajući način primjenjuju se pravila o osnivanju služnosti odlukom suda (čl. 289. st. 2.). Pretpostavke za osnivanje prava služnosti, pak, odlukom suda u postupku diobe nekretnina i u ostavinskom postupku propisane su u čl. 226. ZV-a. Prema odredbama iz čl. 226. "pravo služnosti čiji je osnutak sud odredio na temelju odredaba ovog članka osniva se na način koji je ovim zakonom predviđen za stjecanje prava služnosti na temelju pravnog posla" (st. 3.). Dakle, pravo građenja na temelju sudske odluke u postupku diobe nekretnina i u ostavinskom postupku osniva se upisom u zemljišnu knjigu ili polaganjem kod mjesno nadležnog suda pravomoćne ovršne odluke jednako kao kada se to pravo osniva pravnim poslom. Prema tome, sudsom odlukom ne osniva se pravo građenja, već je pravomoćna sudska odluka o osnivanju prava građenja pravna osnova za osnivanje tog prava, a ono se osniva dvostrukom uknjižbom u zemljišnu knjigu ili polaganjem pravomoćne sudske i ovršne odluke kod suda kada nekretnina, koja se njima opterećuje, nije upisana u zemljišnu knjigu.

Zakon o vlasništvu, međutim, predviđa mogućnost osnivanja prava građenja sudsom odlukom "i u drugim slučajevima određenim zakonom" (čl. 289. st. 1.), dakle, izvan postupka diobe i ostavinskog postupka, pa se i u tom slučaju pravo građenja osniva odgovarajućom primjenom pravila o osnivanju služnosti odlukom suda (čl. 289. st. 2.). Može se očekivati da će se zakonom predvidjeti mogućnost osnivanja prava građenja i odlukom nadležnog tijela uprave, npr. u postupku izvlaštenja, kao oblik naknade za izvlašteno zemljište, odnosno za ukidanje prava građenja u postupku izvlaštenja ili kao zamjena za zemljište oduzeto u postupku komasacije građevinskog zemljišta.

3.1. Osnivanje prava građenja u postupku diobe nekretnina

U postupku diobe nekretnina, prema odredbama čl. 226. st. 1. ZV-a, sud koji provodi diobu suvlasništva ili zajedničkog vlasništva može osnovati pravo služnosti pa, dakle, i pravo građenja (čl. 289. st. 1.).

Čini se da se u ovom kontekstu izraz dioba upotrebljava u dva značenja:

a) u značenju utvrđenja suvlasničkih dijelova na nekretnini u zajedničkom vlasništvu i

b) u značenju geometrijske diobe suvlasničke zajednice nekretnina (čl. 47.-56. ZV-a) tzv. fizičke diobe, odnosno razvrgnuća suvlasničke zajednice.

Utvrđenje suvlasničkih dijelova na nekretninama u zajedničkom vlasništvu koje su stečene nasljeđivanjem (čl. 147.-153. ZN-a) moguće je međusobnim sporazumom zajedničara ili odlukom suda u ostavinskom postupku pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju.

U pravnoj literaturi se opravdano podvlači razlika između utvrđenja prava suvlasništva na osnovi zajedničkog vlasništva od razvrgnuća suvlasničke zajednice.¹²⁵ U sudskoj praksi također se ističe da se pod diobom nasljedstva (čl. 147. i 148. ZN-a) podrazumijeva ne samo fizička dioba, već isto tako dioba putem utvrđivanja suvlasničkih dijelova nasljednika u određenim stvarima.¹²⁶ Smatramo da će se pravo građenja, po pravilu, osnivati u postupku razvrgnuća suvlasničke zajednice (geometrijska dioba). Ali, nije isključeno da jedan zajedničar optereti pravom građenja zemljište u svom vlasništvu u korist drugog zajedničara koji se u zamjenu za ovo odriče prava na suvlasnički dio ili pristaje na manji suvlasnički dio nego što mu po zakonu pripada kao zajedničaru. U tom slučaju se, dakle, osniva pravo građenja na zemljištu koje je u isključivom vlasništvu drugog zajedničara. Ovo zbog toga što se pravo građenja ne može osnovati na suvlasničkom dijelu, jer se ono ne bi moglo ostvariti na idealnom dijelu nekretnine. Moguće je, međutim, osnovati pravo građenja i za dvije ili više osoba, ali objekt prava građenja može biti samo realna nekretnina-točnije: građevinska čestica.

3.1.1. Osnivanje prava građenja odlukom suda u postupku diobe nekretnina uz suglasnost stranaka

U postupku diobe nekretnina između suvlasnika, odnosno zajedničara, moguća je nagodba o diobi, a u okviru te nagodbe i sporazum o osnivanju prava građenja u korist dosadašnjeg suvlasnika ili zajedničara na zemljištu koje temeljem nagodbe prelazi u isključivo vlasništvo drugog dosadašnjeg suvlasnika ili zajedničara.

Za sporazum o osnivanju prava građenja izvan sporazuma o diobi se ne traži suglasnost svih dosadašnjih suvlasnika, odnosno zajedničara; dovoljna je suglasnost samo između onoga za koga se osniva pravo građenja i onoga čije se zemljište opterećuje tim pravom, te eventualnih ovlaštenika drugih stvarnih prava na tom zemljištu, ako bi osnivanjem prava građenja njihova prava bila tangirana. Ovo zbog toga što se pravo građenja može osnovati samo s prvim rang-mjestom, tj. ispred svih drugih stvarnih prava na zemljištu koje se njime opterećuje.

Suvlasnici ili zajedničari mogu se suglasiti i da se osnuje pravo građenja u korist jednoga ili nekolicine suvlasnika ili zajedničara na onome zemljištu koje ostaje u njihovom suvlasništvu, odnosno zajedničkom vlasništvu. Za ovaj sporazum potrebna je suglasnost svih suvlasnika ili zajedničara čije se zemljište opterećuje pravom građenja (čl. 287. st. 4. ZV-a).

Nagodba o diobi, a u okviru nje sporazum o osnivanju prava građenja, u postupku diobe najčešće se unosi (upisuje) u sudski zapisnik. Time je udovoljeno zakonskom propisu o formi sporazuma, jer je sudski zapisnik

¹²⁵ Gavella, *Nasljedno pravo*, str. 259.-265.

¹²⁶ VSH, Rev-153/83., od 29. lipnja 1983. i Gž- 29/83., od 26. 7. 1983., J. Crnić: *Zakon o nasljeđivanju*, Zagreb, 1994., str. 402.-403.

javna isprava koja pruža veću vjerodostojnost od privatne pisane isprave koja se traži za pravni posao o osnivanju prava građenja (čl. 287. st. 2.). Stoga je moguć prijedlog nagodbe u pisanom podnesku sudu u postupku diobe, koji potpisuju suvlasnici, odnosno zajedničari ili samo stjecalac prava građenja i suvlasnik u čije se isključivo vlasništvo prenosi zemljište, koje se želi opteretiti pravom građenja, jer takva isprava zadovoljava formu pravnog posla o osnivanju prava građenja iz čl. 287. st. 2.

3.1.2. Osnivanje prava građenja odlukom suda u postupku diobe nekretnina u slučaju kada nema suglasnosti stranaka

Geometrijska dioba, razvrgnuće suvlasničke zajednice ne podrazumijeva nužno parceliranje svake katastarske čestice, a građevinske čestice se i ne mogu cijepati, jer se njihov oblik i površina određuju u javnom interesu, po propisima o prostornom uređenju, detaljnim urbanističkim planom, odnosno parcelacijom ili lokacijskom dozvolom. Moguće je stoga da građevinska čestica i nakon geometrijske diobe ostalih nekretnina ostane u suvlasništvu dva ili više suvlasnika koji se ne mogu sporazumjeti o osnivanju prava građenja u korist jednoga od njih. U tom slučaju mogući izlaz jest osnivanje prava građenja odlukom suda.

Inače, osnivanje prava građenja odlukom suda bez suglasnosti stranaka bit će, po pravilu, u slučaju kada se utvrdi potreba pojedinog suvlasnika (zajedničara), da mu se osnuje pravo građenja na određenom zemljištu koje je do diobe bilo u suvlasničkoj zajednici (ili u zajedničkom vlasništvu), a postoje naročiti razlozi da zemljište bude u vlasništvu drugog suvlasnika (zajedničara). Takvi naročiti razlozi da se zemljište optereti pravom građenja, a da se ne prenese u vlasništvo potencijalnog nositelja prava građenja postoje npr. ako je suvlasnik zemljišta općina ili grad, a davanjem odnosnog zemljišta u vlasništvo drugom suvlasniku (fizičkoj ili pravnoj osobi) bitno bi se okrnjila prostorna cjelovitost namjene zemljišta ili bi time bila bitno okrnjena gospodarska, odnosno tehnološka funkcionalnost kompleksa (industrijski kompleks) na koji stječe pravo vlasništva drugi suvlasnik.¹²⁷

Prema odredbama čl. 289. st. 1. koja upućuje na čl. 226. st. 1. ZV-a sud može svojom odlukom osnovati i pravo građenja u postupku geometrijske diobe nekretnina, dakle razvrgnuća suvlasničke zajednice jednako kao i pravo služnosti i bez suglasnosti dosadašnjeg suvlasnika, odnosno zajedničara čija se nekretnina opterećuje pravom građenja.

S obzirom da se osnivanjem prava građenja iscrpljuje faktički u cijelosti pravo uporabe i korištenja zemljišta koje pripada vlasniku, sud će

¹²⁷ Ovo su, inače, razlozi za odbijanje zahtjeva za vraćanje nacionaliziranog zemljišta (ili oduzetog po drugoj osnovi) ovlašteniku prava na naknadu po čl. 35. al. 3. i 4. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (Narodne novine, br. 92/96.), šire: P. Simonetti, Denacionalizacija i pretvorba neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 18/1., 1997., str. 209.-211.

vjerojatno u praksi restriktivno koristiti svoje ovlaštenje da, na zemljištu koje na osnovi rješenja o geometrijskoj diobi postaje vlasništvo jednog od dosadašnjih suvlasnika ili zajedničara, osnuje pravo građenja u korist drugoga dosadašnjeg suvlasnika odnosno zajedničara.

Kada nema suglasnosti između suvlasnika ili zajedničara, sud može osnovati pravo građenja u postupku geometrijske diobe nekretnina, a ne u postupku utvrđivanja veličine suvlasničkih dijelova na nekretnini u zajedničkom vlasništvu.

3.2. Osnivanje prava građenja odlukom suda u ostavinskom postupku

Pravo građenja i u ostavinskom postupku osniva sud, koji je ovlašten u tom postupku osnovati služnosti (čl. 289. st. 1.). Sud koji provodi ostavinski postupak, svojom će odlukom osnovati pravo služnosti (čitaj: pravo građenja) ako je oporučitelj zapisom ili nalogom odredio osnivanje toga prava (čl. 226. st. 2.). Prema tome i pravo građenja će osnovati sud koji provodi ostavinski postupak, ako je ostavitelj svojim valjanim zapisom (legatom) ili nalogom “odredio da se osnuje to pravo” na nekretnini (zemljištu) iz njegove ostavine.

Po Zakonu o nasljeđivanju, u ostavinskom postupku ostavitelj može oporukom ostaviti jedan ili više zapisa (čl. 45.) kojim ostavlja “jednu ili više određenih stvari ili *neko* pravo određenoj osobi” (zapisovnik, legatar) “ili naložiti nasljedniku ili kojoj drugoj osobi kojoj nešto ostavlja da iz onoga što joj je ostavljeno dade neku stvar određenoj osobi ... ili da u njezinu korist nešto učini ... ili da nešto trpi” (čl. 47. st. 1. ZN).

Prema tome, oporučitelj koji je na vlastitom zemljištu imao pravo građenja (čl. 284. st. 2. ZV-a) može oporukom ostaviti određenoj osobi: nasljedniku ili zapisovniku pravo vlasništva, a drugoj pravo građenja na istoj nekretnini (tzv. neposredni zapis). Oporučitelj može naložiti nasljedniku “ili nekoj drugoj osobi kojoj nešto ostavlja”, dakle, i samom zapisovniku, da osnuje pravo građenja na određenom zemljištu u korist druge osobe, zapisovnika (ili korisnika naloga). Korisnik zapisa ili naloga ima pravo tražiti od osobe opterećene zapisom odnosno nalogom da mu osnuje pravo građenja u skladu sa zapisom odnosno nalogom (tzv. posredni zapis). Isto pravo ima i osoba u čiju korist je nalogom određeno osnivanje prava građenja.¹²⁸

U slučaju spora o činjenicama od kojih ovisi pravo iz zapisa ili o pravu zapisa, sud prekida ostavinski postupak i upućuje stranke na parnicu (čl. 221. i 222. ZN-a), po pravilu zapisovnika ili korisnika naloga da u tom postupku ostvari svoj zahtjev.

Kada utvrdi da je zapis ili nalog o osnivanju prava građenja u korist zapisovnika, odnosno korisnika naloga istinit, valjan i dopušten i da se na

¹²⁸ Šire: Gavella, *Nasljedno pravo*, str. 184.-187.; Kreč-Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 270.-314., Blagojević-Antić, *Nasljedno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1988., str. 294.-304. i S. Marković, *Nasljedno pravo*, “NIU Službeni list SFRJ”, Beograd, 1981., str. 287.

određenom zemljištu koje je označeno u zapisu ili nalogu kao objekt prava građenja može osnovati to pravo kako je odredio oporučitelj - "sud koji provodi ostavinski postupak svojom će odlukom odlučiti" da se osnuje pravo građenja (čl. 226. st. 2. na koji upućuje čl. 289. st. 1. ZV-a). U tom slučaju, dakle, nije moguće sudsko arbitriranje, zakon je imperativan, sud će "odlučiti", a ne "može" odlučiti da se osnuje pravo građenja.

Valjan, moguć i dopušten zapis, odnosno nalog o osnivanju prava građenja su samo pretpostavke za donošenje sudske odluke o osnivanju prava građenja. Zapis ili nalog su, dakle, posredna osnova za osnivanje prava građenja, a neposredna osnova je pravomoćna sudska odluka (rješenje o nasljeđivanju) temeljem koje se to pravo osniva upisom u zemljišnu knjigu.

Ako je više sunasljednika ili drugih korisnika ostavine opterećeno zapisom ili nalogom o osnivanju prava građenja, oni mogu opteretiti naslijeđeno zemljište pravom građenja samo uz potpunu suglasnost bez obzira na veličinu njihovih nasljednih dijelova (čl. 287. st. 4. ZV-a).

3.3. Osnivanje prava građenja odlukom suda u drugim slučajevima

Zakon o vlasništvu propisuje da se osim u ostavinskom postupku i postupku diobe pravo građenja može osnovati "i u drugim slučajevima određenim zakonom" (čl. 289. st. 1.).

Drugi "slučajevi" osnivanja prava građenja odlukom suda nisu predviđeni u Zakonu o vlasništvu, ali nije isključeno da se predvide drugim zakonom. Uostalom, i bez te odredbe, posebnim zakonom bi se mogla propisati takva mogućnost, jer zakonodavcu takvo ovlaštenje ne daje zakon, nego Ustav.

Prema tome, posebnim zakonom mogu se predvidjeti i "drugi slučajevi" - pravne pretpostavke za osnivanje prava građenja odlukom suda. Takvo ovlaštenje dano je upravnom tijelu u postupku izvlaštenja za osnivanje prava služnosti.¹²⁹ Može se očekivati, *de lege ferenda*, da se predvidi takvo ovlaštenje za osnivanje prava građenja u postupku izvlaštenja. Zakon o izvlaštenju donijet je 27. siječnja 1994., dakle, skoro tri godine prije Zakona o vlasništvu koji je u naš pravni sustav uveo ustanovu prava građenja, pa se nakon stupanja na snagu ZV-a pojavila praznina u Zakonu o izvlaštenju. Na ovo upućuju i odredbe o naturalnoj naknadi u postupku izvlaštenja. Naknada za izvlaštenu nekretninu, naime, određuje se "u pravilu, davanjem na ime naknade druge odgovarajuće nekretnine..." (čl. 32.). U skladu s ovim načelom bilo bi i pravilo o osnivanju prava građenja odlukom nadležnog tijela, npr. ako se izvlaštenje provodi radi izgradnje takvih zgrada kakvu je spreman izgraditi izvlaštenik. Također je moguće, u Zakonu o izvlaštenju, *de lege ferenda*, predvidjeti prvenstveno pravo građenja u korist izvlaštenika nekretnine.¹³⁰ Takve mogućnosti se mogu provesti i u slučaju komasacije

¹²⁹ Čl. 4. st. 1. i čl. 22. Zakona o izvlaštenju, Narodne novine, br. 9/94., 35/94. ispr.

¹³⁰ Prvenstveno pravo građenja – superficijarno pravo u korist izvlaštenika nekretnine

građevinskog zemljišta koja bi se provodila radi stvaranja građevinskih čestica u skladu s odgovarajućim prostornim planom na područjima koja su rascjepkana sitnim katastarskim česticama.

Summary

RIGHT OF OWNERSHIP AND RIGHT TO BUILD OF FOREIGN CITIZENS ON REAL ESTATE IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Foreign citizens that had acquired on different bases or had the right of ownership on constructions on building soil in social ownership (1945-1991), acquired on October 8th, 1991 by the force of law the right of ownership on the soil pertaining to the construction. Under the present law foreign citizens can acquire the right of ownership on real estate subject to reciprocity condition, and, in case of acquisition on the basis of legal transaction, there are further conditions, one of which being consent of the competent minister. The same rules apply to acquisition of the right to build on built or non-built building soil since this right, according to explicit provision of the law, is considered to be real estate in legal sense, while any construction on it is considered to be its pertinence as if the right were soil. Foreign citizens cannot have nor acquire the right of ownership on certain real estates (agricultural soil, forests and forestry soils, areas of protected nature, and on territories that are excluded for reasons of protection of interests and safety of the Republic of Croatia). It is presumed that in accordance with provisions of the Stabilization and Accession Agreement most of this limitations will be eliminated in relation to physical and legal persons of the EU Member States. This liberalization will be extended to persons-nationals of states with whom the Republic of Croatia concluded treaty with clauses on the most privileged nation. However, there are no obstacles for the state to introduce by a legislative act a general prohibition of sale of soil in state ownership (such a prohibition already exists in relation to forest and forestry soil), and also for soil in ownership of units of local and regional self-government. Such a measure would not discriminate against foreign citizens, nor would it place limitations on the freedom of movement of capital, since there are legal institutes that are in principle equally accessible for both domestic and foreign persons, and that enable capital investments in agricultural and building soil as well as commercial

predviđa npr. talijansko pravo (vidi: Messineo, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, nona ed., "Giuffrè", Milano, 1965., volume secondo, str. 346.).

use of soil, and acquisition of right of ownership on buildings and other constructions without establishing the right of ownership on soil itself.

Key words: *foreign citizen, real estate, right of ownership, right to build, reciprocity, limitations, consent.*

Zusammenfassung

EIGENTUMRECHT UND BAURECHT VON AUSLÄNDERN AUF UNBEWEGLICHE SACHEN IN DER REPUBLIK KROATIEN

Ausländer, die aus verschiedenen Gründen Eigentumrecht auf Gebäude auf Bauland, das Gesellschaftseigentum ist, erworben haben oder es hatten (1945-1991), haben dem Gesetz nach am 8. Oktober 1991 das Eigentumrecht auf das Land, das zu dem Gebäude gehört, erworben. Nach heutigem Recht erwerben Ausländer das Eigentumrecht auf unbewegliche Sachen unter der Bedingung der Gegenseitigkeit, aber zum Erwerb auf Grund eines Rechtsgeschäfts wird außerdem die Zustimmung des zuständigen Ministers gefordert. Dasselbe gilt für den Erwerb des Baurechts auf bebautem oder unbebautem Bauland, denn dieses Recht betrachtet man nach ausdrücklicher Bestimmung von Rechts wegen als unbewegliche Sache, und das Gebäude gehört dazu als wäre es Bauland. Für bestimmte Immobilien (Agrarland, Wälder und Waldland und Naturschutzgebiete und Sperrgebiete zum Schutz der Interessen der Republik Kroatien) können ausländische Personen das Eigentumrecht nicht haben oder erwerben. Es kann angenommen werden, dass im Einklang mit dem Übereinkommen über Stabilisierung und Anschluss die Mehrzahl dieser Einschränkungen zu Nutzen natürlicher und juristischer Personen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union wegfallen wird, was sich auch auf die Personen aus Staaten, mit denen die Republik Kroatien einen Vertrag mit der Klausel begünstigste Nationen hat, erstrecken wird. Es besteht allerdings kein Hindernis gesetzlich ein allgemeines Verbot des Verkaufs von Land, das Eigentum des Staates ist, aufzustellen (solch ein Verbot besteht bereits für Wälder und Waldland) ja, und auch für Land, das den Einheiten der lokalen und regionalen Selbstverwaltung gehört. Damit wären weder ausländische Personen diskriminiert, noch würde der Umlauf des Kapitals begrenzt, denn es bestehen Rechtsinstitute, die prinzipiell sowohl einheimischen als auch ausländischen Personen zugänglich sein werden und die Investition von Kapital in Agrar- und Bauland ermöglichen wird sowie die Nutzung des Landes ohne Erwerb des Eigentumsrechts, die Anlage langjähriger Pflanzungen und den Erwerb des Eigentumsrechts auf Gebäude und andere Bauten.

Schlüsselwörter: *ausländische Person, unbewegliche Sache, Eigentumsrecht, Baurecht, Gegenseitigkeit, Begrenzung, Zustimmung.*

Sommario

DIRITTO DI PROPRIETÀ E DIRITTO DI EDIFICAZIONE DELLE PERSONE STRANIERE SUGLI IMMOBILI NELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Le persone straniere che su differenti basi hanno acquisito o sono titolari del diritto di proprietà su edifici in terreno edificabile di proprietà sociale (1945-1991), dal giorno 8 ottobre 1991 hanno acquistato per forza di legge il diritto di proprietà sul suolo pertinente l'edificio. Sotto la presente legge le persone straniere possono acquistare il diritto di proprietà sugli immobili a condizione di reciprocità e, nel caso di acquisizione sulla base di un atto legale, con altre condizioni, una delle quali è il consenso del ministro competente. Le stesse regole si applicano all'acquisto del diritto di edificazione su terreno edificabile edificato o non edificato poiché secondo l'esplicita disposizione della legge questo diritto è considerato essere immobile in senso giuridico, mentre qualsiasi costruzione su di esso è considerata essere sua pertinenza come se il diritto fosse il terreno. Le persone straniere non possono avere o acquistare il diritto di proprietà su certi immobili (terreno agricolo, boschi e terreni boschivi, aree di natura protetta, e su territori che sono esclusi per ragioni di protezione di interessi e di sicurezza della Repubblica di Croazia). È presumibile che secondo le disposizioni dell'Accordo di stabilizzazione e adesione molte di queste limitazioni saranno eliminate in relazione alle persone fisiche e giuridiche degli Stati membri dell'Unione Europea. Questa liberalizzazione sarà estesa a persone-nazionali di stati con cui la Repubblica di Croazia ha concluso trattati con clausole sulle nazioni privilegiate. Tuttavia non ci sono ostacoli per lo stato di introdurre con atto legislativo un divieto generale di vendita del terreno di proprietà statale (un tale divieto esiste già in relazione al bosco e al terreno boschivo), e anche per il terreno di proprietà di unità di autogoverno locale e regionale. Tale misura non discriminerebbe le persone straniere, né porrebbe limitazioni alla libertà di movimento di capitali, poiché ci sono istituti giuridici in via di principio egualmente accessibili per persone tanto domestiche quanto straniere, e ciò consente gli investimenti di capitali nel terreno agricolo ed edificabile, così come l'uso commerciale del terreno senza stabilire il diritto di proprietà sul terreno stesso, con uso di lunga durata e acquisto del diritto di proprietà su edifici e altre costruzioni.

Parole chiave: *persona straniera, immobile, diritto di edificazione, reciprocità, limiti, consenso.*

NAČIN OBRAČUNA KAMATNE STOPE POTROŠAČKOG ZAJMA – OTVORENA PITANJA HRVATSKOG PRAVA I FINACIJSKE PRAKSE

Dr. sc. Edita Čulinović – Herc,
izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Mira Dimitrić, izvanredna profesorica
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.781.5(497.5)
336.77:330.567.22
Ur.: 10. listopada 2006.
Pr.: 9. siječnja 2006.
Izvorni znanstveni članak

Potrošači kao korisnici bankovnih usluga susreću se sa sve sofisticiranijim bankovnim proizvodima. To je posebno izraženo kod bankovnih usluga kreditnog tipa. Jedno je od važnijih pitanja prilikom donošenja odluke o sklapanju ugovora o potrošačkom zajmu pitanje usporedivosti visine kamatnih stopa iskazanih u ponudama različitih kreditora. To omogućuje podatak o realnoj godišnjoj kamatnoj stopi, ili, kako se još naziva, efektivnoj kamatnoj stopi, stoga se propisi europskog prava koji reguliraju ovo područje neprekidno usavršavaju u cilju postizanja što ujednačenijeg načina obračunavanja. To je razumljivo jer se ti krediti, kao uostalom i druge usluge, nude slobodno na prekograničnoj osnovi. Dorada načina obračuna ide u tom pravcu da se jasno nastoje odrediti svi troškovi koje treba odbiti prije samog obračuna kao troškove kredita, s obzirom da u tom pogledu postoje u zemljama članicama značajne razlike. Stoga se ti propisi izlažu u nastavku i naznačuju pravci njihovih izmjena. S druge strane, ukazuje se i na tendenciju propisivanja tzv. crnih klauzula pri potrošačkom zajmu namijenjenih upravo tome da se sankcionira nepoštena bankovna praksa. Obuhvaćanje tih klauzula tzv. crnom listom ima za posljedicu njihovu ništavost.

Zatim se pitanje načina obračuna realne godišnje kamatne stope potrošačkih zajmova sagledava kroz prizmu hrvatskih propisa. Pri tom se imaju u vidu dva takva propisa, onaj Hrvatske narodne banke, koji se primjenjuje na banke (kako kod kreditnih i depozitnih poslova), ali i propis Ministarstva gospodarstva rada i poduzetništa, koje je kao resorno ministarstvo za zaštitu potrošača, donijelo propis sličnog polja primjene. Ti se propisi uspoređuju te empirički vrednuju. U na-

stavku se posebno skreće pozornost na utjecaj tzv. sigurnosnog pologa na način obračuna, te se upozorava na neusklađenost tih propisa kada je u pitanju jasno određenje troškovne baze.

Ključne riječi: potrošački zajam, kamatna stopa, efektivna kamatna stopa, realna godišnja kamatna stopa, zaštita potrošača.

1. Uvod

Potrošači su uobičajeni korisnici bankovnih usluga. Broj bankovnih usluga neprekidno je u porastu kao i broj njihovih korisnika. Raznovrsnost bankarskih usluga uvjetovana je između ostalog i činjenicom da se te usluge mogu pružati na daljinu, odnosno primjenom elektroničkih medija. Sedamdesete godine bile su godine fizičkog bankarstva u kojima bankovne usluge kreditnog tipa nisu bile u toj mjeri razvijene. Sada su se i kreditne usluge diversificirale, stoga bankovnoj praksi nisu nepoznati novi paketi usluga koji s jedne strane na različite načine financiraju nabavu suvremene tehnološke opreme, a s druge strane omogućuju povezivanje kredita sa štednjom ili s osiguranjem. S druge strane, potrošači se sve više koriste elektroničkim sredstvima plaćanja, pri čemu se tu ne misli samo na plaćanje putem kartica na prodajnom mjestu već i korištenje kućnog odnosno internetskog bankarstva, ili plaćanje putem mobilnog telefona.¹

U europskom kontekstu bankarski se sektor mijenja. U domeni bankovnih usluga postoji velik broj smjernica koje s jedne strane harmoniziraju statusno pravo banaka (npr. uređujući adekvatnost kapitala) ili s druge strane harmoniziraju određene aspekte ugovornog prava, kao što čini Smjernica o garancijskim shemama za depozite² koja uređuje minimalni iznos štednog uloga za koje država članica jamči isplatu u slučaju insolventnosti banaka. Ipak je u nedavnom izvješću Grupe eksperata za bankarstvo, u kojem je izvršena evaluacija primjene *Financial Services Action Plan*, ocijenjeno da je nivo harmonizacije nezadovoljavajući. Ocijenjeno je da europski bankarski sektor iskazuje niži nivo profitabilnosti od banaka iz SAD-a.³ Također je iznesen podatak da smjernice koje uređuju različite aspekte pojedinih instituta nisu međusobno usklađene. Naročito je zapažen "učinak gomilanja". Naime, pri sklapanju ugovora (elektroničkim putem) može se

¹ de COCK BUNING M./ HONDIUS E., / PRINS C./ de VRIES M., "Consumer@ Protection.EU. An Analysis of Consumer Legislation in the Information Society" in: *Journal of Consumer Policy* 2001, p. 24 (2001): 287.

² Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes, *OJ L 135*, 31/05/1994 P. 0005 – 0014

³ Tzv. return on equity bio je 1992. godine u Europi 9,3% da bi 2001. godine narastao na 12,3%, pri čemu je vrhunac profitabilnosti iskazan 1999. godine u iznosu od 15,2%, dok banke SAD-a pokazuju u istom referentnom periodu porast od 12,6% ka 18,6%. Vidi FSAP: Progress and Prospects, Final Report, Expert Group on Banking, May 2004, str. 7.

dogoditi da potrošača treba informirati prije sklapanja ugovora o tri skupine podataka temeljem triju smjernica koje se na taj ugovor primjenjuju, a da dolazi do njihova udvostručavanja: određeni podaci zahtijevaju se prema Smjernici o elektroničkoj trgovini, drugi prema Smjernici o marketingu financijskih usluga na daljinu, a treći prema Smjernici o potrošačkom kreditu. Sve to dovodi do toga da potrošaču treba predočiti 40 različitih podataka prije sklapanja ugovora.

Sloboda pružanja usluga na tržištu EU nije upitna. Ipak se banke u pokušaju širenja svojih usluga izvan svojih nacionalnih okvira susreću s nekim preprekama. U prvom redu radi se o strukturalnim preprekama: činjenici da korisnici bankarskih usluga, a posebno potrošači preferiraju lokalne banke s kojima mogu "izgraditi odnos". Stoga se kod leasinga, potrošačkih kredita i kredita za kupnju nekretnine preferira lokalna prisutnost, što zapravo znači da je bankama nepraktično nuditi te usluge na daljinu. Vrlo su rijetki slučajevi da su određene bankarske grupacije započele sa *on-line* uslugama da bi tek kasnije osnovale podružnicu.

Osim strukturalnih postoje i prepreke unutar kojih su identificirane porezne, zakonske i administrativne prepreke. Primjerice, neoporezivanje kamata često se dopušta samo za račune kod banaka koje su osnovane po pravu države članice, ili se od društava zahtijeva imenovanje lokalnog poreznog predstavnika. Kao ostale prepreke navode se velike razlike u insolventijskom pravu država članica (banke nisu sigurne da li će u situacijama prekograničnog kreditiranja imati u slučaju stečaja položaj osiguranog ili neosiguranog vjerovnika). Na to se nadovezuju razlike između pravnih učinaka pojedinih sredstava osiguranja tražbina, postupci prisilne realizacije tih sredstava, među kojima se izdvajaju razlike između sudskih i izvansudskih metoda realizacije.

Strukturalne promjene dešavaju se i u organizacijskim okvirima banaka. Zapažen je porast konsolidacije bankarskog sektora na nacionalnom nivou, ali ga ne prati stupanj prekogranične konsolidacije. U smislu tržišne zastupljenosti banke su prisutne jednako kao društva kćeri i kao i podružnice banaka.⁴ Ukupna tržišna zastupljenost nedomesticilnih bankarskih institucija EU na tržištu država članica iznosila je 15,2% 2002,⁵ Naime, treba imati na umu, da pojam "banka" u europskom kontekstu treba razumjeti u generičkom smislu. On obuhvaća čitav niz kreditinih institucija koje su licencirane da obavljaju usluge, tzv. *EU banking passport* kako ga definira Smjernica 2000/12/EC.⁶ Stoga u praksi dolaze u obzir: *commercial banks, mutual societies, cooperatives, saving banks, partnership* itd.⁷

⁴ Vidi Financial Services Action Plan: Progress and Prospects, Expert Group on Banking, Final Report, May 2004, p. 5.

⁵ Ibid., p. 6.

⁶ Annex 1 to Directive 2000/12/EC

⁷ Financial Services Action Plan: Progress and Prospects, Expert Group on Banking, Final Report, May 2004, p. 5.

S druge strane, porast broja bankovnih usluga koje se nude na tržištu proizlazi i iz činjenice da su banke ovlaštene nuditi *de facto* sve financijske usluge. Koncept univerzalnog bankarstva poznaje i hrvatski bankovni sustav. Osim pravih "bankovnih usluga", banke u RH su ovlaštene pružati i "ostale financijske usluge".^{8,9}

2. Ratio potrošačkog zakonodavstva u domeni financijskih usluga

Zaštita potrošača jedan je od važnih pokretača zakonodavne aktivnosti. Kada je riječ o intervenciji zakonodavca u domeni financijskih usluga, tada se kao obrazloženje nude neki ciljevi koje zakonodavac želi postići. Prema Benstonu¹⁰ neki od tih ciljeva jesu: očuvati povjerenje potrošača u financijski sustav; osigurati da potrošači budu u dovoljnoj mjeri informirani kako bi mogli donijeti informiranu odluku, kao i da se s njima korektno postupa, osigurati *fair pricing* financijskih usluga, zaštititi potrošače od prijevara i neovlaštenih transakcija itd.

Međutim, treba imati na umu da nisu svi potrošači isti. Siromašan i neobrazovan korisnik tekućeg računa nije isto što i sofisticiran i imućan ulagatelj.¹¹ Nadalje, svakako da će u okviru slike potrošača bolje pristajati (fizička) osoba koja je u zajmovnoj potrebi od one koja raspolaže viškom novca, makar se i potonja smatra potrošačem. Ipak ako se ograničimo samo na fizičku osobu – deponenta, također postoje razlike radi li se o deponentu koji sklapa s bankom *a vista* novčani depozit ili ulaže novac u investicijski fond (također putem banke). Ipak, iako ima argumenata da posljednjeg ne smatramo običnim potrošačem, postoje shvaćanja koja poistovjećuju ulagatelja i potrošača. Pogotovo se izjednačuje individualni ulagatelj koji djeluje na globalnom financijskom tržištu s potrošačem na domaćem tržištu.

Kako je predmet ovog rada usredotočen na pitanje financijske transparentnosti ugovora o potrošačkom zajmu, posebno u odnosu na iskazivanje kamatne stope i način njezina obračuna, kako u europskom tako i u hrvatskom pravu, valja poći od definicije sadržane u čl. 1. st. 2. (a) Smjernice 87/102/

⁸ Vidi čl. 3. i čl. 6. ZB

⁹ Vidi čl. 6. st. 2. Zakona o bankama, NN 84/2002.

¹⁰ "To maintain consumer confidence in the financial system; to assure that consumers receive sufficient information to make good decisions and are dealt with fairly; to assure fair pricing of financial services; to protect consumers from fraud and misrepresentation and to prevent invidious discrimination against individuals.." Vidi, BENSTON G. J., "Consumer Protection as Justification for Regulating Financial-Services Firms and Products" in: *Journal of Financial Services Research*, 2000, p. 277.

¹¹ CARTWRIGHT P., "Consumer Protection in Financial Services: Putting the Law in Context" in: *Consumer Protection in Financial Services*, The Hague-London-Boston, 1999, p. 4.

EEC o potrošačkom kreditu.¹² Smjernica definira potrošača kao “*a natural person who (...) is acting for the purposes which can be regarded as outside his trade or profession*”, dok je vjerovnik (zajmodavac) definiran u čl. 1. st. 2. (a) iste smjernice kao “*a natural or legal person who grants credit in the course of his trade, business or profession, or a group of such persons.*” Iz ovih definicija uočava se da zajmodavac ne mora nužno biti banka već to može biti, primjerice, i fizička osoba (npr. obrtnik) pod uvjetom da daje zajam u sklopu svojeg poslovanja. Smjernica o potrošačkim kreditima koja je sada na snazi implementirana je u hrvatsko zakonodavstvo u Zakonu o zaštiti potrošača, odnosno u Glavi VIII. tog zakona. Naš zakonodavac nazvao je tu glavu zakona upravo potrošački zajam (a ne kredit) da naglasi kako zajmodavac može biti i nebankovna institucija.

S druge strane Zakon o bankama je ovoj problematici pristupio na drugi način. U glavi XVI. koja nosi naziv Zaštita potrošača, svaka se fizička osoba smatra potrošačem neovisno u kojem svojstvu sklapa ugovor s bankom. Sukladno tome proizlazi da se jedna te ista osoba može naći u ulozi potrošača ako sklapa ugovor s bankom, dok ako je riječ o nebankovnoj instituciji, tada ta ista osoba možda neće proći kriterije potrošača. Stomatolog koji uzima kredit od banke za opremu svoje ordinacije smatrat će se po ZB-u potrošačem, dok će to prema ZZP-u biti jedino onda ako uzima kredit za kupnju stvari za osobnu potrošnju. Iz toga proizlazi da čak i profesionalci (po našem Zakonu o dohotku oni su obrtnici i slobodna zanimanja) uživaju zaštitu potrošača ako sklapaju ugovor o kreditu s bankom.

3. Potrošači i kompleksnost financijskih proizvoda

Kao što to ističe Benston,¹³ svaki zakonodavac polazi od ideje savršenog tržišta na kojem su svi potrošači u potpunosti upoznati s naravi i vrijednosti proizvoda kojima se na tržištu trguje. Uloga zakonodavca sastoji se u ispravljanju nedostatnog informiranja potrošača, ili tzv. asimetrične informiranosti (*asymmetric information*). Llewellyn¹⁴ osim toga ističe još neke razloge regulatorne intervencije, kao što su primjerice poteškoće u procjeni kvalitete financijskog proizvoda na mjestu kupnje i slično. Ima autora koji dovode u pitanje načelo potpune informiranosti. Tako Cartwright¹⁵ tvrdi da

¹² Council Directive of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning consumer credit (87/102/EEC), OJ L 42, 12.2.1987, p. 48. Amended by: Council Directive 90/88/EEC of 22 February 1990, L 61, 10.3.1990 and Directive 98/7/EG of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998, L 101, 1.4.1998, p.17. See also Consolidated text in English: CONSLEG, 1987L0102 – 21/04/1998. 1-15.

¹³ CARTWRIGHT P. op.cit., str. 10.

¹⁴ LLEWELLYN D.T. “Regulation of Retail Investment Services”, *Economic Affairs*, 1995, p. 13.

¹⁵ CARTWRIGHT P. op.cit., str. 10.

su financijski proizvodi u toj mjeri kompleksni da čak niti potpuna informiranost ne omogućuje potrošačima valjanu procjenu vrijednosti proizvoda prije njegove kupnje, upravo zbog pomanjkanja određenih specifičnih zna- nja.

Ipak većina autora suglasna je u tome da potrošač prilikom donošenja informirane odluke mora biti u mogućnosti usporediti ponuđene uvjete za sklapanje ugovora, te ih je zbog toga potrebno iskazati na jednak način, iako ima autora koji sumnjaju i u tu tezu. Cranston primjerice primjećuje da: *"The major problem with disclosure regulation is not in securing business compliance, but rather that consumers are unaware of the information disclosed, do not appreciate its significance or simply do not employ the information provided in the market place"*.¹⁶ Iako ova tvrdnja zvuči pesimistički, i za nju ima argumenata. Ima li smisla potrošačima prezentirati način obračuna kamatne stope (formulu) ako oni ne poznaju elementarne pojmove iz financijske algebre, ne razumiju kamatni račun, anticipativni i dekurzivni način obračuna kamatne stope koji imaju svoje korijene u učenju o vremenskoj preferenciji novca. Neobrazovanom potrošaču formula ne znači ništa dogod mu netko ne objasi zbog čega je jedan način obračuna povoljniji od drugog. Stoga se potrošači i dalje oslanjaju na iracionalne faktore pri odlučivanju, kao što su savjet prijatelja ili poznanstvo s bančnim personalom.

4. Europsko zakonodavstvo de lege lata - presjek

Smjernica 87/102/EEC o potrošačkom kreditu, izmijenjena i dopunjena 1990. i 1998. godine,¹⁷ postavila je osnove harmonizacije nacionalnih zakonodavstava zemalja članica EU kada je u pitanju potrošački kredit. Još je tijekom 1995. Komisija EZ-a podnijela izvješće o provedbi Smjernice iz 1987.,¹⁸ nakon kojeg su uslijedile konzultacije involviranih interesnih grupa. Godine 1996. Komisija EZ-a je podnijela Izvješće o provedbi Smjernice 90/88/EEC koja je izmijenila izvornu smjernicu iz 1987., godine u pogledu efektivne kamatne stope (*annual percentage rate - APR*).¹⁹ Studije i konzultacije²⁰ koje su uslijedile kao i veliki broj posebno naručenih elaborata o toj temi²¹ pokazale su da postoje velike razlike u nacionalnom

¹⁶ CRANSTON R. Consumers and the Law, Weidenfeld & Nicolson, 1984, pp. 7-8.

¹⁷ Supra, bilješka 13.

¹⁸ European Commission, Report on the operation of Directive 87/102/EEC, COM (95) 117 final

¹⁹ European Commission, Report on the operation of Directive 90/88/EEC, COM (96) 79 final

²⁰ COM (97) 465 final of 24.09.97.

²¹ Mnoge studije upravo su bile usredotočena na pitanje načina obračuna kamatne stope. Vidi: Final report on tender no XXIV/96/U6/21 SECKELMANN R. "Methods of calculation, in the European Economic Area, of the annual percentage rate of charge", Final report from

pravu zemalja članica kada su u pitanju krediti namijenjeni fizičkim osobama.²² U nekim zakonodavstvima potrošačko kreditno zakonodavstvo obuhvaća *leasing* ugovore s fizičkim osobama koji sadrže opciju kupnje, a u drugima ne. Krediti su različito stilizirani, a s time su povezani različiti načini obračuna kamata i troškova. Smjernica na čijoj se izmjeni radi upravo ima u fokusu utvrđivanje istovjetnog načina obračuna kamatne stope kako bi potrošaču olakšala usporedbu i odabir ponuda.²³ Makroekonomski pokazatelji govore u prilog tome da je volumen potrošačkih kredita značajan – on prelazi iznos od 500 000 milijuna EUR-a, što odgovara iznosu većem od 7% of GDP. Istraživanje Eurobarometra od 1997. godine otkriva visoki postotak nezadovoljstva s kvalitetom potrošačkog zakonodavstva zemalja članica kada su u pitanju financijske usluge: više od 40% ispitanika smatra da zakonodavstvo ne osigurava odgovarajući stupanj transparentnosti financijskih usluga.²⁴

Izmjene i dopune Smjernice iz 1987. godine bile su usmjerne na uspostavu financijske usporedivosti uvođenjem jedinstvenog načina obračuna efektivne kamatne stope. Oko toga pitanja pojavila su se dva pitanja. Prvo se sastojalo u utvrđivanju obračunskih konvencija za vremenske periode kao i za pitanje zaokruživanja iznosa. Drugo se pitanje sastojalo u utvrđivanju “troškovne baze” kredita. Usprkos donošenju Smjernice iz 1998., zemlje članice i dalje ne računaju efektivnu kamatnu stopu na istovjetan način, niti obuhvaćaju iste troškove u troškovnu osnovu. Primjerice, sredstva osiguranja kredita treba uračunavati u troškovnu osnovicu, pa je to ponukalo zemlje članice da reguliraju ovo područje i izvan zahtjeva postavljenih smjernicom. S druge strane ima pitanja u pogledu kojih niti ova smjernica nije dovoljno precizna, pa tako ne daje odgovor na pitanje što je s provizijama koje se plaćaju posrednicima ili s porezom²⁵ koji se plaća nakon sklapanja ugovora.

31 October 1995, Contract no AO 2600/94/00101, REIFNER U., “Harmonisation of cost elements of the annual percentage rate of charge”, Project no AO-2600/97/000260; DOMONT-NAERT F./DEJEMEPPE P., “Etude sur le probleme de l’usure dans certains états membres de l’espace économique européen, Lovain la Neuve 1987. Vidi još, *Verbraucherschutz bei der Kreditvergabe, insbesondere bei grenzüberschreitenden Geschäften*, u: HADDING/SCHNEIDER Rechtsfragen bei Bankleistungen im Europäischen Binnenmarkt, ERA Köln 1994. str. 273-367. (HABERSACK, M. - Länderbericht Deutschland / DIAMOND, A. Länderbericht Vereinigtes Königreich / HOFFMANN, E. Länderbericht Belgien / Länderbericht Frankreich WITZ, C.)

²² Vidi na primjer belgijski Loi sur le crédit à la consommation 12 juin 1991; danski Zakon br. 398 od lipnja 1996; za Njemačku: Verbrauchercreditgesetz, 17.12. 1990; Francuska: Loi 78-22 sur Crédit à la consommation 10 janvier 1978; Italija: Testo Unico bancario d.l.g. n.385, 1.9.1993.

²³ Vidi obrazloženje prijedloga Smjernice u: in: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonization of the laws, regulations and administrative provisions of the Member states Concerning credit for consumer, Brussels, 11.09.2002, COM (2002)443 final, str. 5.

²⁴ Ibid., str. 4.

²⁵ REIFNER U. Harmonization of Cost Elements of the Annual Percentage Rate of Charge, APR, Project No.: AO-2600/97/000169, par. 2.

Istraživanja su pokazala da se mogu pojaviti značajni otkloni (u iznosu od 10, 20% ili više) ovisno o tome kako strogo zemlje članice definiraju sastav troškovne baze. Također je iskazano da u praksi oko 30% standardnih troškova koje plaća potrošač nije prikazano u obračunu efektivne kamatne stope.²⁶ Stoga Prijedlog Smjernice cilja na izmjenu obračunskih konvencija, ali i na uključivanje (isključivanje) pojedinih troškova iz troškovne baze.

5. Prijedlog izmjene Smjernice o potrošačkim kreditima i pitanje financijske transparentnosti

5.1. Nove definicije

Iako promjene u polju primjene smjernice nisu u fokusu ovog rada, vrlo važna izmjena odnosi se na obuhvaćanje osiguranja potraživanja (kredita) u polje primjene.²⁷ Prijedlog smjernica definira sporazum o osiguranju potraživanja kao ugovor koji je akcesoran u odnosu na kredit, kod kojeg davatelj osiguranja daje osiguranje ili obećaje dati osiguranje ispunjenja kredita koji je dodijeljen fizičkoj ili pravnoj osobi.

Definicija pojma “(potrošačev) ukupan trošak kredita” (*total cost of credit to the consumer*) pretrpio je izmjenu. Prijedlog Smjernice ide za time da pobroji tipične troškove koji se pojavljuju: kao što su “obeštećenja, provizije, porezi i druge naknade koje potrošač mora platiti za kredit” (*indemnities, commissions, taxes and other kind of the charge which the consumer has to pay for the credit*). Ipak, lista je primjericna,²⁸ što otvara mogućnost različitog dimenzioniranja troškovne baze i umanjuje harmonizacijske napore.

U Prijedlogu Smjernice našli su se i neki novi pojmovi, kao što su:

- iznos koji naplaćuje zajmodavac (*sums levied by creditor*);
- ukupna kamatna stopa zajma (*total lending rate*);
- nominalna kamatna stopa (*borrowing rate*);
- ostatak vrijednosti (*residual value*);
- (*drawdown*) povučena kreditna tranša
- ukupan iznos kredita (*total amount of credit*).²⁹

Prva dva pojma omogućuju potrošaču (prvi u nominalnom iznosu, a drugi u postotku) da utvrdi koje troškove plaća zajmodavcu za njegovu uslugu dodjele kredita, odvojeno od troškova koji su inače povezani s dodjelom kredita (javnobilježničke pristojbe, naknade za sredstva osiguranja kredita, provizije posrednicima, troškovi neobvezatnog osiguranja).

²⁶ Ibid., par. 5.

²⁷ Vidi čl. 1 Prijedloga Smjernice, str. 34 i Explanatory Memorandum, str. 8.

²⁸ Vidi čl. 2 (g) Prijedloga Smjernice, str. 35 i Explanatory Memorandum, str. 9.

²⁹ Vidi čl. 2 (i - n) Prijedloga Smjernice, str. 35.

Pojam nominalne kamatne stope (*borrowing rate*) označava kamatnu stopu koja se koristi da bi se izračunalo anuitet koji odražava povučenu kreditnu tranšu i vrijeme u kojem je tranša isplaćena. Naznaka te stope omogućit će potrošačima da provjere koju kamatnu stopu plaćaju u određenom razdoblju. Naime, neke su zemlje članice prilikom implementacije smjernice optirale za efektivnu kamatnu stopu uz primjenu ekvivalentne metode konverzije ako se radilo o dugoročnom kreditu. Te su zemlje željele izbjeći da se periodična rata obračunava na nebrojeno mnogo načina uz korištenje različitih *pro rata temporis* metoda. Druge zemlje dopuštaju nominalnu periodičnu ratu uz primjenu proporcionalne metode konverzije. Ovaj pojam je zadržan da bi ga se razlikovalo od *lending rate* ili ukupne kamatne stope.³⁰

Pojam *residual value* se uobičajeno upotrebljava kod *leasinga*. Plaćanje ostatka vrijednosti u situaciji u kojoj se koristi opcija kupnje treba omogućiti potrošaču da postane vlasnik financiranih stvari.

Pojam povlačenje kredita (tranša kredita- rata isplaćenog kredita) *credit drawdown* predstavlja iznos kredita koji se može jednokratno povući u bilo koje vrijeme, dok ukupan iznos kredita (*total amount of credit*) – označava gornji iznos (plafon) kredita – tj. predstavlja ukupan iznos kredita.

5.2. Informacije o annual percentage rate – APR prije i prilikom sklapanja ugovora

Sadržaj informacija koje treba dobiti potrošač prije sklapanja ugovora o kreditu reguliran je u Prijedlogu smjernice.³¹ Potrošaču se mora dati informacija o APR i taj izračun mora biti identičan onom koji je kasnije izvršten u ugovor, osim ako je ovaj kasniji izračun obavljen na temelju ugovornih elementata koji nisu bili poznati u vrijeme kada je informacija dana. Potrošač mora također znati na temelju kojih pretpostavki je taj izračun izvršen.

Prilikom sklapanja ugovora zahtijeva se opsežna i obvezatna lista informacija. Osim imena ugovornih strana, u ugovoru moraju biti iskazani svi

³⁰ Vidi Explanatory Memorandum, str. 9.

³¹ Vidi listu podataka iz čl. 6 (2) Prijedloga Smjernice. Lista posebno treba sadržavati: "... a) the sureties and insurance required; b) duration of the credit agreement; c) the amount, number and frequency of payments to be made; d) the recurrent and non-recurrent charges, including additional non-recurring costs which the consumer has to pay on concluding a credit agreement such as taxes, administrative costs, legal fees and assessment costs with regard to the sureties required; e) total amount of credit and the conditions governing drawdown of the credit; f) where applicable, the cash price of the financed goods and services and the down payment due and the residual value; g) where applicable, the borrowing rate, the conditions governing the application of this rate and any index or reference rate applicable to the initial borrowing rate, as well as periods, conditions and procedures for varying the borrowing rate; h) the annual percentage rate of charge and the total lending rate, by means of representative example mentioning all financial data and assumptions used for calculating the said rates; i) the period for the right of withdrawal."

podaci o izračunu efektivne kamatne stope kao i sve pretpostavke na temelju kojih je izračunata u vrijeme sklapanja ugovora. U obvezne podatke ulaze i podaci sadržani u tzv. tablici amotrizacije. Što se tiče troškova, potrebno je iskazati koji troškovi nisu uzeti u obzir prilikom izračunavanja efektivne kamatne stope, a potrošač ih mora platiti pod određenim okolnostima (npr. iznos ugovorne kazne zbog zakašnjenja - *defaulting charges*) i sl. Ostali sastojci ugovora vezani su za određenje prava na odustanak, vraćanje kredita prije dospelosti i sl.

5.3. Posebno o APR, troškovima, ukupnoj stopi zajma i nominalnoj kamatnoj stopi

U Prijedlogu Smjernice postoje posebna pravila koja pokazuju na koji se način izračunava realna godišnja kamatna stopa.³² Ranije prihvaćena formula zadržana je, ali se upotrebljava nova terminologija kako bi se pojmovni aparat potreban za izračun uskladio s novim predlaganim pojmovnim aparatom. Efektivna kamatna stopa iskazuje na godišnjoj osnovi sadašnju vrijednost svih obveza (*commitments*) bilo sadašnjih bilo budućih.

Kako bi se realna godišnja kamatna stopa mogla izračunati, potrebno je odrediti ukupan trošak kredita (*total cost of credit*). Neki se troškovi ne uzimaju u obzir prilikom izračuna kao što su iznosi zateznih kamata (*default charges*). Drugi se troškovi uračunavaju u troškovnu bazu, kao što su obeštećenja (*indemnities*), provizije, porezi bez obzira da li ih potrošač plaća zajmodavcu ili nekoj drugoj osobi (nadležnom organu, posredniku). Prijedlog Smjernice presumira da su svi troškovi uključeni u troškovnu bazu, ako nisu na jasan način izdvojeno prikazani u ugovoru o kreditu. To se na primjer odnosi na troškove za vođenje računa na kojem se vode uplate i isplate, troškove korištenja kartica za istu svrhu i troškove koji su općenito povezani s naložima za uplatu i isplatu.

Poseban status imaju troškovi koji se odnose na premije osiguranja.³³ Propis predviđa da se i premije moraju uračunati u troškovnu bazu ako se ugovor o osiguranju sklapa i u vrijeme kada i ugovor o kreditu. Neke su države obračunom obuhvatile sva "obvezatna" osiguranja (*compulsory*), pri čemu se pojavilo pitanje razgraničenja neobvezatnih. Novo pravilo na neki način eliminira tu dilemu zbog toga što u troškovnu bazu uračunava sve premije koje su plaćene u vrijeme sklapanja ugovora o kreditu, bez obzira radilo se o obvezatnim ili neobvezatnim osiguranjima. Međutim, osigurnine (*gains*) za slučaj smrti, invalidnosti, bolesti ili nezaposlenosti nisu obuhvaćene izračunom APR.

Brojne su presumpcije koje se uvode u Prijedlog Smjernice kako bi se omogućio izračun APR kad god u ugovoru nedostaje neki parametar.

³² Vidi čl. 12 Prijedloga Smjernice, str. 43 i Explanatory Memorandum, str. 17-19.

³³ Vidi čl. 12 (2) Prijedloga Smjernice, str. 43.

Potrošač mora biti obaviješten o tim presumpcijama svaki puta kada se izračun obavlja na temelju njih. Međutim neke presumpcije, koje su bile sadržane u Smjernici, su sada napuštene. Ukupan iznos kredita mora po novom pravilu biti uvijek iskazan u ugovoru i ne može se presumirati, kao što je to bilo moguće prema Smjernici. Međutim, zadržane su presumpcije koje se odnose na broj rata i plan otplate.

Tako, primjerice, ako ugovor o kreditu daje potrošaču mogućnost da se cjelokupan iznos kredita isplati odjednom, tada se za potrebe izračuna realne godišnje kamatne stope ta okolnost uzima u obzir pri obračunu, bez obzira da li je do toga stvarno i došlo. To zbog toga što inače zajmodavac nije u mogućnosti kada obračunava APR uzeti to unaprijed u obzir. Zato mora presumirati da je cijeli iznos isplaćen odmah kako bi takav ugovor mogao usporediti s tradicionalnim zajmom.

Slična presumpcija postoji za vrijeme vraćanja kredita. Ako se vrijeme vraćanja kredita ne može utvrditi na temelju ugovornih odredbi ili iz sredstava vraćanja kredita, presumira se da je vrijeme vraćanja kredita godina dana. Ako ugovor, naprotiv, predviđa više od jednog datuma za vraćanje kredita za potrebe izračuna kamatne stope, uzima se u obzir najraniji datum otplate.

Kako je nominalna kamatna stopa jedini element u obračunu realne godišnje kamatne stope koji može varirati, ako je ugovorom predviđena varijabilna kamatna stopa, ali se ta varijabilnost ne može kvantificirati u vrijeme kada se izračunava realna godišnja kamatna stopa, tada vrijedi presumpcija da je nominalna kamatna stopa fiksna za sve vrijeme trajanja ugovora o kreditu.

Kada je u pitanju *total lending rate* iz koje potrošač vidi koliko plaća zajmodavcu za njegovu kreditnu uslugu, odvojeno od onoga što plaća trećim osobama, tada se u troškovnu bazu obračunavaju i sljedeći troškovi: kamata koja se plaća zajmodavcu, troškovi vođenja kredita i servisiranje kreditne partije, premije osiguranja kredita. Premije osiguranja koje plaća potrošač pri sklapanju ugovora o kreditu uzimaju se u obzir ako je zajmodavac taj koji bira osiguratelja i zahtijeva osiguranje. Međutim, ako je osiguranje neobvezatno, tada premija ne čini komponentu troškovne baze. Troškovi koji se odnose na javnobilježničke pristojbe, poreze, upisnine (*registration fees*) ne uzimaju se u obzir (primjerice troškovi upisa registarskog založnog prava na predmetu osiguranja kredita).

Nominalna kamatna stopa je kamatna stopa koja isključuje sve ostale troškove. Prijedlog Smjernice propisuje čak i na koji način ona može varirati, tako da banka odnosno zajmodavac ne može to činiti po svojoj diskrecijskoj ocjeni. Periodi tijekom kojeg nominalna kamatna stopa može varirati moraju biti naznačeni u ugovoru o kreditu. Zatim, varijabilna nominalna kamatna stopa ne može varirati izvan tih perioda te mora varirati samo prema ugovorenom indeksu ili drugoj referentnoj stopi. Osim nominalne kamatne stope, niti jedan drugi trošak ne može varirati i nezamislivo je da variraju

troškovi (provizije, biljezi, poštarina i sl.). O svakoj promjeni (nominalne) kamatne stope potrošač mora biti obaviješten u pisanom obliku ili na drugom trajnom mediju (*other durable medium*). Takva promjena nužno obuhvaća nov izračun realne godišnje kamatne stope nove *total lending rate* i tamo gdje je potrebno nove amortizacijske tablice.

5.4. Nepoštene ugovorne odredbe u vezi s financijskim uglavcima

Posebno je interesantan pristup europskog zakonodavca kojim se pokušalo izraditi posebne crne klauzule unošenjem kojih ugovor postaje ništav, a sve se one pretežno tiču nedopuštenih načina obračuna kamatne stope. Ovaj popis klauzula treba shvatiti kao dodatak sivoj listi nepoštenih klauzula koja je propisana u Smjernici 93/13/EEC o nepoštenim ugovornim odredbama,³⁴ a ne kao zamjena za tu listu.

Prva (crna) klauzula odnosi se na praksu kada banka uvjetuje dodjelu kredita potrošaču depozitom novca (ili vrijednosnog papira) ili kupnjom vrijednosnih papira ili drugog financijskog instrumenta. Na taj način zajmodavac uvećava svoju dobit, a koliko, to ovisi o vrijednosti depozita u odnosu na kredit i drugih uvjeta u vezi s depozitom. Takva je klauzula dopustiva jedino ako potrošač ostvari istu kamatnu stopu na depozit kao što je u ugovorena realna godišnja kamatna stopa na kredit.

Drugi način stvaranja pritiska na potrošača jest obvezivati ga da sklopi drugi ugovor s njime ili posrednikom ili trećom osobom koju zajmodavac odredi. Ta je klauzula dopustiva jedino ako su troškovi sklapanja tih ugovora uključeni u cjelokupan trošak kredita.

Sljedeće je pravilo da samo nominalna kamatna stopa može biti varijabilna, stoga bi varijabilnost, primjerice, provizije bila ništava. Što se tiče varijabilnosti nominalne kamatne stope, ta varijabilnost ne smije diskriminirati potrošača. Zatim, koncept varijabilnosti treba biti u vezi s inicijalnom nominalnom stopom predloženom u vrijeme sklapanja ugovora i mora uključivati sve oblike smanjenja (*all forms of rebate*) ili druge pogodnosti, inače se smatra crnom klauzulom.

³⁴ Vidi Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ 1993 L 95/29. O klauzulama koje ovlašćuju banku na jednostranu izmjenu ugovora vidi: LOMNICKA E. "Unilateral Variation in Banking Contracts", u: CARTWRIGHT P. (ur.) *Consumer Protection in Financial Services*, The Hague-London- Boston, 1999, str. 99-122.

6. Financijska transparentnost potrošačkog zajma u hrvatskom pravu i praksi

6.1. Pravni okvir – ZZZP v. ZB i njihovi provedbeni propisi

Potrošački zajam nalazi se u Glavi VIII. ZZZP-a. Kao što je ranije napomenuto, ZZZP zajmodavcem smatra ne samo banku već i "svaku osobu ili skupinu osoba koja u okviru svoje djelatnosti ili svoga zanimanja sklapa s potrošačima ugovore o zajmu". To će, dakle, najčešće biti banka (u kojem slučaju se radi o kreditu), ali može biti i druga (pravna ili fizička) osoba. Kako određene elemente ovog ugovora s potrošačima ZB, kao i propisi doneseni temeljem ZB-a i ZZZP-a potrebno je te propise dovesti u vezu da bi se mogao ocijeniti stupanj zaštite koju uživaju potrošači, i ocijeniti kada će se koji od njih primjenjivati.³⁵ ZZZP smatramo, vrijedi kao *lex generalis* za sve potrošačke zajmove, a kada su zajmodavci banke, treba još primijeniti i ZB kao *lex specialis*. Pri tom *lex specialis* ne bi mogao mijenjati prava potrošača koja mu priznaje *lex generalis*, na njihovu štetu. U središtu interesa ovog rada jesu propisi koji reguliraju pitanje financijske transparentnosti, posebice oni koji uređuju transparentno iskazivanje realne godišnje kamatne stope prije i pri sklapanju ugovora te način njezina obračuna.³⁶

6.2. Informacije o realnoj godišnjoj kamatnoj stopi (RGKS) (prije i) pri sklapanju ugovora o potrošačkom zajmu

6.2.1. Presumpcije potrebne za izračun RGKS

ZZP regulira obvezu obavještanja potrošača o RGKS-u kod oglašavanja na sličan način kao i europski zakonodavac. Svako oglašavanje, prema čl. 63. ZZZP-a bez obzira radi li se o ponudi za sklapanje ugovora ili ne, istaknuto u poslovnim prostorijama ili dostavljeno potrošaču na neki drugi način, a kojim netko nudi odobravanje potrošačkog zajma, bilo neposredno ili putem neke druge osobe, mora sadržavati godišnju kamatnu stopu, navod o svim drugim troškovima zajma te navod o realnim godišnjim kamatama. Te se informacije ponavljaju u samom ugovoru o potrošačkom zajmu, kao bitni sastojak ugovora iz čl. 59. ZZZP-a.³⁷

³⁵ O hrvatskom pravu u odnosu na europsko prije donošenja ZZZP-a: PETRIĆ, S. *Zaštita potrošača u bankovnim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 2002. br. 1-2 (65-66), str. 115-150.

³⁶ Općenito o pitanjima vezanim za način obračuna kamata vidi kod: GIUNIO, M. A. *Zatezne kamate u hrvatskom pravu, sudskoj praksi i u projekciji*, Zbornik radova, 42. susret pravnika Opatija 2004., str. 111-146, posebice 134-136, te 140-145. Vidi i raniji rad istog autora: GIUNIO, M. A. *Ugovorne o zatezne kamate (propisi, praksa i problemi)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (1991) vol. 22 br.1, str. 433-469.

³⁷ Ugovor treba naročito sadržavati: odredbu o iznosu zajma, odredbu o godišnjoj kamatnoj stopi i pretpostavkama pod kojima se godišnja kamatna stopa može promijeniti, odredbu o

Zakon sadrži niz presumpcija (čl.60. ZZZP-a) koje su zapravo "pretpostavljeni bitni elementi" potrošačkog zajma, a potrebni su upravo za izračun RGKS. Naime, realna godišnja kamatna stopa izračunava se s obzirom na okolnosti koje postoje u trenutku sklapanja ugovora o zajmu. Zakonske presumpcije primjenjuju se kada ugovor ne sadrži podatke koji su potrebni za obračun RGKS. Primjerice, ako u ugovoru ne postoji podatak o iznosu odobrenog zajma, tada se za potrebe izračuna realne godišnje kamate smatra da je odobren zajam u iznosu od 15.000,00 kuna (čl.60. st. 5. ZZZP-a). U svjetlu onoga što se predlaže u Prijedlogu Smjernice, ovaj će propis domaćeg prava pretrpjeti izmjenu jer presumiranje odobrenog iznosa kredita prema Prijedlogu Smjernice nije više moguće. Prema drugoj presumpciji, ako u ugovoru o zajmu nije izričito navedeno vrijeme na koje je odobren zajam, niti se ono može odrediti na temelju ostalih odredaba ugovora za potrebe izračuna realne godišnje kamate, smatra se da je kredit odobren na godinu dana (čl.60. st. 6. ZZZP-a.). Dakle, ova je presumpcija oboriva, jer se taj podatak može izvoditi iz ostalih odredbi ugovora. U pogledu ovog rješenja nema u Prijedlogu Smjernice promjene, tako da vrijedi ista presumpcija.

U ZZZP-u je regulirana situacija kada ugovor o zajmu sadrži odredbu kojom je predviđena mogućnost promjene kamatne stope i iznosa, odnosno razine ostalih troškova sadržanih u realnim godišnjim kamatama. U tom slučaju za potrebe izračuna realne godišnje kamate smatra se da će do ispunjenja ugovora o zajmu kamate i ostali troškovi koji ulaze u realne godišnje kamate ostati nepromijenjeni (čl. 60. st. 4. ZZZP-a). Ovaj propis biti će sigurno potrebno promijeniti s obzirom da prema Prijedlogu Smjernice jedino nominalna kamatna stopa može varirati, a ostali elementi potrebni za izračun kamatne stope ne mogu (pogotovo ne troškovi).

Situacija u kojoj je ugovorom predviđeno da će zajmodavac isplatiti potrošaču odobreni iznos u nekoliko rata zakonodavac rješava na način da se za potrebe izračuna realne godišnje kamate na zajam, smatra da je cjelokupan iznos zajma isplaćen na dan isplate prvog obroka. To je rješenje u potpunosti u skladu s Prijedlogom Smjernice.

6.2.2. Troškovi koji ne ulaze u izračun RGKS-a

Naš zakonodavac u čl. 61. st. 2. ZZZP-a navodi troškove koji ne ulaze u pojam "ukupnih troškova zajma", replicirajući čl. 1a. st. 2. Smjernice. Tim troškovima nisu obuhvaćeni iznosi *ugovornih kazni* koje je potrošač dužan

troškovima koji se u vrijeme sklapanja ugovora naplaćuju te pretpostavkama pod kojima se ti troškovi mogu promijeniti, odredbu o realnim godišnjim kamatama na zajam (efektivnoj kamatnoj stopi), odredbu o pretpostavkama pod kojima realna godišnja kamata na zajam može biti promijenjena, odredbu o iznosu, broju i razdoblju ili datumu otplate pojedinih obroka zajma, odredbu o ukupnom trošku zajma, odredbu o obvezi i uvjetima štednje ili pologa novca, ako je to pretpostavka za odobrenje zajma, godišnji kamatnjak za zajam i kamatnjak za sredstva pologa ako je polog pretpostavka za odobrenje zajma, odredbu o sredstvima osiguranja plaćanja, odredbu o pretpostavkama i postupku raskida ugovora o zajmu.

platiti u slučaju neispunjenja neke od odredaba ugovora o zajmu, zatim troškovi *transfera novca na račun potrošača*, te inače *novčanih doznaka*. Osim toga time ne bi bili obuhvaćeni niti troškovi računa na koji je potrošač dužan uplaćivati obroke zajma, osim ako potrošaču nije bila ostavljena mogućnost odabira želi li otvaranje takvog posebnog računa, a troškovi tog računa nerazumno su visoki. Dalje, ukupnim troškom zajma nisu obuhvaćeni ni troškovi *članarina* za sudjelovanje u određenim udrugama ili skupinama koji ne proizlaze iz ugovora o zajmu, a utječu na uvjete ugovora o zajmu. U pogledu troškova *osiguranja isplate zajma*, oni također ne ulaze u ukupni trošak, osim iznimno troškova osiguranja ugovorenog za slučaj smrti, bolesti ili gubitka zaposlenja potrošača, ali pod uvjetom da je iznos troškova osiguranja ugovorenog za te slučajeve, uključujući kamate i druge troškove, jednak ili manji od ukupnog iznosa kredita te ako je to osiguranje bilo uvjet za odobrenje zajma. Konačno, ako je riječ o potrošačkom zajmu za kupnju proizvoda ili usluge, tim troškovima nisu obuhvaćeni troškovi različiti od prodajne cijene proizvoda ili usluge za čiju se kupnju zajam odobrava, a koje bi potrošač, na temelju ugovora o kupnji tih proizvoda ili usluga, ionako bio dužan platiti bez obzira plaća li ih svojim ili pozajmljenim novcem.

6.3. Iskazivanje efektivne kamatne stope na kredite i depozite prema odluci HNB-a

Još prije donošenja ZZP-a HNB je, temeljem zakonskog ovlaštenja sa držanog u čl.174. ZB-a, donijela Odluku o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite,³⁸ (dalje: Odluka HNB-a). Po svom polju primjene odluka se primjenjuje ne samo na kredite već i na depozite, ali po naravi stvari obvezuje samo banke, a ne i ostale zajmodavce.

Odluka obvezuje banku na izračun efektivne kamatne stope uz predočenje javnosti i klijentu. Svaki oglas ili ponuda za sklapanje ugovora, bilo u prostorijama banke bilo u medijima, koji izravno ili neizravno predočuju kamatnu stopu ili neki drugi iznos koji se smatra dijelom cijene kredita moraju sadržavati podatak i o efektivnoj kamatnoj stopi. Taj podatak *ne smije biti manje uočljiv* od drugih, iako se može koristiti kratica. Iskaz o efektivnoj kamatnoj stopi banka treba dati *u pisanom obliku*, osim ako nije riječ o komunikaciji putem telefona. Ona se klijentu predočava *unaprijed*, prije sklapanja ugovora o kreditu, odnosno prije primanja zahtjeva za odobrenje kredita. Još se zahtijeva da u ugovoru postoji odgovarajuća odredba iz koje će biti razvidno da je klijent upoznat s uvjetima kredita i efektivnom kamatnom stopom *te da mu je uručena otplatna tablica*.

³⁸ NN br. 74/03.

Što se tiče samog načina obračuna efektivne kamatne stope, prema istoj odluci mjerodavan je složeni kamatni račun. To znači da se kamate izračunavaju (od promjenjive glavnice, tj. od glavnice) – na promjenjivu glavnicu, tj. glavnicu koja se uvećava za kamate iz prethodnog obračunskog razdoblja.³⁹ Nadalje, primjenjuje se tzv. dekurzivni način obračuna kamata. Pri takvom obračunu, kamata se obračunava i pribraja glavnici na kraju obračunskog razdoblja. Kamata se obračunava od početne vrijednosti, tj. od glavnice s početka osnovnog razdoblja kapitalizacije (obračunskog razdoblja). Kada se primjenjuje složeno ukamaćivanje, moguće je primijeniti onu istu kamatnu stopu koja se primjenjuje kod jednostavnog ukamaćivanja (proporcionalni kamatnjak) ili pak konformni kamatnjak. Konformni kamatnjak je povoljniji za dužnika (tj. potrošača kod ugovora o kreditu) od relativnog kamatnjaka ako se kamate obračunavaju za razdoblja kraća od razdoblja na koje se odnosi nominalni kamatnjak (npr. kamatnjak je izražen na godišnjoj razini, a obračun kamata je mjesečni).⁴⁰

Odluka rješava pitanje iskazivanja efektivne kamatne stope koju se razumije kao razliku između zbroja konačnih vrijednosti uplata kreditoru (primatelju depozita) i zbroja početnih vrijednosti isplata korisniku kredita, iskazanu kao postotni udio u zbroju početnih vrijednosti isplata korisniku kredita (deponentu) izraženu na godišnjoj razini.

Odluka precizira i troškove koji se ne uzimaju u obzir za potrebe izračuna efektivne kamatne stope. To su: javnobilježničke pristojbe, naknada za pribavljanje zemljišno-knjižnog izvadka, troškovi procjene vrijednosti pokretnina i nekretnina, premije osiguranja ili druge naknade povezane s garancijama i drugim jamstvima kojima se zaštićuje kreditor od mogućih rizika, naknade za pribavljanje različitih uvjerenja, potvrda, dozvola i rješanja nadležnih tijela i organa, zatezne kamate ili bilo koji drugi troškovi ili penali proizašli iz korisnikova nepridržavanja uvjeta ugovora, troškovi poštarina, telegrama i telefaksa i ostale slične naknade i provizije.

U odnosu na ovu sada već opsoletnu odluku zapaža se da se specifikacija troškova koji ne ulaze u obračun efektivne kamatne stope razlikuje od one iz Prijedloga Smjernice, jer će premije po novom rješenju ulaziti u obračun, ako se plaćaju u vrijeme sklapanja ugovora o zajmu, bez obzira jesu li obvezatnog ili neobvezatnog karaktera.

³⁹ Za razliku od toga o jednostavnim kamatama radi se ako se u obračunskom razdoblju kamate izračunavaju uvijek na istu glavnicu.

⁴⁰ Konformni kamatnjak je onaj kamatnjak koji za istu glavnicu daje (jednaki) – ekvivalentni iznos kamata bez obzira vrši li se obračun u vremenskim razdobljima dužim ili kraćim od razdoblja na koje se odnosi nominalni kamatnjak.

6.4. Odluka o jedinstvenoj metodi izračuna realne godišnje kamatne stope na potrošačke kredite

Ova odluka temelji se na zakonskom ovlaštenju sadržanom u čl. 60. st. 8 ZZP-a, prema kojoj, ministar nadležan za gospodarstvo, u suglasnosti s ministrom nadležnim za financije, treba propisati jedinstvenu metodu obračuna realne godišnje kamate. Pri donošenju ZZP-a izgubilo se iz vida da propis o načinu obračuna realne (efektivne) kamatne stope već postoji te je samo trebalo preispitati njegovu usklađenost sa smjernicom. Odluka o jedinstvenoj metodi izračuna realne godišnje kamatne stope na potrošačke kredite⁴¹ donesena je 23. veljače 2005, a primjenjuje se na sve zajmodavce "koji nude potrošačke kredite potrošačima u RH, uključujući i banke kada nude potrošačke kredite." Zatim se u nastavku propisuje da banke na ovu vrstu kredita također primjenjuju i propise koji su temeljeni na zakonu kojim se propisuje poslovanje banaka, iz čega proizlazi da ista ne stavlja izvan snage Odluku HNB-a.

S time u vezi postavlja se nekoliko pitanja. Naoko formule sadržane u dvjema opisanim odlukama nisu istovjetne, iako je polazna formula uvijek istovjetna. Međutim od suštinskog je značenja koji se sve podaci uzimaju kao novčani izdaci, odnosno primici. Odluka HNB-a regulira pitanje koji se troškovi **ne** uzimaju u obzir prilikom obračuna EKS, ali to ne čini nova odluka. Znači li to da kao regulatorna dopuna vrijedi ona lista troškova iz ZZP-a? Ako da, valja primijetiti da se ona razlikuje od liste troškova prema Odluci HNB-a. Te razlike rezultirat će i u razlikama u izračunu kamatne stope. Dalje, Odluka HNB-a polazi od postojanja "sigurnosnog pologa". To je svota koja ostaje kod kreditora, i za taj iznos se stvarni iznos primljenog kredita umanjuje. Ako se prilikom izračuna polazi od toga da je ukupan iznos kredita jednak stvarno dodijeljenom kreditu kojem se pribraja (sustegnuti) dio sigurnosnog pologa, tada dolazi do prividnog smanjenja realne kamatne stope. S obzirom da po smislu takav sigurnosni polog čini trošak kredita, taj bi iznos trebalo odbiti kako bi se RGKS izračunala prema stvarno dodijeljenom kreditu. Kako ovo pitanje nije na adekvatan način riješeno ni po staroj ni po novoj formuli (nema transparentnog iskazivanja), nužne su izmjene u tom pravcu. U kojoj je mjeri moguć utjecaj sigurnosnog pologa na konačan izračun, prikazano je idućem dijelu rada.

7. Efektivna kamatna stopa na kredite – ekonomski i financijski aspekt

7.1. Pojmovno određenje kamatne stope i kamatnjaka

Kamatna stopa na kredit je u postotku izražen odnos između kamate koja se obračunava za dano razdoblje, najčešće godinu dana i glavnice kredita.

⁴¹ NN 30 /2005.

Za davatelja kredita kamata je prinos na danu glavnice, a za primatelja, kamata je trošak. Pored troškova kamate u aktivnostima financiranja kreditom javljaju se i drugi troškovi, npr. različite naknade oko pridobivanja i servisiranja kredita koje se direktno plaćaju davatelju kredita, troškovi osiguranja otplate kredita, bilo da su dio ugovornog odnosa između davatelja kredita i osiguravatelja ili ugovornog odnosa korisnika kredita i osiguravatelja, zatim naknade za pribavljanje uvjerenja, dozvola, procjena i rješenja nadležnih tijela, i koje se ne plaćaju direktno davatelju kredita, ali su nužan uvjet realizacije kreditnog odnosa, te ostale naknade, pristojbe, troškovi i provizije. Kako su navedeni drugi troškovi postali sve značajniji u prosudbi korisnika kredita o stvarnoj cijeni kredita, a i u konkurentnoj poziciji davatelja kredita, nužno je osigurati vjerodostojnu informaciju o njima i njihovom utjecaju na stvarnu cijenu kredita. To je ujedno i jedan od temeljnih ciljeva pravnih akata na razini Europske unije kojima se reguliraju potrošački krediti (87/102/EEC, 90/88/EEC, 98/7/EC), kao i hrvatskog zakonodavstva koje preuzima kriterije europskog zakonodavstva. Tome u prilog ide konstatacija iz prijedloga nove smjernice EU⁴², u kojoj stoji da godišnja stopa troška kredita (*annual percentage rate of charge*) mora uključivati kamatu i sve troškove korisnika, te biti usporediva. Zato je nužno da se izračunava na jedinstven način, a što usprkos promjenama smjernice 98/7/EC nije bio slučaj. Primjer za to je osiguranje kredita koje je uvjet realizacije kreditnog odnosa, ili provizije plative posrednicima, ili takse plative pri sklapanju i (ili) realizaciji kreditnog ugovora. Nejasnost u tretmanu obveznosti, odnosno izvjesnosti ovih ili sličnih novčanih tokova povezanih s kreditima omogućavala je državama članicama različitu praksu u oblikovanju osnove utvrđivanja kreditnog troška. Pojam *total cost of credit to the consumer* iz prijedloga nove smjernice uključuje sve novčane izdatke korisnika kredita u vezi s kreditom, bez obzira da li ih on plaća davatelju kredita, posrednicima ili trećim osobama.

Ono što se prvo uočava u razmatranju pravnih propisa u segmentu efektivne kamatne stope jest nedovoljna pojmovna izdiferenciranost. Prvi primjer je upravo spomenuti pojam ukupnog troška kredita ili kreditnog troška. Iz sadržaja tog pojma vidi se da se ne radi o troškovima kao ekonomskom pojmu⁴³, već o novčanim izdacima. Trošak ili rashod je različit od izdatka (novčanih odljeva), te s njim može biti u različitom odnosu. U kreditnom odnosu, u anuitetu kao novčanom izdatku trošak je kamata sadržana u anuitetu, a glavnica sadržana u anuitetu je samo novčani izdatak.

⁴² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning credit for consumers, 2002/0222(COD), p. 5.

⁴³ Trošak je vrijednosno iskazana uporaba određenog inputa u poslovnom procesu, čija je svrha stvaranje učinka. Širi pojam je rashod koji osim troškova uključuje i ona smanjenja ekonomskih koristi koja nisu u vezi s stvaranjem učinaka, ali se suprotstavljaju prihodima u ostvarenju ekonomske dobiti.

Odnosno, anuitet je novačni izdatak koji u sebi sadrži glavnicu i trošak kamate. Pojam kreditnog troška u Smjernici po svojem je sadržaju novčani izdatak povezan s kreditom, ali se on dosljedno ne primjenjuje, pa određeni novčani izdaci povezani s kreditom ipak ne ulaze u okvir tako definiranog kreditnog troška. S druge strane, u pojam kreditnog troška može ući i ono što nije eksplicitni novčani izdatak, npr. depozit za osiguranje kredita koji se ušteže od glavnice ustupljene korisniku kredita. Stoga bi u ekonomskom smislu od pojma ukupnog troška kredita bio dosljedniji pojam eksplicitnih i implicitnih (direktnih ili indirektnih) izdataka u vezi s kreditom.

Nominalna kamatna stopa je stopa prinosa koju je davatelj kredita deklarirao kao zahtijevanu cijenu ustupanja svote glavnice kredita pod uvjetima (rok i način otplate) definiranim ugovorom o kreditu. Zbog činjenice da se u vezi s kreditom osim anuiteta, koji u sebi sadržava kamatu po nominalnoj stopi, javljaju i drugi eksplicitni i implicitni izdaci, uveden je pojam efektivne ili stvarne kamatne stope koja treba korigirati (uvećati) nominalnu kamatnu stopu i time korisniku kredita dati vjerodostojnu informaciju o stvarnoj cijeni kredita. I ovdje je jasno da se više ne radi o kamatnoj stopi kao ekonomskom pojmu, već o postotno izraženoj cijeni kredita na određenoj vremenskoj razini (najčešće godišnjoj), koja u sebi ne sadržava samo kamatu, već i ostale izdatke u vezi s kreditom. Stoga bi u ekonomskom smislu od pojma efektivne kamatne stope bio dosljedniji pojam efektivne stope izdataka u vezi s kreditom.

Uz nominalnu i efektivnu kamatnu stopu pojavljuje se i pojam realne kamatne stope, kao inačice efektivne ili stvarne kamatne stope. U tom je smislu ispravno reagiranje Hrvatske narodne banke⁴⁴ po kojem ovaj pojam nije primjeren jer se ekonomski smisao pojma realne stope (kamatne, prinosa, rasta i sl.) veže uz inflaciju, odnosno korekciju nominalnih stopa za inflacijske učinke. Kako se u hrvatskoj bankarskoj praksi ugovaranje varijabilne kamatne stope najčešće veže za odnos kune prema EUR-u, a ne prema inflaciji, korištenje pojma realne stope u ovom kontekstu razmatranja nije primjereno ni u sasvim posrednom smislu, iako je blisko potrošačima, jer u kolokvijalnom značenju pojam realnog obilježava nešto što je najbliže objektivnoj istini.

Sljedeći primjer nedovoljne pojmovne izdiferenciranosti jest izjednačavanje pojmova kamatne stope i kamatnjaka. U metodologiji izračuna efektivnog kamatnjaka⁴⁵ navedeno je da je *“efektivni kamatnjak ona kamatna stopa primjenom koje se diskontirani novčani primici izjednačuju s diskontiranim novčanim izdacima koji se odnose na dane kredite, odnosno primljene depozite, tj. ona kamatna stopa primjenom koje se diskontirana*

⁴⁴ Iz obrazloženja Upute za primjenu Odluke o jedinstvenoj metodi izračuna realne godišnje kamatne stope na potrošačke kredite iz Nacrta prijedloga Odluke o jedinstvenoj metodi izračuna realne godišnje kamatne stope na potrošačke kredite.

⁴⁵ Odluka o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite, Narodne novine 56/2001., 87/2001.

serija neto novčanih tokova izjednačuje s nulom". Kao što je već navedeno, kamatna stopa je odnos između kamate koja se obračunava za dano razdoblje, najčešće godinu i glavnice – izraženo u postotku. Kamatnjak ili kamatni faktor množitelj je glavnice kojim se ona prevodi u konačnu vrijednost pri danoj kamatnoj stopi na kraju danog razdoblja, najčešće godine. Ako je naprimjer godišnja kamatna stopa 15%, tada je kamatnjak 1,15.

7.2. Izračun efektivne stope izdataka u vezi s kreditom

Odlukom o jedinstvenoj metodi izračuna realne godišnje kamatne stope na potrošačke kredite⁴⁶ propisano je da se *"realnom godišnjom kamatnom stopom na godišnjoj razini izjednačava sadašnja vrijednost svih budućih i postojećih obveza dogovorenih između zajmodavca i potrošača"*. Ovakvom definicijom se potrošače još više udaljava od vjerodostojne informacije o stvarnoj cijeni kredita jer se novčani tokovi u vezi s kreditom sužavaju na obveze dogovorene između zajmodavca i potrošača. Odlukom⁴⁷ Hrvatske narodne banke novčanim tokom kod kreditnog odnosa smatra se *"razlika između svih uplata u korist kreditora (primitaka banke) i svih isplata u korist korisnika kredita (izdataka banke) tijekom određenog razdoblja. Novčani tokovi uključuju svaki novčani transfer između korisnika kredita i kreditora, a katkad i treće osobe, koji je izravno vezan uz odobrenje kredita, odnosno koji je dio uvjeta korištenja kredita (npr. isplata glavnice, otplatna rata, jednokratna provizija za odobrenje kredita, naknada za servisiranje kreditne partije i sl.) ili koji uvjetuje odobravanje kredita (npr. naknada za obradu kreditnog zahtjeva)"*. Unatoč ovakvoj definiciji propisani su novčani tokovi koji se ne uključuju u izračun efektivne kamatne stope iako se bez njih ne može realizirati kreditni odnos. To su sljedeći:⁴⁸

- *troškovi procjene vrijednosti nekretnina i pokretnina*
- *premije osiguranja ili druge naknade povezane s garancijama i drugim jamstvima kojima se zaštićuje kreditor od mogućih rizika*
- *javnobilježničke pristojbe*
- *naknada za pribavljanje zemljišnoknjižnog izvataka*
- *naknada za pribavljanje različitih uvjerenja, potvrda, dozvola i rješenja nadležnih tijela i organa*
- *zatezne kamate ili bilo koji drugi troškovi ili penali proizašli iz korisnikova nepridržavanja uvjeta ugovora o kreditu*
- *poštarina, troškovi telegrama i telefaksa te*
- *ostale slične naknade i provizije.*

⁴⁶ Narodne novine 30/2005., članak II.

⁴⁷ Odluka o izmjenama i dopunama odluke o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite, Narodne novine 111/2001.

⁴⁸ Odluka o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite, str. 10.

Isključeni novčani tokovi odnose se najvećim dijelom na nužne izdatke korisnika kredita prema trećim osobama, a koji bi za potrebe dobivanja vjerodostojne informacije o stvarnoj cijeni kredita trebali biti uključeni u izračun. Budući da njihova visina može biti različita, ovisno o cijenama pribavitelja pojedinih usluga, mogla bi se standardizirati i kao takva uključiti u izračun.

Sukladno odluci *realna godišnja kamatna stopa* na potrošačke kredite izračunava se prema matematičkoj formuli:

$$\frac{K = m}{\sum_{k=1}^m} \frac{A_k}{1+i^{t_k}} = \frac{K' = m'}{\sum_{k'=1}^{m'}} \frac{A'_{k'}}{1+i^{t_{k'}}$$

- K** je broj isplate zajma
K' je broj obroka otplate ili plaćanja troškova
A_k je iznos isplate zajma broj K
A'_{k'} je iznos obroka otplate ili plaćanja troškova broj Kμ
Σ je zbroj
m je broj zadnje isplate zajma
m' je broj zadnjeg obroka otplate ili plaćanja troškova
t_k je vremenski razmak, izražen u godinama ili dijelovima godine, između datuma isplate zajma br. 1 i sljedećih isplata zajma od br. 2 do m
t_{k'} je vremenski razmak, izražen u godinama ili dijelovima godine, između datuma isplate zajma br. 1 i otplate zajma ili plaćanja troškova od br. 1 do mμ
i je kamatna stopa koja može biti izračunata (algebarski, sukcesivnim aproksimacijama ili kompjutorskim programom) ako su ostali uvjeti u jednadžbi poznati iz ugovora ili na drugi način.

Prikazana formula osnovana je na matematičkom obrascu diskontiranja i u tom smislu sukladna je formulama iz europskih smjernica. Pri tome je manje važno da li se u izračunu koristi stvarni ili uprosječni broj dana, jer takva činjenica zanemarivo utječe na rezultat. No, zbog informatičke podrške u suvremenom bankovnom poslovanju oportuno je koristiti stvarni broj dana. Osnovu složenog kamatnog računa na kojima je zasnovana metodologija izračuna možda je suvišno u propisima ilustrirati kroz primjere, jer se primjerima ionako ne mogu obuhvatiti sve varijante iz stvarnosti. Kamatna stopa može biti ugovorena kao dekurzivna ili anticipativna,⁴⁹

⁴⁹ U nekim je propisima izračun definiran kao dekurzivan, što ne onemogućuje ugovaranje kamatne stope kao anticipativne. U tom se slučaju anticipativna stopa pretvara ekvivalentnu, nominalno višu dekurzivnu.

obračun ispodgodišnje ili iznadgodišnje kamate je u pravilu konformni⁵⁰, otplata kredita može biti početkom ili krajem ugovorenih razdoblja otplate (polugodišnje, kvartalno, mjesečno itd). Ilustriranje matematičke procedure izračuna podsjeća na zamagljivanje "sadržaja" procedure, a to su inputi od kojih se oblikuju neto novčani tokovi. Prosječni korisnik kredita ionako ne razumije izračun, ali je važno da dobije punu informaciju o njemu – izračun anuiteta, otplatni plan, neto novčane tokove, te izračun efektivne stope izdataka u vezi s kreditom.

Kao što je već navedeno, hrvatskom metodologijom izračuna efektivne kamatne stope propisano je da je efektivna kamatna stopa "ona kamatna stopa primjenom koje se diskontirana serija neto novčanih tokova izjednačuje s nulom". Ovdje se radi o pronalaženju interne stope rentabilnosti, kao objektivne matematičke veličine kao mjere efektivne kamatne stope ili stvarne cijene kredita. Također je propisano da je "kod kredita ta stopa dodatno prilagođena jednokratnim ekvivalentom utjecaja diskontiranih novčanih primitaka i izdataka po osnovi novčanog pologa koji služi za osiguranje naplate kredita". Ovo posljednje zaslužuje detaljniju analizu izloženu u nastavku.

7.3. Utjecaj novčanog pologa za osiguranje naplate kredita na efektivnu kamatnu stopu

Kada je u ugovoru o kreditu definirana obveza sigurnosnog pologa, za koji se u praksi obično umanjuje raspoloživa svota dobivenog kredita, to za korisnika kredita predstavlja novčani odljev ili smanjeni novčani priljev po osnovi odobrenog kredita. Kada je po isteku kreditnog odnosa, odnosno po otplati kredita takav sigurnosni depozit "oslobođen", odnosno stavljen na raspolaganje korisniku kredita, to je za njega ekvivalent novčanog priljeva ili smanjenog odljeva na kraju roka otplate kredita. Budući da se ugovorena nominalna kamatna stopa obračunava na ukupnu svotu kredita, a ne umanjenu za sigurnosni polog, a sam sigurnosni polog ukamaćuje se s simboličnom kamatnom stopom u odnosu na nominalnu kamatnu stopu na kredit, to sigurnosni polog ima vrlo značajan utjecaj na stvarnu cijenu kredita. Da bi se izbjeglo vjerodostojno iskazivanje ovog utjecaja, a ipak pokazala namjera vjerodostojnosti, sigurnosni polog se u propisanoj metodologiji odvaja od kredita, te se propisuje naprijed navedeno jednokratno prilagođavanje efektivne kamatne stope utjecaju sigurnosnog novčanog pologa.

⁵⁰ Ekvivalentan ugovorenoj kamatnoj stopi – drugi način izračuna je relativni koji za kraća razdoblja od razdoblja za koje je definirana ugovorena kamatna stopa daje višu stopu od ekvivalentne, a za dulja razdoblja od razdoblja za koje je definirana ugovorena kamatna stopa daje nižu stopu od ekvivalentne. Primjer: ako je godišnja kamatna stopa 12%, tada je polugodišnja relativna 6%, a polugodišnja konformna 5,83%.

Za ilustraciju razlike između stvarnog utjecaja sigurnosnog pologa i utjecaja kojeg iskazuje propisana metodologija u nastavku je oblikovan pojednostavljeni primjer kreditnog odnosa koji kao ugovornu odredbu sadrži i sigurnosni polog.

Primjer:

Svota kredita (glavnica) = 200.000 kn; realizacija 1.06.2004.

Nominalna kamatna stopa = 10% godišnje, dekurzivno, konformni ispodgodišnji obračun

Rok otplate = 3 godine, otplata polugodišnja, krajem razdoblja

Trošak obrade kredita, osiguranja i ostale naknade davatelju kredita na dan realizacije = 3.500 kn

Trošak servisiranja kreditne partije, plaća se pri svakoj uplati anuiteta = 35 kn

Sigurnosni polog = 30.000 kn (15% odobrenog kredita), ukamačuje se po godišnjoj stopi od 2%, vraća se korisniku kredita na dan uplate posljednjeg anuiteta

Izračun anuiteta i otplatni plan kredita:

Polugodišnja konformna kamatna stopa = 4,88%

$$a = 200.000 * \frac{1,0488^6 (1,0488 - 1)}{1,0488^6 - 1} = 39.253,55$$

Otplatni plan kredita:

Datum	Anuitet	Kamata	Glavnica	Ostatak duga
1.06.2004.				200.000,00
1.12.2004.	39.253,52	9.761,77	29.491,75	170.508,25
1.06.2005.	39.253,52	8.322,31	30.931,21	139.577,04
1.12.2005.	39.253,52	6.812,59	32.440,93	107.136,11
1.06.2006.	39.253,52	5.229,19	34.024,33	73.111,78
1.12.2006.	39.253,52	3.568,50	35.685,02	37.426,76
1.06.2007.	39.253,52	1.826,76	37.426,76	0
Ukupno:	235.521,12	35.521,12	200.000,00	

U nastavku je prikazana otplatna tablica s izračunanom internom stopom rentabilnosti koja se prema propisanoj metodologiji⁵¹ naziva postotna godišnja stopa. Postotna godišnja stopa koja izjednačuje neto novčani tok s nulom iznosi 11,22% (izračunano kompjutorskim programom).

Ukamaćeni sigurnosni polog po godišnjoj kamatnoj stopi od 2% = 31.836,24 kn

⁵¹ Modificirana prema primjeru iz Odluke o jedinstvenom iskazivanju efektivne kamatne stope na kredite i depozite.

Otplatna tablica s izračunanom postotnom godišnjom stopom:

Datum	Opis	Novčani tok	Diskontirani novčani tok (11,219%)	Diskontirana isplata kredita	Diskontirani tokovi sigurnosnog pologa
1.06.2004.	Isplata kredita	-200.000,00	-200.000,00	200.000,00	
1.06.2004.	Sigurnosni polog	30.000,00			30.000,00
1.06.2004.	Naknade na dan realizacije kredita	3.500,00	3.500,00		
1.12.2004.	1. anuitet	39.253,52	37.215,74		
1.12.2004.	Servisiranje partije	35,00	33,18		
1.06.2005.	2. anuitet	39.253,52	35.294,03		
1.06.2005.	Servisiranje partije	35,00	31,47		
1.12.2005.	3. anuitet	39.253,52	33.461,79		
1.12.2005.	Servisiranje partije	35,00	29,84		
1.06.2006.	4. anuitet	39.253,52	31.733,92		
1.06.2006.	Servisiranje partije	35,00	28,30		
1.12.2006.	5. anuitet	39.253,52	30.086,51		
1.12.2006.	Servisiranje partije	35,00	26,83		
1.06.2007.	6. anuitet	39.253,52	28.532,93		
1.06.2007.	Servisiranje partije	35,00	25,44		
1.06.2007.	Povrat sigurnosnog pologa	-31.836,24			-23.141,39
UKUPNO:			0	200.000	6.858,61

Prema propisanoj metodologiji postotna godišnja stopa se dodatno prilagođava jednokratnim ekvivalentom utjecaja diskontiranih novčanih primitaka i izdataka po osnovi novčanog pologa koji služi za osiguranje naplate kredita, a koji se izračunava po propisanoj formuli:

$$\text{EKS} = \text{PGS} * \frac{\text{UDIK}}{\text{UDIK} - \text{UDTSP}}$$

EKS = efektivna kamatna stopa

PGS = postotna godišnja stopa

UDIK = ukupne diskontirane isplate kredita

UDTSP = ukupni diskontirani tokovi sigurnosnog pologa

$$11,22 * \frac{200.000,00}{200.000,00 - 6.858,61} = 11,22 * 1,0355 = 11,62$$

Iz primjera vidimo da je nominalna kamatna stopa zbog utjecaja ostalih metodologijom priznanih izdataka s 10% uvećana na 11,22% godišnje stope, a zbog utjecaja sigurnosnog pologa prema propisanoj metodologiji na 11,62% efektivne kamatne stope.

Da je sigurnosni polog tretiran kao novčani tok, a što on u svojoj suštini i jest, tada bi efektivna kamatna stopa kao diskontna stopa koja ukupan neto novčani tok izjednačuje s nulom (interna stopa rentabilnosti) iznosila 14,28%:

Otplatna tablica s izračunanom efektivnom kamatnom stopom (po metodologiji uključenja sigurnosnog pologa u novčane tokove):

Datum	Opis	Novčani tok	Diskontirani novčani tok (14,276%)
1.06.2004.	Isplata kredita	-200.000,00	- 200.000,00
1.06.2004.	Sigurnosni polog	30.000,00	30.000,00
1.06.2004.	Naknade na dan realizacije kredita	3.500,00	3.500,00
1.12.2004.	1. anuitet	39.253,52	36.713,24
1.12.2004.	Servisiranje partije	35,00	32,73
1.06.2005.	2. anuitet	39.253,52	34.349,90
1.06.2005.	Servisiranje partije	35,00	30,63
1.12.2005.	3. anuitet	39.253,52	32.126,95
1.12.2005.	Servisiranje partije	35,00	28,65
1.06.2006.	4. anuitet	39.253,52	30.058,85
1.06.2006.	Servisiranje partije	35,00	26,80
1.12.2006.	5. anuitet	39.253,52	28.113,60
1.12.2006.	Servisiranje partije	35,00	25,07
1.06.2007.	6. anuitet	39.253,52	26.303,84
1.06.2007.	Servisiranje partije	35,00	23,45
1.06.2007.	Povrat sigurnosnog pologa	-31.836,24	- 21.333,51
UKUPNO:			0

Primjer pokazuje da bi ispravnim tretmanom sigurnosnog pologa bilo vidljivo da je stvarna cijena kredita znatno viša (14,28%) nego što se to pokazuje prema propisanoj metodologiji izračuna efektivne kamatne stope (11,62%).

Propisana metodologija korekcije postotne godišnje stope za jednokratni ekvivalent utjecaja diskontiranih novčanih primitaka i izdataka po osnovi sigurnosnog pologa osigurava veći utjecaj na efektivnu kamatnu stopu ako je udjel sigurnosnog pologa u svoti kredita veći, ako je kamatna stopa na sigurnosni polog niža i ako je razdoblje ukamaćivanja pologa dulje, ali se stopa tog utjecaja vrlo degresivno povećava u odnosu na povećanje veličine pologa. U primjeru je sigurnosni polog iznosio 15% kredita. U sljedećoj tablici je prikazana efektivna kamatna stopa po propisanoj metodologiji i po metodologiji uključenja sigurnosnog pologa u novčane tokove za udjele sigurnosnog pologa od 25% i 50%:

Usporedba efektivnih kamatnih stopa po dvije metodologije izračuna:

Visina (i udjel u kreditu) sigurnosnog pologa	Efektivna kamatna stopa	
	Propisana metodologija	Metodologija uključenja sigurnosnog pologa u novčane tokove
30.000 (15%)	11,62	14,28
50.000 (25%)	11,90	17,64
100.000 (50%)	12,67	41,71

Primjer pokazuje kako je razlika između efektivnih kamatnih stopa po dvije metodologije veća ako je udjel sigurnosnog pologa u kreditu veći.

Mišljenja smo da bi uključenje sigurnosnog pologa u novčane tokove osiguralo vjerodostojnu informaciju o stvarnoj cijeni kredita, a koju propisana metodologija ne omogućuje.

8. Zaključci

Propisi koji reguliraju pojmove koji se koriste pri izračunu kamatne stope nisu dovoljno pojmovno ujednačeni i precizni, pa korištenje određenog pojma često ne upućuje na isti sadržaj. Propisi o načinu obračuna efektivne kamatne stope nisu ostvarili kvalitativni pomak u odnosu na metodologiju HNB-a, pa se u tom segmentu mogu pozivati na propisanu metodologiju. Ta metodologija, međutim ne osigurava obračun efektivne kamatne stope kao stvarne cijene kredita.

Efektivnu stopu izdataka u vezi s potrošačkim i svakim drugim kreditom, ili tzv. efektivnu kamatnu stopu trebalo bi obračunavati na osnovi svih novčanih tokova koji se javljaju u vezi s kreditnim odnosom, bez obzira da li se oni ostvaruju direktno između primatelja i davatelja kredita, ako

su uvjet za nastanak i realizaciju kreditnog odnosa. Neki od ovih novčanih tokova mogu se procjenjivati, te nije nužno da su zasnovani na stvarnim izdacima. Samo tako se može dobiti objektivna (stvarna) cijena kredita.

Sigurnosni polog kao uglavak kreditnog ugovora predstavlja također novčani tok, koji bi u izračunu efektivne kamatne stope trebalo tretirati jednako kao i svaki drugi novčani tok. Propisana metodologija HNB-a umanjuje utjecaj sigurnosnog pologa na iskazanu efektivnu kamatnu stopu, čime korisnik kredita dobiva pogrešnu informaciju o cijeni kredita kao nižoj od objektivne (stvarne) cijene.

Dorada propisa kojima se uređuje način obračuna kamatne stope morala bi uključivati i precizno uređenje tzv. crnih klauzula, kojima bi se ništavošću sankcionirali uglavci potrošačkih kreditnih ugovora, kojima, primjerice, banka uvjetuje dodjelu kredita potrošaču depozitom novca (ili vrijednosnog papira) ili kupnjom vrijednosnih papira ili drugog financijskog instrumenta. Takav bi uglavak trebalo dopustiti jedino ako potrošač ostvari istu kamatnu stopu na depozit kao što je u ugovorena realna godišnja kamatna stopa na kredit. Također, zajmodavci često pridržavaju pravo jednostrane izmjene financijskih uvjeta ugovora. Prema rješenju iz Smjernice samo nominalna kamatna stopa može biti varijabilna. Uglavak o, primjerice, varijabilnosti provizije bio bi ništav. Ova bi rješenja trebalo pretočiti u naše pravo.

Summary

CALCULATION OF INTEREST RATE IN CONSUMER CREDITS – OPEN QUESTIONS OF CROATIAN LAW AND FINANCIAL PRACTICE

Rules that regulate notions used in interest rate calculations are not sufficiently unambiguous and precise; consequently the use of a certain notion does not always relate to the same content. Rules on calculation of effective interest rate do not contain qualitatively new solutions in relations to already existing methodology of the Croatian National Bank (CNB). However, this methodology does not ascertain calculation of effective interest rate as the real price of credit.

Effective rate of costs related to consumer credits - and any other credit - or the so called effective interest rate, should be calculated on the basis of all financial transactions that take place in relation to certain credit, regardless of whether they occur directly between creditor and debtor, as long as these transactions are a necessary condition for creation and realization of the credit. Certain financial transactions may be estimated, and there is no need to establish their real (exact) cost. This is the only method of calculating objective (real) price of a credit.

Safety deposit as a condition of crediting contract is a financial transaction that should be treated as any other financial transaction in calculation of

effective interest rate. Existing methodology of the CNB reduces the impact of safety deposit on the declared effective interest rate, providing wrong information to debtor on credit price rendering it lower than objective (real) price.

Revision of rules regulating calculation of interest rate should also concern precise determination of the so-called black clauses, i.e., provisions declaring void any contractual clauses in consumer credits that condition approval of a consumer credit with deposit of certain amount of money (or of securities), or with purchase of security or other financial instrument. Such a contractual provision should be allowed only if the same interest rate is applied on consumer's deposit as the agreed real annual interest rate on credit. According to provisions of the Directive, only nominal interest rate may vary. Contractual clause on, for example, variability of commission should be void. All of these solutions should be incorporated in our law.

Key words: consumer credit, calculation of interest rate, effective interest rate, real annual interest rate, consumer protection.

Zusammenfassung

ABRECHNUNGSART DES ZINSFUSSES BEIM VERBRAUCHERDARLEHEN – OFFENE FRAGEN DES KROATISCHEN RECHTS UND DER FINANZPRAXIS

Die Vorschriften, die die Begriffe regulieren, die bei der Ausrechnung des Zinsfußes benutzt werden, sind begrifflich unzureichend vereinheitlicht und ungenau, so dass der Gebrauch eines bestimmten Begriffs oft nicht auf denselben Inhalt hinweist. Vorschriften über die Abrechnungsart des effektiven Zinssatzes sind kein qualitativer Schritt fortwärts hinsichtlich der Methodologie der HNB (*Kroatische Nationalbank*), so dass ich mich in diesem Segment auf die vorgeschriebene Methodologie berufen kann. Diese jedoch stellt die Abrechnung des effektiven Zinssatzes nicht als wirklichen Preis des Kredits sicher.

Der effektive Satz der Ausgaben, verbunden mit dem Verbraucher- oder jedem anderen Kredit oder der sog. effektive Zinssatz sollten auf Grund aller Geldbewegungen, die in Verbindung mit dem Kreditverhältnis auftauchen, abgerechnet werden, ungeachtet dessen ob sie direkt zwischen dem Empfänger und Verleiher des Kredits realisiert werden, wenn sie Bedingung für den Beginn und die Realisierung des Kreditverhältnisses sind. Einige dieser Geldbewegungen können überbewertet werden, so ist es nicht nötig, dass sie auf wirklichen Ausgaben begründet sind. Nur so kann ein objektiver (wirklicher) Preis des Kredits erhalten werden.

Die Sicherheitseinlage als Kapital des Kreditvertrages stellt ebenfalls eine Geldbewegung dar, die bei der Ausrechnung des effektiven Zinssatzes

gleich wie jede andere Geldbewegung behandelt werden sollte. Die vorgeschriebene Methodologie der HNB mindert den Einfluss der Sicherheits-einlage auf den ausgewiesenen effektiven Zinssatz, wodurch der Nutzer des Kredits eine falsche Information über den Preis des Kredits als niedriger als der objektive (wirkliche) Preis erhält.

Die Fertigstellung der Vorschriften, durch die die Abrechnungsart von Zinssätzen bestimmt wird, sollte auch eine genaue Regulierung der sog. Schwarzen Klauseln einschließen, durch deren Ungültigkeit das Kapital der Verbraucherkreditsverträge sanktioniert würde, wodurch beispielsweise die Banken für die Zuteilung eines Kredits an den Verbraucher ein Deposit von Geld (oder Wertpapieren) oder den Kauf von Wertpapieren oder anderer finanzieller Instrumente als Bedingung stellen. Solches Kapital sollte nur zugelassen werden, wenn der Verbraucher auf das Deposit den gleichen Zinssatz realisiert wie der festgelegte reale jährliche Zinssatz für den Kredit. Auch behalten sich die Verleiher oft das Recht auf einseitige Änderungen der finanziellen Bedingungen des Vertrags vor. Nach den Beschlüssen der Richtlinien kann nur der nominale Zinssatz variabel sein. Das Kapital wäre beispielsweise bei der Variabilität der Provision nichtig. Diese Entscheidung sollte in unser Recht einfließen.

Schlüsselwörter: *Verbraucherdarlehn, Zinssatz, effektiver Zinssatz, realer jährlicher Zinssatz, Verbraucherschutz.*

Sommario

MODALITÀ DI CALCOLO DEL TASSO DI INTERESSE NEI PRESTITI AL CONSUMO – QUESTIONI APERTE DI DIRITTO CROATO E PRASSI FINANZIARIA

Le norme che regolano i concetti utilizzati nei calcoli del tasso di interesse non sono sufficientemente univoche e precise, conseguentemente l'uso di determinate nozioni non può sempre riguardare lo stesso contenuto. Le regole sul calcolo del tasso di interesse effettivo non contengono qualitativamente nuove soluzioni in relazione alla metodologia esistente della Banca Nazionale Croata (*Hrvatska Narodna Banka, HNB*). Tuttavia questa metodologia non assicura il calcolo del tasso di interesse effettivo come costo reale del credito.

Il tasso effettivo dei costi riguardanti i crediti al consumo e qualsiasi altro credito, ovvero il cosiddetto tasso di interesse effettivo, dovrebbe essere calcolato sulla base di tutte le operazioni finanziarie che hanno luogo in relazione a determinati crediti, senza riguardo se avvengono direttamente tra creditore e debitore, a patto che queste operazioni siano una condizione per la creazione e l'esecuzione del credito. Alcune operazioni finanziarie possono essere stimate, e non c'è bisogno di stabilire il loro costo reale

(esatto). Questo è l'unico metodo di calcolo del costo oggettivo (reale) di un credito.

Il deposito di sicurezza come condizione del contratto di credito è un'operazione finanziaria che dovrebbe essere trattata come qualunque altra operazione finanziaria nel calcolo del tasso di interesse effettivo. La metodologia esistente della HNB riduce l'impatto del deposito di sicurezza sul tasso di interesse effettivo dichiarato, fornendo informazioni errate al debitore sul costo del credito che lo rendono più basso del costo oggettivo (reale).

La revisione delle norme regolanti il calcolo del tasso di interesse dovrebbe concernere anche la precisa determinazione delle cosiddette clausole nere, ad esempio le disposizioni dichiaranti nulla qualsiasi clausola contrattuale nei crediti al consumo che condizioni l'approvazione di un credito al consumo con il deposito di una determinata somma di denaro (o di carte valori), o con l'acquisto di assicurazione o altro strumento finanziario. Tale disposizione contrattuale dovrebbe essere consentita solo se lo stesso tasso di interesse è applicato al deposito del debitore come tasso di interesse annuale reale convenuto sul credito. Secondo le disposizioni della Direttiva, solo il tasso di interesse nominale può variare. Ad esempio le clausole contrattuali sulla variabilità della commissione dovrebbero essere nulle. Tutte queste soluzioni dovrebbero essere incorporate nel nostro diritto.

Parole chiave: *prestito di consumo, tasso di interesse, tasso di interesse effettivo, tasso di interesse annuale reale, tutela del consumatore.*

ODGOVORNOST ZA MATERIJALNE NEDOSTATKE STVARI PREMA NOVOM ZAKONU O OBVEZNIM ODNOSIMA

Dr. sc. Silvija Petrić,
izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.451.031(497.5)(094.5)
Ur.: 9. siječnja 2006.
Pr.: 23. siječnja 2006.
Izvorni znanstveni članak

Rad je posvećen proučavanju izmjena koje je donošenjem novog Zakona o obveznim odnosima pretrpio institut odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari. Kako je riječ o pravilima koja se analogno primjenjuju na sve naplatne ugovore, značenje ovih izmjena je veliko za pravnu praksu. Uz nastojanje da se iz postojećeg rješenja uklone neki manje značajni nedostaci, glavni razlog izmjena bila je obveza usklađivanja hrvatskog pravnog poretka s pravilima europskog prava u oblasti zaštite potrošača. Hrvatski je zakonodavac prilikom reforme instituta usvojio neka od pravila europskog prava koja se odnose na zaštitu potrošača kao rješenja koja se primjenjuju ne samo na potrošačke, nego i na sve ostale ugovore. To se u prvom redu odnosi na proširenje pojma materijalnih nedostataka te na uvođenje oborive predmnjeve postojanja nedostatka u trenutku prijelaza rizika s prodavatelja na kupca, pod uvjetom da se nedostatak pojavi u roku od šest mjeseci od predaje stvari. U ostalim elementima dosadašnja su rješenja uglavnom mijenjana na način da se za potrošačke ugovore predviđaju posebna pravila koja redovito potrošača stavljaju u povoljniji položaj u odnosu na ostale kupce.

Ključne riječi: materijalni nedostatak stvari, uvjeti odgovornosti prodavatelja, prava kupca.

1. Uvodna razmatranja

Donošenjem novog Zakona o obveznim odnosima¹ unesene su u hrvatski pravni poredak određene, u nekim aspektima i značajnije izmjene pravila koja uređuju odgovornost za materijalne nedostatke stvari. Kako se radi o institutu koji je već dugo dio hrvatskog pravnog poretka i kako su njegovi elementi često analizirani u pravnoj teoriji, ovaj će se rad detaljnije baviti samo promjenama koje je doživio nakon stupanja na snagu ZOO-a.²

Odgovornost za materijalne nedostatke stvari dio je šireg instituta odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja, kao jednog od posebnih pravnih učinaka dvostranoobveznih ugovora. Posebni pravni učinci dvostranoobveznih ugovora regulirani su u ZOO-u u čl. 357.-375., a pored odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja (čl. 357.) tu spadaju i pravila o prigovoru neispunjenja i prigovoru neizvjesnog ispunjenja ugovora, pravila o jednostranom raskidu ugovora zbog neispunjenja, o izmjeni ili raskidu ugovora zbog promijenjenih okolnosti, o nemogućnosti ispunjenja te o prekomjernom oštećenju. Svi navedeni instituti bili su regulirani i pravilima bivšeg Zakona o obveznim odnosima,³ s tim što su u odsjeku koji je bio posvećen učinicima dvostranoobveznih ugovora bila i pravila o zelenaškim ugovorima, općim uvjetima ugovora te o ustupanju ugovora.⁴ Radi se o institutima čija je primjena moguća samo kod ugovora u kojima i jedna i druga strana preuzima obvezu na izvršenje određene činidbe, a svrha im je uklanjanje postojećeg ili sprječavanje prijetećeg poremećaja ugovorne ravnoteže.

Odgovornost ili jamstvo za materijalne (i pravne) nedostatke ispunjenja odgovornost je dužnika kada je njegova činidba, bez obzira radi li se o činidbi davanja, činjenja, trpljenja ili propuštanja, opterećena takvim nedostacima da druga strana ne može, u potpunosti ili djelomično, ostvariti

¹ Zakon o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOO) objavljen je u Narodnim novinama br. 35/05. od 17. ožujka 2005. godine, stupio na snagu 1. siječnja 2006. godine, s tim da se odredbe čl. 26. st. 1.-3. i čl. 29. st. 2.-6. i st. 8. počinju primjenjivati nakon isteka dvije godine od dana stupanja na snagu ovoga Zakona. No, treba napomenuti da se odredbe ovoga Zakona neće primjenjivati na obvezne odnose koji su nastali prije njegovog stupanja na snagu (čl. 1163. ZOO-a).

² Više o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari u hrvatskom pravu, vidi: VEDRIŠ, M. – KLARIĆ, P., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 401.-409. (u daljnjem tekstu: VEDRIŠ – KLARIĆ); VIZNER, B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 1978., str. 486.-493.; 1581.-1655; (u daljnjem tekstu: VIZNER.); GORENC, V., *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRiF, Zagreb, 1998., str. 161.-162., 621.-658. (u daljnjem tekstu: GORENC, 1998.); PEROVIĆ, S. – STOJANOVIĆ, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga druga, Pravni fakultet Kragujevac, 1980., str. 67.-115. (u daljnjem tekstu: PEROVIĆ – STOJANOVIĆ.); GORENC, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005., str. 623.-661. (u daljnjem tekstu: GORENC, 2005.).

³ Zakon o obveznim odnosima (u daljnjem tekstu: stari ZOO), Narodne novine br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01.

⁴ Čl. 121.-172. starog ZOO-a.

svrhu radi koje je ugovor zaključen. Zakon izričito određuje da se ovaj oblik odgovornosti vezuje isključivo za naplatne dvostranoobvezne ugovore, tj. one ugovore kod kojih se za primljenu činidbu duguje određena naknada. Ostali instituti koji pripadaju grupi posebnih učinaka dvostranoobveznih ugovora (osim instituta prekomjernog oštećenja koji je po prirodi stvari također vezan isključivo za naplatne ugovore)⁵ primjenjuju se i na naplatne i na besplatne dvostranoobvezne ugovore.⁶

Iako se u literaturi susreće mišljenje da bi i pravila o odgovornosti za pravne i materijalne nedostatke ispunjenja trebalo primjenjivati na sve dvostranoobvezne ugovore, a ne samo na naplatne,⁷ stav zakonodavca jasan je budući da posebno naglašava (i to samo u slučaju ovog posebnog učinka dvostranoobveznih ugovora) da se radi o odgovornosti koja je moguća isključivo kod naplatnih ugovora. *Ratio legis* takve odredbe je u činjenici da samo davanje određene naknade za činidbu koja se potražuje opravdava odgovornost za nedostatke činidbe. Ako prema ugovoru određena vrijednost ulazi u imovinu jedne strane, a ona za to ne daje drugoj strani nikakvu naknadu, nema pravno utemeljenog razloga da stranka koja besplatno daje određenu činidbu odgovara za eventualne nedostatke te činidbe.⁸ Suprotno, ako se radi o naplatnom ugovoru, svaka od ugovornih strana prilikom zaključenja ugovora uspoređuje vrijednost svog davanja s onim što će od druge strane u ugovoru dobiti, odnosno zaključuje ugovor očekujući da će ispunjenjem obveze druge strane ostvariti imovinsku korist adekvatnu vrijednosti koja izlazi iz njene imovine. Dakle, vrijednost svake od uzajamnih

⁵ Iako, za razliku od odredbe koja govori o odgovornosti za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja, odredba čl. 375. koja regulira prekomjerno oštećenje ne naglašava da se mora raditi o naplatnom ugovoru.

⁶ Podjele obveznih ugovora s jedne strane na dvostranoobvezne i jednostranoobvezne, a s druge na naplatne (teretne, onerozne, lat. *contractus onerosa bilateralis*) i besplatne (besteretne, lukrativne) izvršene su po različitim kriterijima i iako se u praksi velikim dijelom "poklapaju", tj. dvostranoobvezni su najčešće naplatni, a jednostranoobvezni besplatni, to ipak nije uvijek slučaj. Primjerice, prema ZOO-u ugovor o zajmu je koncipiran kao konsenzualni, a to znači dvostranoobvezni ugovor, no u pravilu je besplatan, tj. ne duguje se kamata osim ako je posebno ugovorena (vidi čl. 499. i 500. ZOO-a).

⁷ Tako vidi: GORENC, str. 529. Autor smatra da bi pravila o odgovornosti za nedostatke ispunjenja trebalo primjenjivati i na tzv. nepotpune dvostranoobvezne ugovore (tj. nenaplatne dvostranoobvezne ugovore), kao što je primjerice ugovor o zajmu bez kamate.

Na ovom mjestu treba napomenuti da se u starijoj pravnoj literaturi (u vrijeme primjene starog ZOO-a) također raspravljalo o tome na koju grupu ugovora se primjenjuju instituti koji su bili regulirani u odsjeku pod nazivom "Dvostrani ugovori", ali s potpuno drukčijih polazišta i s drukčijim rezultatima. Tako VIZNER, str. 487., smatra da je naslov odsjeka neprecizan i da se radi o institutima koji se primjenjuju isključivo na naplatne (teretne) ugovore, te stoga predlaže da se naslov odsjeka izmijeni u "Učinci dvostranoobveznih naplatnih ili teretnih ugovora".

⁸ Naravno, pod pojmom naplatnog ugovora ne podrazumijeva se da se radi samo o o ugovorima u kojima se za činidbu druge strane daje naknada u novcu, što bi se moglo zaključiti iz doslovnog jezičnog tumačenja ovog izraza. Termin "naplatni" ugovor uobičajen je u našoj i starijoj i novijoj pravnoj literaturi, pa i u zakonodavstvu, a označava ugovor u kojemu se za dobiveno duguje naknada koja se može sastojati u bilo kakvoj imovinskoj vrijednosti.

činidaba ugovorom je određena u razmjeru s vrijednošću protučinidbe bez nedostataka, odnosno u skladu s načelom jednake vrijednosti uzajamnih činidaba na kojemu počivaju dvostranoobvezni naplatni ugovori.⁹ Ako se zbog nedostataka u ispunjenju obveze druge strane ovo načelo povrijedi, institut odgovornosti za materijalne nedostatke ispunjenja omogućava da se ekvivalent vrijednosti ostvari drugim sredstvima.¹⁰ Tako se odgovornost za materijalne nedostatke ispunjenja pokazuje kao jedna od zakonom predviđenih konkretizacija načela jednake vrijednosti prestacija.¹¹

Na razini općeg instituta ZOO ovu odgovornost uređuje kao odgovornost za nedostatke *ispunjenja*, što znači da u svakom naplatnom ugovoru¹² dužnik odgovara ako ne ispunji činidbu u svemu kako je ugovoreno, odnosno u nedostatku posebnih ugovornih uglavaka, onako kako je zakonom određeno. Ne radi se dakle samo o odgovornosti za nedostatke materijalne stvari koja se javlja kao predmet činidbe davanja, već to može biti bilo kakav faktični nedostatak koji se manifestirao u konačnom izvršenju i onih činidbi koje su upravljene na činjenje, propuštanje ili trpljenje.¹³ No, kako se u praksi ova odgovornost najčešće pojavljuje upravo vezano za nedostatke na stvari koju je dužnik u naplatnom ugovoru predao vjerovniku, te kako je institut povijesno nastao upravo kao oblik odgovornosti prodavatelja za nedostatke prodane stvari,¹⁴ ZOO u čl. 357. st. 3. određuje da se na odgovornost

⁹ Čl. 7. ZOO-a.

¹⁰ U prvom redu uklanjanjem nedostatka, a ako to nije moguće ili ne odgovara interesima vjerovnika u konkretnom slučaju, sniženjem vrijednosti protučinidbe ili raskidom ugovora, te u svakom od tih slučajeva i ostvarenjem prava na naknadu pretrpljene štete.

¹¹ Tako vidi: VIZNER, str. 489.; VEDRIŠ – KLARIĆ, str. 401.; ĐORĐEVIĆ, Ž. - STANKOVIĆ, V., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987., str. 263. sq. (u daljnjem tekstu: ĐORĐEVIĆ – STANKOVIĆ,); PEROVIĆ, S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990., str. 376. (u daljnjem tekstu: PEROVIĆ,).

¹² Osim u onim slučajevima kada je odgovornost izrijeckom zakonom isključena.

¹³ Upravo stoga što se radi o odgovornosti za ispunjenje, a ne isključivo o odgovornosti za nedostatke stvari, tj. odgovornost se ne ograničava na ugovorne obveze kod kojih je predmet činidbe predaja stvari, u literaturi se iznosi stav da bi bilo bolje umjesto termina *materijalni* nedostatak koristiti termin *faktični* nedostatak, budući da po svom semantičkom značenju termin *materijalni* nedostatak upućuje da se radi isključivo o nedostacima na stvarima. Vidi: GORENC, 2005., str. 531.

¹⁴ Odgovornost za skrivene mane stvari javlja se još u rimskom pravu, i to u najranijoj fazi. Već Zakonik XII ploča sadrži pravila o odgovornosti prodavatelja kod mancipacije zemljišta. Ako je prodavatelj dao netočne podatke o površini zemljišta, odgovarao je dvostrukom vrijednošću površine zemljišta koja nedostaje (*actio de modo agri*). Institut se dalje razvija kroz edikte kurilskih edila koji su kupcu dodjeljivali posebne tužbe za zaštitu njegovih prava u slučaju da su na stvari postojali nevidljivi materijalni nedostaci na koje prodavatelj nije upozorio kupca prilikom prodaje, i to: *actio redhibitoria* kojom je kupac mogao u roku od 6 mjeseci od dana prodaje zahtijevati raskid ugovora i povrat cijene uz kamatu, a morao je vratiti stvar i koristi i plodove koje je od stvari stekao; *actio quanti minoris* kojom je u roku od godine dana od predaje stvari mogao tražiti srazmjerno sniženje kupovne cijene. U početku su se ove tužbe priznavale samo u odnosu na ugovore o kupoprodaji robova i stoke, da bi ih kasnije pravila *Corpus Iuris Civilis* proširila na sve ugovore o kupoprodaji. Više vidi: HORVAT, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1967., str. 322.. Tako su postavljene klasične osnove instituta odgovornosti za materijalne nedostatke stvari koje prihvaćaju u svojim pravilima i velike građanske kodifikacije.

prenositelja za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja činidbe kod svih naplatnih ugovora na odgovarajući način primjenjuju odredbe o odgovornosti prodavatelja za materijalne i pravne nedostatke, tj. u pogledu odgovornosti za materijalne nedostatke odredbe čl. 400.-422. ZOO-a.

Ujedno se ovom odredbom pravila o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke prodane stvari proglašavaju općim pravilima, odnosno pravilima koja vrijede kao *lex generalis* za sve naplatne ugovore, što znači da se primjenjuju samo ako za pojedine naplatne ugovore nije što drugo propisano, a ako je nešto posebno propisano, dopunjuju ova posebna pravila.¹⁵ Isti pristup ovom pitanju imao je i stari ZOO, tj. čl. 121. st. 3. upućivao je na primjenu pravila o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke prodane stvari (čl. 478.-500. starog ZOO-a) kao na opća pravila koja se primjenjuju na sve ugovore, ako za određeni slučaj nije što posebno propisano.

Odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke prodane stvari prema pravilima starog ZOO-a bila je uređena na način koji je u nekim elementima odstupao od uređenja ovog instituta u većini europskih građanskih kodifikacija. Iako se sva rješenja temelje na zajedničkoj osnovi postavljenoj još u rimskom pravu, te na istoj ideji ostvarenja zaštite načela jednake vrijednosti uzajamnih prestacija, način na koji su pojedina zakonodavstva pristupala rješenju problema nije isti. Određene razlike postoje u uvjetima koji moraju biti ispunjeni da bi kupac mogao zahtijevati odgovornost prodavatelja, no mnogo je značajnije razlikovanje u učincima ove zaštite. Klasični model, prihvaćen primjerice u francuskom Građanskom zakoniku¹⁶ i u njemačkom Građanskom zakoniku¹⁷ do izmjena iz 2002. godine, karakterizira sloboda kupca da optira između više ponuđenih sankcija. U pravilu su to pravo na raskid ugovora i pravo na sniženje cijene. Drugi model ograničava slobodu kupca u izboru prava iz odgovornosti za nedostatke, najčešće time što pravo na raskid ugovora vezuje uz postojanje težih i u pravilu neotklonjivih nedostataka. Takvo je rješenje bilo prihvaćeno, primjerice, u austrijskom Općem građanskom zakoniku.¹⁸ Model koji je prihvatio stari ZOO razlikuje se od spomenuta dva. On polazi od slobode u izboru prava koja kupcu stoje na raspolaganju, no pravo na raskid ugovora

¹⁵ Posebne odredbe o odgovornosti prenositelja za materijalne nedostatke ZOO predviđa kod ugovora o zakupu (čl. 525.-530.), ugovor o najmu (čl. 557.-559.), ugovora o djelu (čl. 604.-611.), ugovora o građenju (čl. 631.-636.), ugovora o licenciji (čl. 706.), ugovora o uskladištenju (čl. 752.).

¹⁶ *Code civil*, (u daljnjem tekstu: *Code civil*), donesen 1804. godine, posljednje službeno izdanje iz 1816. godine. Odgovornost za materijalne nedostatke stvari kod kupoprodaje uređena je odredbama čl. 1641.-1648.

¹⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch* (dalje: BGB), 18. kolovoza 1896. (RGBl. S. 195), (u daljnjem tekstu: BGB).

¹⁸ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, (dalje: ABGB), Keiserliches Patent vom 1. juni 1811., Inkrafttredatum: 1812. 01.01, JGS 946.. zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl Nr. 118/2002.

u pravilu uvjetuje ostavljenjem naknadnog primjerenog roka za ispunjenje, a tek bezuspješnim protekom tog roka dolazi do raskida ugovora.

2. Razlozi i pravna osnova izmjene pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari

Prije upuštanja u analizu promjena koje je doživio institut odgovornosti za materijalne nedostatke stvari prema pravilima novog ZOO-a, potrebno je upozoriti na razloge zbog kojih je hrvatski zakonodavac pristupio reviziji pravila starog ZOO-a koja su se u praksi pokazala kao relativno zadovoljavajuće rješenje. Promjene su najvećim dijelom posljedica napora redaktora ZOO-a da udovolje obvezi usklađivanja hrvatskog pravnog poretka s pravnim tečevinama Europske unije (u daljnjem tekstu: EU), i to u oblasti zaštite prava potrošača.¹⁹ Naime, jedna od najvažnijih smjernica Europske zajednice (u daljnjem tekstu: EZ) koja uređuje prava potrošača, Smjernica 1999/44/EC Europskog Parlamenta i Vijeća, od 25. svibnja 1999., o nekim aspektima prodaje potrošačkih roba i s njima povezanim garancijama (u daljnjem tekstu: Smjernica 1999/44),²⁰ bavi se problemima vezanim za odgovornost prodavatelja za materijalne (fizičke, faktične) nedostatke prodane stvari. Ona je dio korpusa pravila kojima se u europskom pravu posebno štiti položaj potrošača.²¹

Mnogostruki su razlozi intenzivnog razvoja danas već posebne pravne grane u europskom pravu, tzv. potrošačkog prava ili prava zaštite potrošača. U prvom redu to je ostvarenje temeljnog cilja zajednice, odnosno formiranje i unaprijeđenje jedinstvenog i slobodnog europskog tržišta koje počiva na slobodama kretanja roba, usluga, ljudi i kapitala. Slobodno kretanje potrošača na tržištu, bez čega nema ni ostvarenja ovog koncepta, moguće

¹⁹ Obveza proizlazi iz odredaba čl. 1. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine, Međunarodni ugovori, 14/01.

²⁰ *Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*; Official Journal L 171, 07/07/1999 P. 0012 – 0016.

²¹ Položaj potrošača na tržištu potrebno je štititi posebnim propisima zbog strukturalnih nejednakosti koje su karakteristične za odnos potrošač – trgovac. Pravna jednakost stranaka u tržišnom odnosu u potrošačkim ugovorima često ostaje samo formalna proklamacija jer je potrošač redovito u lošijem položaju u odnosu na trgovca koji je po financijskoj, gospodarskoj, stručnoj i svakoj drugoj moći u pravilu snažniji, posebno kada potrošač na tržištu nastupa kao individua. To je posebno snažno izraženo u uvjetima masovne proizvodnje i potrošnje roba i usluga koje uzrokuju visoki stupanj netransparentnosti tržišta. Ublažavanje ovih nejednakosti moguće je jedino intervencijom države, tj. pravnog poretka koji posebnim pravilima štiti potrošača. Iako se posebna pravila koja štite slabiju stranu u ugovornom odnosu ugrađuju u pravne institute još od najranijih faza razvoja obveznog prava, tek u suvremenom pravu, odnosno s razvojem ideje i prakse države blagostanja, pravna zaštita potrošača dobiva puni zamah.

je samo ako svim dijelovima zajednice potrošač uživa barem približno isti stupanj zaštite svojih prava i interesa. Ni robe i usluge se na tržištu ne mogu slobodno kretati ako njihovi prodavatelji strahuju od različitog pravnog uređenja položaja potrošača.²² Osim toga, jedno od temeljnih načela na kojima počiva EU i EZ jest i načelo ostvarenja ukupnog blagostanja građana,²³ što između ostaloga zahtijeva i aktivnosti koje će omogućiti što širu dostupnost što raznolikijeg broja što jeftinijih proizvoda i usluga, te zaštitu ekonomskih i svih ostalih posebnih interesa potrošača.²⁴ Do stupanja na snagu Ugovora o Europskoj uniji, tzv. Maastrichtskog ugovora,²⁵ zaštita potrošača temelji se na programima djelovanja Zajednice u oblasti zaštite potrošača.²⁶ Maastrichtski ugovor proglašava kao jedan od temeljnih ciljeva Zajednice načelo visokog nivoa zaštite potrošača²⁷ te zaštitu potrošača posvećuje čitavu glavu.²⁸

²² Ustavnopravna osnova za ujednačavanje pravnih pravila zemalja članica koja uređuju položaj potrošača stoga se nalazi u čl. 100 Rimskog ugovora (*Treaty establishing the European Community*, Rome, 25. March 1957.) (nakon Amsterdamskog Ugovora čl. 94.) koji dopušta pravnu intervenciju Zajednice ako bi neujednačenost pravnih rješenja pojedinih zemalja utjecala na formiranje i funkcioniranje zajedničkog tržišta.

²³ Načelo je proklamirano u Rezoluciji Vijeća EZ-a o zaštiti potrošača iz 1986. godine (vidi: OJ C 167/1/86) kao slogan "Europa s ljudskim licem".

²⁴ Pravo zaštite potrošača razvija se u okviru europskog prava od nastanka zajednice, iako Rimski Ugovor o osnivanju EEZ pojam potrošača spominje samo u okviru normi posvećenih ostvarenju ciljeva zajednice u domeni poljoprivrede (čl. 39/1(e) i čl. 40/3.), te određujući pojam slobodne tržišne utakmice navodi i interes i dobrobit potrošača kao jedan od kriterija koji određuje je li ponašanje na tržištu u skladu s ovim načelom ili ne (čl. 85(3) i 86(b)). Osim toga, čl. 92. predviđa, kao jedan od izuzetaka od zabrane državne pomoći gospodarskim subjektima, pravo države članice da pruži pomoć proizvođačima, pod uvjetom da je odobravanje pomoći izvršeno u cilju zaštite individualnih potrošača.

²⁵ *Treaty on European Union* (Maastricht, 7. 2. 1992.), stupio na snagu 1.11.1993. godine.

²⁶ Prvi program je iz 1975. godine (Rezolucija Europskog Vijeća, tzv. Prethodni program EEZ-a o zaštiti potrošača i politici obavještanja, (OJ C 92/1/75.)) utvrđuje temeljna načela zaštite potrošača (pravo na zaštitu zdravlja i sigurnosti, na zaštitu ekonomskih interesa, na naknadu štete, na informiranje i obrazovanje i na predstavljenost potrošača u odlučivanju) Drugi program zaštite potrošača iz 1981. godine (OJ C 133/1/81.) razrađuje načela utvrđena u Prvom programu, detaljnije utvrđuje sadržaj prava potrošača i postavlja temelje formiranja institucionalnih oblika zaštite prava potrošača. Treći program zaštite potrošača iz 1986. godine (OJ C 167/1/86.) proklamira ostvarenje ciljeva kao što je uspostavljanje europskih sigurnosnih i zdravstvenih standarda i komunitarnih mehanizama nadzora njihovog poštovanja, promocija edukacije i obavještanja potrošača, zaštita ekonomskih interesa potrošača, te stvaranje institucija i mehanizama koji će omogućiti participaciju potrošača u političkom i pravnom odlučivanju na nivou EZ-a, u oblastima od interesa za potrošača. Od posebnog je značaja za definiranje komunitarne politike u oblasti zaštite potrošača tzv. Zelena knjiga o zaštiti potrošača Komisije EZ-a (*Green Paper on European Union Consumer Protection*, COM (2001) 531 final), od 2. listopada 2001. godine.

²⁷ Čl. 3(t) kao jednu od djelatnosti zajednice, koji služe ostvarenju ciljeva definiranih u čl. 2., određuje i "doprinos pojačanju zaštite potrošača".

²⁸ Glava XI, tj. odredbe čl. 129a. Nakon stupanja na snagu Amsterdamskog Ugovora (*Treaty on European Union*, Amsterdam, 2. October 1997., OJ C 34/1/97) Glava XIV i čl. 153. Ugovora o EZ-u. Zaštita potrošača naglašava se kao jedan od ciljeva zajednice koji će se ostvarivati uspostavljanjem i osiguravanjem zajedničkog tržišta, aktivnostima koje podupiru djelovanja

Normativna djelatnost različitih tijela Zajednice u području zaštite potrošača veoma je intenzivna. U proteklih tridesetak godina donesen je ogroman broj akata različite snage, a kako se zaštita interesa potrošača ostvaruje u veoma različitim područjima privatnog i javnog prava, radi se o iznimno složenom i heterogenom sustavu normi i različitih tehnika intervencije prava Zajednice u mnoge oblasti života. No, kako su države članice, prema odredbama čl. 153. (bivši 129 a) Ugovora o EZ-u, prvenstveno nadležne da uređuju oblast prava zaštite potrošača, pravne norme Zajednice uvijek su samo dopuna nacionalnom pravu, odnosno njihov je prvenstveni cilj harmonizacija, tj. ujednačavanje nacionalnih prava.²⁹ Zbog toga se intervencije prava Zajednice u nacionalne pravne sustave u ovoj oblasti najčešće odvijaju donošenjem smjernica, kao tzv. *soft-law* izvora prava pomoću kojega se postiže potreban minimalni stupanj harmonizacije nacionalnih prava država članica. One u pravilu nemaju neposredno djelovanje, tj. ne obvezuju pojedince, nego isključivo države članice koje su dužne uskladiti nacionalno pravo s rješenjima smjernice. Osim toga, većina smjernica iz oblasti prava zaštite potrošača pripada aktima tzv. minimalne harmonizacije, što znači da smjernica utvrđuje minimalne standarde zaštite ispod kojih država u svojim rješenjima ne može ići, ali je svaka država slobodna predvidjeti i rješenja koja u višem stupnju štite interese potrošača, naravno uvijek u skladu s obvezujućim ciljem pojedine smjernice. Konačno, smjernice obvezuju državu članicu samo svojim ciljem, tj. država je obvezna ostvariti ciljeve utvrđene smjernicom, a slobodna je u izboru načina i normativnih metoda pomoću kojih će osigurati ostvarenje tih ciljeva u svom pravu.

Stoga se u različitim zemljama Europske unije ciljevi potrošačkih smjernica ostvaruju različitim metodama, a vrlo često i kombinacijom dviju ili više metoda. U nekim pravnim sustavima doneseni su posebni zakoni o zaštiti potrošača, koji sjedinjuju većinu pravila iz ove oblasti, negdje se donose posebni parcijalni zakoni koji reguliraju pojedine aspekte položaja potrošača na tržištu, a vrlo često obveza implementacije europskih pravila o zaštiti potrošača zahtijeva, pored prihvaćanja naprijed navedenih metoda, i intervenciju u postojeće zakonske i podzakonske akte koji reguliraju materiju povezanu s problemima od interesa za potrošača.³⁰

država članica upravljena na zaštitu zdravlja, sigurnosti i gospodarskih interesa potrošača, te informiranje potrošača. O pravu zaštite potrošača u EZ-u i Europskoj uniji više vidi: BARETIĆ, M., *Zaštita potrošača u Europskoj zajednici*, Europsko privatno pravo (Gavella, Alinčić, Hrabar, Gliha, Josipović, Korać, Baretić, Nikolić) Zagreb, 2002.; str. 147. sq.; BARNARD, C., *EC "Social" Policy*, u: CRAIG, P. - DE BURCA, G., *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, str. 479. sq.; WEATHERILL, S., *Consumer Policy*, u: CRAIG, P. - DE BURCA, G., *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, str. 693. sq.

²⁹ Radi se o primjeni načela supsidijarnosti i proporcionalnosti, kao temeljnih načela prava Europske unije. To znači da zajednica reagira donošenjem svojih pravila samo kada postoji takav stupanj neusklađenosti između pravnih sustava zemalja članica koji ugrožava osiguranje zajedničkog europskog tržišta.

³⁰ To se posebno odnosi na propise koji reguliraju obveznopravne ugovore, prvenstveno

Republika Hrvatska je 2003. godine donijela Zakon o zaštiti potrošača,³¹ prihvaćajući tako rješenja velikog broja smjernica iz ove oblasti. No, dio obveza usklađivanja hrvatskog pravnog poretka s pravnim poretkom Europske unije u ovoj oblasti hrvatski je zakonodavac izvršio i donošenjem, odnosno izmjenama i drugih zakona ili podzakonskih akata. Tako je i jedan od razloga donošenja novog ZOO-a bila potreba da se njegove odredbe usklade s pravom Europske unije, a u oblasti potrošačkog prava to su prvenstveno odredbe Smjernice 1999/44, zatim odredbe Smjernice 85/374/EEC, od 25. srpnja 1985., o usklađivanju zakona, propisa i administrativnih pravila zemalja članica u vezi s odgovornošću za štetu od neispravnog proizvoda,³² te odredbe Smjernice Vijeća 90/314/EEZ, od 13. lipnja 1990., o turističkim paket aranžmanima.³³

Prilikom donošenja Zakona o zaštiti potrošača zauzet je stav da pravila ovih smjernica, iako po svojoj materiji pripadaju potrošačkom pravu, ne treba uvrštavati u tekst zakona, već to treba prepustiti novoj redakciji ZOO-a.³⁴ Što se tiče pravila Smjernice 1999/44, takvo je opredjeljenje hrvatskog zakonodavca zapravo njegov izbor između dva moguća puta koja otvaraju ne toliko sama rješenja, koliko ciljevi Smjernice, odnosno krajnje namjere i očekivanja europskog zakonodavca vezana za njezinu implementaciju u pravne poretke zemalja članica Europske unije. Naime, iako se radi o smjernici koja je po svom nazivu, po terminologiji kojom

ugovor o prodaji, ugovor o kreditu, i sl., zatim propise koji reguliraju različite usluge kao što su usluge osiguranja, bankarske usluge, usluge u turizmu, zatim na administrativne propise o sigurnosti i zdravstvenim standardima proizvoda i usluga, propise o elektroničkom poslovanju itd.

³¹ Narodne novine br. 1996/03.

³² *Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*, O J L 210 , 07/08/1985 P. 0029 – 0033; izmijenjena i dopunjena smjernicom *Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products* O J L 141 , 04/06/1999 P. 0020 – 0021.

³³ *Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours*, O J L 158 , 23/06/1990 P. 0059 – 0064.

³⁴ Što se tiče Smjernice o odgovornosti za štete od proizvoda s nedostatkom, ovakvo je opredjeljenje zakonodavca opravdano činjenicom da se radi o institutu koji, istina, jest prvenstveno usmjeren na zaštitu interesa potrošača, ali ima i mnogo šire značenje. Naime, ne radi se samo o odgovornosti za štete koje pretrpi osoba koja na tržištu nastupa kao potrošač (tj. kupac stvari s nedostatkom), već se kao oštećenici mogu pojaviti i sve treće osobe koje su došle u dodir s proizvodom s nedostatkom. Osim toga, u modernom pravu ovo je jedan od značajnih, moglo bi se reći danas već i općih instituta odštetnog prava, te stoga njegovo uređenje mora biti usklađeno ne samo s propisima koji reguliraju specifično područje zaštite potrošača, nego i s općim pravilima odštetnog prava svake zemlje. Konačno, ovaj je institut bio uređen i pravilima starog ZOO-a (čl. 179.), tako da hrvatska pravna tradicija na određeni način zahtijeva da se ovo pitanje uredi pravilima ZOO-a. Slični argumenti vrijede i za pravila kojima se uređuju odnosi putničke agencije, gosta i davatelja usluga u ugovorima o turističkim paket aranžmanima. I tu je riječ o institutu koji je tradicionalno u hrvatskom pravu reguliran pravilima ZOO-a.

se služi i po pravilima koja sadrži tipična “potrošačka smjernica”, njeno je potencijalno značenje mnogo šire od njenog pravno-tehnički strogo shvaćenog obvezujućeg područja djelovanja. Strogo gledano, svojim obvezujućim učincima ona se ograničava samo na zaštitu potrošača prilikom kupovine potrošačke robe s nedostatkom, odnosno države članice bile su obvezne do 1. siječnja 2002. godine u svoje pravne sustave inkorporirati njena pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke, ali isključivo za potrošačke ugovore.

No, kako se često ističe u pravnoj teoriji, Smjernica 1999/44 predstavlja jedan od najznačajnijih koraka na putu modernizacije i unifikacije ugovornog prava uopće, a posebno prava kupoprodaje u Europi.³⁵ To stoga što nudi suvremen i vrlo kvalitetan, iako ne do kraja razrađen, model pravila o odgovornosti za nedostatke stvari, koji se ne mora nužno ograničavati na potrošačke ugovore već se može prihvatiti kao rješenje na kojemu se zasnivaju opća pravila o odgovornosti za sve ugovore.³⁶ Pravila, ciljevi i smisao ove smjernice apostrofiraju se često kao temeljni kamen u izgradnji budućeg zajedničkog europskog ugovornog prava, te se ističe da je Smjernicom 1999/44 europsko zakonodavstvo po prvi put zahvatilo u samu srž obveznog, odnosno ugovornog prava, u jedan od klasičnih civilnopravnih instituta tradicionalno uređenih građanskim kodifikacijama.³⁷ To posebno i stoga što se pravila o odgovornosti prodavatelja za nedostatke prodane stvari, ne samo u hrvatskom nego i u većini ostalih europskih pravnih sustava, analogno primjenjuju i na ostale naplatne ugovore, iz čega proizlazi da značaj unifikacije kojoj teži ova smjernica daleko nadmašuje njenu formalno pravnu obvezujuću snagu. Slično značenje za formiranje budućeg europskog *ius commune* u oblasti obveznog (ugovornog) prava ima jedino Smjernica Vijeća EZ 93/13, od 5. travnja 1993. o nepravničnim klauzulama u potrošačkim ugovorima,³⁸ pa se ističe da ova dva akta čine jezgru ne samo unificiranog potrošačkog ugovornog prava, nego i temelj budućeg zajedničkog europskog ugovornog prava.³⁹

³⁵ Više vidi: BIANCA, A. – GRUNDMANN, S., EU Sales Directive – Commentary, *European Review of Private Law*, 2001/2-3. (u daljnjem tekstu: BIANCA – GRUNDMANN); STAUDENMEYER, P., The Directive on the Sales of Consumer Goods nad Associated Guarantees – A Milestone in the European Consumer and Private Law, *European Review of Private Law*, 2000/8, str. 369.-375.

³⁶ Da su takve bile krajnje namjere ili barem očekivanja redaktora smjernice govori posredno i pravna osnova koju za nalaženje smjernice nalaze u čl. 95. Amsterdamskog ugovora. Čl. 95. utvrđuje mjere koje poduzimaju tijela zajednice na uspostavljanju i osiguravanju zajedničkog tržišta. (Vidi: 1. rečenica preambule Smjernice 1999/44: *Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 95 thereof*).

³⁷ Tako vidi: SCHWARTZE, J., Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2002, str. 545.

³⁸ *Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts* (OJ L 095, 21/04/1993 p. 0029 - 0034).

³⁹ Tako: BIANCA – GRUNDMANN, str. 24. sq.

3. Integralna promjena ili parcijalno rješenje

Iz svega navedenog proizlazi da je Smjernica 1999/44 nacionalnim pravima otvorila dvije različite mogućnosti. Jedan je put uvrstiti njena pravila u korpus pravila kojima se reguliraju prava potrošača, tj. ograničiti njeno djelovanje samo na potrošačke ugovore i time ispuniti obvezu harmonizacije nacionalnog prava sa standardima potrošačkog prava koje zahtijeva pravo EZ-a.⁴⁰ Druga je mogućnost prihvatiti tzv. integralno rješenje, tj. pravila smjernice upotrijebiti kao temelj za uređenje općeg instituta odgovornosti za materijalne nedostatke stvari kod svake kupoprodaje, a time u pravilu i kod svih naplatnih ugovora. Naravno, to se odnosi samo na ona pravila smjernice koja su općeg karaktera, tj. koja nisu upravljena isključivo na zaštitu potrošačkih interesa i mogu se prihvatiti kao pravila za sve ugovore. Tako je postupio primjerice njemački zakonodavac, kojemu je upravo obveza implementacije odredaba Smjernice 1999/44 bila jedan od najznačajnijih razloga za veliku reformu BGB-a, odnosno obveznog prava, iz 2002. godine.⁴¹

Hrvatski je zakonodavac postupio slično, ali nikako ne isto. Nesumnjivo je da su rješenja Smjernice 1999/44 bila osnova za novo uređenje ovog instituta u hrvatskom pravu na općem nivou, tj. izvršila su presudan utjecaj na promjene pravila vezanih za ovaj oblik ugovorne odgovornosti koji se primjenjuje ne samo na potrošačke, nego i na sve ostale dvostranoobvezne naplatne ugovore. Takvo je bilo temeljno opredjeljenje zakonodavca koji je smatrao da bi odvojeno uređenje pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke s jedne strane u potrošačkim ugovorima (Zakonom o zaštiti potrošača), a s druge strane u svim ostalim, dakle klasičnim građanskopravnim i trgovačkim ugovorima (odredbama ZOO-a), dovelo do nepotrebne fragmentacije građanskopravnog uređenja u širem smislu riječi, odnosno da institut treba regulirati jedinstvenim temeljnim pravilima, a u

⁴⁰ Takvo je rješenje prihvaćeno primjerice u Republici Sloveniji. Odredbama Zakona o varstvu potrošnikov (Uradni list Republike Slovenije, št. 20/98; 25/98; 23/99; 110/2002; 14/2003; 51/2004), (čl. 37.-40.) u slovenski su pravni poredak unesena pravila Smernice 1999/44 koja se primjenjuju samo na potrošačke ugovore, dok su pravila Obligacijskog zakonika (Uradni list Republike Slovenije, št. 83/2001, 32/2004) o odgovornosti za materijalne nedostatke kod kupoprodaje ostala gotovo neizmijenjena u odnosu na nekadašnji Zakon o obveznim odnosima.

Sličan pristup postoji i u pravu Velike Britanije koja je rješenja Smjernice 1999/44 (između ostalog) implementirala u nacionalno pravo u posebnim pravilima koja reguliraju prodaju i isporuku robe potrošačima: *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002* (SI 2002/3045), dok su odredbe *The Sale of Goods Act 1979* ostale neizmijenjene. No, u pravnoj se teoriji ističe da iako odredbe *The Sale of Goods Act 1979* u visokom stupnju udovoljava kriterijima koje postavljaju pravila smjernice, treba strogo razlikovati režim za potrošačke i trgovačke ugovore. Više vidi: ERVINE, W. C. H., *Satisfactory Quality: What Does It Mean?*, *The Journal of Business Law*, November 2004, str. 684.-703.

⁴¹ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26. 11. 2001 (BGBl. I S 3138), na snazi od 1. siječnja. 2002. godine.

onim elementima instituta u kojima je potrebno posebno zaštititi interese potrošača, predvidjeti određene iznimke od zajedničkih pravila.⁴²

Takav je pristup dijelom posljedica i činjenice da se hrvatski zakonodavac povodio za rješenjima ovog pitanja u srodnim kontinentalnoeuropskim sustavima, posebno u njemačkom i austrijskom pravu,⁴³ koja su prihvatila tzv. integralni pristup problemu. No, između načina na koji je, primjerice, BGB uredio ovu odgovornost i rješenja novog ZOO-a postoje ipak velike razlike. U BGB-u je izvršena temeljita modernizacija instituta, tj. odgovornost je za sve ugovore (i potrošačke i klasične građanskopravne) kao opći institut postavljena na pravilima Smjernice 1999/44⁴⁴ (čl. 434.-455. BGB-a), s tim da zakon za potrošačke ugovore predviđa neka odvojena pravila u posebnoj glavi (čl. 474.-476. BGB-a). Hrvatski zakonodavac pak samo neke odredbe Smjernice 1999/44 preuzima na način da vrijede za sve ugovore, dakle na nivou općeg instituta, ali u ostalim segmentima ostavlja postojeća rješenja i unosi novine samo vezano za potrošačke ugovore, kako bi udovoljio obvezi usklađivanja tog dijela pravnog poretka s europskim pravom.

No, s druge strane treba naglasiti da hrvatski zakonodavac nije imao tako težak posao u prilagodbi rješenja ZOO-a rješenjima Smjernice 1999/44 kakav je stajao pred ovim zakonodavstvima koja su mu poslužila kao uzor, te da uvedene promjene vjerojatno neće izazvati tako velike potrebe u poslovnoj i sudskoj praksi. To stoga što je bilo moguće prihvatiti pravila Smjernice 1999/44, a da se temeljna struktura instituta ne izmijeni, budući da i rješenja starog ZOO-a i rješenja smjernice u osnovi polaze od istih ili sličnih uzora.

Stari ZOO ovu materiju regulira očito pod utjecajem tri izvora. S jedne strane to su pravila Općih uzanci za promet robom⁴⁵ koje su, uz pravna pravila bivših građanskih zakona, ovu materiju regulirale do stupanja na snagu starog ZOO-a. Vidljiv je i utjecaj pravila Haške konvencije o međunarodnoj prodaji robe iz 1964. godine (ULIS).⁴⁶ No, rješenja starog ZOO-a su u mnogome jednostavnija od pravila Haške konvencije, što upućuje na to da su redaktori starog ZOO-a očigledno bili i pod utjecajem,

⁴² Tako pristup novog ZOO-a ovom problemu objašnjavaju njegovi predlagatelji. Vidi: Prijedlog Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, prosinac, 2004. godine. (odjeljak: Odgovornost za materijalne nedostatke stvari) Dostupno na stranici: <http://www.pravosudje.hr/>.

⁴³ Vidi: ibidem, (odjeljak: Usklađivanje s pravom Europske unije).

⁴⁴ Štoviše, uvođenje pravila Smjernice 1999/44 dovelo je do značajne modernizacije nekih općih instituta obveznog prava, posebno vezano za koncept povrede ugovorne obveze i pravnih sredstava koja vjerovniku stoje na raspolaganju u slučaju povrede obveze. Smatra se čak da ovako izmijenjen pojam povrede obveze prelazi okvire ugovornog prava i da se odnosi na čitavo obvezno pravo. Tako vidi: SCHÜLTE-NÖLKE, H., *The New German Law of Obligations: an Introduction*, German Law Archive, dostupno na stranici: <http://www.iuscomp.org/gla/>; str. 1. sq., (u daljnjem tekstu: SCHÜLTE-NÖLKE). Više vidi: supra.

⁴⁵ Službeni list FNRJ br. 16/54.

⁴⁶ *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*, Hague, 1964. (ULIS).

u vrijeme donošenja zakona još uvijek samo Nacrta, Konvencije UN-a o međunarodnoj prodaji robe (u daljnjem tekstu: Bečka konvencija).⁴⁷

Iako je rad na pravilima Bečke konvencije zapravo predstavljao nastavak unifikacijskih napora čiji je rezultat Haška konvencija i iako je ona služila kao polazište u svim pitanjima kojima se ovaj tekst bavi, odredbe Bečke konvencije u materiji odgovornosti prodavatelja za nedostatke stvari mnogo su jednostavnije u usporedbi s odredbama Haške, i to najviše stoga što je značajno iznijenjen i pojednostavljen opći pojam povrede ugovorne obveze. Bečku konvenciju ratificirao je iznimno veliki broj zemalja,⁴⁸ a njene su odredbe široko prihvaćene u poslovnoj praksi u čitavom svijetu i gotovo se nepodijeljeno smatra da predstavlja do sada najuspješnije unifikacijsko djelo na području ugovornog prava.⁴⁹ Stoga i ne začuđuje da su njena rješenja utjecala na reformu ugovornog prava u nekoliko zemalja, a nesumnjiv je i utjecaj ove konvencije na redaktore Načela europskog ugovornog prava.⁵⁰

S druge strane, i Smjernica 1999/44 po svojoj strukturi, ciljevima i temeljnim pojmovima očito prihvaća rješenja Bečke konvencije, što je i razumljivo s obzirom na značenje ovog teksta u pravu zemalja članica Europske unije. Stoga se smatralo da će prihvaćanje njenih pravila olakšati harmonizaciju prava u ovoj oblasti, a ujedno je europski zakonodavac želio državama članicama pokazati u kojem pravcu bi se trebala kretati unifikacija općeg ugovornog prava.⁵¹ Prema tome, i smjernica i stari ZOO polaze u osnovi od istog uzora i zbog toga reforma ovog instituta koju je izvršio novi ZOO nije korjenita promjena, već određeno nadograđivanje već postojećih pravila.

No, pri tome nisu iskorištene neke mogućnosti koje je otvorila Smjernica 1999/44, a koje je, primjerice, njemački zakonodavac u potpunosti iskoristio, ne samo za reformu ovog instituta nego za širu reformu ugovornog, pa čak u nekim elementima i općih instituta obveznog prava. To se posebno odnosi na redefiniranje općeg pojma povrede ugovorne obveze, a u skladu s pravilima

⁴⁷ *The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1980. (CISG). Nacrt ove Konvencije ratificiran je na desetoj Konferenciji UNCITRAL-a u Beču, u svibnju i lipnju 1977. godine, a stručnoj i znanstvenoj javnosti prezentiran je još 1976. godine kada je UNCITRAL-ova Radna grupa završila izradu prvog teksta Nacrta Konvencije.

⁴⁸ Među članicama Europske unije nisu je ratificirale jedino Velika Britanija i Portugal.

⁴⁹ Više o Bečkoj Konvenciji vidi: SCHLECHTRIEM, P., *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1981.; SCHLECHTRIEM, P., *From the Hague to Vienna - Progress in Unification of the Law of International Sales Contracts*, in: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, 125-135 (Horn & Schmitthoff) (eds.), Antwerpen, Boston, London, Frankfurt, Kluwer, 1982.; HONNOLD, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. Antwerpen, Boston, London, Frankfurt: Kluwer, 1982.

⁵⁰ *The Principles of European Contract Law (PECL)*, tzv. Landova načela.

⁵¹ Naravno, djelovanje pravila Smjernice 1999/44 u nekim je aspektima šire od djelovanja pravila Konvencije jer je ona namijenjena samo ugovorima s međunarodnim elementom, dok se pravila smjernice odnose na sve potrošačke ugovore. Osim toga, većina pravila Smjernice kogentne su prirode, dok primjena pravila Bečke konvencije ovisi o volji (ugovoru) stranaka.

Bečke konvencije. Naime, kako polazi od pravila Bečke konvencije, Smjernica 1999/44 temelji se na načelu *conformity with the contract*,⁵² a koje proizlazi iz jedinstvenog koncepta povrede ugovora (*breach of contract*).⁵³ Za razliku od pravila Haške konvencije, koja razlikuje više vrsta povrede ugovora (neispunjenje, zakašnjenje s ispunjenjem, te ostali oblici neurednog ispunjenja uključujući i ispunjenje s nedostacima), time što za svaku od njih predviđa posebne sankcije, Bečka konvencija uvodi jedinstveni pojam povrede ugovora i pruža drugoj strani, uz neznatna odstupanja, jedinstvenu lepezu sankcija. U ovom jedinstvenom konceptu povrede ugovora razlikuju se samo povrede obveze od strane prodavatelja (čl. 45.-52.) i povrede od strane kupca (čl. 61.-65.).⁵⁴

Njemački je zakonodavac modernizirajući BGB, i to upravo uvođenjem odredaba Smjernice 1999/44, napustio tradicionalno stanovište prema kojemu vrsta pravnog sredstva, tj. sankcije koje stoje na raspolaganju vjerovniku (kupcu) ovise o tome o kojem se tipu povrede ugovora radi (nemogućnost koju je skrivio dužnik; zakašnjenje; pozitivna povreda ugovora; ispunjenje s materijalnim ili pravnim nedostacima).⁵⁵ Jedan je od najznačajnijih problema koje je stari sustav donosio bio kako razlikovati pojedine tipove povrede ugovora, posebno neispunjenje i ispunjenje s nedostacima, a vrsta sankcije, zastarni rokovi i ostali uvjeti pod kojima vjerovnik ostvaruje svoja prava, zavisili su od toga. Situacija je za vjerovnika bila povoljnija ako se radilo o neispunjenju nego o ispunjenju s nedostatkom,⁵⁶ pa se u praksi veoma često postavljao problem kako pravno definirati pojam tzv. *aliuda*, odnosno kada se smatra da je dužnik umjesto dugovanog predao drugu stvar (pa se radi o povredi obveze neispunjenjem), a ne dugovanu stvar s nedostacima.⁵⁷

Napuštanjem starog sustava ove su rasprave postale irelevantne ili barem mnogo manje značajne, jer je usvojen veoma širok koncept tzv. "povrede dužne obveze" koji obuhvaća i neispunjenje i ispunjenje s nedostacima, odnosno svaku drugu povredu obveze.⁵⁸ Ostvarenje pojedinog prava vjerovnika zbog dužnikove povrede ugovora (zahtjev za ispunjenje, raskid ugovora, sniženje cijene, naknada štete) više ne ovisi o vrsti povrede nego

⁵² Čl. 35. Bečke konvencije.

⁵³ Čl. 25. Bečke konvencije.

⁵⁴ Više o ovim pravilima Bečke konvencije vidi: SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Published by Manz, Vienna, 1986., str. 58. sq. (u daljnjem tekstu: SCHLECHTRIEM, 1986.).

⁵⁵ *Ummöglichkeit; Verzug; positive Vertragsverletzung; Gewährleistung.*

⁵⁶ Prvenstveno zbog toga što su rokovi za ostvarenje prava kod ispunjenja s nedostatkom mnogo kraći, a i zbog toga što je neispunjenje davalo širu mogućnost ostvarenja prava na naknadu štete.

⁵⁷ Problem *aliuda* riješen je istina i izričitim odredbom zakona koji u čl. 434. st. 3. propisuje da se predaja druge stvari smatra ispunjenjem s nedostatkom: *Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.*

⁵⁸ Da ispunjenje s nedostatkom predstavlja "povredu ugovorne obveze" direktno proizlazi iz odredbe čl. 433. st. 1. 2. reč. BGB-a.: *Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach und Rechtsmängeln zu verschaffen.*

o zakonom predviđenim pretpostavkama koje moraju biti ispunjene ako se određeno pravo zahtijeva.⁵⁹ Tako je sustav postao mnogo jednostavniji, efikasniji, a rezultat je mnogo jači pritisak na dužnika da ispuni svoju obvezu u svemu kako je ugovoreno ili zakonom predviđeno.⁶⁰

Za razliku od takvog pristupa, donošenjem novog ZOO-a u hrvatskom obveznom pravu nije iskorištena prilika da se odustane od rješenja starog ZOO-a koja se baziraju na klasičnoj kontinentalnoeuropskoj podjeli (prihvaćenoj i u Haškoj konvenciji) između više vrsta povrede ugovorne obveze. Naime, iako čl. 342. st. 1. ZOO-a određuje da je *dužnik dužan ispuniti obvezu savjesno u svemu kako ona glasi*, iz čega bi se moglo zaključiti da postoji jedinstveni pojam povrede ugovorne obveze, zadržano je razlikovanje u sankcijama koje za sobom povlače pojedini oblici povrede ugovora. Prihvaćene su i u hrvatski pravni sustav inkorporirane određene odredbe Smjernice 1999/44, ali nije prihvaćena ova temeljna, konceptualna karakteristika Smjernice, kao akta koji se zasniva na slovu i duhu pravila Bečke konvencije. ZOO i dalje razlikuje po pravnim učincima (sankcijama) povredu ugovora neispunjenjem, zakašnjenjem, skrivljenom nemogućnošću ispunjenja i ispunjenjem s nedostatkom. Jedna od posljedica takvog stava je da u našem pravu i dalje ostaje aktualna rasprava o tome što je predaja *aliuda*, a što ispunjenje s nedostatkom, jer se u prvom slučaju primjenjuju pravila o neispunjenju ugovorne obveze, a u drugom pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari.⁶¹ No, mnogo je značajnija činjenica što je propuštena prilika da se hrvatsko obvezno pravo i u ovom segmentu modernizira i uskladi sa suvremenim tendencijama razvoja europskog *ius civile*.

⁵⁹ Više o ovim promjenama njemačkog obveznog prava koje se apsotrofiraju kao najznačajniji dio projekta modernizacije BGB-a, vidi: SCHÜLTE-NÖLKE, str. 7. sq.; SCHLECHTRIEM, P., *The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe*, German Law Archive, (2002) Oxford U Comparative L Forum 2 at ouclf.iuscomp.org (u daljnjem tekstu: SCHLECHTRIEM, 2002.), dostupno na stranici: <http://www.iuscomp.org/gla/>

⁶⁰ Naravno, to je rezultat ne samo usvajanja novog generalnog koncepta povrede ugovora, nego i izmjene mnogih posebnih pravila vezanih uz pretpostavke za ostvarenje pojedinog prava vjerovnika. Primjerice, značajno su produženi rokovi za ostvarenje prava u slučaju ispunjenja s nedostatkom; zatim, nakon proteka naknadnog roka za ispunjenje ugovor se raskida *ex lege*, dok je ranije bila potrebna još jedna izjava vjerovnika i opasnost da dužnik neće ispuniti obvezu, i sl.

⁶¹ Koliko to pitanje može biti složeno i izazivati probleme u praksi, pokazuje i neslaganje između sudske prakse i pravne teorije u jednom od spornih slučajeva. Naime, u teoriji se kritizira stav sudske prakse po kojemu je predaja sadnica voćaka druge vrste od one koja je ugovorena ispunjenje s nedostatkom (odluka Privrednog suda Hrvatske Pž 2250/91., od 8. rujna 1992. godine), i ističe se da se ne radi o materijalnom nedostatku nego o predaji *aliuda*, dakle o neispunjenju. Vidi: GORENC, 2005., str. 624. sq. i 628.

4. Promjene u definiranju pojma materijalnog nedostatka

4.1. O načinu definiranja materijalnog nedostatka

Konceptualna razlika između Smjernice 1999/44 (Rimske konvencije) i ZOO-a u definiranju pojma povrede ugovora najjasnije je vidljiva u odredbama kojima se definira pojam materijalnog nedostatka. Temeljna je pretpostavka odgovornosti za materijalne nedostatke postojanje nedostatka na stvari u trenutku prijelaza rizika s prodavatelja na kupca, što znači da je jedno od najvažnijih pitanja ove odgovornosti definiranje pojma nedostatka. U ovom segmentu ZOO unosi određene izmjene u odnosu na dosadašnje rješenje, ali zadržavajući u osnovi isti način definiranja nedostatka kakav je postojao prema starom ZOO-u.⁶² Naime, ZOO zadržava pozitivan način definiranja pojma materijalnog nedostatka, odnosno nabraja situacije u kojima se smatra da stvar ima nedostatak koji opravdava primjenu pravila o odgovornosti,⁶³ dok Smjernica 1999/44, po uzoru na Rimsku konvenciju, prihvaća negativnu definiciju nedostatka. To je posljedica već spomenute koncepcije "*conformity with the contract*", odnosno jedinstvenog pojma povrede ugovora, na kojima počivaju odredbe smjernice.

Stoga, definirajući materijalni nedostatak, čl. 2. st. 1. Smjernice 1999/44 kao temeljno pravilo postavlja odredbu da je "*prodavatelj dužan predati potrošaču stvar koja je u skladu s ugovorom o prodaji*",⁶⁴ što znači da je svako odstupanje od ugovorenog kvaliteta i svojstava stvari materijalni nedostatak za koji se odgovara.⁶⁵ Drugim riječima, ugovorena svojstva i kvaliteta stvari odlučujući su faktor u utvrđivanju (ne)postojanja nedostatka, a ne objektivna procjena kvalitete, odnosno svojstava stvari.⁶⁶ Dakle, nedostatak je definiran negativno, kao svako odstupanje od ugovora (tzv. "*non-conformity*"). Značaj načela "*conformity with the contract*" naglašava se i u recitalu 7. Preambule Smjernice 1999/44,⁶⁷ odnosno apostrofira ga se

⁶² Čl. 479. starog ZOO-a.

⁶³ Pozitivan način definiranja materijalnog nedostatka postoji isto tako u Općim uzancama za promet robom i u Haškoj konvenciji (čl. 33.).

⁶⁴ Article 2: *Conformity with the contract: 1. The seller must deliver goods to the consumer which are in conformity with the contract of sale.*

⁶⁵ Isto Rimski konvencija: Article 35. (1) *The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.*

⁶⁶ Upravo je zbog toga predaja druge stvari umjesto ugovorene materijalni nedostatak, a ne neispunjenje obveze, i to bez obzira u kojoj mjeri je ta druga stvar različita od ugovorene, jer odstupa od opisa stvari u ugovoru.

⁶⁷ Preambula, recital 7.: *Whereas the goods must, above all, conform with the contractual specifications; whereas the principle of conformity with the contract may be considered as common to the different national legal traditions; whereas in certain national legal traditions it may not be possible to rely solely on this principle to ensure a minimum level of protection for the consumer; whereas under such legal traditions, in particular, additional national provisions may be useful to ensure that the consumer is protected in cases where the parties have agreed no*

kao načelo koje je zajedničko različitim pravnim sustavima zemalja članica Zajednice.

No, kako se u praksi dešava da stranke propuste ugovorom dovoljno detaljno definirati svojstva stvari, odredbe čl. 2. st. 2. Smjernice određuju kada će se (u nedostatku posebno ugovorenih svojstva) smatrati da je stvar u skladu s ugovorom.⁶⁸ Radi se o oborivoj predmnevi sukladnosti stvari s ugovorom koja je uvedena da bi se olakšala primjena načela “*conformity with the contract*”, i to na način da se navode najčešće situacije u kojima stvar ima nedostatak, tako da se u odsutnosti posebnih ugovornih odredbi može utvrditi je li ovo načelo povrijeđeno ili ne.⁶⁹ Sve okolnosti koje su navedene u presumpciji sukladnosti uzimaju se kumulativno, dakle stvar ima nedostatak ako nedostaje bilo koja od njih. No, Preambula izričito dopušta iznimku od tog pravila ako okolnosti slučaja ukazuju da je neka od navedenih okolnosti očito neprikladna u toj konkretnoj situaciji. Ali, i u takvom se slučaju ostale okolnosti presumpcije primjenjuju kumulativno.⁷⁰

Suprotno tome, čl. 401. ZOO-a, koji definira pojam materijalnog nedostatka, ne polazi od općeg pravila da je prodavatelj dužan predati stvar koja je u skladu s ugovorom, već nedostatak za koji se odgovara definira pozitivno, tj. zatvorenom listom u kojoj nabraja što se sve smatra materijalnim nedostatkom. Dakle, metoda regulacije suprotna je onoj

specific contractual terms or where the parties have concluded contractual terms or agreements which directly or indirectly waive or restrict the rights of the consumer and which, to the extent that these rights result from this Directive, are not binding on the consumer;

⁶⁸ Istu metodu koristi i Rimski konvencija (čl. 35. st. 2.), a njemački BGB kombinira negativnu (čl. 434. st. 1) i pozitivnu (čl. 434. st. 2. i 3.) definiciju materijalnog nedostatka. O rješenju njemačkog prava više vidi: PALANDT, *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Verlag C. H. Beck, München, 2002. (u daljnjem tekstu: PALANDT), str. 241. sq.

⁶⁹ Čl. 2. st. 2. *Consumer goods are presumed to be in conformity with the contract if they:*
(a) *comply with the description given by the seller and possess the qualities of the goods which the seller has held out to the consumer as a sample or model;*
(b) *are fit for any particular purpose for which the consumer requires them and which he made known to the seller at the time of conclusion of the contract and which the seller has accepted;*
(c) *are fit for the purposes for which goods of the same type are normally used;*
(d) *show the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect, given the nature of the goods and taking into account any public statements on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling.*

⁷⁰ (8) *Whereas, in order to facilitate the application of the principle of conformity with the contract, it is useful to introduce a rebuttable presumption of conformity with the contract covering the most common situations; whereas that presumption does not restrict the principle of freedom of contract; whereas, furthermore, in the absence of specific contractual terms, as well as where the minimum protection clause is applied, the elements mentioned in this presumption may be used to determine the lack of conformity of the goods with the contract; whereas the quality and performance which consumers can reasonably expect will depend inter alia on whether the goods are new or second-hand; whereas the elements mentioned in the presumption are cumulative; whereas, if the circumstances of the case render any particular element manifestly inappropriate, the remaining elements of the presumption nevertheless still apply;*

koju usvaja Smjernica 1999/44 (Rimska konvencija), nedostatak nije na načelnoj razini definiran kao povreda načela sukladnosti stvari s ugovorom, niti je ta sukladnost u nedostatku posebnih ugovornih odredbi definirana kumulativnom listom predmnijevanih svojstava koje mora imati stvar da bi bila ispravna, nego se nedostaci definiraju listom nedostataka, dakle pozitivno i alternativno. Istina, nepostojanje svojstava i odlika stvari koje su izrijekom ili prešutno ugovorene smatra se nedostatkom, ali radi se samo o jednom od nabrojanih slučajeva nedostataka, a ne o načelu koje definira pojam nedostatka.

Prema tome, kako je sukladnost predane stvari s ugovorenim svojstvima jedan od slučajeva materijalnih nedostataka i po ZOO-u, u praksi ovo rješenje može funkcionirati jednako uspješno kao i rješenje smjernice, no radi se o konceptijskoj razlici. Pravno teorijski čvršće je utemeljeno rješenje koje pri definiranju pojma nedostatka polazi od načela sukladnosti stvari s ugovorom, dakle prvenstvo daje slobodi stranaka da odrede svojstva stvari, a tek ako nema posebnih odredbi, određena odstupanja smatraju se nedostatkom. To posebno i stoga što stranke mogu ugovorom isključiti da se neka od zakonom navedenih situacija smatra nedostatkom u njihovom odnosu. Donošenje novog ZOO-a bila je prilika da se i u ovom segmentu institut usavrši.

4.2. Novi slučajevi materijalnih nedostataka prema čl. 401. ZOO-a

Umjesto da prihvati novi način definiranja materijalnog nedostatka koji polazi od načela sukladnosti stvari s ugovorom, zakonodavac se ograničio na to da u starom zakonu postojećoj listi situacija u kojima se smatra da stvar ima materijalni nedostatak (čl. 479. starog ZOO-a),⁷¹ doda nova pravila preuzeta iz Smjernice 1999/44. Postojeća lista nedostataka iz starog ZOO-a podudara se uglavnom i s odredbama čl. 2. st. 2. t. a), b) i c) Smjernice 1999/44 (naravno, uz spomenutu razliku između negativnog i pozitivnog definiranja nedostatka). Ali, treba napomenuti da ipak postoji jedna razlika između ZOO-a i Smjernice, i to u definiranju situacije kada stvar nema potrebna svojstva za posebnu uporabu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavatelju ili mu je morala biti poznata. Da bi se radilo o nedostatku čl. 2. st. 2. t. b) Smjernice 1999/44, zahtijeva da je kupac priopćio prodavatelju za koju namjenu nabavlja stvar, te da je prodavatelj to

⁷¹ Prema čl. 479. strog ZOO-a to su: 1) ako stvar nema potrebna svojstva za svoju redovitu uporabu ili za promet,

2) ako stvar nema potrebna svojstva za posebnu uporabu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavatelju ili mu je morala biti poznata,

3) ako stvar nema svojstva i odlike koje su izrijekom ili prešutno ugovorene, odnosno propisane,

4) kad je prodavatelj predao stvar koja nije jednaka uzorku ili modelu, osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obavijesti.

prihvatilo. Prema ZOO-u dovoljno je da je prodavatelj za tu posebnu namjenu znao ili morao znati. Dakle, po pravilima Smjernice kupac (potrošač) je slabije zaštićen nego po pravilima ZOO-a.

No, kako Smjernica sadrži i neka pravila koje hrvatsko pravo do sada nije poznavalo, lista je dopunjena novim oblicima materijalnih nedostataka. Važno je naglasiti da se proširenje postojećeg pojma materijalnog nedostatka primjenjuje na sve ugovore, a ne samo na potrošačke, iako su baš ove odredbe koje je ZOO preuzeo po svom sadržaju i smislu prvenstveno namijenjene zaštitu potrošača.⁷² No, takvo rješenje u svakom slučaju treba pozdraviti jer pruža bolju zaštitu svim kupcima, bez obzira na vrstu ugovora.

I. Nepostojanje uobičajenih svojstava i odgovornost za javne izjave

U prvom redu riječ je o odredbi po kojoj materijalni nedostatak postoji *ako stvar nema svojstva koja inače postoje kod drugih stvari iste vrste i koja je kupac mogao opravdano očekivati prema naravi stvari, posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavatelja, proizvođača i njihovih predstavnika o svojstvima stvari (reklame, označavanje stvari i dr.)*. Nedostatak je ovim pravilom definiran uporabom dva kriterija. Jedan je postojanje "svojstava koje inače imaju druge stvari iste vrste",⁷³ i objektivno je procjenjiv, tako da ne bi trebao izazivati veće probleme u praksi. Drugi kriterij je "opravdano očekivanje" kupca glede takvih uobičajenih svojstava, a "prema naravi stvari".

Kako se ističe u pravnoj teoriji, drugi bi kriterij mogao uzrokovati teškoće u primjeni jer uvodi subjektivni element očekivanja kupca.⁷⁴ No, sudska će praksa morati formirati stavove o tome što se smatra opravdanim očekivanjem koristeći objektivne faktore na koje upućuje ZOO. To je s jedne strane priroda stvari (rod kojemu stvar pripada, njena uobičajena namjena i svojstva, trajnost, uobičajeni rizici vezani uz određenu vrstu stvari i sl.), a s druge javne izjave prodavatelja, proizvođača i njihovih predstavnika o svojstvima stvari. Uvođenjem ovog drugog kriterija po prvi je put u institut odgovornosti za materijalne nedostatke stvari uvedena zaštita kupca od nepoštenog i zavaravajućeg reklamiranja i označavanja stvari.⁷⁵ Dakle, stvar ima nedostatak ako ne odgovara javnim izjavama prodavatelja, proizvođača i njihovih predstavnika, a pod uvjetom da su te izjave utjecale na formiranje "opravdanog očekivanja" kupca glede svojstava stvari.

Iako to ZOO izričito ne propisuje, u praksi bi ovu odredbu trebalo tako razumjeti da je "opravdano očekivanje" kupca stvoreno pod utjecajem na-

⁷² Napominjemo da je jednako postupio i njemački zakonodavac u čl. 434. BGB-a.

⁷³ Prema smjernici: "svojstva koja su normalna (uobičajena) za stvari iste vrste."

⁷⁴ Vidi: GORENC, 2005., str. 629.

⁷⁵ Naravno, opća pravila o zaštiti potrošača od nepoštenog i zavaravajućeg reklamiranja postavljena su odredbama Zakona o zaštiti potrošača (čl. 89.-95.), no ovdje je riječ o posebnom aspektu zaštite, ali koji s druge strane ima mnogo šire djelovanje jer se ne odnosi samo na potrošače.

vedenih izjava samo pod uvjetom da se prema okolnostima slučaja kupac *razumno* mogao osloniti na takve izjave prilikom odlučivanja o kupnji stvari. Time bi se izbjeglo da se uzimaju u obzir posebno reklamne izjave koje su očito pretjerane i razuman ih kupac ne može ozbiljno shvatiti.⁷⁶ Što se tiče označavanja stvari, tu treba primijeniti strože kriterije budući da se u pravilu radi o navođenju objektivnih svojstava stvari, tako da se razuman kupac na ove podatke može osloniti.⁷⁷ No, i u jednom i u drugom slučaju, prilikom ocjene razumnog očekivanja kupca trebalo bi uzimati u obzir radi li se o kupcu koji nastupa kao trgovac ili o kupcu – neprofesionalcu, posebno kupcu – potrošaču.

Uvođenjem ovog kriterija kupac je mnogo bolje zaštićen no prema starom ZOO-u jer je uvedena odgovornost za izjave, i to ne samo vlastite izjave prodavatelja (i njegovih predstavnika za koje odgovara kao da ih je sam dao), nego i za izjave proizvođača i njegovih predstavnika, dakle osoba na čije ponašanje prodavatelj ne može utjecati. No, upravo zbog toga što prodavatelj odgovara za izjave drugih, predviđena je mogućnost oslobađanja od odgovornosti za izjave proizvođača i njegovih predstavnika. Čl. 401. st. 2. određuje da se prodavatelj može osloboditi odgovornosti za nesukladnost stvari javnim izjavama (oznakama stvari, reklamama i sl.) prodavatelja i njegovih predstavnika, iako je kupac na temelju tih izjava očekivao postojanje određenih svojstava stvari u sljedećim situacijama: a) ako je prodavatelj bio savjestan, tj. ako nije znao ili morao znati za te izjave; b) ako su izjave proizvođača ili njegovih predstavnika bile opovrgnute do trenutka sklapanja ugovora; c) ako te izjave nisu utjecale na odluku kupca da kupi stvar.

Ovo se rješenje temelji na odredbi čl. 2. st. 4. Smjernice 1999/44,⁷⁸ no nažalost, od njega odstupa u mnogim elementima. U prvom redu, prema Smjernici, u dvije od navedenih situacija (tj. kada je izjava opovrgnuta do trenutka zaključenja ugovora i kada izjave nisu utjecale na odluku kupca da zaključi ugovor) prodavatelj se oslobađa odgovornosti ne samo za izjave prodavatelja i njegovih predstavnika nego i za svoje izjave i izjave svojih predstavnika.⁷⁹ Takvo rješenje, iako predstavlja niži stupanj zaštite interesa

⁷⁶ Npr. reklamni slogani koji govore da je proizvod “najbolji na svijetu”, da “vraća mladost”, da “vam daje krila” i sl.

⁷⁷ Npr. porijeklo proizvoda, sastavni dijelovi, način i datum izrade, rok trajanja, količina, prikladnost za korištenje u određene svrhe i sl.

⁷⁸ *The seller shall not be bound by public statements, as referred to in paragraph 2(d) if he:*
- shows that he was not, and could not reasonably have been, aware of the statement in question,
- shows that by the time of conclusion of the contract the statement had been corrected, or
- shows that the decision to buy the consumer goods could not have been influenced by the statement.

⁷⁹ Ova dredba Smjernice 1999/44 isključuje odgovornost prodavatelja i u slučaju kada za izjave nije znao niti mogao znati, no naravno, to se po prirodi stvari odnosi samo na izjave proizvođača i njegovih predstavnika, jer za vlastite izjave ili izjave svojih predstavnika ne može “ne znati”.

kupca (potrošača, prema Smjernici 1999/44) pravno je logički mnogo bolje utemeljeno, tj. proizlazi iz cilja i svrhe ove odgovornosti. Naime, pravno je teško braniti stav, kakav prihvaća ZOO, da prodavatelj odgovara za svoje izjave koje je opovrgao do trenutka zaključenja ugovora, pogotovo ako za takve izjave proizvođača ne odgovara.⁸⁰

Još ozbiljnije primjedbe mogu se uputiti rješenju ZOO-a u svezi s drugom iznimkom od pravila, tj. situacijom kada izjava nije utjecala na odluku kupca da kupi stvar. Po prirodi stvari ovakva situacija mora isključivati odgovornost ne samo za izjave proizvođača i njegovih predstavnika, nego i za vlastite izjave prodavatelja i izjave njegovih predstavnika, jer nedostaje glavni *ratio* odgovornosti, a to je uzročna veza između izjave i odluke da se stvar kupi. Vjerojatno se problem nastao ovakvom odredbom može riješiti u praksi ispravnom interpretacijom glavne odredbe o odgovornosti za izjave, naime, tumačenjem po kojemu se za ovu odgovornost u svakom slučaju zahtijeva da su izjave uzročno-posljedično vezane s odlukom kupca. No, upravo propisivanjem iznimke koja se izričito vezuje isključivo za izjave proizvođača i njegovih predstavnika može se stvoriti dvojba i otvoriti put primjeni tumačenja argumentom *a contrario*, prema kojemu bi proizlazilo da ovaj uvjet (utjecaj izjave na odluku kupca) ne mora biti ispunjen kada su u pitanju izjave prodavatelja i njegovih predstavnika. Na koncu, takav se stav može braniti i pozivanjem na temeljno pravilo o uskom tumačenju iznimki od pravila.

Drugo odstupanje ZOO-a od pravila Smjernice 1999/44 u ovom segmentu vezano je za teret dokaza oslobađajućih okolnosti. Prema izričitoj odredbi Smjernice 1999/44, u sva tri slučaja na prodavatelju je teret dokaza oslobađajućih okolnosti. ZOO ne govori o teretu dokaza, što znači da se primjenjuju opća pravila. Za okolnosti kada je izjava opovrgnuta do trenutka zaključenja ugovora i kada izjave nisu utjecale na odluku kupca da zaključi ugovor, po općim je pravilima teret dokaza na prodavatelju jer se radi o okolnostima na koje se on poziva da bi isključio svoju odgovornost. No, situacija nije tako jednostavna kod treće okolnosti, tj. savjesnosti prodavatelja u pogledu izjava proizvođača i njegovih predstavnika. Naime, u civilnom pravu vrijedi opće načelo da se savjesnost uvijek predmnijeva, što znači da je teret dokaza nesavjesnosti prodavatelja glede ovih izjava na kupcu.⁸¹

⁸⁰ Iako, treba napomenuti da se ovakvo rješenje ZOO-a ne može napadati s aspekta zaštite interesa potrošača kao temeljnog cilja Smjernice 1999/44. Naime, kako je već objašnjeno, smjernica postavlja samo minimalne standarde zaštite interesa potrošača, a svaka zemlja u implementaciji njenih odredbi može predvidjeti i stroža rješenja, kao što je to ovdje slučaj.

⁸¹ Naravno, u praksi to neće biti suviše teško dokazati jer se radi o javnim izjavama, no ostaje primjedba da je ovu odredbu trebalo bolje redigirati, tj. naglasiti da je teret dokaza u svakom slučaju na prodavatelju.

II. Nedostaci koji su posljedica nepravilne montaže stvari

Druga novost u određivanju slučajeva u kojima se smatra da stvar ima materijalni nedostatak jesu pravila čl. 401. st. 1. t. 6. i 7. ZOO-a. Prema ovim odredbama stvar ima nedostatak *ako je nepravilno montirana, pod uvjetom da je usluga montaže uključena u ispunjenje ugovora o prodaji, te ako je nepravilna montaža posljedica nedostataka u uputama za montažu.*⁸² Time su prihvaćena pravila čl. 2. st. 5. Smjernice 1999/44,⁸³ ali opet uz određena, istina manje značajna, odstupanja. Riječ je o stvarima (prvenstveno potrošačkoj robi) koje se isporučuju u dijelovima, te zahtijevaju naknadnu montažu. Kako bi se usluga montaže mogla smatrati posebnim ugovorom, odnosno ugovorom o djelu, bilo je potrebno izričito propisati da se nedostaci koji su posljedica nepravilne montaže smatraju materijalnim nedostacima stvari u smislu ove odgovornosti.⁸⁴ No, to vrijedi samo ako je usluga montaže stvari dio ugovora o prodaji, i ako u konkretnom slučaju montažu, kao dio ispunjenja obveza iz ugovora o prodaji, obavlja sam prodavatelj ili osoba za koju on odgovara. Ovu posljednju pretpostavku ZOO, za razliku od čl. 2. st. 5. Smjernice 1999/44, izričito ne navodi, no ona se može tumačenjem izvesti iz onog dijela odredbe koji zahtijeva da se radi o o ispunjenju obveze iz ugovora o prodaji.

Isto tako, odgovara se i za mane stvari koje su nastale zbog bilo kakvog nedostatka u uputama za montažu. Ovo se pravilo, iako to ZOO izričito ne naglašava, odnosi na situacije kada montažu obavlja sam kupac,⁸⁵ a na osnovu uputstava za montažu koje prate stvar. Osim toga, prema Smjernici 1999/44, da bi postojao nedostatak, mora se raditi o stvari koja je namijenjena da je kupac sam montira. Time se isključuje odgovornost za nedostatke koji nastanu u slučaju neovlaštene montaže od strane kupca.⁸⁶

Treba napomenuti da će se i kod ovog oblika nedostatka (kao i kod odgovornosti za javne izjave proizvođača ili njegovih predstavnika) najčešće raditi o odgovornosti prodavatelja za propuste koje je zapravo skrivio drugi, budući da stvar uputama za montažu u pravilu oprema njen proizvođač ili uvoznik, a samo iznimno krajnji trgovac. No, kao i kod odgovornosti za tuđe izjave, i ovdje se odgovornost u suštini bazira na propustu dužne

⁸² Uvođenje tzv. IKEA-klausule u institut odgovornosti za materijalne nedostatke stvari.

⁸³ Čl. 2. st. 5.: 5. *Any lack of conformity resulting from incorrect installation of the consumer goods shall be deemed to be equivalent to lack of conformity of the goods if installation forms part of the contract of sale of the goods and the goods were installed by the seller or under his responsibility. This shall apply equally if the product, intended to be installed by the consumer, is installed by the consumer and the incorrect installation is due to a shortcoming in the installation instructions.*

⁸⁴ Tako vidi: GORENC, 2005. str. 630.

⁸⁵ Pod pojmom kupca treba razumjeti i treću osobu koju je kupac angažirao za montažu.

⁸⁶ Redaktori ZOO- u su vjerojatno nastojali da odredbe i u ovoj materiji budu što jednostavnije i kraće i zbog toga su izostavili navedene elemente iz pravila Smjernice 1999/44, smatrajući da iz duha i smisla pravila proizlaze kao samorazumljivi, no tek će praksa pokazati da li će to dovesti do problema u primjeni norme i bi li bilo bolje da je zakonodavac bio precizniji.

pažnje prodavatelja, koji je morao provjeriti ispravnost uputa prije nego što ih je predao kupcu zajedno sa stvari. Nedostaci u uputama mogu biti bilo kakve prirode, tj. ne mora se raditi samo o neposredno pogrešnim uputama za montažu, nego i o drugim nedostacima koji mogu uzrokovati da uobičajeno pažljiv kupac nepravilno montira stvar (npr. suviše općenite, odnosno nedovoljno precizne upute, loš prijevod uputa sa stranog jezika za uvezene proizvode i sl.).

U svim ostalim elementima pojam materijalnog nedostatka ostao je neizmijenjen. To se prvenstveno odnosi na odredbu koja isključuje odgovornost za tzv. neznatne materijalne nedostatke (čl. 400. st. 4.), tj. kupac nema nikakvih prava prema prodavatelju ako je nedostatak po svom značenju (kvantitativno i kvalitativno) neznatan. No, zadržavanje takvog rješenja za sve ugovore, dakle i za potrošačke, nije u skladu s pravilima Smjernice 1999/44. Naime, Smjernica ne isključuje generalno odgovornost za neznatne nedostatke kod potrošačkih ugovora, već samo isključuje pravo kupca da zahtijeva raskid ugovora zbog neznatnog nedostatka, što znači da kupac zadržava pravo na otklanjanje nedostatka, sniženje cijene i na naknadu štete.⁸⁷ Prema tome, u ovome je segmentu ZOO povrijedio minimalne standarde zaštite interesa potrošača koje postavlja Smjernica.

Ostale odredbe kojima se definira pojam nedostatka, tj. odredbe o djelomičnim nedostacima (čl. 414. ZOO) i odredbe o predaji veće količine stvari od ugovorene (čl. 415. ZOO), ostale su neizmijenjene.

5. Relevantno vrijeme u kojemu se nedostatak mora pojaviti

Značajne izmjene izvršene su i u određivanju vremena u kojemu se materijalni nedostatak mora pojaviti da bi prodavatelj za njega odgovarao. Stari ZOO je glede vremena u kojemu se nedostatak mora pojaviti određivao da prodavatelj odgovara za nedostatke koji postoje u trenutku prijelaza rizika s prodavatelja na kupca (čl. 478. st. 1. starog ZOO-a), te za one koji se pojave nakon prijelaza rizika, ali su posljedica uzroka koji je u stvari postojao u trenutku prijelaza rizika (čl. 478. st. 2.), s tim da prodavatelj nije odgovarao za one skrivene nedostatke koji se pokažu nakon proteka roka od šest mjeseci od predaje stvari, osim ako je ugovoren duži rok (čl. 482. st. 2.).

Prema novom ZOO-u ostaje pravilo da prodavatelj odgovara za nedostatke koji postoje u trenutku prijelaza rizika. Prema ZOO-u, trenutak prijelaza rizika trenutak je predaje stvari kupcu.⁸⁸ Da prodavatelj odgovara samo za

⁸⁷ Čl. 3. st. 6.: *The consumer is not entitled to have the contract rescinded if the lack of conformity is minor.*

⁸⁸ Taj je trenutak određen u čl. 378. ZOO-a: (1) Do predaje stvari kupcu rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari snosi prodavatelj, a s predajom stvari rizik prelazi na kupca.

nedostatke koji su nastali na stvari dok je još bila u njegovim rukama, jedino je logično i pravno utemeljeno rješenje.⁸⁹ Situacija vjerovničkog zakašnjenja kupca jedina je iznimka od pravila da nedostatak mora nastati do trenutka predaje stvari. U tom slučaju se, u skladu s pravilima o prijelazu rizika kod zakašnjenja vjerovnika, trenutak do kojega mora nastati nedostatak za kojega prodavatelj odgovara pomiče unatrag, tj. na trenutak kada je kupac pao u zakašnjenje s prijemom ispunjenja obveze.⁹⁰ Osim toga, ZOO zadržava i pravilo da prodavatelj odgovara i za nedostatke koji se pojave nakon prijelaza rizika ako su posljedica uzroka koji je na stvari postojao u trenutku prijelaza rizika,

No, ovim se pravilima dodaje novo pravilo prema kojemu se predmnijeva da je nedostatak koji se pojavio u roku od šest mjeseci od prijelaza rizika postojao u vrijeme prijelaza rizika, osim ako prodavatelj ne dokaže suprotno ili suprotno proizlazi iz naravi stvari ili naravi nedostatka (čl. 400. st. 3. ZOO-a). Prema dosadašnjem rješenju, ako se radilo o skrivenom nedostatku ili o nedostatku koji nije postojao u trenutku prijelaza rizika, ali je postojao uzrok koji će dovesti do nedostatka, na kupcu je bio teret dokaza ovih činjenica, tj. morao je dokazati da je nedostatak ili njegov uzrok postojao u trenutku predaje stvari (čl. 482. starog ZOO-a). Novim pravilom preuzetim iz Smjernice 1999/44⁹¹ položaj kupca značajno se olakšava jer postoji oboriva predmnijeva da je nedostatak koji se pojavio u roku od šest mjeseci od predaje stvari postojao u trenutku predaje. To znači da prodavatelj mora dokazivati da nedostatak nije postojao u trenutku predaje. Osim toga, prema

(2) Rizik ne prelazi na kupca ako je on zbog nekog nedostatka predane stvari raskinuo ugovor ili zahtijevao zamjenu stvari.

Isto pravilo sadrži primjerice i njemački BGB (čl. 446.), Slovenski Obligacijski zakonik (čl. 436.), itd.

⁸⁹ Daje to tako pokazuje i pravilo iz čl. 3. st. 1. Smjernice 1999/44 prema kojemu: *The seller shall be liable to the consumer for any lack of conformity which exists at the time the goods were delivered.* Naime, Smjernica ne vezuje trenutak u kojemu mora postojati nedostatak za trenutak prijelaza rizika slučajne propasti stvari s prodavatelja na kupca, nego izričito za trenutak predaje stvari kupcu. Iako je u većini pravnih sustava trenutak predaje stvari ujedno i trenutak prijelaza rizika za slučajnu propast ili oštećenje stvari, to ne mora biti tako i stoga je ovo pravilo ovako formulirano. Jer rizik slučajne propasti stvari i odgovornost za materijalne nedostatke stvari su različiti instituti i prodavatelj ne odgovara za nedostatke koji postoje u trenutku predaje zato što je taj trenutak (eventualno) ujedno i trenutak prijelaza rizika, nego zato što to traži unutrašnja logika instituta. To je jasno i iz recitala 14. Preambule Smjernice 1999/44 (*Whereas the references to the time of delivery do not imply that Member States have to change their rules on the passing of the risk*), prema kojemu pravilo Smjernice o vremenu predaje kao relevantom vremenu za utvrđivanje postojanja nedostatka ne znači da države članice moraju mijenjati svoja postojeća pravila o trenutku prijelaza rizika slučajne propasti ili oštećenja stvari.

⁹⁰ Čl. 379. st. 1. ZOO: Ako predaja stvari nije izvršena zbog kupčeva zakašnjenja, rizik prelazi na kupca u času kad je došao u zakašnjenje.

⁹¹ Čl. 5. st. 3.: *Unless proved otherwise, any lack of conformity which becomes apparent within six months of delivery of the goods shall be presumed to have existed at the time of delivery unless this presumption is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity.*

odredbi ZOO-a predmnjeva ne vrijedi ako suprotno proizlazi iz prirode same stvari ili prirode nedostatka.⁹² Iako je pravilo preuzeto iz Smjernice 1999/44, dakle radi se o pravilu koje je namijenjeno zaštititi potrošača, prema ZOO-u ova se predmnjeva primjenjuje na sve ugovore.⁹³

6. Savjesnost kupca kao uvjet odgovornosti prodavatelja

Savjesnost kupca jedna je od pretpostavki odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, tj. prodavatelj ne odgovara za nedostatke ako su u trenutku sklapanja ugovora bili poznati kupcu ili mu uz dužnu pozornost nisu mogli ostati nepoznati (čl. 402. st. 1. ZOO-a). Ova se odredba nije suštinski mijenjala, no zakonodavac je iskoristio priliku da iz postojećeg rješenja ukloni neka ograničenja koja nisu bila opravdana, tj. nepotrebno su sužavala mogućnost da se prodavatelj oslobodi odgovornosti u slučaju kada je kupac prilikom zaključenja ugovora znao ili morao znati za postojanje nedostatka. Naime, prema odredbama čl. 480. st. 1. starog ZOO-a, nesavjesnost kupca oslobađa prodavatelja odgovornosti samo ako se nedostatak sastoji u tome što stvar nema potrebna svojstva za redovitu uporabu ili za promet, te u tome što nema svojstva i odlike izričito ili prešutno ugovorene ili propisane. U ostalim slučajevima on odgovara i nesavjesnom kupcu. Novi ZOO uklanja ovo ograničenje i nesavjesnost kupca isključuje odgovornost prodavatelja, bez obzira o kojem se tipu nedostatka radi.⁹⁴

Ostali elementi pravila kojima se definira pojam savjesnosti kupca ostaju isti.⁹⁵ Nisu se mijenjale ni odredbe koje se odnose na (ne)savjesnost prodavatelja, tj. nesavjesnost prodavatelja⁹⁶ nije preduvjet njegove odgovornosti za nedostatke (čl. 400. st. 1.), ali prodavatelj odgovara i za nedostatke koje je kupac mogao lako opaziti ako je izjavio da stvar nema nikakve nedostatke ili da stvar ima određena svojstva ili odlike (čl. 403. st. 4.).

⁹² Npr. ako je očito da stvar nije mogla imati nedostatak u trenutku predaje jer bi u tom slučaju do momenta kada kupac ističe postojanje nedostatka već propala i sl.

⁹³ Interesantno je napomenuti da je njemački zakonodavac djelovanje ove predmnjeve ograničio samo na potrošačke ugovore (čl. 476. BGB-a).

⁹⁴ Isto rješenje postoji manje više u svim pravnim sustavima. (vidi primjerice, čl. 442. st. 1. BGB-a; čl. 1642. *Code civil*).

⁹⁵ Čl. 402. st. 2. zadržao je pravilo starog ZOO-a (čl. 480. st. 2.) kojim se definira stupanj pozornosti koju kupac mora pokazati da bi bio savjestan glede postojanja nedostatka. Smatra se da nisu mogli ostati nepoznati kupcu oni nedostaci koje bi brižljiva osoba s prosječnim znanjem i iskustvom osobe istog zanimanja i struke kao kupac mogla lako opaziti pri uobičajenom pregledu stvari.

⁹⁶ Odnosno činjenica da je znao ili morao znati za postojanje nedostataka u trenutku sklapanja ugovora.

No, značajna je novina u ovoj materiji uvođenje pravila iz čl. 402. st. 3., koje se odnosi isključivo na potrošačke ugovore. Zakon propisuje da se odredbe st. 2. čl. 402. koje definiraju (ne)savjesnost kupca ne primjenjuju na potrošačke ugovore.⁹⁷ Ova odredba posljedica je usklađivanja hrvatskog prava s pravilima Smjernice 1999/44, koja ne predviđa potrošačevu obvezu pregleda stvari kao preduvjet prodavateljeve odgovornosti za nedostatke. Slijedom toga na njega se ne mogu primjenjivati ni pravila čl. 402. st. 2. koja savjesnost kupca definiraju s obzirom na to kako je izvršen pregled stvari.

7. Dužnost pregleda stvari, obavještanja prodavatelja o nedostatku, trajanje odgovornosti prodavatelja

Do sada analizirane izmjene instituta odgovornosti za materijalne nedostatke stvari (osim pravila iz čl. 402. st. 3.) primjenjuju se jednako na sve ugovore, iako je riječ o odredbama na koje su presudno utjecala rješenja Smjernice 1999/44. No, pravila vezana za dužnost pregleda stvari i obavještanje prodavatelja o postojanju nedostatka te trajanje odgovornosti izmijenjena su prvenstveno na način koji znači uspostavljanje dvostrukog režima, ovisno o tome radi li se o potrošačkom ili o nepotrošačkom (trgovačkom i klasičnom građanskopravnom) ugovoru. A kako su i po starom ZOO-u postojale određene razlike u uređenju pravila za, s jedne strane trgovačke, a s druge klasične građanskopravne ugovore, izmjene mogu dovesti do početnog nesnalaženja u primjeni. Osim toga, neki elementi novih rješenja ZOO-a otvaraju određena pitanja na koja će tek praksa dati odgovore.

⁹⁷ Ujedno ZOO na ovom mjestu daje definiciju potrošačkog ugovora kao ugovora koji "... fizička osoba kao kupac sklapa izvan svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti s fizičkom ili pravnom osobom koja kao prodavatelj djeluje u okviru svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti.". Definicija se očito naslanja s jedne strane na pojam potrošača kako je definiran u Zakonu o zaštiti potrošača (čl. 3. t. 1.: Potrošač je svaka fizička osoba koja sklapa pravni posao na tržištu, u svrhe koje nisu namijenjene njegovom zanimanju niti njegovoj poslovnoj aktivnosti ili poduzetničkoj djelatnosti.), odnosno na pojam potrošača kako je definiran u Smjernici 1999/44 (čl. 1. st. 2. t. a): *consumer: shall mean any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession*). S druge strane oslanja se na pojam trgovca prema Zakonu o zaštiti potrošača (čl. 3. t. 2.: Trgovac je svaka osoba koja nudi ili sklapa pravne poslove, odnosno nastupa na tržištu u okviru svog zanimanja, ili svoje djelatnosti.) i prema Smjernici (čl. 1. st. 2. t. c): *seller: shall mean any natural or legal person who, under a contract, sells consumer goods in the course of his trade, business or profession*).

No, treba napomenuti da je ova definicija potrošačkog ugovora ZOO-a ograničena samo na odredbe o odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari, budući da ZOO izričito govori o potrošaču kao "kupcu", odnosno o trgovcu kao "prodavatelju", što znači da ne obuhvaća sve potrošačke ugovore nego samo ugovor o kupoprodaji.

I. Dužnost pregleda stvari

Uređujući pravila o dužnosti pregleda stvari polazna točka za zakonodavca bilo je stanovište Smjernice 1999/44 prema kojemu kod potrošačkih ugovora pregled stvari nije uvjet odgovornosti prodavatelja. Smjernica, istina, ne govori izričito o tome da potrošač nije dužan pregledati stvar da bi sačuvala svoja prava, no to proizlazi iz odredbe po kojoj zemlje članice mogu predvidjeti da je potrošač, kako bi sačuvala svoja prava, obavezan obavijestiti prodavatelja o nedostatku u roku od dva mjeseca od njegovog otkrivanja.⁹⁸ Dakle, Smjernica ne zahtijeva da se potrošača obveže ne slanje obavijesti o nedostatku, te u Preambuli, recital 19., objašnjava takav stav potrebom što šire zaštite interesa potrošača.⁹⁹ No, istovremeno dopušta nacionalnom pravu da takvu obvezu predvidi, ali određuje kogentnom normom da u tom slučaju rok za obavijest ne može biti kraći od dva mjeseca od otkrivanja nedostatka. Početak roka određen je subjektivno (otkrivanje nedostatka), što znači da ne postoji obveza pregleda.¹⁰⁰

Primjenjujući ovo pravilo Smjernice 1999/44 čl. 403. st. 4. ZOO-a izričito isključuje obvezu potrošača da pregleda stvar. Time se svakako favorizira potrošač, tj. za njega je ostvarenje prava iz odgovornosti olakšano u odnosu na profesionalnog kupca i kupca iz građanskopravnog ugovora utoliko što ne mora pregledati stvar niti je mora dati na pregled u određenim rokovima, pod prijetnjom gubitka prava iz odgovornosti za nedostatke stvari. No, time je ujedno za potrošačke ugovore i razlikovanje između vidljivih i nevidljivih nedostataka postalo pravno irelevantno, budući da je kriterij razlikovanja između vidljivih i skrivenih nedostataka u tome da li se nedostatak mogao otkriti uobičajenim pregledom stvari ili ne. Obveza pregleda stvari isključena je samo za potrošačke ugovore, odnosno ZOO zadržava ovu obvezu, a time i razlikovanje između vidljivih i nevidljivih nedostataka, za trgovačke i klasične građanskopravne ugovore. U odnosu na ove ugovore pravila novog zakona ne razlikuju se od pravila starog ZOO-a.¹⁰¹

II. Obavijest o nedostatku

No, iako ZOO isključuje obvezu potrošača da pregleda stvar, zakonodavac koristi pravo koje mu daje Smjernica 1999/44 i obvezuje potrošača da

⁹⁸ Čl. 5. st. 2.: *Member States may provide that, in order to benefit from his rights, the consumer must inform the seller of the lack of conformity within a period of two months from the date on which he detected such lack of conformity.*

⁹⁹ Preambula, recital 19.: *Whereas Member States should be allowed to set a period within which the consumer must inform the seller of any lack of conformity; whereas Member States may ensure a higher level of protection for the consumer by not introducing such an obligation; whereas in any case consumers throughout the Community should have at least two months in which to inform the seller that a lack of conformity exists;*

¹⁰⁰ Stoga se, kako je naprijed već objašnjeno, odredba iz st. 3. čl. 402. ZOO-a ne primjenjuje na potrošačke ugovore.

¹⁰¹ Čl.481.-482. starog ZOO-a.

obavijesti prodavatelja o nedostatku, kako bi sačuvalao svoja prava.¹⁰²

Rokovi u kojima kupac mora obavijestiti prodavatelja o vidljivom nedostatku ovise o vrsti ugovora (trgovački, potrošački, građanskopravni), o okolnostima pregleda stvari, odnosno o tome otprema li se stvar dalje bez pretovara. Za trgovačke i građanskopravne ugovore rješenje novog ZOO-a (čl. 403. st. 1.-3.) u potpunosti odgovara pravilima koja je sadržavao stari ZOO (čl. 481. starog ZOO-a). No, za potrošačke ugovore rok je za obavijest dva mjeseca od dana otkrivanja nedostatka (čl. 403. st. 4. ZOO). Kod trgovačkih i građanskopravnih ugovora početak tjeka roka određen je objektivnim okolnostima, tj. od trenutka kada je kupcu bilo moguće pregledati stvar,¹⁰³ no kod potrošačkih određen je isključivo subjektivno, tj. od dana kada je nedostatak otkriven. Stoga za odgovornost prodavatelja u potrošačkim ugovorima nije ključno pitanje kada počinje teći rok, jer potrošač može otkriti nedostatak bilo kada,¹⁰⁴ nego do kojeg trenutka prodavatelj odgovara za nedostatke. Trajanje odgovornosti kod potrošačkih ugovora određeno je preuzimanjem odredbe čl. 5. st. 1. Smjernice 1999/44,¹⁰⁵ tj. prodavatelj odgovara za nedostatke koji se pojave u roku od dvije godine od dana predaje stvari (čl. 404. st. 2. ZOO-a).

I što se tiče rokova u kojima je kupac dužan obavijestiti prodavatelja o skrivenim nedostacima, rješenje zakona je dijelom izmijenjeno. Rok za obavijest o nedostatku kod trgovačkih ugovora ostao je isti, tj. trgovac je dužan obavijestiti prodavatelja o nedostatku bez odgađanja, no za sve ostale ugovore ZOO predviđa rok od dva mjeseca od otkrivanja nedostatka (čl. 404. st. 1. ZOO). Rok od dva mjeseca logično je i jedino moguće rješenje za potrošačke ugovore, budući da je to minimalna razina zaštite potrošača koji zahtijevaju odredbe Smjernice 1999/44. No, prema ovoj odredbi ZOO-a rok od dva mjeseca vrijedi za sve ugovore koji nisu trgovački, dakle ne samo za potrošačke, nego i za građanskopravne ugovore.¹⁰⁶ Tako je zakonodavac kod skrivenih nedostataka postupio drukčije nego kod vidljivih, gdje je glede rokova obavijesti zadržao razlikovanje između trgovačkih i gra-

¹⁰² Čl. 403. st. 4.: Kod potrošačkih ugovora potrošač kao kupac nije obvezan pregledati stvar niti je dati na pregled, ali je obvezan obavijestiti prodavatelja o postojanju vidljivih nedostataka u roku od dva mjeseca od dana kad je otkrio nedostatak.

¹⁰³ Ako se pregled vrši u nazočnosti obje stranke obavijest o nedostatku kupac je dužan dati odmah, ako stranke nisu nazočne, dužan je pregledati stvar čim je to po redovitom tijeku stvari moguće, a ako se stvar otprema dalje bez pretovara, a prodavatelju je pri sklapanju ugovora bila poznata ili morala biti poznata mogućnost takve daljnje otpreme, pregled stvari može biti odgođen do njezina prispjeha u novo odredišno mjesto.

¹⁰⁴ Bolje rečeno, nema načina da se objektivno utvrdi kada je potrošač zaista otkrio nedostatak.

¹⁰⁵ Čl. 5. st. 1.: *The seller shall be held liable under Article 3 where the lack of conformity becomes apparent within two years as from delivery of the goods. If, under national legislation, the rights laid down in Article 3(2) are subject to a limitation period, that period shall not expire within a period of two years from the time of delivery.*

¹⁰⁶ Prema starom ZOO-u rok za obavijest kod netrgovačkih ugovora iznosio je osam dana od dana otkrivanja nedostatka (čl. 482. st. 1.).

đanskopravnih ugovora kakvo je poznao stari ZOO, te dodao novu odredbu koja se odnosi isključivo na potrošačke ugovore. Ako se ne radi o slučajnom propustu, ovakav različiti pristup teško se može razumjeti i opravdati. Ako je zakonodavac htio proširiti pravila o rokovima za obavijest koja vrijede za potrošačke ugovore i na ostale građanskopravne ugovore i time pružiti viši stupanj zaštite kupcu – neprofesionalcu, nije bilo nikakvog opravdanog razloga da to ne učini i u pogledu vidljivih nedostataka, gdje je za neprofesionalne ugovore zadržao rok od osam dana, a kod pregleda u prisutnosti obiju stranaka kupac je dužan reklamirati nedostatak odmah.

No, da se možda zaista ne radi o propustu nego o namjeri zakonodavca, govore odredbe o obaveznom sadržaju obavijesti o nedostaku. Naime, prema starom ZOO-u obavijest o nedostatku morala je sadržavati potanki opis nedostatka i poziv prodavatelju da pregleda stvar (čl. 484. starog ZOO-a). Prema odredbi čl. 406. st. ZOO-a u obavijesti o nedostatku stvari kupac nije dužan potanje opisati nedostatak i pozvati prodavatelja da pregleda stvar, osim ako se radi o trgovačkom ugovoru. Dakle, samo u odredbama koje uređuju obveze kupca u pogledu vidljivih nedostataka zakon razlikuje trgovačke, potrošačke i građanskopravne ugovore, dok u odredbama o skrivenim nedostacima i sadržaju obavijesti razlikuje samo trgovačke i netrgovačke.

III. Rokovi trajanja odgovornosti prodavatelja

Isti pristup javlja se i u odredbi koja određuje trajanje odgovornosti prodavatelja. Prema starom ZOO-u prodavatelj je odgovarao za nedostatke koji se pojave u roku od šest mjeseci od predaje stvari, osim ako je ugovoren duži rok.¹⁰⁷ To je pravilo vrijedilo za trgovačke i za netrgovačke ugovore (čl. 482. st. 2. starog ZOO-a). Zbog obveze da inkorporira u hrvatsko pravo kogentnu odredbu čl. 5. st. 1. Smjernice 1999/44 koja propisuje da prodavatelj odgovara kod potrošačkih ugovora za nedostatke koji se pojave u roku od dvije godine od dana predaje stvari, ZOO mijenja postojeća pravila, ali opet na način da razlikuje samo trgovačke i netrgovačke ugovore. Prema pravilima čl. 404. st. 2. ZOO-a prodavatelj ne odgovara za nedostatke koji se pokažu pošto proteknu dvije godine od predaje stvari, a kod trgovačkog ugovora nakon šest mjeseci.¹⁰⁸ Dakle, rok koji Smjernica propisuje za potrošačke ugovore ovom se odredbom proširuje na sve netrgovačke, odnosno i na građanskopravne ugovore.

Novost je u pravilima o trajanju odgovornosti prodavatelja odredba čl. 404. st. 3. ZOO-a, a u kojoj opet susrećemo isti način regulacije. Prema

¹⁰⁷ Naravno, zbog dužnosti pregleda stvari koja je postojala za sve ugovore, ovaj je rok praktički dolazio u obzir samo kod skrivenih nedostataka, odnosno onih nedostataka koji su se pojavili nakon prijelaza rizika na kupca, ali su bili posljedica uzroka koji je postojao u trenutku prijelaza rizika.

¹⁰⁸ ZOO zadržava i pravilo da se ovi rokovi mogu ugovorom produžiti (čl. 404. st. 4.).

ovoj odredbi pri prodaji rabljenih stvari stranke mogu ugovoriti rok od jedne godine za odgovornost prodavatelja, a kod trgovačkih ugovora i kraći rok. Radi se o usvajanju odredbe čl. 7. st. 1., 2. reč. Smjernice 1999/44,¹⁰⁹ kojom se daje pravo nacionalnom zakonodavcu da, ako to želi, omogući strankama ugovaranje kraćeg roka pri prodaji rabljenih stvari, s tim što Smjernica propisuje (za potrošačke ugovore) da taj rok ne može biti kraći od jedne godine. Hrvatski je zakonodavac i u ovoj odredbi opet povukao razliku samo između trgovačkih s jedne i svih ostalih ugovora s druge strane.

No, treba upozoriti i na jednu pogrešku koja je nastala prenošenjem odredbe čl. 7. st. 1., 2. reč. Smjernice 1999/44. Naime, kako se ističe u pravnoj literaturi, odredbu po kojoj u trgovačkim ugovorima o prodaji rabljenih stvari stranke mogu ugovoriti rok odgovornosti "kraći od jedne godine", treba tumačiti na način da zapravo mogu ugovoriti rok kraći od šest mjeseci, budući da je po odredbi st. 2. čl. 404. ZOO-a rok trajanja odgovornosti prodavatelja kod ostalih trgovačkih ugovora maksimalno šest mjeseci.¹¹⁰ Naravno, sintagma "kraći od godine dana" obuhvaća i mogućnost da se ugovori rok kraći od šest mjeseci, ali svrha je pravila uvođenje mogućnosti ugovornog skraćanja zakonskog roka odgovornosti ako se radi o prodaji rabljenih stvari.

Što je još značajnije, za netrgovačke ugovore odredba st. 3. čl. 404. postavlja donju granicu ugovornog skraćanja roka (godina dana), tj. ne može se ugovoriti kraći rok. Za trgovačke ugovore takve granice nema jer je određeno samo da rok može biti kraći od godine dana. To otvara mogućnost da stranke ugovore bilo koji, pa i najkraći rok (npr. rok od tjedan dana ili od dva dana i sl.), što svakako ne bi dovoljno štitilo interese kupca i stoga je i za trgovačke ugovore trebalo točno odrediti donju granicu ugovornog skraćanja zakonskog roka.¹¹¹

Razlika u trajanju roka odgovornosti za trgovačke (šest mjeseci) i netrgovačke ugovore (dvije godine), koja je u čl. 404. st. 2. ZOO-a postavljena kao pravilo, ne poštuje se (vjerojatno zbog slučajnog previda zakonodavca, a ne namjerno) ni u čl. 407. ZOO-a. Radi se o odredbama koje uređuju posljedice nesavjesnosti prodavatelja, tj. činjenice da je nedostatak prodavatelju bio poznat ili mu uz dužnu pažnju nije mogao ostati nepoznat. Prema pravilima čl. 407. ZOO-a ako je prodavatelj nesavjestan, kupac ne gubi pravo da se pozove na neki nedostatak i kad nije ispunio svoju obvezu da stvar pregleda bez odgađanja, ili obvezu da u određenom roku obavijesti

¹⁰⁹ Čl. 7. st. 1. 2. reč.: *Member States may provide that, in the case of second-hand goods, the seller and consumer may agree contractual terms or agreements which have a shorter time period for the liability of the seller than that set down in Article 5(1). Such period may not be less than one year.*

¹¹⁰ Vidi: GORENC, 2005., str. 638.

¹¹¹ Kako je zakonski rok koji vrijedi za netrgovačke ugovore skraćen na pola logično rješenje bi bilo da se kod trgovačkih ugovora o prodaji rabljenih stvari dopusti ugovaranje roka od tri mjeseca, ali ne kraćega.

prodavatelja o postojanju nedostatka, a i kada se nedostatak pokazao tek nakon proteka *dvije godine* od predaje stvari.

Čl. 485. starog ZOO-a sadrži identično pravilo, a jedina je razlika u tome što prema ovoj odredbi odgovornost postoji kada se nedostatak pokazao nakon proteka *šest mjeseci* od predaje stvari. Takvo je rješenje starog zakona logično jer je on poznao jedinstveni rok trajanja odgovornosti prodavatelja za sve ugovore (šest mjeseci od predaje stvari). No, kako novi ZOO, zbog implementacije kogentne odredbe Smjernice 1999/44, uvodi dvostruki režim rokova, tj. kod netrgovačkih ugovora odgovara se za nedostatke koji se pojave u roku od dvije godine, a kod trgovačkih u roku od šest mjeseci od predaje stvari, to je pravilo trebalo poštovati i u uređenju ovog aspekta odgovornosti. Prema tome, odredbu čl. 407. bi trebalo dopuniti na način da se iza riječi "*...i kad se nedostatak pokazao tek nakon proteka dvije godine od predaje stvari*" doda: "*...a kod trgovačkih ugovora nakon proteka roka od šest mjeseci od predaje stvari...*".

8. Prava kupca

Izmjenama postojećih rješenja u materiji odgovornosti za materijalne nedostatke stvari nije se suštinski diralo u dio instituta koji se bavi pravnim sredstvima koja kupcu stoje na raspolaganju kada su ispunjene pretpostavke prodavateljeve odgovornosti. Kupac i dalje može po svom izboru zahtijevati ili uredno ispunjenje (tj. otklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari bez nedostatka),¹¹² ili raskid ugovora ili razmjerno sniženje cijene. Bez obzira za što se odluči, uvijek ima i pravo na popravljavanje štete prema općim pravilima o odgovornosti za štetu, uključujući i štetu koju je zbog nedostatka stvari pretrpio na drugim svojim dobrima (čl. 410. st. 1. i .2. ZOO-a).

No, neke izmjene su ipak uvrštene i u ovu materiju. Sustav sankcija kakav je predviđen ZOO-om i onaj kojega predviđa Smjernica 1999/44 u osnovi se podudaraju, no određene razlike postoje. Osim toga, u nekim aspektima Smjernica detaljnije uređuje prava kupca, tako da je možda propuštena prilika da se postojeće rješenje dopuni novim pravilima kojima bi se dalo odgovore na neka pitanja koja odredbe ZOO-a ostavljaju otvorenima ili barem omogućavaju razlike u tumačenjima.

I. Odnos između pojedinih kupčevih prava po pravilima ZOO-a i po pravilima Smjernice 1999/44

Temeljna razlika između rješenja ZOO-a i Smjernice je u tome što iz odredaba čl. 3. st. 5. Smjernice vrlo jasno proizlazi da je pravo na uredno ispunjenje (otklanjanjem nedostatka ili predajom druge stvari) primarno

¹¹² Iako ZOO na nomotehničkoj razini razlikuje ova dva zahtjeva, suštinski se radi o varijantama ostvarenja jednog prava, tj. prava zahtijevati ispunjenje bez nedostatka.

pravo kupca, dok razmjerno sniženje cijene ili raskid ugovora kupac može zahtijevati jedino ako nije ovlašten zahtijevati uklanjanje nedostatka ili predaju druge stvari bez nedostatka, ili ako prodavatelj nije uredno ispunio obvezu u razumnom roku, ili ako prodavatelj nije u stanju uredno ispuniti obvezu, a da time potrošaču ne uzrokuje značajne poteškoće (neugodnosti).¹¹³ Prema tome, zahtijevati bilo raskid ugovora bilo razmjerno sniženje cijene, kupac može jedino ako se primarno pravo zbog različitih, pravilima Smjernice utvrđenih razloga ne može ostvariti. Isti odnos između pravnih sredstava koja stoje na raspolaganju kupcu predviđaju i nova pravila BGB-a.¹¹⁴

S druge strane, iz redakcije čl. 410. ZOO-a koja kaže da kupac “može po svom izboru” zahtijevati bilo koje od predviđenih prava proizlazilo bi da je potpuno slobodan u izboru.¹¹⁵ No, kako u odredbama čl. 412. i 413. zakon određuje da je, u slučaju kada se odluči za raskid ugovora, kupac u pravilu obavezan prodavatelju ostaviti naknadni primjereni rok za (uredno) ispunjenje ugovora, to znači da do raskida ugovora može doći samo ako prodavatelj nije iskoristio priliku otkloniti nedostatak, odnosno uredno ispuniti ugovor, dakle da je to sekundarno (supsidijarno) pravo u odnosu na pravo zahtijevati uredno ispunjenje. U odnosu na pravo zahtijevati razmjerno sniženje cijene, zakon ne postavlja nikakve uvjete, što znači da su pravo na uredno ispunjenje i pravo na razmjerno sniženje cijene primarna prava kupca koja može koristiti alternativno, po svom izboru, a pravo na raskid ugovora samo ako ne uspije sa zahtjevom za uredno ispunjenje.¹¹⁶

No, odredbe Smjernice 1999/44 isključuju u nekim slučajevima pravo kupca (potrošača) da zahtijeva uredno ispunjenje, odnosno da slobodno bira između dva načina urednog ispunjenja (uklanjanje nedostatka popravkom stvari ili predajom druge stvari bez nedostatka).¹¹⁷ Prvi je slučaj kada je uredno ispunjenje, odnosno onaj oblik urednog ispunjenja kojega je kupac

¹¹³ Čl. 3. st. 5.: 5. *The consumer may require an appropriate reduction of the price or have the contract rescinded: - if the consumer is entitled to neither repair nor replacement, or - if the seller has not completed the remedy within a reasonable time, or - if the seller has not completed the remedy without significant inconvenience to the consumer.*

¹¹⁴ Vidi čl. 437., 439., 440. (u svezi sa čl. 323. i 326. st. 5.), 441. BGB-a. Više vidi: PALANDT, str. 258.-251.; 253.-255.

¹¹⁵ Tako ovu odredbu tumači BUKLJAŠ – VIZNER, str. 1629.

¹¹⁶ Tako vidi: GORENC, 2005., str. 648. sq.; PEROVIĆ, str. 397.

¹¹⁷ Čl. 3. st. 3.: *In the first place, the consumer may require the seller to repair the goods or he may require the seller to replace them, in either case free of charge, unless this is impossible or disproportionate. A remedy shall be deemed to be disproportionate if it imposes costs on the seller which, in comparison with the alternative remedy, are unreasonable, taking into account: - the value the goods would have if there were no lack of conformity, - the significance of the lack of conformity, and - whether the alternative remedy could be completed without significant inconvenience to the consumer. Any repair or replacement shall be completed within a reasonable time and without any significant inconvenience to the consumer, taking account of the nature of the goods and the purpose for which the consumer required the goods.*

izabrao, nemoguć zbog bilo kojeg razloga.¹¹⁸ To odgovara rješenju u hrvatskom pravu jer po pravilima ZOO-a kupac može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka za ispunjenje kada je prodavatelj nakon obavijesti o nedostacima priopćio kupcu da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očito proizlazi da prodavatelj neće moći ispuniti ugovor ni u naknadnom roku (čl. 412. st. 2.).

No, Smjernica isključuje pravo kupca zahtijevati uredno ispunjenje i u slučaju da je izabrani način urednog ispunjenja "*disproportionate*" (neproporcionalan, neodgovarajući). Izabrani način urednog ispunjenja smatra se "neodgovarajućim" ako prodavatelju uzrokuje troškove koji su u usporedbi s alternativnim pravima nerazumni (pretjerani). "Nerazumnost" troškova procjenjuje se tako da se uzima u obzir: a) vrijednost koju bi stvar imala bez nedostatka; b) značaj, odnosno težina nedostatka; c) može li se alternativna sankcija (pravo kupca) ostvariti, a da za kupca nije značajno nepogodnija (*significant inconvenience*) od prava koje je izabrao. Ako su ovi uvjeti ispunjeni (i to u pogledu i prava zahtijevati popravak stvari i prava zahtijevati predaju druge stvari), kupac nema pravo na uredno ispunjenje i može zahtijevati po svom izboru ili raskid ugovora ili sniženje cijene.¹¹⁹ U osnovi isto rješenje predviđaju i pravila čl. 439. BGB-a koja uređuju pravo zahtijevati naknadno uredno ispunjenje ("*Nacherfüllung*").

Hrvatski zakonodavac nije iskoristio priliku da ovakve ili slične odredbe uvrsti u tekst ZOO-a. Time, istina, nije prekršio obvezu da u hrvatski pravni poredak uvrsti odredbe kojima se postiže onaj stupanj zaštite interesa potrošača koji zahtijeva Smjernica 1999/44. Dapače, ako se usporede ova dva rješenja, situacija je za kupca (a time i za potrošača) u hrvatskom pravu povoljnija jer je njegovo pravo zahtijevati uredno ispunjenje daleko manje ograničeno nego po rješenju Smjernice i BGB-a. Isto tako, i pravo da raskine ugovor može ostvarivati lakše nego po pravilima Smjernice i BGB-a. No, ovim odredbama štite se i interesi prodavatelja i osigurava se ugovorna ravnoteža i poštovanje načela pravičnosti, načela savjesnosti i poštenja, načela zabrane zlorabe prava, te načela zabrane uzrokovanja štete. Istina, kako se radi o temeljnim načelima čitavog obveznog prava utvrđenim odredbama ZOO-a, može se isticati da je sve ono što posebne odredbe Smjernice i BGB-a određuju moguće postići u našem pravu kreativnim djelovanjem sudske prakse koja će ta načela primijeniti i na ovaj segment instituta. No, to je mnogo teži i neizvjesniji put, posebno s obzirom na eksplicitnost odredaba ZOO-a o pravima kupca.

¹¹⁸ Ako je izabrani način urednog ispunjenja nemoguć, ostaje mu na raspolaganju drugi i mora izabrati njega jer je zahtjev za ispunjenje primarni zahtjev, a tek ako su oba nemoguća, ili neodgovarajuća (vidi supra) može izabrati raskid ugovora ili sniženje cijene.

¹¹⁹ Naravno, kako je gore objašnjeno, on može zahtijevati raskid ugovora ili sniženje cijene i u slučaju da prodavatelj nije ispunio njegov zahtjev za uredno ispunjenje u razumnom roku, ili ga nije ispunio bez značajnih nepogodnosti za kupca.

II. Izmjene vezane za pravo na uredno ispunjenje

Uređujući pravo kupca da zahtijeva uredno ispunjenje predajom druge stvari ili otklanjanjem nedostatka (popravlkom stvari), zakonodavac je iz odredaba Smjernice 1999/44 preuzeo i dodao postojećem rješenju pravilo prema kojemu prodavatelj snosi troškove otklanjanja nedostatka ili predaje druge stvari bez nedostatka (čl. 410. st. 3.).¹²⁰ Iako se radi o pravilu koje do sada nije bilo u ZOO-u, u praksi su prodavatelji redovito snosili troškove urednog naknadnog ispunjenja, no korisno je da je izričita odredba unesena u zakon.¹²¹

III. Izmjene vezane uz pravo na raskid ugovora

Kako proizlazi iz navedenoga, pravo na raskid ugovora kupac ostvaruje prema pravilima ZOO-a ostvaruje samo ako je prethodno ostavio prodavatelju naknadni primjereni rok za uredno ispunjenje obveze, što ovo pravo čini sekundarnim pravom. No, postoje situacije u kojima kupac može raskinuti ugovor i bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka za ispunjenje. To u slučaju kada je prodavatelj nakon obavijesti o nedostacima priopćio kupcu da neće ispuniti ugovor ili ako iz okolnosti konkretnog slučaja očito proizlazi da prodavatelj neće moći ispuniti ugovor ni u naknadnom roku (čl. 412. st. 2. ZOO-a).

Ovim okolnostima koje je predviđao i čl. 490. st. 2. starog ZOO-a, novi ZOO dodaje pravilo da naknadni rok ne treba ostavljati ni i u slučaju kada kupac zbog zakašnjenja prodavatelja ne može ostvariti svrhu radi koje je sklopio ugovor. Ovo je pravilo po smislu slično pravilu čl. 3. st. 5. Smjernice 1999/44, prema kojoj potrošač može raskinuti ugovor (ili tražiti sniženje cijene) između ostaloga i ako prodavatelj nije u stanju uredno ispuniti obvezu, a da time potrošaču ne uzrokuje značajne poteškoće (neugodnosti). Pravilo proizlazi iz odredbe čl. 3. st. 4. Smjernice,¹²² prema kojoj popravak ili zamjenu stvari prodavatelj mora izvršiti ne samo u razumnom roku, nego tako da ne uzrokuje značajne nepogodnosti za potrošača, a uzimajući u obzir prirodu stvari i svrhu radi koje je potrošač nabavlja.

¹²⁰ Čl. 3. st. 2.: 2. *In the case of a lack of conformity, the consumer shall be entitled to have the goods brought into conformity free of charge by repair or replacement.*

No, za razliku od ZOO-a Smjernica je detaljnija, tj. objašnjava pojam "free of charge" u st. 4. čl. 3. (*The terms "free of charge" in paragraphs 2 and 3 refer to the necessary costs incurred to bring the goods into conformity, particularly the cost of postage, labour and materials.*) na način da prodavatelja obvezuje da snosi sve potrebne troškove popravka stvari ili predaje druge stvari, a posebno troškove slanja stvari, rada i materijala.

Isto pravilo sadrži i čl. 439. st. 2. BGB-a.

¹²¹ Tako i: ČUVELJAK, J., *Odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke prodane stvari po novom Zakonu o obveznim odnosima*; u: *Novi Zakon o obveznim odnosima s komentarom promjena u obveznom pravu*, TEB, Zagreb, travanj, 2005., str. 106.

¹²² Čl. 5. st. 4.: *Any repair or replacement shall be completed within a reasonable time and without any significant inconvenience to the consumer, taking account of the nature of the goods and the purpose for which the consumer required the goods.*

Dodavanjem ove odredbe ZOO značajno proširuje mogućnost da kupac raskine ugovor bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka, budući da po novom rješenju kupac može odmah raskinuti ugovor i kada je prodavatelj voljan i u stanju u primjerenom roku otkloniti nedostatak. No, mora dokazati da naknadnim urednim ispunjenjem ne može ostvariti svrhu ugovora. Time se stranke stavljaju u položaj koji je vrlo sličan jednostranom raskidu zbog neispunjenja tzv. fiksnih ugovora, tj. onih ugovora kod kojih je rok ispunjenja po prirodi posla ili po volji stranaka bitan element ugovora, pa se ugovor *ex lege* raskida kada dužnik padne u zakašnjenje s ispunjenjem obveze.¹²³ Naime, *ratio legis* odredbe o *ex lege* raskidu fiksnih ugovora jest upravo činjenica što je poštovanje roka ispunjenja toliko bitno za vjerovnika da naknadnim ispunjenjem ne može ostvariti svrhu radi koje je sklopio ugovor. No, razlika u odnosu na opće pravilo o raskidu fiksnih ugovora u tome je što ovdje ne dolazi do raskida *ex lege*, nego izjavom kupca da raskida ugovor, naravno pod pretpostavkom da dokaže da za naknadno ispunjenje nema interesa.

Dakle, radi se o istom načinu pravnog razmišljanja kao i pri raskidu fiksnih ugovora, i upravo zbog toga ovo pravilo otvara i određena pitanja. Naime, fiksni ugovori se *ex lege* raskidaju protekom roka zato što je rok ispunjenja bitan element ugovora, a to je okolnost koja je poznata i vjerovniku i dužniku. Stoga se postavlja pitanje treba li isti kriterij zahtijevati i u slučaju primjene ove odredbe na raskid ugovora zbog materijalnih nedostataka, tj. dopustiti raskid bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka samo pod uvjetom da je i prodavatelju bila poznata svrha radi koje kupac sklapa ugovor, odnosno da je znao ili mogao znati da kupac ne može ostvariti svrhu ugovora naknadnim ispunjenjem bez nedostataka. Iako se u literaturi susreće stav koji smatra da je raskid bez ostavljanja roka moguć samo pod tim uvjetom,¹²⁴ zakon to ne zahtijeva, tako da pitanje ostaje otvoreno.

Novina u zakonu je i uvođenje odredbe čl. 413. st. 2., koja se odnosi na raskid fiksnih ugovora. Čl. 413. st. 1. uređuje raskid ugovora, odnosno utvrđuje da se protekom naknadnog primjerenog roka¹²⁵ ugovor raskida *ex lege*, ali ga kupac može održati ako bez odgađanja izjavi prodavatelju da ugovor održava na snazi. Ovom pravilu, koje odgovara rješenju čl. 491. starog ZOO-a, dodaje se novo pravilo kojim se utvrđuje da isto vrijedi i za fiksne ugovore.¹²⁶ Pravilo treba razumjeti na način da se ono odnosi samo na onaj dio pravila iz st. 1. koji govori o mogućnosti održavanja ugovora na snazi izjavom kupca i u slučaju da je ugovor fiksni. To odgovara općim

¹²³ Prema odredbi čl. 361. ZOO: Kad je ispunjenje obveze u određenom roku bitan sastojak ugovora, pa dužnik ne ispunji obvezu u tom roku, ugovor se raskida po samom zakonu.

¹²⁴ Vidi: GORENC, 2005., str. 650.

¹²⁵ U slučajevima kada po zakonu kupac ne može raskinuti ugovor bez ostavljanja takvog roka.

¹²⁶ Čl. 413. st. 2.: Isto vrijedi i u slučaju ispunjenja s nedostatkom obveze kod koje je ispunjenje u određenom roku bitan sastojak ugovora.

pravilima o jednostranom raskidu fiksnih ugovora zbog neispunjenja,¹²⁷ pa se može isticati da bi vrijedilo i u slučaju da nije posebno propisano. No, zakonodavac je polazio od sasvim ispravnog stajališta da neispunjenje i ispunjenje s nedostatkom nisu podudarni pojmovi, te da je i na ovom mjestu potrebno detaljno urediti pretpostavke jednostranog raskida.

IV. Gubitak prava

Posljednja izmjena koju novi ZOO unosi u dijelu posvećenom pravima kupca jest produženje roka u kojemu kupac koji je pravodobno obavijestio prodavatelja o nedostatku može ostvarivati svoja prava. Prema čl. 500. st. 1. starog ZOO-a taj je rok iznosio godinu dana, a sada je odredbama čl. 422. st. 1. produžen na dvije godine, i to za sve ugovore bez razlike. Radi se o prekluzivnom, a ne zastarnom roku, tj. protekom dvije godine prestaju prava kupca, a ne samo pravo na tužbu.¹²⁸ Produženje roka vjerovatno je posljedica prihvaćanja odredbe čl. 5. st. 1. 2. reč. Smjernice 1999/44.¹²⁹ No, ne radi se ipak o pravilima istog sadržaja i učinka. Naime, pravila Smjernice zahtijevaju da *zastarni rok* po pravilima prava država članica ne istekne prije proteka dvije godine od predaje stvari,¹³⁰ a po hrvatskom pravu radi se o *prekluzivnom roku* koji počinje teći od pravodobne obavijesti o nedostatku. Iz toga proizlazi da je rješenje ZOO-a po kupca nepovoljnije u jednom dijelu od pravila Smjernice jer protekom roka gubi prava u cijelosti, a ne samo pravo na tužbu. No, u drugom je dijelu ono za kupca povoljnije jer rok počinje teći kasnije, tj. od dana pravodobne obavijesti. To posebno vrijedi za potrošačke ugovore jer je kod njih kupac obavezan obavijestiti prodavatelja o nedostatku u roku od dva mjeseca od otkrivanja nedostatka (čl. 403. st. 4. i čl. 404. st. 1. ZOO-a).

No upravo stoga što početak tijeka roka vezuju za pravodobnu obavijest o nedostacima, odredbe čl. 422. ostavljaju otvoreno pitanje kada taj rok počinje teći u slučaju kada zbog nesavjesnosti prodavatelja pravodobna obavijest nije uvjet njegove odgovornosti. Kako bi u takvoj situaciji vezivanje početka tijeka roka za trenutak predaje stvari zapravo stavljalo nesavjesnog prodavatelja u bolji položaj od savjesnog,¹³¹ u teoriji se predlaže da to bude trenutak kada je kupac saznao za nedostatak, ili trenutak

¹²⁷ Čl. 361. st. 1. i 2. ZOO-a.

¹²⁸ Tako: GORENC, 2005., str. 659. sq.; VEDRIŠ – KLARIĆ, str. 409., PEROVIĆ – STOJANOVIĆ, str. 114.; ČUVELJAK, str. 114.

¹²⁹ Čl. 5. st. 1., 2. reč.: *If, under national legislation, the rights laid down in Article 3(2) are subject to a limitation period, that period shall not expire within a period of two years from the time of delivery.*

¹³⁰ To stoga što Smjernica 1999/44 ne predviđa obvezu kupca (potrošača) da obavijesti prodavatelja o nedostatku (iako dopušta nacionalnim pravima da tu obvezu predvide), tako da ni početak tijeka zastarnog roka ne može vezivati za taj trenutak.

¹³¹ Jer za ovoga rok uvijek počinje teći neko vrijeme nakon predaje, tj. kada je kupac izvršio pregled stvari i poštovao rok za slanje obavijesti, a kod potrošačkih ugovora čak dva mjeseca od otkrivanja nedostatka.

kada bi kupac najkasnije bio dužan obavijestiti prodavatelja da je ovaj bio savjestan.¹³² Prvo ponuđeno rješenje teže je prihvatljivo jer se saznanje za nedostatak ne može objektivno utvrditi, a kod prekluzivnih rokova je to nužno. Stoga držimo da je drugo predloženo rješenje ispravan odgovor na ovo pitanje, tim više što je u potpunosti u skladu s *ratio legis* odredbe čl. 422. st. 1. ZOO-a.¹³³

Iznimke od pravila da kupac protekom prekluzivnog roka gubi sva prava ostaju u novom zakonu neizmijenjene u odnosu na dosadašnje rješenje (čl. 500. st. 2. starog ZOO-a). I sva ostala pravila koja se odnose na prava kupca u slučaju kada su ispunjene pretpostavke prodavateljeve odgovornosti ostaju u svemu ista u odnosu na rješenja starog ZOO-a.

9. Isključenje i ograničenje odgovornosti

Ispunjavajući obvezu da hrvatsko pravo uskladi s minimalnim standardima zaštite prava potrošača utvrđenima u Smjernici 1999/44, zakonodavac je dopunio i odredbu čl. 408. Kako su pravila ZOO-a kojima se uređuje odgovornost za materijalne nedostatke stvari u načelu dispozitivne prirode, čl. 408. st. 1. dopušta ugovornim strankama da ovu odgovornost ograniče ili sasvim isključe. No, to je pravo značajno ograničeno, i to radi zaštite interesa kupca. Tako će prema odredbama čl. 408. st. 2. odredba ugovora o ograničenju ili isključenju odgovornosti za nedostatke stvari biti ništetna ako je nedostatak bio poznat prodavatelju, a on o njemu nije obavijestio kupca, a i onda kad je prodavatelj nametnuo tu odredbu koristeći se svojim monopolskim položajem.

Ovim pravilima, koja u potpunosti odgovaraju pravilima 486. starog ZOO-a, novi ZOO dodaje i pravilo da je odredba o ograničenju ili isključenju odgovornosti uvijek ništetna ako se radi o potrošačkom ugovoru. Time je prihvaćena odredba čl. 7. st. 1. Smjernice 1999/44 koja nalaže nacionalnim pravima da ništetnom proglase svaku odredbu potrošačkog ugovora kojom se prava kupca utvrđena ovom Smjernicom ograničavaju ili isključuju.¹³⁴ Naravno, pravila čl. 408. st. 2. ne isključuju mogućnost da se stranke, nakon što je odgovornost prodavatelja po zakonu već nastala, slobodno dogovore o međusobnim pravima i obvezama.

¹³² Tako: GORENC, 2005., str. 660.

¹³³ Naravno, kod potrošačkih ugovora ostaje da je početak tjeka roka (iako prekluzivnog), i u slučaju kada je obavijest potrebna i kada zbog nesavjesnosti prodavatelja kupac zadržava svoja prava iako obavijest nije poslao, određen subjektivno budući da se, u pravilu, ne može objektivno utvrditi kada je potrošač otkrio nedostatak.

¹³⁴ Čl. 7. st. 1.: *Any contractual terms or agreements concluded with the seller before the lack of conformity is brought to the seller's attention which directly or indirectly waive or restrict the rights resulting from this Directive shall, as provided for by national law, not be binding on the consumer.*

10. Zaključne napomene

Institut odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari iznimno je značajan dio ugovornog prava, i to ne samo zbog gospodarske i pravne važnosti ugovora o prodaji, nego još više zbog činjenice da se pravila o odgovornosti koja vrijede za ovaj ugovor analogno primjenjuju i na ostale teretne ugovore, ako zakonom što posebno nije propisano. Stoga i izmjene koje je hrvatski zakonodavac donošenjem novog ZOO-a uvrstio u postojeći režim odgovornosti spadaju u značajnije promjene zakona. Osnovni razlog zbog kojega se pristupilo reformi instituta bila je potreba usklađivanja ovog segmenta hrvatskog pravnog poretka s minimalnim standardima zaštite interesa potrošača u pravu Europske unije, odnosno odredbama Smjernice 1999/44 o nekim aspektima prodaje potrošačkih roba i s njima povezanim garancijama. Pri tome se zakonodavac opredijelio za tzv. integralni pristup, tj. jedinstveno uređenje instituta i za potrošačke i za nepotrošačke ugovore, želeći time izbjeći nepotrebnu fragmentaciju građanskopravnog uređenja.

Kako pokazuje analiza ovih izmjena, nije se bitnije diralo u srž, odnosno temeljna pravila na kojima institut počiva. Da udovolji zahtjevima Smjernice 1999/44, a da pri tom ne izvrši korjenitu reformu instituta, hrvatskom je zakonodavcu bilo moguće zbog činjenice da se pravila starog ZOO-a jednim dijelom, a pravila Smjernice gotovo u cijelosti, oslanjaju na zajednički uzor, odnosno na pravila Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe. Tako je gledano s aspekta zaštite interesa potrošača cilj zakonodavca ispunjen gotovo u potpunosti, štoviše u nekim elementima su rješenja novog ZOO-a za potrošača čak povoljnija od minimalnih zahtjeva Smjernice 1999/44.

Reformirajući institut zakonodavac se odlučio za dvije vrste intervencija u postojeća pravila. S jedne strane, prihvatio je neka od pravila Smjernice 1999/44 kao opća pravila koja se primjenjuju na sve ugovore podjednako (tj. trgovačke, potrošačke i građanskopravne). To se prvenstveno odnosi na promjene vezane uz definiranje pojma materijalnog nedostatka stvari, odnosno dodavanje novih slučajeva u kojima se smatra da stvar ima materijalni nedostatak. Tako se smatra da stvar ima materijalni nedostatak ako nema svojstva koja inače postoje kod drugih stvari iste vrste i koja je kupac mogao opravdano očekivati prema naravi stvari, posebno uzimajući u obzir javne izjave prodavatelja, proizvođača i njihovih predstavnika o svojstvima stvari, kao što su reklame, označavanje stvari i sl. Iako ova odredba može izazvati početna nesnalaženja u sudskoj praksi, budući da u naše pravo uvodi koncept "opravdanog očekivanja", koji je inače karakterističan za angloameričko, a ne za kontinentalnoeuropsko pravo, treba je, barem sa stanovišta kupca, pozdraviti kao dobro rješenje jer značajno proširuje pojam materijalnog nedostatka stvari. Osim toga, ona uvodi odgovornost prodavatelja za javne izjave vezane za stvar, što je, pogotovo u uvjetima agresivne primjene suvremenih marketinških tehnika, također dobrodošla dopuna. Nedostatkom stvari po novom ZOO-u smatraju

se i nedostaci koji su posljedica grešaka u montaži stvari koju obavlja prodavatelj, odnosno grešaka u uputama za montažu koju obavlja kupac.

Iako se u oba slučaja radi o pravilima koja su po smislu prvenstveno usmjerena za zaštitu potrošača, budući da se takve situacije najčešće susreću upravo u potrošačkim ugovorima, zakonodavac je primjenu ovih odredaba proširio na sve ugovore, što je svakako dobro rješenje jer podiže razinu zaštite kupca bez obzira na vrstu ugovora.

Na sve ugovore odnosi se i izmjena zakona koja postavlja oborivu predmnjevu da je nedostatak koji se pojavi na stvari u roku od šest mjeseci od njene predaje postojao već u trenutku predaje. I ovim je pravilom kupac mnogo bolje zaštićen nego po dosadašnjem rješenju koje je na kupca prebacivalo teret dokaza postojanja nedostatka u trenutku prijelaza rizika s prodavatelja na kupca.

Među značajnije odredbe o odgovornosti za nedostatke koje se odnose na sve ugovore spada i ona koja kupcu daje pravo da raskine ugovor bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka za uredno ispunjenje u slučaju kad kupac zbog zakašnjenja prodavatelja ne može ostvariti svrhu radi koje je sklopio ugovor. Isto tako, na sve ugovore odnosi se i odredba kojom se produžuje rok u kojemu kupac može ostvarivati svoja prava s naslova odgovornosti za materijalne nedostatke. Prema starom rješenju rok je iznosio jednu, a sada je produžen na dvije godine od obavještanja prodavatelja o postojanju nedostatka.

Većina ostalih izmjena izvršena je na način da se dosadašnja pravila mijenjaju samo u odnosu na potrošačke ugovore, odnosno potrošača se štiti posebnim pravilima koja ga stavljaju u bolji položaj u odnosu na kupca - trgovca i kupca iz klasičnih građanskopravnih ugovora. No, kako pokazuje analiza pravila, u tom dijelu zakon nije uvijek do kraja dosljedan, tj. u nekim slučajevima ostavlja staro razlikovanje između trgovačkih i netrgovačkih ugovora i dodaje im nova posebna pravila koja štite isključivo potrošača, a u nekima pravila koja Smjernica 1999/44 predviđa kao sredstva zaštite potrošačkih interesa primjenjuje i na potrošačke i na klasične građanskopravne ugovore. Osim toga, kako je objašnjeno u radu, neka od novih rješenja koja je zakonodavac prihvatio da bi udovoljio zahtjevima zaštite interesa potrošača kako ih definira Smjernica 1999/44, nisu do kraja razrađena te ostavljaju otvorenima određena pitanja koja će se u primjeni instituta sigurno pojaviti i zahtijevati adekvatne odgovore u sudskoj praksi.

Isto tako, može se raspravljati o tome kako ocijeniti odluku zakonodavca da zadrži u osnovi gotovo neizmijenjen temeljni koncept instituta i da ga samo u nekim dijelovima dogradi novim pravilima. Drugi mogući pristup bio je onaj koji su prihvatili redaktori izmjena njemačkog BGB-a koji su implementaciju odredaba Smjernice 1999/44 iskoristili za temeljitu reformu ovog instituta, a u nekim veoma važnim segmentima čak i čitavog ugovornog prava. Naravno, situacija za hrvatskog i njemačkog zakonodavca nije nikako bila ista, jer je njemački BGB do modernizacije iz 2002. godine

sadržavao zastarjeli model instituta, dok su postojeća rješenja u hrvatskom pravu bila puno bliža modelu kojega nudi Smjernica.

Temeljni argument koji govori u prilog opredjeljenja redaktora ZOO-a jest argument pravne tradicije i kontinuiteta. Radi se naime o institutu koji je bio reguliran prilično uspješno i njegova primjena u praksi nije izazivala veće probleme. No, ipak ostaje pitanje je li propuštena prilika da se institut odgovornosti za materijalne nedostatke stvari u potpunosti prilagodi suvremenim stajalištima i najnovijim tendencijama razvoja ugovornog, pa čak i uopće obveznog prava, koje se javljaju u europskoj pravnoj misli i praksi i koje očito streme oblikovanju jednog novog europskog *ius commune* i u oblasti civilnog prava. To tim više stoga što ni takav pristup ne bi zahtijevao suviše radikalne rezove u odnosu na postojeća rješenja, jer pravila starog ZOO-a i onaj način pravnog razmišljanja od kojega polaze kreatori budućeg europskog zajedničkog prava u ovoj oblasti, dijele zajedničkog "pretka", a to su unificirana pravila o međunarodnoj prodaji roba.

Summary

LIABILITY FOR MATERIAL DEFECTS ACCORDING TO THE NEW LAW ON OBLIGATIONS

The article is dedicated to analysis of revisions included in the new Law on Obligations related to seller's liability for material defects. Having in mind that these rules are adequately applicable to all onerous contracts, their practical importance is significant. Apart from remedying certain important shortcomings in the previous Law on Obligations, the main reason for discussed revision lies in the obligation of harmonization with EU rules on consumer protection. In reforming the law, the Croatian legislature has widened application of certain EU rules on consumer protection to all other contracts. In the first place, this is the case with broadening of the term "material defects" and with establishment of *presumptio iuris* in relation to existence of defects in the moment of risk transfer from seller to buyer, as long as defects appear within 6 months of delivery. Further reforms in other elements of consumer contracts include special provisions that, as a rule, render consumer's position more favorable than position of other buyers.

Key words: *material defects, conditions of seller's liability, buyer's rights.*

Zusammenfassung

HAFTUNG FÜR MATERIELLE MÄNGEL VON KAUFGEGENSTÄNDEN NACH DEM GESETZ ÜBER SCHULDVERHÄLTNISSE

Die Arbeit ist der Untersuchung der Änderungen gewidmet, die das Institut der Haftung des Verkäufers für materielle Mängel von Kaufgegenständen durch die Verabschiedung des neuen Gesetzes über Schuldverhältnisse erfahren hat. Da von Regeln die Rede ist, die analog auf alle Vergütungsverträge angewandt werden, sind diese Änderungen für die Rechtspraxis von großer Bedeutung. Neben dem Bemühen aus der bestehenden Lösung einige weniger bedeutende Mängel zu beseitigen, war der Hauptgrund für die Änderungen die Anpassung des kroatischen Rechtssystems an die Regeln des Europarechts auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes. Der kroatische Gesetzgeber hat sich anlässlich der Reform des Instituts einige der Regeln des Europarechts, die sich auf den Verbraucherschutz beziehen als Regeln, die sich nicht nur auf Verbraucher sondern auf alle anderen Verträge beziehen zu eigen gemacht. Das bezieht sich vor allem auf die Erweiterung des Begriffes materielle Mängel, sowie auf die Einführung anfechtbarer Vorstellungen für das Bestehen von Mängeln in dem Augenblick in dem das Risiko vom Verkäufer auf den Käufer übergeht, unter der Bedingung, dass der Mangel in der Frist von 6 Monaten seit der Übergabe der Ware auftaucht. Bei den übrigen Elementen wurde die Lösung hauptsächlich auf die Weise geändert, dass für die Kaufverträge besondere Regeln vorgesehen sind, die den Verbraucher im Verhältnis zu den anderen Käufern immer in eine bessere Lage versetzen.

Schlüsselwörter: materielle Mängel von Kaufgegenständen, Haftungsbedingungen des Verkäufers, Recht des Käufers.

Sommario

RESPONSABILITÀ PER DIFETTI MATERIALI DELLA COSA SECONDO LA NUOVA LEGGE SUI RAPPORTI OBBLIGATORI

Il lavoro è dedicato allo studio delle modifiche contenute nella nuova Legge sui rapporti obbligatori riguardanti la responsabilità del venditore per difetti materiali. Avendo in mente che queste regole sono analogamente applicabili a tutti i contratti onerosi, la loro importanza pratica è significativa. Oltre a rimediare diverse importanti deficienze nella precedente Legge sui rapporti obbligatori, la ragione principale per la modifica discussa risiede nell'obbligo di armonizzazione con il diritto europeo sulla tutela del consumatore. In occasione della riforma dell'istituto

il legislatore croato ha fatto ampia applicazione di alcune norme europee sulla tutela del consumatore a tutti gli altri contratti. In primo luogo è il caso dell'ampliamento del concetto di difetti materiali e dell'inserimento della presunzione legale riguardo l'esistenza di difetti al momento del trasferimento del rischio dal venditore al compratore, a condizione che i difetti appaiano entro sei mesi dalla consegna della cosa. Ulteriori modifiche in altri elementi dei contratti di consumo includono regole particolari che, di norma, rendono la posizione del consumatore più favorevole che la posizione degli altri acquirenti.

Parole chiave: *difetti materiali della cosa, condizioni della responsabilità del venditore, diritti dell'acquirente.*

PRAVO OSOBNOSTI U NOVOM ZAKONU O OBVEZNIM ODNOSIMA

Dr. sc. Aldo Radolović, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Predsjednik Županijskog suda u Puli

UDK: 347.426.4(497.5)(094.5)
Ur.: 4. siječnja 2006.
Pr.: 20. siječnja 2006.
Izvorni znanstveni članak

Pravo osobnosti (pravo ličnosti) ima iza sebe dosta dugu povijesnu evoluciju, ali se – u svojoj punoj znanstvenoj zaokruženosti – pojavilo tek u drugoj polovici 20. stoljeća (razorne i traumatske posljedice 2. svjetskog rata definitivno su na svjetsku scenu “izbacile” pojavu ljudskih prava u javnom pravu odnosno pojavu prava osobnosti na području privatnog prava).

Svi su ljudi nositelji prava osobnosti, ali (u mjeri koliko je to objektivno moguće) i pravne osobe. Objekt tih prava je personalitet subjekta prava kao zbir njegovih psihofizičkih odnosno gospodarsko – socijalnih osobina (“moralna imovina”).

Postoji izravna, čak sinonimska veza, između prava osobnosti i neimovinske štete. Novi ZOO tu vezu prihvaća i potvrđuje.

Novi ZOO i inače predstavlja značajan korak naprijed u recepciji i razvoju prava osobnosti u RH. Od stupnja kreativnosti znanosti i prakse građanskog prava zavisi njegova stvarna implementacija u ovoj materiji.

Ključne riječi: *pravo osobnosti, Zakon o obveznim odnosima, neimovinska šteta.*

1. Uvod

Pravo osobnosti (pravo ličnosti) predstavlja danas u svijetu i kod nas nedvojbeni, kvantitativno sve veći (svakako već više od 1/3 pa možda i 1/2) i kvalitativno sve značajniji sastavni dio privatnog odnosno građanskog prava.

Imovinsko pravo je kroz dugo povijesno razdoblje bilo gotovo sinonim za sveukupno građansko pravo. Ono će još dugo ostati prvi i najvažniji dio

građanskog prava. Pravo osobnosti nema ambiciju preuzeti mu taj primat niti ga bilo čime ugroziti.

Imovinsko pravo je, međutim, stvorilo pravni mentalitet i mnoge predrasude koje ponekad ometaju pravilnu impostaciju prava osobnosti kao sastavnog dijela građanskog prava. Stvorena je ponekad prava pravna dogma o isključivo imovinskom karakteru građanskog prava i u ime te dogme nerijetko se pravu osobnosti odriče njegov građanskopravni značaj.

Neki aspekti ove dogme vidljivi su čak i u već registriranim, prvim pokušajima stvaranja Građanskog kodeksa Europske Unije. Sva je težnja za sada usmjerena na imovinska pitanja (novac, roba, kapital, kamate, sigurnost i efikasnost ostvarivanja tražbina, ovrha, stečaj, opći uvjeti poslovanja, itd.), dok se o onim neimovinskim (pravu osobnosti) još ne govori. Države – članice EU su zapravo i same prošle sličan razvoj: najprije su uredile imovinske odnose, a tek potom prišle pravnoj regulaciji ljudske osobnosti. Prvo se, očito, zadovoljavaju primarni interesi biološke egzistencije, a tek u drugoj, višoj fazi slijedi zadovoljavanje tzv. humanističke egzistencije. Duže trajanje prve faze objektivno prijeto (dosta zakonomjerno) stvaranjem dogme o isključivo imovinskom karakteru građanskog prava.

Nije, međutim, ipak točno da između imovinske i neimovinske komponente građanskog prava postoje nekakve nepomirljive razlike i suprotnosti. Imovinski dio građanskog prava omogućuje pravu osobnosti čvrste pravne okvire bez kojih bi se pravo osobnosti dosta lako moglo pretvoriti u kategoriju samo moralno – etičkog karaktera. Stoljetno iskustvo u imovinskom pravu dragocjeno je pravno naslijeđe i u neimovinskom pravu (pravu osobnosti) koje upravo zahvaljujući tome vrlo brzo stječe svoj puni pravni legitimitet u ukupnoj strukturi pravnog sustava.

Već smo u nekoliko prethodnih rečenica ovoga rada spomenuli, i to u otvorenom smislu pune jezične i pravne sinonimije, barem tri naziva vezana uz pojam kojeg ovdje razmatramo: pravo osobnosti, pravo ličnosti i neimovinsko pravo u građanskom pravu.

Izraz “pravo osobnosti” slijedi terminologiju novog Zakona o obveznim odnosima (ZOO iz '05.). Teorijski je, međutim, najadekvatniji izraz “pravo ličnosti”, jer je pravo osobnosti (pravo na osobnost) samo jedno od prava ličnosti i nije stoga prikladno da se po jednom pravu naziva čitavo pravno područje koje je objekt regulacije. “Neimovinsko pravo u građanskom pravu” je, svakako, najmanje adekvatan izraz i sadrži u sebi bitni nedostatak što predmet pravnog područja određuje negativno, po onome što ono nije. Sasvim kolokvijalno sva tri izraza mogu ostati u optjecaju, no pod temeljnim uvjetom da imaju u vidu isti sadržaj.

U pravu osobnosti predmet je pravne zaštite osobnost čovjeka (*mutatis mutandis* i pravne osobe). Ne čovjek, dakle, nego njegova osobnost. Nije čudno da je jedan tako “nevidljiv” sadržaj regulacije bio dugo vremena izbjegavan, pa i otvoreno opstruiran. Razlozi te opstrukcije bili su, međutim, ideološko – političke, a mnogo manje pravno – tehničke naravi.

Pojava prava osobnosti izraz je povijesnog iskustva čovjeka i povijesti sazrijevanja čovječanstva. U njegovu su pojavu i razvoj utkani napori najvećih umova koje je ljudski rod dao u svojoj povijesti. Napredak u društvu nikada nije išao bez problema, poteškoća i otpora. Zato takva povijesna sudbina nije mimoišla ni pravo osobnosti, dajući mu – s druge strane i možda baš zbog toga – značajke jednog od uopće najvažnijeg i najavangardnijeg pravnog učenja u povijesti čovječanstva. Avangardnost je prava osobnosti u isticanju čovjeka i njegovih bio – kulturnih vrijednosti kao posebno važnog i samostalnog objekta pravne zaštite. Još više od toga – mehanizam te pravne zaštite je, budući da je riječ o građanskom pravu, u rukama čovjeka samog.

Hrvatsko građansko pravo napravilo je do sada važne pionirske korake u recepciji prava osobnosti. Međutim, čitavo 20. stoljeće, odnosno kretanja u tom stoljeću, kod nas ne samo da nisu bila pogodno tlo za pojam i razvoj prava osobnosti, nego su djelovala u suprotnom pravcu. Nijedan političko – ideološki totalitarizam ne priznaje pravo osobnosti jer ne priznaje slobodu pojedinca. Mi smo imali povijesnu nesreću u relativno kratkom povijesnom razdoblju iskusiti čak dva totalitarna sustava.

Takav povijesni deficit naše je opterećenje kojega moramo biti svjesni i zbog kojega smo u zaostatku u odnosu na razvijeniji dio svijeta. To ne znači da se i mi ne možemo priključiti zajednici demokratskih i civiliziranih naroda i na ovom planu, ali trebamo to svakako činiti uz saznanje o povijesnom zaostajanju i s povećanom željom da taj nedostatak što prije nadoknadimo. Neke nove mogućnosti današnjeg svijeta (informatika, brži transfer znanja i ostalo) stoje i nama na raspolaganju, i to je onaj odlučujući faktor koji omogućuje brže uključivanje. Volja da se to učini, međutim, mora biti samo naša.

Posebno je Republika Hrvatska u svom novom Zakonu o obveznim odnosima (ZOO iz '05., NN 35/05.) učinila mnoge, nove i značajne iskorake koje valja pozdraviti i koje ćemo u ovom radu nastojati prikazati barem u temeljnim segmentima.

Normativna regulacija, međutim, ne rješava sve. Ona samo pretpostavlja postojanje odgovarajućih sociološko – pravnih uvjeta kojih još uglavnom nema ili su tek u nastajanju, a bez kojih pravo osobnosti ne može zaživjeti. Valja stvoriti pravnu kulturu liberalne demokracije, kulturu poštivanja čovjeka i njegovih vrijednosti.

Rješenja koja daje novi ZOO poboljšanja su koje je vrijedno, ali to još nije na razini najboljih svjetskih rješenja, čak je ponekad i dosta daleko od toga. Za takvu razinu prava osobnosti mi još nemamo uvjeta. No, apstrahiramo li taj aspekt, novi ZOO donosi na planu prava osobnosti doista mnogo dobrog. U pojedinim kategorijama (npr. naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora) hrvatski zakonodavac nadmašuje čak i najbolja svjetska rješenja, a i inače podiže razinu poznavanja prava osobnosti. Suštinsko zaostajanje će još dugo biti prisutno i ono je povijesno razumljivo.

Navike su naša druga narav (Aristotel). Na hrvatskoj pravnoj sceni djeluju pravnici odgojeni u znaku tradicionalnog građanskog prava u kojemu je imovinska komponenta bila gotovo isključivi dio. To je doista prava dogma o isključivo imovinskom karakteru građanskog prava koje ima i u svijetu i koja smeta pravilnoj impostaciji prava osobnosti u sustav građanskog prava. To je onaj "remetilački faktor" s kojim valja računati.

Istovremeno se valja nadati da će ta ista pravnička dogma pravu osobnosti dati "prave" pravne okvire i omogućiti mu punu inkorporaciju u sveukupni pravni sustav. Treba se nadati da će ova druga tendencija biti jača od prve.

2. Pravo osobnosti kao sastavni dio građanskog prava

Nije samo uvodno spomenuta dogma o isključivo imovinskom značaju građanskog prava bila zapreka uvrštavanju prava osobnosti u okrilje građanskog prava. To je, uz opće sociološko – pravne zapreke, bio svakako prvi i najvažniji, ali ne i jedini razlog zaostajanja.

Drugu grupu čine razlozi vezani uz poteškoće koje objektivno postoje i koje su takve da ih valja doista racionalno i strpljivo svladavati. Znanost i praksa su na najpretežitiji broj znanstveno spornih i dvojbenih pitanja već dali pravilne odgovore. U tom smislu je danas pravo osobnosti nesporni i nedvojbeno sastavni dio građanskog prava, ali je pravna evolucija toga stanja bila posebno duga i teška.¹

2.1. Pojam prava osobnosti

Već od pojave prvih naznaka učenja o pravu osobnosti bilo je jasno da to nije sasvim "obično" učenje, da ima mnogo veze s javnim pravom (ustavnim, kaznenim, upravnim, međunarodnim, itd.) i s pravilima moralno – etičkog poretka.

Prvo su se pojavili pojmovi nekih oblika prava osobnosti (pravo na vlastitu sliku, vlastiti lik), a apstraktno zahvaćanje pojma je dosta dugo izbjegavano. Kroz dulje vremensko razdoblje činilo se da je nekako najbliža istini teorija velikog njemačkog pravника Kohlera² o tome da je sadržaj prava osobnosti u zaštiti dostojanstva čovjeka.

¹ O povijesti prava osobnosti posebno vidjeti: H. Coing – *Europäisches Privatrecht*, München 1985., poglavlje 37. – *Persönlichkeitsrecht, Menschenrechts, Urheber und Erfindrecht*, str. 220 – 227, pogl. 48. – *Persönlichkeitsrechte*, str. 293 – 302; H. Coing: *Zur Geshichte des Privatsystem*, Frankfurt 1962.

² J. Kohler: *Das Autorrecht*, Jena 1880., *Das Eigenbild im Recht*, 1903. i *Das Kunstwerkrecht*, 1908. Ova djela predstavljaju temelj modernog učenja o pravu osobnosti i navode se u tom svojstvu u svim avangardnim udžbenicima prava osobnosti (H. Hubmann: *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln – Graz 1957. (1967.); R. Lindon: *Les droits de la personnalite'*, Pariz 1974.; A. De Cupis: *Diritti della personalità*, Milano 1982.).

Suvremene su teorije preciznije. Naglašava se “osobnost” (personalitet) čovjeka pa je – po tome – pravo osobnosti ona grana prava koja sredstvima građanskog prava štiti personalitet čovjeka (pod nekim posebnim uvjetima također i pravne osobe).

“Osobnost” čovjeka nije samo psihološka kategorija nego je i pravni pojam. To je zapravo moralna (neimovinska) imovina čovjeka koji ima dvije imovine: jednu imovinsku imovinu (kao skup imovinskih prava na stvarima i pravima) i, drugu, “neimovinsku imovinu” (uz nužnu uporabu navodnika radi naglašavanja metaforičnog značaja riječi) koja je njegov personalitet.

Svaki čovjek (i svaka pravna osoba) ima obje “imovine”, ali ne u istoj mjeri i u istoj veličini. Netko je bogatiji, netko siromašniji – u imovinskom pravu. Na području prava osobnosti – netko ima veću, a netko manju personalnost. Ljudi jesu jednaki, ali nisu isti.

“Osobnost” čini čovjekov život, zdravlje, izgled, razina kulture, glas, čast i ugled, emocije, talenti koje posjeduje, inteligencija koja mu je urođena, itd. Ukupnost psiho-socijalnog stanja, dakle, određuje njegov personalitet (ili personalnost, svejedno), kao i stupanj toga personaliteta.

Ovakve konsideracije omogućuju davanje definicije prava osobnosti, kako u objektivnom tako i u subjektivnom smislu.³

U objektivnom smislu pravo osobnosti je skup normi etičko – pravnog poretka kojima se regulira pravo svakog pravnog subjekta u izražavanje i razvoj vlastite osobnosti u skladu sa stupnjem psiho-socijalnog razvoja.

U subjektivnom smislu je pravo osobnosti pravo određenog pravnog subjekta od svih drugih subjekata tražiti i ostvarivati poštivanje i razvoj vlastite osobnosti u skladu sa stupnjem psiho-socijalnog razvoja. Zahtjev je upućen svima trećima, državi također, jer je ona vrlo često ne samo kršitelj tuđeg subjektivnog prava osobnosti nego i promicatelj situacija koje stvaraju nepovoljno socijalno ozračje za razvoj i primjenu prava osobnosti. Država, međutim, s druge strane jedina može predstavljati drugi i odlučujući čimbenik za pravilan razvoj ovoga prava.

2.2. Dvojbe oko građanskopravnog karaktera prava osobnosti

Život i zdravlje ljudi važne su ustavnopravne kategorije, također i kategorije kaznenog i drugih dijelova javnog prava. Postoji teza da zaštita ovih vrijednosti stoga spada isključivo u javno pravo.

Ovi prigovori opravdano nisu prihvaćeni.

Između javnog i privatnog prava ne postoji do kraja isključivo razgra-

³ Definicije koje ovdje dajemo rezultat su našeg pokušaja određivanja pojma prava osobnosti (A. Radolović: *Pravo ličnosti kao kategorija građanskog prava*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, 1985., str. 114). Slobodni smo reći da je suštinsku poruku ovakve definicije prihvatio i prof. Gavella (N. Gavella: *Osobna prava*, I. dio, Zagreb 2000., str. 35).

ničenje kompetencije, pa neke vrijednosti mogu, biti objektom regulacije u jednom i drugom.⁴

Vrijednosti kao što su život i zdravlje čovjeka u određenoj, čak i dosta jakoj mjeri zahvaća javno pravo, ali ne zahvaća npr. ni po prilici u istom intenzitetu ostale neimovinske vrijednosti (ugled, čast, dostojanstvo, talent, inteligenciju, itd.). To će, po naravi stvari, pretežito spadati u privatno pravo.

Krađa stvari je (uobičajeno) kazneno djelo koje, u pravilu, progoni država. Bilo bi, međutim, nezamislivo da zbog toga država odriče vlasniku pravo na vlasničke tužbe. Isto vrijedi i za zaštitu prava osobnosti: to što država normama javnog prava štiti neke neimovinske vrijednosti čovjeka ne znači da mu oduzina sposobnost da on to i sam čini.

Na području prava osobnosti i neimovinske štete to je gotovo i dramatično vidljivo, jer samo oštećenik (a ne država) zna je li povrijeđen u svom pravu osobnosti i koliko je povrijeđen. Mehanizam zaštite prava osobnosti mora biti u rukama samog nositelja prava i to je, možda, presudni argument za tezu da pravo osobnosti spada u privatno (građansko) pravo. Bez takvih dispozicija nositelja prava osobnosti samo pravo osobnosti izgubilo bi svoj smisao.

Tamo gdje je, pretežito u prošlosti, država "mislila" na prava osobnosti, od prava osobnosti nije bilo ništa. Država nema mehanizme prikladne za zaštitu ovih prava, a nema ni potrebe to činiti, jer je mnogo racionalnije da ona svoje snage koristi na rješavanje pitanja od općeg interesa.

Propisi javnog prava ne smetaju građanskom pravu na području prava osobnosti. Naprotiv, u pravilu mu i koriste, jer stvaraju potreban temelj za privatnopravnu regulaciju. No, posve je izvjesno i to da oslanjanje isključivo na javno pravo i javnopravne mehanizme ne može dati željene rezultate na području prava osobnosti.

Slično vrijedi i za moral. Pravo i moral dva su najvažnija oblika regulacije odnosa između ljudi. Oni dosta idu zajedno, ali se ponekad i odvajaju. Pravo uopće ne zahvaća neke odnose kao što su npr. prijateljstvo, ljubav, zaruke i sl., a ponekad se pravo "izvlači" i sve prepušta moralu kao što je – recimo – zastara tražbina. Nije normalno da su pravo i moral u sukobu, normalno je – naprotiv – da su oni međusobno sukladni. U građanskom pravu (obveznom napose) moral je (zajedno s dobrim običajima i uzancama) važno pravno vrelo i čini sastavni dio pravnog sustava.

Pravo osobnosti, koje nužno zahvaća određene moralne aspekte ljudske egzistencije, nije stoga nekakvo "manje" pravo; utkanost morala u njegov

⁴ Ovo "miješanje" regulacije postoji i u imovinskom pravu (i javno pravo npr. sadrži odredbe o pravu vlasništva). Sva prava (i javna i privatna) štite dvije temeljne sastavnice ljudske egzistencije: "imati" (habere, haben, avere) i "biti" (esse, sein, essere), i na toj bitnoj istini počiva svaka sličnost, ali i svaka razlika između javnih i privatnih prava. Međutim, na čisto teoretskom planu, važno je znati da iz javnih prava ("ljudskih prava") u pravo osobnosti mogu prijeći samo ona prava koja se mogu konstruirati kao subjektivna i apsolutna prava u građanskopravnom smislu te riječi (P. Perlingieri: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino 1972., str. 15).

sadržaj nije zapravo ništa veća nego što je u klasičnim obveznopравnim odnosima.

Zaključiti je stoga da se s pozicija javnog prava odnosno pravila morala ne može valjano osporavati privatnopravni karakter prava osobnosti i takva je privatistička koncepcija prava osobnosti danas prevladavajuća.

2.3. *Pravo osobnosti i neimovinska šteta*

Jedan je od razloga protivljenja impostaciji prava osobnosti u građansko pravo i taj da takvo pravo ne izaziva jače pravne dileme, da je manje - više samo na deklaraciji nekih prava i – na neki način – služi samome sebi kao sustav pravila posve irelevantna značaja.⁵

Ovakva teza pogotovo nije točna.

Prvo, pravo osobnosti i te kako ima samostalnu pravnu zaštitu (npr. spriječiti ili zaustaviti objavljivanje podataka iz privatnog života neke osobe).

Drugo, povreda prava osobnosti temelj je (ili može biti) prava na popravljivanje neimovinske štete. Pravo osobnosti odnosno povreda tog prava (govoreći na čisto teoretskoj razini problema), doduše, ne mora stvarati uvijek i pravni odnos odgovornosti za neimovinsku štetu, ali se bez prava osobnosti neimovinska šteta ne može razumjeti.

Hrvatsko pravo, i sada i ranije u sastavu bivše federalne države, bilježilo je krajnosti u pravnom tretmanu neimovinske štete: od potpunog nepriznavanja (do negdje 1955. godine) do preširokog priznavanja (npr. naknada zbog kontuzije malog prsta).

Oba ova ekstrema pokazuju nepoznavanje suštine neimovinske štete. Bez prava osobnosti ta se bit zapravo i ne može znati. Lutanja i nedosljednosti, kojih je u proteklom razdoblju bilo podosta, bili su izravna posljedica neuočavanja i nepriznavanja relevantne veze između prava osobnosti i neimovinske štete.⁶

⁵ Takvo je mišljenje – primjerice – u bivšoj federalnoj literaturi zastupao V. Vodinić: Lično pravo kao subjektivno pravo i kao grana prava, Arhiv 3/76, Beograd str. 373 – 401.

⁶ Teza koje zahtijevaju razdvajanje prava osobnosti od neimovinske štete bilo je, međutim, i na najvišoj znanstvenoj razini (vidjeti: O. Stanković: Naknada neimovinske štete, Beograd 1968., str. 15 – 19). Prof. Stanković je bio protiv poistovjećivanja “ličnih prava” (tadašnji naziv za pravo osobnosti) i nematerijalne štete. Pritom je dobro uočio da pravo osobnosti ima i svoje vlastito područje primjene (npr. objava tuđeg lika koja ne izaziva nikakve bolove ni strah). U takvom slučaju povrijeđenom subjektu on priznaje pravo na zaštitu (uklanjanje posljedice povrede), ali ne kao naknadu neimovinske štete nego kao pravo temeljem “ličnih prava”.

U sustavu ZOO iz '78./91. ovo je razlikovanje bilo dosta značajno. Moglo se tada doista reći da pravo osobnosti ima svoje vlastito područje primjene (u smislu shvaćanja prof. Stankovića), ali – kada povreda prava ličnosti (osobnosti) izazove još i bol ili strah – radi se o nematerijalnoj (neimovinskoj) šteti.

U nastavku ovog rada prikazat ćemo pobliže promjene nastale u novom ZOO (ZOO iz '05.).

Naprijed opisana koncepcija prof. Stankovića bila je u značajnoj mjeri ugrađena u shvaćanje prava ličnosti u ZOO iz '78./91.

Nemale su praktične posljedice ove pravne konfuzije. One izazivaju neracionalnu potrošnju dragocjenih dijelova društvenog kapitala namijenjenog zaštiti oštećenih osoba. Ponekad se čak pravom na novčano popravljivanje neimovinske štete žele postići ciljevi koji nemaju nikakve veze s pravom osobnosti (discipliniranje ili čak ukidanje javnih medija npr.). Takvim ciljevima pravo osobnosti ne može služiti.

3. Povijesni razvoj prava osobnosti

Pravo osobnosti, u punom smislu te riječi, pojava je iz druge polovice 20. stoljeća. Tu je, nakon grozota 2. svjetskog rata, došlo do definitivnog sazrijevanja ideje o potrebi pune građanskopravne impostacije toga nauka. Izgleda da je pretrpljeni šok do kraja aktivirao čovječanstvo na rješenja koja u prvi plan stavljaju zaštitu ljudske osobnosti.

No, ne može se reći da i prije toga nije bilo ideja i konkretnih rješenja za konstrukciju učenja o pravu ličnosti. Bez akumuliranog povijesnog nasljeđa ni ekspanzija učenja o pravu osobnosti u drugoj polovici 20. stoljeća ne bi bila moguća.⁷

Povijesna evolucija učenja ukazuje stoga i na sadržaj samog učenja, na zapreke koje je trebalo svladavati i na uvjete koji su potrebni da bi se pravna rješenja toga učenja u praksi mogla ostvarivati.

Želimo stoga i ovdje (barem u temeljnim konturama) dati kratki pregled povijesti učenja o pravu osobnosti.

3.1. Povijesne i pravno - kulturne pretpostavke pojave i razvoja učenja o pravu osobnosti

Rimsko pravo i rimska (grčko – rimska) epoha dali su samo neke naznake o mogućoj pravnoj zaštiti čovjeka u privatnom pravu. Izrazitu prevagu ima imovinsko pravo. U pravno – kulturnom smislu, međutim, i Grčka i Rim daju prve prave impulse. Veliki mislioci (filozofi, pisci, pjesnici, povjesničari) klasične kulture vrlo naglašeno ističu važnost pojedinca u društvu i inzistiraju na njegovoj posebnoj ulozi.

Tri velike monoteističke religije (židovstvo, kršćanstvo, islam) isto tako, u većoj ili manjoj mjeri, polaze od velebnog značenja čovjeka kao osobe. Hegel je za kršćanstvo rekao da je najsavršeniji religiozni sustav.

Možda je najbolju sintezu u tom smislu dao filozof Boetije (Boezius, Boezio) koji je djelovao u 10. stoljeću i koji je želio povezati grčko – rim-

⁷ U dugoj povijesnoj evoluciji prava osobnosti prvo veliko znanstveno djelo javlja se u 18. stoljeću: H. Donellus – *Commentarium de iure civili – Opera omnia*, Lueac 1762. – 1770., libar II., cap. 8. nr. 3. To se djelo može označiti kao povijesni početak učenja o pravu osobnosti.

sku kulturu i kršćanstvo. Njegova je poznata definicija čovjeka kao “... *naturae rationalis individua supstantia* ...” dala nov, još snažniji poticaj ideji i praksi da čovjek, samim time što je čovjek, predstavlja i posebnu pravnu vrijednost koju treba štiti mehanizmima privatnog prava. Boetijev nauk stavilo je napose u prvi plan neponovljivu individualnost svakog čovjeka, i to je za učenje o pravu osobnosti bilo od velike važnosti.

Srednji vijek je možda zakočio mnoge ideje, premda ne u mjeri koliko je bivša službena ideologija to tvrdila.⁸

Novi zamah nastupa u razdoblju humanizma i renesanse. To je bio posebno povoljan socijalni okvir za učenje o pravu osobnosti. Otkriće Amerike, jačanje trgovine, pojava novih klasa koje svoju moć izvode iz ekonomske moći, a ne iz statusa, slabljenje i nestanak nekih crkvenih dogmi itd. – sve je to predstavljalo nov, gotovo idealan okvir za pojavu i daljnji razvoj jednog takvog učenja kao što je pravo osobnosti. Nastaju prva značajna znanstvena djela koja, na čisto pravnom planu, trasiraju daljnji razvoj učenja o pravu osobnosti. Tu se može govoriti o već jasnim temeljima toga učenja. Ovi su temelji zanimljivi i danas, bez obzira što je evolucija učenja o pravu osobnosti otišla mnogo dalje i u mnogim drugim smjerovima. Razvoj, napredak, kultura, pozitivno socijalno ozračje, razvoj biofilnog, a ne nekrofilnog ponašanja u društvu (kako bi to rekao E. Fromm) i dr. – sve su to potrebne pravno - kulturne pretpostavke za pojavu i pravilan razvoj učenja o pravu osobnosti.

Iza toga slijedi još jedna bitna faza – ona iz 19. stoljeća, koja je u znaku velikih ideja, velikih umova i građanskopravnih kodifikacija. U prvoj polovici 19. stoljeća žive i djeluju Hegel i Goethe, malo prije njih i Kant (u Italiji – Vico, uz Hegela vjerojatno najveće ime filozofije povijesti). Djelovanje ovakvih “bogova” (kako je za Goethea i Hegela povodom njihove smrti 1832. godine rekao H. Heine) nije moglo biti bez odjeka i na pravnom planu. Tada upravo njemačko pravo daje prve velike autoritete na području prava osobnosti (Kohler, Gerais, Gierke).

Dvadeseto stoljeće, posebno njegova prva polovica, korak su natrag. Kapitalistička društva zapadaju u prve velike krize koje generiraju pojavu totalitarnih sustava (nacizam, komunizam). U takvim sustavima čovjek - pojedinac ne znači skoro ništa. Velika umjetnost je te totalitarizme na vrijeme naslutila (Kafka, Orwell), ali nije mogla aktivirati snage koje bi se ovim totalitarizmima uspješno suprotstavile. U takvim sustavima dominira pojam kolektiviteta (nacije, klase) i pojedinac je tu samo sredstvo, a ne cilj.

⁸ Srednjem vijeku pripada i Dante Alighieri, sigurno najveći pjesnik u povijesti ljudskog roda; njegova “Božanstvena komedija” donosi neponovljivu analizu likova i njihovih osobnosti.

Daljnju povijest ne treba posebno navoditi. Druga polovica 20. stoljeća u znaku je velikih ideja o ljudskim pravima i slobodama, gdje svoje mjesto nalazi i učenje o pravu ličnosti. Sedamdesete godine 20. stoljeća u znaku su novijih poticaja za ljudska prava, ali samo učenje o ljudskim pravima (i o pravu osobnosti u modernom smislu) tekovine su započete odmah iza 2. svjetskog rata.⁹

Iz ovog, vrlo sumarnog prikaza povijesti učenja o pravu osobnosti dadu se deducirati neke bitne pretpostavke za pojavu i razvoj učenja o pravu osobnosti: dobar gospodarski razvoj, dizanje stupnja opće kulture, mir, kultura tolerancije i dijaloga, blagi društveni sukobi, povećana važnost znanosti i umjetnosti. Kad god su takve pretpostavke postojale – učenje o pravu osobnosti bilo je u zamahu. I obrnuto, dakako.

Aktualno stanje čovječanstva nije najpovoljnije. Gospodarski razvoj je stao, neki su dijelovi svijeta jako siromašni, strah od terorizma ponovno budi ideje da se stvari mogu riješiti silom i ograničavanjem sloboda, a može se govoriti i o stanovitoj kulturnoj i umjetničko – znanstvenoj stagnaciji, čak – moguće – i o nazadovanju. U krizi je sama ideja o ljudskim pravima i pravu osobnosti. Zaboravlja se da je prvo ljudsko pravo – pravo na rad, pa mnoge države u nemogućnosti rješavanja problema nezaposlenosti preferiraju zaštitu sasvim perifernih prava. Prvo valja riješiti temeljna pitanja ljudske biološke egzistencije: rad, plaća, stan. Prava je podvala pokretu ljudskih prava i prava osobnosti kada se, prije rješenja ovih pitanja, govori o zaštiti perifernih i marginalnih socijalnih skupina. Tek kada se riješi ovaj prvi stupanj biološke (elementarne) egzistencije čovjeka, može se s opravdanjem prići rješavanju problema humanističke egzistencije. Tada se može i zaštita marginalnih socijalnih skupina oglašavati na “velika zvana”.

Sadašnji problemi, pa i zastoj, u ideji i pokretu ljudskih prava i prava osobnosti nisu zapravo novi. Uvijek je tijekom ljudske povijesti bilo uspona i padova. Valja ipak vjerovati da je liberalna demokracija postala *sine qua non* ljudskog razvoja i da nikakvi problemi neće izazvati bitna odstupanja od toga. Zemlje slobodne demokracije dobile su 2. svjetski rat bez gušenja osobnih sloboda i prava, čak i s iskustvom da je prava demokracija i u ratu efikasnija od totalitarnih sustava. To je iskustvo dragocjeno i budi nade da aktualni problemi neće ugroziti ljudska prava i pravo osobnosti.

⁹ Vidjeti o tome: B. Russel: *Mudrost Zapada*, hrv. izdanje, Split 2005.; K. Popper: *Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji*, Wien 1992. K. Popper je “Karl Marx liberalne demokracije” iako on sam takav naziv nije želio niti se tako ponašao. On je u svojim djelima (vidjeti još npr. i *Siromaštvo povijesti*, isto Wien 1992.) posebno naveo tri ključne pretpostavke liberalne demokracije: slobodno tržišno gospodarstvo, participativna parlamentarna demokracija i vladavina prava (“pravna država”). Bez ovih bitnih socijalnih pretpostavki svaki je razgovor o pravu osobnosti uzaludan.

3.2. Prirodnopravna škola 19. stoljeća i pravo osobnosti

Škola prirodnog prava značajna je za nauk o pravu osobnosti, mada se ne može reći da je isključivo ona zaslužna za pojavu samog učenja. Ta se škola nije toliko bavila čovjekom – pojedincem nego je stvorila vrijednosti koje omogućuju pridavanje većeg značenja čovjeku kao posebno važnom dijelu društva. Prirodnopravna škola je, prije svega, ukazivala na to da prije državnog prava i uz državno pravo i postoji još jedno, više, pravo (prirodno, naravno, za neke – božje) koje pozitivno pravo ne može ni abrogirati ni derogirati.

U nekim stavovima je škola prirodnog prava čak i škodila učenju o pravu osobnosti. Za školu prirodnog prava svi su ljudi jednaki, a za pravo osobnosti svi su ljudi različiti. Škola prirodnog prava ponekad forsira puki egalitarizam, a pravo osobnosti stimulira razlike, osobnost, talente, sposobnosti, inteligenciju, itd. Pravu osobnosti upravo zastupnici škole prirodnog prava predbacuju tendenciju elitizma.

Ostaju ipak velike zasluge škole prirodnog prava o tome da državno (pozitivno) pravo ne može sve. Škola je uvjerala mnoge zakonodavce da padaju u tešku i opasnu iluziju ako misle da je sve isključivo u njihovim rukama. To se odnosi i na zaštitu čovjeka – pojedinca i njegovih vrijednosti. Državno pravo i tu može pomoći, ali ono samo to pravo niti izvorno daje niti ga može oduzimati ili bitnije ograničavati (ograničenja su moguća samo radi zaštite drugih prava i pravnih vrijednosti, što verificira i prirodno pravo). Pravo osobnosti je, osim što je pozitivno pravo, također i prirodno pravo, te se može govoriti o pravu osobnosti (ili pravima osobnosti) kao prirodnom i neotuđivom pravu.

Na temeljima škole prirodnog prava doneseni su nakon 2. svjetskog rata gotovo svi relevantni međunarodno – pravni akti, održano suđenje nacističkim zločincima i projicirana mnoga konkretna međunarodna i nacionalna pravna rješenja.

U svijetu se danas govori o revitalizaciji škole prirodnoga prava.¹⁰

3.3. Razvoj prava osobnosti nakon 2. svjetskog rata

Već smo naveli razloge za novu ekspanziju učenja o pravu osobnosti iza 1945. godine i nastalo povoljno ozračje za to nakon svih grozota koje je ostavio najstrašniji rat u povijesti čovječanstva.

¹⁰ Školu prirodnog prava je, poslije raspada SFRJ, pokrenula Srbija i Crna Gora (tu postoji sada tzv. Kopaonička škola pod vodstvom prof. S. Perovića). Moguće bi i Hrvatska trebala o tome razmisliti pa čak i riješiti neke svoje probleme koji se očito ne mogu riješiti primjenom pozitivnog prava (pretvorba i privatizacija npr.). Primjena (suđenje) temeljem prirodnog prava zahtijeva, međutim, posebno osmišljen sustav i vrhunsko znanje prava onih koji odlučuju temeljem naravnog prava. U protivnom se nužno srlja u jeftin pravni populizam i "maoizaciju" prava i pravnog sustava.

Pravila liberalne demokracije postala su gotovo idealno mjerilo za procvat prava osobnosti. Građanski zakonicima 19. stoljeća se, u pravilu, ne mijenjaju, ali se tumače na novi način i s novim nadahnućem. Pojavljuju se znanstvena djela koja učenje o pravu osobnosti razvijaju do najvećih znanstvenih razina.¹¹ Sustav učenja postaje jasan i zaokružen, a smještanje u građansko (privatno) pravo sigurno i nedvojbeno. "Pravo osobnosti" (das Persönlichkeitsrecht, Le droits de la personnalité, diritti di personalità) postaje pravno definitivno imenovan pojam. Neki se dijelovi toga prava posebno brzo i snažno razvijaju (pravo na privatni život npr.).

Pad komunizma krajem 20. stoljeća pretežito povoljno djeluje na razvoj učenja o pravu osobnosti u zemljama koje su bile u tom sustavu. No, ne u mjeri koliko se (moguće) očekivalo, što je i razumljivo jer sam pad komunizma ne znači automatski i stvaranje svih uvjeta kulturnog i političko - pravnog sustava liberalne demokracije. Takve uvjete u ovim zemljama tek treba stvarati.

Razvoj prava osobnosti pokrenuo je i mnoga pitanja koja se ranije nisu mogla ni postaviti. Jedno od tih pitanja je npr. i novčana naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora. Bez prava osobnosti ovaj bi institut u građanskom pravu bio nezamisliv.

Budućnost prava osobnosti teško je predviđati, ali je izvjesno daljnje probijanje u pravcu još veće zaštite ljudske osobnosti. Genetika i biotehnologija donose neke nove izazove koji su u fazi davanja odgovora.

3.4. Razvoj prava osobnosti u Republici Hrvatskoj

Hrvatska nije u svojoj povijesti imala uvjeta za nastanak i pravilan razvoj nauka o pravu osobnosti.

Dugo razdoblje austrijske odnosno austro - ugarske vladavine bilo je relativno povoljno za ukupni pravni sustav i za imovinski dio građanskog prava, ali na neimovinskom planu (pravo ličnosti, pravo osobnosti) to razdoblje nije mnogo dalo.

Austrijsko pravo (gotovo sve do pokrenute reforme odštetnog prava 2004., koja je upravo u tijeku) nije daleko odmaklo od pravila iz par. 16. ABGB (OGZ) da su svi ljudi pravni subjekti odnosno da imaju pravnu sposobnost. Pravni subjektivitet (po par. 16. ABGB) i pravni personalitet (u smislu učenja o pravu osobnosti) nisu istovjetni pojmovi. Pravna sposobnost samo određuje nositelja prava koje može biti bilo imovinsko bilo neimovinsko. Skup je imovinskih prava imovina subjekta prava, a skup neimovinskih prava njegov je personalitet (njegova "moralna" ili "neimovinska" imovina).

¹¹ H. Hubmann: *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln – Graz 1958., 1962.; R. Lindon: *Le droits de la personnalité*, Pariz 1972.; A. De Cupis – *Diritti della personalità*, Milano 1982.

U usporedbi s ostalim europskim građanskim kodifikacijama 19. st. (Code civil, Codice civile, BGB) austrijsko pravo je u pitanjima neimovinskih prava u građanskom pravu u najvećem zaostatku, koji se tek danas nastoji prevladati. ABGB je temeljen na školi privatnog prava koja za puni procvat prava osobnosti ipak nije dostatna.

Austrijsko pravno nasljeđe, međutim, nije bilo jedini uzrok hrvatskih problema u poduzimanju učenja o pravu osobnosti. Prva Jugoslavija (Kraljevina Jugoslavija) bila je previše nerazvijena i previše zaokupljena svojim unutarnjim problemima da bi se bavila ovako "luksuznim" pitanjima kao što su prava osobnosti. Druga (Titova) Jugoslavija bila je socijalistička, u jednoj fazi posve staljinistička (do negdje 1950.) odnosno državno – socijalistička (do 1974.), a u završnoj fazi društveno (samoupravno) – socijalistička. Prvi dio bio je obilježen političkim i pravnim nasiljem, drugi anarhijom i općom površnošću. Ni jedno ni drugo ne stvara pogodne uvjete za razvoj prava osobnosti.

Ni hrvatska (zagrebačka) pravna škola građanskog prava nije pokazivala veću sklonost učenju o pravu osobnosti. Do negdje 1980. nije čak bilo nikakvog zanimanja za ovo učenje.¹²

Državnopravno osamostaljenje Republike Hrvatske 1991. godine otvara nove mogućnosti. Brz i epohalan zaokret nije moguć, ali su stvorene pretpostavke da se to u relativno skoroj budućnosti dogodi. Javljaju se prva značajnija znanstvena djela iz područja prava osobnosti,¹³ a u novom Zakonu o obveznim odnosima (ZOO iz '05.) pravo osobnosti vrlo je značajno zastupljeno.

Za razvoj ljudskih prava i prava osobnosti u RH potrebno je, svakako, stvoriti temeljne gospodarske i pravno – kulturne uvjete. No, treba stvoriti i novi pravni profil pravnika koji će biti odgojeni i obrazovani u vrijednostima koje traži pravo osobnosti (poštivanje čovjeka, tolerancija, dijalog, veća razina kulture i sl.). To je proces koji mora izvjesno vrijeme i trajati. Pravo građansko društvo treba tek stvoriti.

U približavanju razvijenom svijetu moramo se osloniti na naše vanjske uzore. To, kako smo rekli, nije Austrija, jer je ona na području prava osobnosti i sama zaostajala, ali su to svakako druge razvijenije zemlje Europe (Njemačka, Francuska, Italija).

¹² U bivšem federalnom prostoru zagrebačka je pravna škola u pravu osobnosti bila vrlo malo zastupljena, mnogo manje od drugih prostora gdje inače nije bilo ničeg posebno velikog i značajnog. Prevladavali su autori, mada – dakle – ni oni ne napose mnogobrojni, iz drugih područja SFRJ (Finžgar, Vodinelić, Krneta). Akademik Finžgar (Ljubljana) je 1985. zaokružio svoje bavljenje pravom osobnosti poznatim djelom "Osobnostne pravice".

Stjecajem okolnosti nama je prof. Vedriš 1981. povjerio (akademski nametnuo) izradu doktorske disertacije o pravu ličnosti, možda upravo želeći "pokriti" zaostajanje zagrebačke pravne škole u ovome području.

¹³ N. Gavella: *Osobna prava I.*, Zagreb 2000.; P. Klarić – *Odštetno pravo*, Zagreb 1995.(2003.).

Probleme abecede u pravu osobnosti mi smo već riješili. Čak i mnogo više od toga. Čeka nas sada mukotrni dio daljnje nadogradnje sustava i primjena u praksi. Ništa nećemo napraviti budemo li imali i najbolje propise iz područja prava osobnosti ako se ti propisi ne primjenjuju.

4. Temeljni pravni problemi u konstrukciji prava osobnosti

Relativno kasna pojava učenja o pravu osobnosti nije bila samo posljedica nepovoljnih gospodarsko – političkih i pravno – kulturnih uvjeta. Kašnjenje je dobrim dijelom uslijedilo i zbog čitavog niza tehničko – pravnih problema i poteškoća koje je trebalo savladati. Nije to svakako bio ključni problem zaostajanja, ali ipak je bio dosta značajan.

Neke probleme smo već naveli (odnos prema javnom pravu i prema moralnom poretku). Dodatno ćemo opisati još neke.

4.1. Pravo osobnosti kao subjektivno građansko pravo

Subjektivna prava su za teoriju i praksu građanskog prava vrlo važna. Ona daju moć nositelju prava da vlastitim djelovanjem ta prava i realizira. Svako subjektivno pravo u građanskom pravu ima određen opseg ovlaštenja koja su bitni dio (“motor”) subjektivnih prava. Najveća ovlaštenja svakako daje pravo vlasništva. Druga prava mogu imati manji opseg ovlaštenja, ali ne mogu biti bez ovlaštenja. Prava bez ovlaštenja nisu subjektivna prava i ne mogu spadati u građansko pravo.

Pravo osobnosti (ili prava osobnosti) proizlazi iz javnog prava (prije svega iz Ustava), ali nisu sva ustavna prava ujedno i prava osobnosti. To postaju samo ona ustavna prava koja se mogu konstruirati kao subjektivna i apsolutna u građanskopravnom smislu te riječi. Bez prolaza kroz taj “filter” nema prava osobnosti.

Nisu stoga prava osobnosti pravo na rad, pravo na stan (dobivanje stana) ili pravo na socijalnu zaštitu, obrazovanje i sl. Ova će javna prava jednog dana možda postati također i prava osobnosti, ali za sada u pravilu to nisu.

Pravo na rad ne zavisi od ustavnog ili zakonskog jamstva rada odnosno zaposlenja nego od stanja i potreba gospodarstva. Tamo gdje se zaposlenje jamčilo (zemlje socijalizma), na kraju su svi ostali bez posla. Obrnuto, tamo gdje je došlo do gospodarskog razvoja, stopa zaposlenosti je vrlo visoka i bez jamstva prava na rad (Japan npr.). Zato zaposlenje (pravo na rad), ma koliko bilo važno ustavno i ljudsko pravo, nije ujedno i pravo osobnosti. Isto vrijedi i za pravo na dobivanje stana, socijalnu zaštitu, kulturu, obrazovanje i sl.¹⁴

¹⁴ Još je na međunarodnom “putujućem” Kongresu o pravima osobnosti (Rim – Trst – Beč, 1984.) bio spomenut primjer Japana gdje pravni sustav priznaje pravo na tužbu protiv

Pravo osobnosti je, dakle, subjektivno građansko pravo kao i sva druga građanska prava (pravo vlasništva, služnosti, zalogu, stvarnih tereta, pravo građenja, obvezna, nasljedna i ostala prava). Ima i nekih specifičnosti (npr. neprenosivost), ali takvih prava ima i u imovinskom dijelu građanskog prava (plodouživanje, pravo na uzdržavanje, pravo na naknadu neimovinske štete, pravo iz ugovora *intuitu personae*, itd.). Moguće su ove "atipičnosti" kod subjektivnih prava osobnosti jače izražene, ali im to ne oduzima karakter prava iz građanskog prava.

Od svih prava osobnosti najmanje civilistički djeluje pravo na život. Tu se čini kako nema pravog "manevarskog prostora" za slobodno disponiranje (ne priznaje se, u pravilu, pravo na smrt niti putem eutanazije, ne može se založiti, vlastitom osobom ili osobom drugog ne može se ni za što jamčiti i sl.). Kada nikakvog prostora slobodnog disponiranja ne bi bilo, to ne bi bilo (građansko) pravo osobnosti. Međutim, nije točno da takvog prostora u pravu na život nema: pa koliko ljudi radeći na vrlo velikim visinama ili dubinama svakodnevno riskira svoj život (raspolože svojim životom)? Koliko zaposlenika u cirkusima pozirajući bacačima noževa svake večeri izlaže svoj život smrtnoj pogibelji? Koliko sportaša (boks, posebno) pristaje da zbog pravila igre u kojoj sudjeluju mogu izgubiti i život?!

Pravo osobnosti kao subjektivno građansko pravo ne smije se iscrpljivati samo u obvezi trećeg na poštivanje odnosno suzdržavanje od povrede tuđeg prava osobnosti (negativni aspekt prava osobnosti). Još je važnije od toga pravu osobnosti dati sadržaj koji njegovog nositelja samog ovlašćuje na određeno djelovanje (pozitivni aspekt prava osobnosti). Oba su ova dijela, međutim, jako povezana: od pozitivnog definiranja sadržaja prava osobnosti ovisi i to od čega se treći imaju suzdržavati.

Subjektivna prava, u pravilu, štite nositelja prava od vanjski vidljivog zadiranja trećeg (oštećenje kuće npr.). Kod povrede prava osobnosti postoji nevidljivo, unutarne "krvarenje" koje vrlo često nije lako ni dijagnosticirati ni liječiti. Sličnih "neprilika" ima, međutim, i u imovinskom pravu. Naknada imovinske štete po afekcionoj vrijednosti stvari npr. isto je tako "nevidljivo krvarenje", jer sudac koji sudi mora ući u interioritet (psihu, dušu) oštećenika i uvjeriti se da je doista propala ili oštećena stvar za njega imala afekcionu vrijednost. U pravu osobnosti takvo je suđenje pravilo, a ne samo iznimka. Po naravi stvari razumije se da je takvo suđenje najteže suđenje, ali je to zapravo jedino pravo suđenje.

Pravna, napose sudska kontrola subjektivnih prava osobnosti zahtijeva stoga i značajne promjene u edukaciji pravnik. Ni pravni studiji nisu podložni logici i filozofiji prava osobnosti, jer osim znanja građanskog prava u užem smislu te riječi pravnik mora ovladati nekim kolateralnim znanjima (filozofija, antropologija, psihologija, etika, itd.).

Nakon epohe socijalizma u kojoj su mnoga subjektivna građanska prava bila sustavno umanjivana (pravo vlasništva najviše), potrebno je dati novi zamah svim subjektivnim pravima. Pravo osobnosti je za to posebno pogodno.

Ne treba, međutim, ići u drugu krajnost, u egzaltaciju tih prava. Određena ograničenja su uvijek nužna, kako zbog prava drugih tako i zbog općeg interesa kojeg valja shvatiti u pravom smislu te riječi.

4.2. *Subjekti prava osobnosti*

Svaki je čovjek nositelj prava osobnosti, pa je pravo osobnosti sastavni dio njegove ukupne pravne sposobnosti. Već smo prethodno rekli da, međutim, svatko nema isti obim prava osobnosti, baš kao što nema ni isti obujam imovine u imovinskom smislu. Teorijski je nezamislivo da bi netko bio bez i jednog prava osobnosti (ako ništa drugo, ima pravo na život).

Čovjek je subjekt prava osobnosti od rođenja do smrti, pa čak u određenom smislu i prije rođenja odnosno iza smrti.¹⁵

Dvojbeno je jesu li i pravne osobe subjekti prava osobnosti. Takvi subjekti prava, barem naizgled, ne žive, ne udišu zrak, ne hodaju cestom i nisu žrtve prometnih nesreća. Dublje analize, međutim, pokazuju da i pravna osoba može biti nositelj nekih prava osobnosti.

Prof. G. Nass¹⁶ je još 1962. godine objavio poznata 22 razloga zbog kojih su i pravne osobe nositelji prava osobnosti. U hrvatskom pravu su prvu temeljnu analizu tog problema dali prof. N. Gavella i prof. P. Klarić.¹⁷ Povoljna je okolnost da je predloženo rješenje preuzeo i novi Zakon o obveznim odnosima (ZOO iz '05.).

Nositelji prava osobnosti su i djeca, također i osobe umanjениh fizičkih ili psihičkih sposobnosti, doista svaki čovjek i svaka pravna osoba u mjeri koliko ona to može biti.

¹⁵ Prije čovjekova rođenja moguća je i u neimovinskom pravu (pravu osobnosti) primjena poznate maksime "*nasciturus pro iam nato habetur ...*". Djetetu čije se rođenje očekuje treba osigurati i buduću neimovinsku zaštitu (da se rodi zdravo, željeno, voljeno). Veći je, međutim, problem zaštite poslije smrti tzv. postmortalna zaštita prava osobnosti (vidjeti o tome: S. Krneta – Pravna priroda postmortalne zaštite ličnosti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu 1972.; A. Spickhoff – Postmortaler Persönlichkeitsschutz und ärztliche Schweigepflicht, Neue Juristische Wochenschrift, München – Frankfurt 28/2005., str. 1982). Doista je vrlo dvojbeno mogu li se posthumno, makar i u znanstvene svrhe, iznositi podaci o bolesti umrle osobe. Objava tih podataka (DNA, genetika, biotehnologija) nerijetko upućuju na iste (slične) bolesti određenih srodnika.

Nekada se tradicionalno smatralo da privatnost prestaje smrću čovjeka. I veliki književnik I. Andrić je u "Znakovima pored puta" rekao: "Kad nas više ne bude ispitujete i što smo radili i što smo bili, ali dok smo živi možete samo ovo prvo." Suvremena razina genetike, međutim, ni Andriću ne daje za pravo.

¹⁶ G. Nass: Person, Persönlichkeit und iuristische Person 1962., str. 87 – 89.

¹⁷ N. Gavella: Osobna prava I., op. cit., str. 34; P. Klarić: Odgovornost za nematerijalnu štetu pravnih osoba u gospodarstvu, Zbornik radova XXXVI. susret pravnik u gospodarstvu – Opatija 1998., Nematerijalna šteta pravne osobe, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 4-5/95.

Nije, kako smo već i rekli, napose u posljednje vrijeme, dobra tendencija prevelikog isticanja prava marginalnih skupina, jer to odvlači pažnju od bitnih problema ljudskih prava i prava osobnosti. Konsideracija učenja o prirodnim pravima je npr. da su sva djeca jednaka u pravu na dostojanstven odnos prema njima, i tome se nema što prigovoriti. Međutim, pobornici prava osobnosti utemeljeno se bune kada u ime toga općeg egalitarizma dođe do zapostavljanja posebno talentiranih učenika. Takvi učenici zaslužuju poseban, a ne isti tretman kao oni manjih sposobnosti i nije pravično da oni budu zakinuti samo zato da bi bili slični (ili jednaki) učenicima manjih sposobnosti.

4.3. *Objekt prava osobnosti*

Dugo je trajala povijesna polemika o tome što je zapravo objekt prava osobnosti. Određivanje toga pojma važno je za konstrukciju sadržaja prava.

U imovinskom dijelu građanskog prava problem objekta subjektivnih prava nije dvojen: stvari, činidba, imovina (eventualno se tu još mogu dodati tzv. proizvodi ljudskog duha kao što su autorsko pravo i pravo izuma, ali samo u imovinskom smislu).

Na području prava osobnosti objekt prava "nije vidljiv" ili barem nije tako vidljiv kao u imovinskom dijelu građanskog prava. Otuda proizlaze i sva lutanja kojih je bilo u prošlosti, a djelomice ih ima i danas.

Svojedobno je konstruirana teorija "*ius in se ipsum*"¹⁸, tj. da bi objekt prava osobnosti bio čovjek sam, odnosno da bi pravo osobnosti imao na sebi samome. Naravno da je temeljni nedostatak takve teorije bio u tome što je svako subjektivno građansko pravo usmjereno na objekt koji je izvan nositelja subjektivnog prava (kod prava vlasništva npr. objekt prava je stvar koja je izvan osobe vlasnika). Ne može se doista subjekt i objekt prava nalaziti u istome!

Takvi prigovori, koji se nisu mogli izbjeći i koji nose u sebi visoku razinu opravdanosti, rezultirali su kreiranjem i drugih pravnih škola odnosno drugih teorijskih koncepcija o objektu prava osobnosti. Danas prevladava koncepcija da je objekt prava osobnosti osobnost čovjeka, odnosno osobnost pravne osobe. Osobnost čini skup psihofizičkih osobina čovjeka (život, lik, glas, čast, ugled, emocije, inteligencija, talent, itd.) odnosno razina poslovnog renomea i ugleda pravne osobe.

¹⁸ Prva teorija o pravu osobnosti kao pravu na sebi samome (*ius in se ipsum*) datira još iz 16. stoljeća (B. Gomez de Amescua). Tu je teoriju na početku 20. stoljeća detaljnije opisao (i sam uz nju pristao) veliki talijanski pravnik A. Rava (*I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia di diritto, Rivista per le scienze giuridiche, Rim 1901.*). Talijanski "pravnik stoljeća" F. Carnelutti (umro 1965.) bio je također pobornik ove teorije. Sama teorija, međutim, pati od temeljnog problema što poistovjećuje subjekt i objekt prava, a pravni odnos je uvijek odnos određenog subjekta prava i trećih.

Naravno da je takav pojam osobnosti ujedno i psiho-socijalni, odnosno gospodarskosocijalni pojam. No, i u imovinskom dijelu građanskog prava je npr. imovina dijelom i financijsko-knjigovodstveni, odnosno ekonomski pojam, a ipak nema dvojbe da je pojam imovine u građanskom pravu prije svega pravni pojam.

Polemike izaziva napose stajalište da "neimovinsku imovinu" čovjeka (osobnost, personalitet) čine i njegova inteligencija i talent. Činjeni su čak i pokušaji da se to "izbaci", jer navodno dovodi do diskriminacije ljudi (onih manjeg talenta također i nižeg kvocijenta inteligencije). Već smo rekli da se temeljem toga prava osobnosti (neopravdano) prigovara kompleks elitizma. Neki su u tome čak išli toliko daleko da posebno talentiranim ljudima (glumci, pjevači, sportaši) odriču jedno takvo pravo osobnosti kao što je pravo na privatni život. Pritom nisu vidjeli vlastito proturječje, jer ako takve osobe nemaju pravo na zaštitu i razvoj talenta (nego moraju biti jednake s drugima), onda barem kao i svi drugi moraju imati pravo na privatni život. Apriorna sumnjičavost prema ljudima posebne obdarenosti bio je i ostao poseban problem u razvoju prava osobnosti. Egalitarističke tendencije svugdje su jake i nije im se uvijek lako suprotstavljati.

Svi ti prigovori doista nisu osnovani. Pravo osobnosti postaje opći pravni stav da su svi ljudi u svom dostojanstvu jednaki, ali tvrdi da svi nisu isti i da bi i tu različitost u svemu valjalo poštivati. Talentirani čovjek ne može trpjeti zbog toga što je talentiran i stagnirati kako se osobe bez talenta ne bi neugodno osjećale. Tendencije egalitarizma samo prividno djeluju humano, stvarno predstavljaju retrogradne tendencije u razvoju čovječanstva kada pretendiraju na "skraćivanje" osobnosti talentiranih ljudi. Opći napredak (gospodarstvo, znanost, umjetnost, sport) nose upravo talentirani ljudi pa svako zatumljivanje talenta izravno vuče unatrag.

Pravo osobnosti stoga vrlo zakonomjerno nailazi na poteškoće u onim političkim i pravnim sustavima koji inzistiraju na ljudskom kolektivizmu i ne žele isticanje čovjeka kao pojedinca. Tamo gdje se individualnost čovjeka "gazi", nema uvjeta za razvoj prava osobnosti.

Objekt prava osobnosti je, dakle, osobnost čovjeka, a ta je osobnost različita od subjekta do subjekta. Osobnost se "ne upisuje u zemljišnu knjigu" nego ju treba utvrđivati analizom psiho-socijalne strukture svakog pojedinog subjekta.

4.4. (Ne)pluralizam prava osobnosti

I mi smo u ovome radu, čak i nehotice, govorili u jednini ("pravo osobnosti") odnosno ponekad u množini ("prava osobnosti").

To je također jedna od starijih dilema u teoriji i zakonodavstvima¹⁹ koja,

¹⁹ Italija npr. preferira sustav pluralizma (većeg broja) prava osobnosti (A. De Cupis, op. cit.). Isto bi se moglo reći i za Francusku koja je i inače talijanski model – uzor (R. Lindon, op.

međutim, nema presudni značaj za pravilnost konstrukcije učenja o pravu osobnosti. Nije ipak bez svake važnosti, jer u određenoj mjeri determinira sadržaj samog učenja, a može utjecati na daljnji razvoj.

Pluralistički (francusko – talijanski) pristup tu ima dobru stranu što nabraja pojedina prava osobnosti i ne dopušta “zaborav” nečega što je verificirano kao pravo osobnosti. U uvjetima kada (ponegdje) pravo osobnosti još krči svoj pravi put razvoja, to je ponekad i vrlo važno.

Monistički (njemački) pristup ima druge prednosti: omogućuje lakše širenje objekta prava osobnosti. U ime jednog, općeg prava osobnosti mogu se uvijek usvajati i novi prostori do kojih pravo osobnosti ranije nije moglo doći. To bi npr. moglo biti pravo na slobodno vrijeme ili (u nekoj japanskoj perspektivi) subjektivno pravo na realizaciju talenta bilo koje vrste.

Za naše (hrvatske) uvjete preporučujemo prvu varijantu. Mi smo ipak još uvijek na početku i ponekad se borimo s temeljnim pitanjima prava osobnosti. Zato je važno i, za sada, jedino dobro reći da su prava osobnosti samo točno i poimenično navedena prava.

Mi, uostalom, nemamo Građanskog zakonika koji bi bio “idealno” mjesto za regulaciju prava osobnosti. Nemamo ni posebnog zakona o pravu osobnosti koji bi također bio moguć. Pretežita regulacija kod nas je u obveznom pravu (ZOO) i zbog svega toga je doista bolje na aktualnom stupnju građanskog prava i prava osobnosti u RH govoriti o “pravima osobnosti”.

Kolokvijalno, dakako, nema zapreka govoriti u jednini – o pravu osobnosti. To je, uostalom, i cilj kojem valja težiti, jer će na višoj razini razvoja učenja i prakse o pravu osobnosti upravo monistički model biti pretpostavka našeg daljnjeg razvijanja prava osobnosti.

U smislu prava u objektivnom smislu valja rabiti baš naziv “prava osobnosti”.

4.5. Obilježja prava osobnosti

O ovome pitanju već smo ponešto rekli u svezi s problemom prava osobnosti kao subjektivnih građanskih prava.

Pokušat ćemo ovdje ta pitanja ipak ponešto produbiti.

Postoji visok stupanj znanstvenog suglasja²⁰ da pravo (ili prava) osobnosti ima ove esencijalne karakteristike: neprenosivost, nedispozitivnost, neodricivost, nezastarivost i neizvršivost.

Za neke će to biti razlog za tvrdnju o negrađanskom (neprivatnom) karakteru prava osobnosti. Prigovori su vrlo ozbiljni, ali ipak neosnovani jer, kako smo također već rekli, takvih prava ima i u imovinskom pravu. Veliki talijanski pravnik Carlenutti tvrdio je da subjektivno pravo ne smije

cit.). Njemačka pak poznaje sustav jednog, općeg prava osobnosti (H. Hubmann, op. cit.; K. Larenz – Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, München 1997., str. 146 – 162).

²⁰ A. De Cupis, *Diritti ...*, op. cit., str. 85 – 90; N. Gavella, op. cit., str. 36 – 40.

biti inertno poput kamena i da mora biti nešto “živo”, jer u protivnom nije subjektivno građansko pravo. Te osobine, međutim, u sasvim određenoj i dostatnoj mjeri postoje i u pravu osobnosti.

Talijanski je Ustavni sud još 1966. godine izrazio pravni stav da je pravo na plaću pravo osobnosti (“diritto di personalità”) i da takvo pravo ne može pasti u zastaru (po st. 2. čl. 2113. talijanskog Građanskog zakonika inače potraživanje radnika prema poslodavcu zastaruje za tri mjeseca od raskida međusobnog pravnog odnosa).

Pravo na plaću doista valja uzeti kao osobno pravo. Ima izravne veze s pravom na život (pretpostavka je elementarne egzistencije čovjeka) i s pravom na dostojanstvo čovjeka i njegova rada. Na aktualnom stupnju hrvatskog građanskog i radnog prava takvu je konsideraciju za sada vjerojatno nemoguće i zamisliti.

Pravni poslovi prava osobnosti su posebno “bolna” strana prava osobnosti. Neispunjenje ugovora o kupnji kuće ili auta može se sudski realizirati, ali ne i neispunjenje ugovora o darovanju ili kupnji dijela ljudskog tijela. No, i za ovaj potonji slučaj postoji odgovornost za štetu, dakle sankcija građanskog prava.

Mnoga neimovinska prava (prava osobnosti) mogu se pretvoriti u imovinska i postaju temelj imovinskih prava (sporazum o naknadi neimovinske štete npr. ili sam poziv ili tužba radi naknade ove štete). To su “čisti” građanskopravni učinci prava osobnosti.

4.6. Problem naziva

U hrvatskom i bivšem federalnom pravnom prostoru u uporabi su tri naziva za pojam kojeg ovdje razmatramo: osobna prava (“lična prava”), pravo ličnosti i pravo osobnosti.

Osobna (“lična”) prava postoje i u imovinskom dijelu građanskog prava (pravo plodouživanja, pravo na uzdržavanje, pravo na popravljanje neimovinske štete i dr.). Zbog tih razloga ovaj izraz ne bi trebalo rabiti.²¹

Najadekvatniji je naziv “pravo ličnosti” (das Persönlichkeitsrecht). On napose naglašava da je objekt subjektivnog prava skup psiho-socijalnih osobina čovjeka, dakle njegove ličnosti.

“Pravo osobnosti” nije najbolja hrvatska jezična varijanta za pojam “pravo ličnosti”. Tu je doista temeljni nedostatak upravo taj što je pravo na osobnost jedno od prava ličnosti, pa se po jednom pravu ne može nazivati i čitavo pravo osobnosti.

Novi ZOO (što ćemo naknadno izložiti) navodi pojam “pravo osobnosti”. Poštujući Zakon i zakonsku terminologiju i mi smo tako intonirali naziv ovog rada. To nam, međutim, ne oduzima pravo ukazati na to da bi za cijelu materiju koju razmatramo najadekvatniji izraz bio baš “pravo ličnosti”.

²¹ Takav naziv rabi prof. N. Gavella, op. cit.

Od 1. siječnja 2006. godine na snazi je novi ZOO i u hrvatskom pravu doista počinje novo poglavlje o pravu osobnosti. Zato je vrlo važno riješiti moguće dvojbe oko naziva koje lako izazovu i druge dileme.

U smislu objektivnog prava valja govoriti o “pravu osobnosti”. U smislu subjektivnog prava valja govoriti o subjektivnim pravima osobnosti, izraziti i prihvatiti pluralizam tih prava (iz razloga navedenih u prethodnom dijelu) i učiniti ta prava “imenovanim pravima”.

Problem naziva je manje – više stvar konvencije u pravu i obično nema neku presudnu ulogu. No, ovdje (u pravu osobnosti) gdje stvari još i u ponekim temeljima tek treba definirati, naziv ima povećano značenje.

Vjerujemo da će život i praksa prihvatiti ovdje izloženo poimanje materije.

4.7. Pojedina prava osobnosti

Ako prihvatimo predloženu koncepciju pluralizma prava osobnosti, onda se izlažemo daljnjoj zadaći navođenja ovih prava. U monističkoj koncepciji prava osobnosti nema ovih problema.

Ni zastupnici teorije o množini prava osobnosti nisu uvijek suglasni oko toga koja sve prava čine prava osobnosti, ali je stupanj suglasja o tome sve veći.

Naša je prosudba da pojedina subjektivna prava osobnosti valja navoditi ovim redom:²²

- pravo na život, tjelesni, psihički i duševni integritet
- pravo na slobodu
- pravo na čast i ugled
- pravo na zaštitu privatnog života
- pravo na vlastitu sliku (lik)
- pravo na pisma i osobne zapise
- pravo na osobnost (osobni identitet) i
- moralna prava autorstva i prava izuma.

Prof. Gavella²³ slijedi sličan koncept podjele subjektivnih prava osobnosti i razlikuje: pravo na tjelesni integritet, pravo na tjelesnu slobodu, pravo na čast i ugled, pravo na privatnost, pravo na vlastiti lik, pravo na vlastiti glas i pravo na osobne zapise i pisma.

Sve je ovo inače u visokom suglasju sa stavom vodeće talijanske pravne teorije prava osobnosti,²⁴ a u bivšem federalnom prostoru takvu je podjelu bio prihvatio i akademik Finžgar iz Ljubljane.²⁵

²² Takav smo prijedlog izložili u doktorskoj disertaciji 1985. (A. Radolović, op. cit.)

²³ N. Gavella, op. cit., str. 65 – 264.

²⁴ A. De Cupis, op. cit.

²⁵ A. Finžgar: Osebnostne pravice ..., op. cit., Slična su i neka suvremena vanjska kretanja (H. Ebmann: Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsschutz, IKS – Frankfurt, a. M., 3/97,

Pravo na život, budući da je “neotuđivo” pravo, niječe svakom trećem (čak i državi) oduzimati nekome život. Tu su posebno izraženi problemi eutanazije (pravo na “dobru” smrt), ali i pravo na egzistenciju, uključujući i pravo na plaću ili mirovinu bez čega nema egzistencije. Tek je nešto malo niža razina od prava na život pravo na integritet: fizički, psihički i duševni. Tu je mnogo više prostora civilističkog disponiranja. Zaštita ovih prava preventivna je i represivna.

Pravo na slobodu izraz je činjenice da je čovjek neponovljiva ljudska jedinka i ima stoga pravo živjeti slobodno. Ograničenja su moguća samo zbog poštivanja slobode drugih. Ne smije biti prava kojim se čovjek ne može služiti niti ovaj može imati nezgoda ako se njima služi (u bivšem sustavu pravo na religioznost bilo je Ustavom zajamčeno, ali je u praksi bilo moralno – politički “neugodno” služiti se tim pravom).

Prava na čast i ugled predstavljaju poštivanje čovjeka. Ugled je viša razina časti. Riječ je o dostojanstvu čovjeka.

Pravo na privatni život postaje sinonim za pravo osobnosti. Čovjek, budući da je neponovljiva jedinka, ima pravo “biti sam”, ne dijeliti neki sadržaj života ni s kim ili s onima s kojima on to ne želi. Podaci o privatnom životu imaju biti tajna, ali je ta tajna mnogima jako zanimljiva. Privatnost se sve više štiti, ali i sve više ugrožava. Množinu podataka u optjecaju teško je držati pod kontrolom, napose kraj silne želje mnogih da dođu do tih podataka. Javne osobe u posebnoj su neprilici, a nije točno da su one već samim time što javno djeluju pristale na “potpuno izvlaštenje” svoje osobnosti i da su se odrekle prava na tajnost podataka iz privatnog života.

Pravo na vlastitu sliku (lik), također i pravo na vlastiti glas u sklopu toga, štiti čovjeka od neovlaštene uporabe njegove slike (njegova izgleda) u razne moguće, najčešće komercijalne svrhe. To je ujedno i podvrsta prava na privatni život, jer se protupravnom objavom slike ili glasa neke osobe tu osobu čini dostupnom drugima.

I pravo na pisma i osobne zapise je također podvrsta prava na privatni život. Danas se općenito manje koriste osobna pisma i zapisi, ali to ne umanjuje važnost ovog prava.

Pravo na osobnost (osobni identitet) je u samoj srži prava osobnosti. Čovjek, kao ta neponovljiva jedinka, ima interesa biti predstavljen onakvim kakav on jest, a ne kakav nije. U optjecaju su ponekad podaci, mišljenja, karakteristike, preporuke, itd. koje ne odražavaju istinu i koji su poseban problem kada su tajni.

Moralno pravo autorstva i pravo izuma najsporniji su sastavni dio prava osobnosti kao subjektivnih prava u građanskom pravu. Izvan toga su imovinska prava autorstva i prava izuma. Imovinska prava traju relativno kratko (vremenski ograničeno na 50 ili manje godina) i nose prihod u

novcu. Kod neimovinskih (moralnih) prava autorstva i prava izuma radi se o drugome: to su prava na čuvanje integriteta djela (da to djelo nitko ne mijenja i nagrđuje) i ne podliježu vremenskom trajanju (traju vječno, a zaštita se povjerava određenim agencijama koje država posebno osniva za autore koji više nisu u životu i nemaju nasljednika odnosno potomaka).

Pluralizam prava osobnosti omogućuje daljnje širenje ovih prava. Kod prava osobnosti ne postoji "*numerus clausus*", mada – s druge strane – nije dopuštena ni neodgovorna improvizacija proglašavanjem svačega pravima osobnosti. Neka nova prava u tom smislu (npr. pravo na integritet kućnih životinja) dosta su dvojbeni.

Ovakav pluralizam doista omogućuje točniju i precizniju verifikaciju pojedinih dostignuća na području prava osobnosti, ali ne oslobađa suca od svakog promišljanja o tome je li u nekom konkretnom slučaju riječ o povredi prava osobnosti. Dobro je npr. reći da su pravo na privatni život ili pravo na osobnost pravom zaštićena vrijednost, ali time nisu određeni svi konkretno mogući oblici povrede ovih prava. Pluralizam je samo malo veća pomoć u "katalogizaciji" prava osobnosti, no bez ikakve dispense u pravcu konkretne analize i konkretna promišljanja. To ostaje napose sveta obveza suca koji sudi u takvim stvarima.

ZOO iz '05 u čl. 19., st. 2. navodi kao prava osobnosti: pravo na život, tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, privatnost osobnog i obiteljskog života, slobodu i dr.

U st. 3. ističe se da sva navedena prava osobnosti, osim onih vezanih za biološku bit fizičke osobe, ima i pravna osoba, a osobito pravo na ugled i dobar glas, čast, ime, odnosno tvrtku, poslovnu tajnu, slobodu privređivanja i dr.

Ova regulacija Zakona u osnovi odgovara teorijskim zahtjevima učenja o pravu osobnosti i može biti valjanim temeljem za pravilnu primjenu cijelog instituta.

5. Pravo (prava) osobnosti - ZOO iz '78./91.

U vrijeme kad je donijet ZOO kao federalni zakon bivše države (1978.), okolnosti za ambicioznije zahvaćanje prava osobnosti nisu postojale. Funkcionirao je još (mada u slabljenju) opći sustav socijalizma koji nije dopuštao veći zamah individualističkim koncepcijama čovjeka i njegove uloge, već je dvije godine bio na snazi Zakon o udruženom radu (ZUR) koji je bio pravi kodeks samoupravno – socijalističke ideologije, a ni sami redaktori ZOO (moguće) nisu imali posebnih razloga biti nadahnuti učenjem o pravu osobnosti (pravu ličnosti). Glavni redaktor (prof. M. Konstantinović) bio je, međutim, francuski đak i doktorand i nije propustio priliku prenijeti iz francuskog prava i nešto iz prava osobnosti.

Preuzimanjem ovog zakona 1991. godine Republika Hrvatska nije ništa ni dodala ni oduzela već postojećem obujmu prava osobnosti.

5.1. ZOO, '78./91. - pravo osobnosti nije u pojmu nematerijalne štete

ZOO navodi pravo (prava) osobnosti (kao "pravo ličnosti") na nekoliko mjesta (čl. 157., čl. 199., st. 1. čl. 200.) i to sasvim jasno u kontekstu prava na naknadu nematerijalne štete, ali nije ušlo u definiciju samog pojma nematerijalne štete.

Iz današnje perspektive gledano čini se da je to bio rezultat teorije prof. O. Stankovića koji smatra da su "lična prava" (pravo ličnosti, pravo osobnosti) i neimovinska šteta dva odvojena pojma.

Nematerijalna šteta je definirana kao "... nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha" (čl. 155.), bez ikakvog pozivanja, ni izravnog ni neizravnog, na pravo ličnosti.

Pogreška nije bila slučajna nego je izraz spomenute koncepcije prof. Stankovića.

Sam zakonodavac, međutim, nije bio dosljedan u toj pogreški jer – iako, dakle, govori o psihičkoj boli – na drugom mjestu, gdje govori o naknadi nematerijalne štete (st. 1. čl. 200.), govori o naknadi u novcu za pretrpljene "duševne boli".²⁶

No, to još uvijek nije bitan nedostatak dane zakonske definicije nematerijalne štete. Bitno je to što ovakva definicija, primjerice, omogućuje svođenje nematerijalne štete i na sportsku ili ljubavnu bol iako, naravno, to ne može imati relevantne veze s pravnim pojmom nematerijalne štete.²⁷

Zato smo još 1985. godine predložili²⁸ da se odredba čl. 155. u dijelu koji se odnosi na nematerijalnu štetu tumači tako da je nematerijalna šteta pojava bola (fizičkog, psihičkog ili duševnog) ili straha nastalih uslijed povrede prava ličnosti (prava osobnosti). Bez takve interpretacije definicija nematerijalne (neimovinske) štete, koju daje ZOO iz '78./91. ne samo da nije znanstveno točna, nego je čak i ljudski neozbiljna.

Razvijena praksa nije imala posebno sluha za ovakvu interpolaciju prava ličnosti (prava osobnosti) u pojam nematerijalne štete. Jedna od lošijih praktičnih posljedica nepoštivanja takvog prijedloga očitovala se u gotovo ravnopravnom vrednovanju malih, ponekad i bagatelnih šteta, gdje su svi "patili" od bolova i straha, koje nemaju nikakve prave veze s pravom osobnosti.

To je ujedno dosta osiromašilo ionako oskudno poimanje prava ličnosti, jer su se nematerijalne štete uglavnom svele na povrede na radu i povrede

²⁶ Čovjek ima tijelo, psihu i dušu pa može trpjeti fizičke, psihičke i duševne bolove. Trebalo je stoga i u st. 1. čl. 155. ZOO iz '78./91. navesti sva ova tri oblika bolova. Zapreke za njihovo pravilno navođenje bile su ideološke ali, čini se, i stručno – znanstvene.

²⁷ Godine 1983. zabilježen je u Italiji slučaj djevojke koja je zbog oklade dvojice mladića da će je jedan od njih "osvojiti" bila zavedena, a po pripócnju da je to bila samo šala doživjela duševni slom. Sud (Milano) je utvrdio povredu prava osobnosti (prava na dostojanstvo) i dosudio joj nematerijalnu štetu od 100 milijuna tadašnjih lira (cca 50.000.00 Eura). Tek povreda prava na dostojanstvo pretvara bol i strah u povredu prava osobnosti.

²⁸ A. Radolović, doktorska disertacija, op. cit.

u cestovnom prometu. Svi drugi, pravi oblici povrede prava ličnosti (prava osobnosti) ostali su zanemareni i u sjeni.

Definicija nematerijalne štete u tom zakonu škodila je stoga razvoju koncepta prava ličnosti, ali i razvoju koncepta nematerijalne štete.

5.2. Zahtjev da se prestane s povredom prava ličnosti (čl. 157.)

Ovu odredbu ("1. Svatko ima pravo zahtijevati od suda ili drugog nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se povređuje pravo njegove ličnosti, 2. Sud odnosno drugi nadležni organ može narediti prestanak radnje pod prijetnjom plaćanja stanovite novčane svote, određene ukupno ili po jedinici vremena, u korist povrijeđenog") znanost i praksa dočekale su potpuno nespremne i s kompletnim nepovjerenjem i nepoznavanjem.

Riječ je, međutim, o čisto negatornoj zaštiti prava osobnosti (prava ličnosti), baš kao što postoji negatorni vlasnički zahtjev po stvarnom pravu (čl. 167. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima) ili kao što je tužba radi uklanjanja opasnosti po obveznom pravu (ZOO, čl. 156.).

Negatorna tužba (negatorna pravna zaštita prava osobnosti) je inače samo jedna od tužbi radi zaštite prava osobnosti. Postoje i druge tužbe, ovisno o stadiju i stupnju povrede prava osobnosti.²⁹

Zaštitu koju određuje ZOO po čl. 157. naši su sudovi davali vrlo rijetko i samo u ekstremnim slučajevima.³⁰

U komparativnom pravu i praksi negatorna pravna zaštita prava osobnosti ima mnogo veću primjenu. Nisu nepoznate ni sudske odluke kojima se stopiraju snimanja filmova ili se određuje zabrana objavljivanja romana koji vrijeđaju pravo osobnosti povrijeđenog subjekta.³¹

Ovo se odnosi i na sudske intervencije u medijskom pravu. Tužba radi ispravka informacije odnosno tužba radi objavljivanja odgovora na informaciju ne isključuje mogućnost sudske negatorne intervencije po općim propisima o pravu osobnosti. Mora se priznati da je u medijskom području primjena zaštite ipak iznimna, ali je ima prije svega u zaštiti prava na privatnost kao posebnog oblika prava osobnosti.

²⁹ Druga pravna sredstva zaštite prava osobnosti su: tužba na uklanjanje posljedice povrede (analogno reivindikaciji u imovinskom pravu), tužba radi naknade štete, tužba radi stjecanja bez temelja (uporabom tuđeg prava osobnosti, npr. tuđeg lika, glasa ili imena) i tužba radi objavljivanja ispravka i odgovora na informaciju. Ova smo pitanja bili posebno izložili u jednom drugom radu (A. Radolović: Građanskopravna zaštita subjektivnih neimovinskih prava, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 5/84). N. Gavella (op. cit., str. 44 – 60) prihvaća, u osnovi, ovakvu sistematiku zaštite prava osobnosti. Posebno se danas razvija pravo zaštite osobnih podataka (vidjeti o tome: N. Bodiroga-Vukobrat – K. Dulčić: Zaštita osobnih podataka u europskom i hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, Split 2005., str. 327 – 356).

³⁰ I. Crnić – ZOO, 1991., str. 117.; I. Crnić – ZOO, 2002., str. 158 – 159.

³¹ Bogatu svjetsku praksu o tome sakupio je prof. P. Cendon (Diritto alla vita privata, Trst 2003.). U Trstu inače djeluje svjetski poznata škola prava zaštite privatnog života, predvođena prof. Cendonom.

5.3. Objavljivanje presude ili ispravka (čl. 199.)

Ovaj propis određuje pretpostavke tzv. neimovinskog (nenovčanog, nematerijalnog, moralnog) popravljivanja nematerijalne štete.

Nematerijalnu štetu, u pravilu, doista i treba popravljati nematerijalnim sredstvima. Novčana naknada tu ne smije biti pravilo.

No, odredba iz čl. 199. ostala je pretežito zanemarena, i to zbog više razloga:

- najveći broj nematerijalnih šteta je iz prometa i rada (ozljede na radu) i to nije pravi prostor za nematerijalno popravljivanje neimovinske štete;

- ne postoji veća tradicija ovog nematerijalnog (nenovčanog) popravljivanja nematerijalne štete;

- pad standarda ljudi pojačao je težnje u pravcu dobivanja novca za nematerijalnu štetu, a

- i sam Zakon (ZOO) ne daje garanciju da bi sredstva javnih medija morala objaviti presudu, ispravak ili povlačenje izjave kojom je učinjena povreda tuđeg prava osobnosti (po propisima o medijima oni imaju takvu obvezu kad su oni sami izravni štetnici, ne i izvan toga).

Izvan dosega pravne prakse ostao je napose dio odredbe čl. 199. (ZOO iz '78./91.) "... ili što drugo ...". U stranoj praksi ima npr. odluka da se štetnik obvezuje na plaćanje u korist škole, bolnice i sličnih ustanova. Mi uglavnom nemamo tradiciju nastupanja u korist trećeg. No, u imovinskom građanskom pravu poznajemo pravne poslove u korist trećeg (čl. 149.) i posve je stoga nejasno zašto analogno pravilo ne bismo primjenjivali i u neimovinskom dijelu građanskog prava (pravu osobnosti). Zasigurno bi promjena prakse u ovom dijelu značajno obogatila kompletnu materiju prava osobnosti u našem pravu.

5.4. Novčana naknada nematerijalne štete (čl. 200.)

To je ključni propis za novčanu naknadu nematerijalne štete. Takav je oblik popravljivanja nematerijalne štete u praksi postao dominantan poradi razloga koje smo prethodno naveli.

U st. 1. čl. 200. rabi se veznik "ili" ("... ili prava ličnosti"). Formulacija dolazi iza početka rečenice u kojoj se nabraja da se novčana naknada za pretrpljenu nematerijalnu štetu daje samo u točno određenim slučajevima (bolovi, duševni bolovi zbog smanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ...). Ostavlja se dojam da su navedene vrijednosti jedno, a pravo ličnosti drugo (dijeli ih rastavni veznik "ili").

Trebalo je rabiti sastavni veznik "i", jer su sve te vrijednosti prava ličnosti te je trebalo reći da se naknada daje i za povredu svih drugih prava ličnosti. Propust je bio ozbiljan, jer je propis doista intoniran tako da se ni u jednom drugom slučaju, osim navedenog u st. 1. čl. 200., ne može dati

naknada u novcu. Praksa je to također tako shvatila i dala ponekad posve neprihvatljiva rješenja.³²

U st. 2. čl. 200. dati su neki kriteriji za odmjeravanje visine novčane naknade nematerijalne štete (značenje povrijeđenog dobra, cilj koji se želi postići). No, kriteriji su dani i u st. 1. (okolnosti slučaja, a osobito jačina bolova i straha i njihovo trajanje). Naknada treba biti "pravična".³³

Problem "pravičnosti", međutim, ovdje nije pitanje činjenica nego pravno pitanje. Nema nikakve veze s odredbom čl. 223. Zakona o parničnom postupku (slobodna ocjena dokaza), jer se ovaj propis odnosi na materijalnu štetu i predstavlja samo zadnje, korektivno sredstvo utvrđivanja takve štete. Donijeti "pravičnu" odluku u parnici radi novčane naknade neimovinske štete znači tako presuditi da donijeta odluka predstavlja zadovoljštinu za oštećenika, ali i za društvenu zajednicu. "Pravična naknada" je stoga kvalitativna sinteza ovih ciljeva.

Poseban je oblik novčane naknade ona predviđena u čl. 201. i 202.

Prvi se odnosi na novčanu naknadu za slučaj smrti ili teškog invaliditeta. To je pravo tzv. posredne žrtve. Krug ovlaštenika tu je dosta sužen, a valja voditi računa i o tome da (kod naročito teškog invaliditeta) naknadu dobivaju i inicijalna i posredna žrtva. U svakom slučaju dobro je da se kriteriji za postojanje takvog invaliditeta mjere izvan kriterija socijalnog (invaliditetnog) osiguranja.

Čl. 202. ("Satisfakcija u posebnim slučajevima") posebno predviđa pravo na naknadu osobama povrijeđenim u samom pravu na seksualnu slobodu. Pravo bi postojalo i bez ove odredbe, ali ne škodi što se to i posebno ističe.

Predmet prava na novčanu naknadu može biti i buduća šteta (čl. 203.).

Opća analiza sudske prakse u području novčane naknade nematerijalne štete pokazuje prilične zanimljivosti, napose ove:

³² I. Crnić, op. cit., str. 207 (Izdanje 2002., str. 265). Teško je pravdati da se, po navedenoj praksi, ne priznaju kao relevantne nematerijalne štete: izgubljeni godišnji odmor, izgubljeno slobodno vrijeme, gubitak životne radosti, patnje zbog prekinuta školovanja pa čak i zbog gubitka spolne moći (!). Ovo posljednje je težak izraz nepoznavanja učenja o pravu osobnosti, jer je postupovno izazvani gubitak spolne moći jedna od najtežih povreda osobnosti budući pogađa samu datost čovjekova postojanja.

³³ I kod nas i u svijetu postoje razne tablice za odmjeravanje novčane naknade neimovinske štete. Tablice bi trebale služiti "pravičnosti" dosuđenih naknada.

U RH su "na snazi" Orijentacioni kriteriji od 29. studenoga 2002. (I. Crnić: Naknada nematerijalne štete, Zagreb 2003., str. 155 – 160; I. Crnić: Odštetno pravo, Zagreb 2004., str. 518 – 524).

Slične tabele postoje i vani (Bargagna – Busnelli: La valutazione del danno alla salute, Padova 1997.; u Njemačkoj izdavačka kuća ADAC izdaje svake godine pregled, 1000 odluka, o visini dosuđene bolnine u njemačkom pravu – Schmerzensgeldbeträge; neke zemlje tranzicije počinju to također objavljivati, npr. Poljska (K. Mol: Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im polnischen Zivilrecht, Ostrecht, Band XVI, 2000., str. 41 – 57).

Za zapaziti je da su domaći "orijentacioni kriteriji" izrazito siromašniji od talijanskih ili njemačkih. Mi stvari previše pojednostavljujemo i objektiviziramo, a pravična naknada mora ovisiti od veće i dublje analize osobnosti povrijeđenog subjekta.

- da se, kako je već rečeno, naknade uglavnom svode na štete iz cestovnog prometa i ozljede na radu, dočim su ostali oblici povrede prava ličnosti zastupljeni u zanemarujućoj mjeri,
- da, što smo također već posebno istakli, veći broj povreda prava ličnosti ostaje izvan potrebite sankcije,
- da su, vrlo često, prevelike naknade za male štete, a premale za one velike i prave,
- da pravni standard Zakona "pravična naknada" ni u praksi ni u znanosti nije do kraja definiran te su zbog toga mnoga lutanja neizbježna i
- da postoje ogromne razlike u praksi pojedinih sudskih područja koja se ne mogu pravdati specifičnošću konkretnih slučajeva.

5.5. Nasljeđivanje i ustupanje potraživanja naknade nematerijalne štete (čl. 204.)

Odredba govori o važnom problemu nasljeđivanja i ustupanja prava na novčanu naknadu nematerijalne štete. Njena je dobra strana što želi postići cilj kome se – napose s aspekta prava ličnosti – nema što prigovoriti: da novčanu naknadu dobije baš osoba koja je štetu pretrpjela. No, rezultati primjene odredbe loši su, čak izrazito loši. Dugotrajnost sudskih postupaka rezultira time da su oštećenici sve izgubili samo zato što je inicijalni (izravni) oštećenik koji je već desetak godina vodio spor umro, makar i samo dan prije odluke žalbenog suda (nije dočekaao pravomoćnost presude). To je uistinu posve nepravično.

Rješenje se moralo izložiti kritici. Oštećenici uglavnom nisu krivi zbog dugog trajanja parnice i ne mogu oni odnosno njihovi nasljednici zbog toga biti kažnjeni. Teoretski gledano, ima drugih, bezbrojnih slučajeva da građani svoje neimovinske vrijednosti (izgled, glas, talent, i sl.) pretvaraju u imovinske vrijednosti (novac), pa doista nema razloga zašto tako ne bi bilo i glede novčanog popravljivanja neimovinske štete. Oštećenik je svakako već time što je podnio tužbu radi dobivanja novčane naknade za pretrpljenu nematerijalnu štetu manifestirao stav i volju da jedno svoje neimovinsko pravo pretvori u imovinsko. Za sebe, ali i za svoje nasljednike.

Moguće je prihvaćanje pravila izraženog u čl. 204. bilo izraz prihvaćanja francuske teorije i prakse gdje su sudovi, međutim, puno ažurniji, a efikasnost građanskih sudskih postupaka na mnogo višoj razini.

U svakom slučaju, odredba u tom članku bila je loša, a temeljem toga stvorena je i ista takva sudska praksa.

5.6. Kada se može zadržati primljeno na ime novčane naknade nematerijalne štete (čl. 216.)

Ova odredba je u sklopu pravila o stjecanju bez osnove i određuje da se ne može tražiti vraćanje danog na ime naknade štete zbog povrede tijela, narušenja zdravlja ili smrti, ako je isplata izvršena savjesnom pribavitelju.

Pravilo vrlo jasno dotiče novčanu naknadu nematerijalne štete. Problemi nastaju kada oštećenik primi naknadu u novcu po pravomoćnoj sudskoj odluci koja naknadno po izvanrednom pravnom sredstvu (najčešće po reviziji) bude izmijenjena.

Takav je stjecatelj (tužitelj, ovrhovoditelj) svakako savjestan, jer je naplatio nešto što mu je sud pravomoćno priznao. No, s druge strane, štetnik (ili osoba koja za njega odgovara, najčešće osiguranje) s pravom postavlja pitanje ima li onda uopće smisla ulagati izvanredne pravne lijekove.

Nikada nije dano puno objašnjenje *ratia* ove odredbe. Ona nema posebne podloge ni u teoriji prava ličnosti. Postoje jedino neka pojedinačna stanovišta³⁴ da je takvom isplatom dobiveni novac ušao u sferu moralne imovine (zbog povrede moralnog dobra) i da bi svako vraćanje dobivenog bilo nezaslužena kazna. Na razini pravne teorije i znanosti ovi stavovi nisu produbljavani, a svakako ne vode računa o posebnim (samostalnim) učincima pravila građanskog sudskog postupka.

Uporište za postavljanje pravila iz čl. 216. vjerojatno se nalazilo i u tome što su novčane naknade nematerijalne štete (i vani, a pogotovo kod nas) dugo bile vrlo niske, ponekad gotovo simbolične. Stoga doista nije bilo pravično zahtijevati vraćanje takvih naknada nakon ishođene promjene sudske odluke.

Danas su, međutim, novčane naknade nematerijalne štete ponekad vrlo visoke i, također vrlo često, nadmašuju iznose naknade materijalne štete. U takvim uvjetima rješenje iz čl. 216. postaje "preusko".

6. Pravo osobnosti u ZOO iz '05.

ZOO iz '05. je u sustav obveznog prava Republike Hrvatske donio više novosti no što se naizgled čini, a u sustav prava osobnosti donio je promjene gotovo povijesna značaja.

Nisu sadržajno izmijenjeni čl. 157. (sada je to čl. 1048.) i čl. 199. (sada je to čl. 1099.). Ostalo je izmijenjeno, a unijete su i neke posve nove odredbe: st. 1. čl. 346. (naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora) i st. 3. čl.

³⁴ U komentarima ZOO iz '78. se odredba čl. 216. branila pozivom na "humanost" (Perović – Stojanović, Kragujevac, str. 217; B. Vizner, Zagreb, str. 975) ili na "pravila morala" (Blagojević – Krulj, Beograd 1980., str. 573). Znanstveno najjače obrazloženje bio je dao prof. Cigoj (Ljubljana 1984., str. 842 – 843) koji se pozvao na temeljna načela obveznog prava (nema vraćanja stečenog bez osnove ako ništa nije stečeno, jer je potrošeno zbog smrti i zdravlja).

1100. (pravo pravne osobe na novčanu naknadu neimovinske štete).

Iznad svega, nov je pojam neimovinske štete: to je povreda prava osobnosti. Sama izmjena naziva (neimovinska umjesto nematerijalna šteta) nije odlučujuća (premda je novi naziv ipak bolji), ali je novo shvaćanje neimovinske štete doista velika promjena. ZOO je time prihvatio stavove pravne znanosti u ovome području.

Ni u ostalim, imovinskim, dijelovima novi ZOO nije samo kozmetička promjena starog, a u neimovinskom području (pravu osobnosti) novi ZOO svakako predstavlja novi i značajan iskorak u obveznom pravu Republike Hrvatske.

Vrijeme koje slijedi pokazat će stvarni značaj ovih promjena, ali se hrvatskom zakonodavstvu ne može osporiti da je u području prava osobnosti u značajnoj mjeri okrenuo smjer kretanja.

6.1. Pravo osobnosti u definiciji pojma neimovinske štete

Novi ZOO u čl. 1046. (uz klasičnu definiciju imovinske štete) daje i definiciju neimovinske štete. To je povreda prava osobnosti.

Novost je i novi naziv ove štete: ne nematerijalna nego neimovinska. Ova promjena nije presudna, jer su i u vanjskoj znanosti i praksi u uporabi oba naziva i imaju značaj pravne sinonimije.

Odredba da je sadržaj neimovinske štete povreda prava osobnosti je, međutim, od povijesnog značenja. Time se između prava osobnosti i neimovinske štete stavlja znak jednakosti i to je inače stav za koji smo se i mi zalagali. Pojam prava osobnosti odnosno povrede prava osobnosti i neimovinska šteta su doista međusobno korespondentni pojmovi.

Nestaje potreba ranijeg dokazivanja da svaka bol i strah ne mogu biti neimovinska šteta. I po zakonu iz '78./91., kako smo vidjeli, bez interpolacije prava ličnosti (prava osobnosti) nije bilo moguće razumjeti nematerijalnu štetu.

Šteta što je novi ZOO u st. 2. čl. 1100. ("Pravična novčana naknada") malo zaboravio na tu svoju novu i pravilnu orijentaciju. Ponovio je staru odredbu da visina novčane naknade zavisi o "jačini i trajanju" bolova. Trebalo je samo reći da visina novčane naknade zavisi od stupnja povrede prava osobnosti. Nadamo se da će praksa ovu pogriješku ispraviti, jer u protivnom nova definicija iz čl. 1046. u značajnoj mjeri gubi svoj smisao.

Izmijenjeno poimanje neimovinske štete trebalo bi napose imati dvije povoljne posljedice:

- da sudac (ne vještak) u većoj mjeri kreira visinu novčane naknade (jer "povreda prava osobnosti" nije primarno medicinski nego pravni pojam), i
- da se veća važnost daje velikim i pravim slučajevima neimovinske štete (za sada je praksa bila obrnuta, pri čemu se na ponekad vrlo male povrede trošio dragocjeni fond namijenjen naknadi štete oštećenima).

Utvrđenje povrede prava osobnosti i napose stupnja te povrede zahtijeva svakako poniranje u interioritet oštećenika (tužitelja). To je ona teža, ali ujedno i ljepša strana svakog suđenja.

ZOO definira pravo osobnosti u uvodnom dijelu, čl. 19. Definiciju valja upotpuniti pozivanjem na znanost i praksu građanskog prava koje su u tom pogledu, napose u inozemstvu dosta odmakle.

6.2. Zahtjev da se prestane s povredom prava osobnosti (čl. 1048.)

Ponovljena je (iako bez st. 2.) odredba čl. 157. zakona iz '78./91., ali – nadamo se – uz mnogo bolju i sigurniju praksu koja će uslijediti. To je “stopiranje” povrede prava osobnosti koja je već u tijeku (odvija se, npr. objava revije novinskih članaka, radio ili TV emisija kojima se vrijeđa nečije pravo osobnosti, najčešće pravo na privatni život).

Otpor protivnika (tuženika) kršilo se po st. 2. čl. 157. “prijetnjom stanovite novčane kazne”. Tog stavka više nema, ali pravilo ostaje po ovršnom pravu. Sud temeljem Ovršnog zakona može izricati sudske penale kao privatnu kaznu (naplata ide u korist tužitelja). Odredba st. 2. čl. 157. ZOO, iz '78./91. stoga, nije “nestala” nego je jedino prebačena u Ovršni zakon (čl. 216.a – 218.). U postupku ovrhe može se s ovakvom privatnom kaznom kumulirati i javna kazna po pravilima o prisilnom (ovršnom) ostvarivanju radnji koje može izvršiti samo sam ovršenik (tuženik).

Odredbi čl. 1048. (novi ZOO) treba dati u sljedećem razdoblju pun karakter negatorne pravne zaštite neimovinskih građanskih prava (prava ličnosti, prava osobnosti) i u svemu je izjednačiti s analognom tužbom iz imovinskog dijela građanskog prava (ZV, čl. 167.). To će u vrlo značajnoj mjeri pomoći kako pravilnom razumijevanju samog instituta, tako i definitivnom “poravnanju” imovinskog i neimovinskog dijela građanskog prava.

Ovakvu negatornu tužbu treba koristiti i na području medijskog prava. Tu je tužba radi ispravka odnosno radi odgovora na informaciju iscrpila svoje mogućnosti i ne daje željene rezultate (urednici medija uglavnom ne shvaćaju smisao ovog instituta, sudovi su spori i nesigurni u davanju zaštite po propisima o medijima, a vrijeme koje prođe i kraj eventualno efikasne sudske zaštite učini svaki odgovor neaktualnim). Negatorna tužba po čl. 1048. (novi ZOO) uistinu treba biti stavljena u funkciju zaštite povrijeđenih osoba, i to ne isključuje i pravo na ispravak odnosno odgovor na informaciju po Zakonu o medijima. Već smo istaknuli da negatorna sudska zaštita tu ne može biti pravilo nego samo iznimka koju bi valjalo primjenjivati za slučajeve težih (ne samo ekstremno teških) povreda prava osobnosti. Sigurni smo da bi to u značajnoj mjeri pridonijelo poželjnom etičkom i pravnom redu u hrvatskom medijskom prostoru.

6.3. Objavlivanje presude ili ispravka (čl. 1099.)

Ovdje je (samo) ponovljena ranija odredba iz čl. 199. Bilo bi dobro u narednom razdoblju preferirati upravo ovakav neimovinski oblik popravljivanja neimovinske štete. Sociološki uvjeti za takav pravni zaokret nisu najpovoljniji (pad životnog standarda ljudi), ali – s druge strane – možda i upravo zbog toga treba činiti veće napore u pravcu ovakve promjene.

Posebno se valja nadati početku pravilnog shvaćanja dijela odredbe “... ili što drugo ...”. Valja konačno otvoriti mogućnosti utuženja, odnosno traženja novčane naknade za pretrpljenu štetu u korist trećeg (bolnice, škole i sl.). I to će biti doprinos izjednačavanju imovinskog i neimovinskog dijela građanskog prava. Ugovor u korist trećeg iz imovinskog prava (sada čl. 337.) bit će u svemu adekvatno prenesen i u neimovinsku sferu građanskog prava. Također će biti značajan doprinos razvijanju opće i pravne kulture.

Zakon o medijima trebalo bi promijeniti u dijelu gdje bi objava presude, ispravka i povlačenja izjave po čl. 1099. bila njihova zakonska obveza, a ne samo dobra volja koja zavisi od tržišne prosudbe isplati li se to ili ne. To, ponavljamo, nema veze s obvezom medija na objavu odgovora odnosno ispravka informacije gdje su sami mediji počinitelji povrede prava osobnosti. Odredba čl. 1099. odnosi se samo na situacije gdje je štetnik netko teći, a ne javni medij.

Nije ovog trenutka realno očekivati veći zaokret na području neimovinskog (nenovčanog, nematerijalnog, moralnog) popravljivanja neimovinske štete. Treba ipak pokušati bar nekakav zaokret, jer pravo osobnosti i neimovinska šteta ne opravdavaju novčano popravljivanje uvijek i pod svaku cijenu. Naprotiv, moramo se približavati načelu da se u pravilu neimovinska šteta popravljiva neimovinskim sredstvima.

6.4. Pravična novčana naknada neimovinske štete (čl. 1100.)

Tu je mnogo značajnih novosti. St. 1. ranijeg čl. 200. bitno je izmijenjen, jer se sada više ne navode bolovi i ostalo kao temelj prava na naknadu nego se navodi “povreda prava osobnosti”. To je dosljedno novoj koncepciji da se neimovinska šteta sastoji u povredi prava osobnosti (čl. 1046.). Zakon više, kako smo već i rekli, ne rabi izraz “nematerijalna” nego “neimovinska” šteta.

St. 2., međutim, ostaje (začudo!) neizmijenjen. Iz čl. 1046. i st. 1. čl. 1100. proizlazila bi jedino moguća konsideracija da visina novčane naknade neimovinske štete ovisi samo o stupnju povreda prava osobnosti. Sve drugo je prošlost i nema više smisla. Ovu grešku zakonopisaca može ispraviti dobra i kreativna sudska praksa.

St. 3. je posve nov te određuje pravo pravne osobe na novčanu naknadu neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti. Time je hrvatski zakonodavac također prihvatio prijedloge pravne znanosti koja već 40-ak godina

tvrdi da (*mutatis mutandis*) i pravna osoba ima pravo osobnosti. Unošenje ove odredbe u ZOO svakako valja pozdraviti i konstatirati da se ovime obvezno (građansko) pravo u RH svrstava u red razvijenijih sustava svijeta.

Novčana naknada neimovinske štete mora biti "pravična". To je sada čak u samom nazivu članka. Postojeća praksa u tom smislu može se nastaviti, ali ne u cijelosti. Treba stvarati novu praksu u kojoj će dominirati pravni stav da je visina novčane naknade neimovinske štete korespondentna stupnju povrede prava osobnosti. To zahtijeva nova promišljanja i mnogo veću i kreativniju poziciju suca koji određuje visinu naknade.³⁵

Posebno valja pozdraviti odredbu iz čl. 1103. da obveza pravične naknade dopijeva danom podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe (osim ako je šteta nastala nakon toga). To će zasigurno pripomoći i bržem rješavanju parnica, jer tuženika (najviše osiguranje) više ne stimulira na odugovlačenje postupka.

6.5. Nasljeđivanje i ustup tražbine neimovinske štete (čl. 1105.)

Bitno se mijenja pravilo iz čl. 204. (raniji ZOO) o nasljeđivanju i ustupu tražbine neimovinske štete se bitno mijenja, i to u korist oštećenika odnosno njegovih nasljednika.

Prijašnje je rješenje, kako smo već naveli, imalo u vidu pravilo da novčanu naknadu neimovinske štete treba dobiti baš osoba koja je štetu pretrpjela (tome se čak, načelno gledano, doista nema što prigovoriti). Praksa (napose dugotrajnost sudskih sporova) je, međutim, pokazala dramatične nedostatke ovog pravila. Dolazilo je do posljedica koje su bile izrazito nepravdične.

Novo je rješenje iz st. 1. čl. 1105. dobro. Slična su rješenja i u inozemstvu³⁶ i ona vode računa o opravdanim interesima oštećenika i njihovih nasljednika. Teorijske razloge u prilog ovakvog zaokreta već smo iznijeli uz prikaz ranijeg čl. 204.

Po novom rješenju nije čak ni tužba uvjet ostvarivanja prava. Dostatan je i poziv na plaćanje. Zakon tu ne traži nikakvu posebnu formu, ali bi iz dokaznih razloga bilo dobro da to budu preporučene pošiljke ili bilo koji način koji se daje provjeriti odnosno dokazati.

³⁵ I u imovinskom pravu postoje zone suđenja koje zahtijevaju ulaženje u interioritet čovjeka – suđenje naknade imovinske štete zbog uništenja ili oštećenja stvari koja je za oštećenog bila od afekcione vrijednosti (st. 4. čl. 189. ZOO iz '78./91.; st. 4. čl. 1089. ZOO iz '05.). To su svakako najteža suđenja, ali su ujedno i prava suđenja.

³⁶ Tako je po st. 2. čl. 847. BGB. Slično je bilo i stanovište OGZ, odnosno teorije i prakse po njemu nastale (I. Čepulić – Sistem općeg privatnog prava, Zagreb 1925., str. 507; Rušnov – Posilović: Tumač OGZ, knjiga II., str. 655).

U Skici za ZOO iz 1978. bilo je predloženo da je dovoljno utuženje. Takva je bila i praksa do 1978., temeljena na OGZ-u. Ostalo je nejasno zašto su se redaktori ZOO iz '78. u zadnji trenutak opredijelili za drukčije rješenje, nepovoljnije za oštećenike.

Novi ZOO pogrešku ispravlja, što je uistinu dobro, posve praktično i slijedi raniju austrijsko – hrvatsku pravnu tradiciju.

Ostat će pitanje može li se zahtjev za novčanu naknadu neimovinske štete naknadno povećavati odnosno povećavati nakon smrti inicijalnog nositelja prava. Dok je on u životu, nema problema (i stvar spada u postupovno pravo), ali nakon njegove smrti upitno je mogu li njegovi nasljednici povećavati zahtjev kojeg je on bio postavio u pisanom zahtjevu ili tužbi.

Smrt inicijalnog oštećenika zahtijevat će u tim slučajevima subjektivnu preinaku tužbe, ali i promjenu samog tužbenog zahtjeva, jer se više ne traži platež u korist inicijalne žrtve nego u korist njenih nasljednika. No, pravo oni ostvaruju kao pravo inicijalne žrtve, a ne kao svoje izvorno pravo. Relevantna je samo šteta koju je trpjela inicijalna žrtva.

6.6. Kada se može zadržati primljeno na ime naknade neimovinske štete (čl. 1117.)

St. 1. ovog članka je isti kao raniji čl. 216., ali je st. 2. posve nov i nije bez ozbiljnih teoretskih dvojbi. Sada uspješni podnositelj revizije kao izvanrednog pravnog sredstva protiv pravomoćnih drugostupajnskih odluka ima mogućnosti tražiti vraćanje preplaćenog odnosno neosnovano plaćenog.

Nismo sigurni da je ovaj zaokret dobar i da ima nekog znanstvenog utemeljenja u pravu osobnosti. Popravljanje neimovinske štete, makar i novčano, nije isto što i popravljanje imovinske štete. Materija neimovinske štete je po svojoj stvarnoj i pravnoj naravi drukčija, čak suptilnija. Netko tko je dobio naknadu za oštećeno vozilo mora dobiveni novac vratiti ako se u revizijskom postupku donese suprotna odluka. No, ako je netko dobio novčanu naknadu za pretrpljene bolove, pa – recimo – tu naknadu potrošio na razgledavanje muzeja i galerija Europe (što je inače sukladno samom smislu novčanog popravljanja neimovinske štete), onda može djelovati vrlo nepravično tražiti vaćanja novca samo zato što je tuženik nekim izvanrednim pravnim sredstvom ishodio drukčiju odluku. Tu vraćanje djeluje kao kazna, i to kao posve nezaslužena kazna.

Dvojbena je rješenje da oštećenik postaje nepošten “dostavom odluke o prihvaćanju izvanrednog pravnog lijeka”. Takve odluke po ZPP-u parnični sud ne donosi. Donosi samo odluku da upotrijebljeno pravno sredstvo (reviziju, najčešće) odbacuje ako za to postoje pretpostavke, ali ne donosi odluku da to sredstvo “prihvaća”, odnosno donosi ga tek revizijski sud u fazi meritornog odlučivanja o tom sredstvu. Posve je nejasno koji je status tužitelja (oštećenika) po st. 1. čl. 1117. ZOO iz '05. u vrijeme od podnošenja revizije do odlučivanja po njoj. Racionalno može biti samo tumačenje da oštećenik postaje “nepošten” od časa kada je izvanredno pravno sredstvo njemu dostavljeno. Očekivati je “stampedo” zahtjeva za ovrhu odmah po pravomoćnosti presude.

6.7. Pravo na novčanu naknadu neimovinske štete zbog povrede ugovora (st. 1. čl. 346.)

U tom je članku (u dijelu toga članka) povijesno nova odredba: pravo vjerovnika na naknadu (i) neimovinske štete zbog povrede ugovora (neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora).

Ovo je rješenje na tragu najboljih svjetskih rješenja pa je u mnogim aspektima čak i iznad njih.³⁷ Uvođenje ovog instituta u hrvatsko građansko pravo nije samo izraz prihvaćanja tzv. Landovih načela za novi Građanski kodeks Europske unije (kako je istaknuto čak i u Prijedlogu za donošenje novog ZOO) nego i izraz napretka u znanosti i praksi građanskog prava u četiri posebna pravna područja: učenju o *causi* pravnih poslova, učenju

³⁷ A. Radolović: Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora, Zagreb, Narodne novine 2005. (Savjetovanje u Zagrebu, hotel Sheraton, 3. listopada 2005.).

Po ZOO iz '78./91. bilo je nejasno ima li vjerovnik ima pravo na naknadu takve štete. Zapravo – bilo je jasno da je nema. Praksa to nije prihvaćala, a samo je par teoretskih radova (Napijalo, Slakoper, Klarić) bilo u prilog tome. Odredbe čl. 262. i 265., objektivno rečeno, nisu dozvoljavale pozitivan odgovor na pitanje.

Odredba st. 1. čl. 346. novog ZOO je posve nova; ni takva ni slična još nije postojala u hrvatskom građanskom pravu.

Naknada neimovinske štete zbog povrede ugovora nova je i vani i razvija se (najprije u USA i Velikoj Britaniji) od 60-tih godina prošlog stoljeća. U Njemačkoj je započelo pred 20 godina, u Italiji pred par godina, a u Austriji je upravo u tijeku.

Italija sada poznaje tri oblika neimovinske štete: danno biologico (biološka šteta zbog povrede tijela), danno morale (moralna šteta zbog povrede psihičkog integriteta) i danno esistenziale (egzistencijalna šteta zbog povrede svih drugih prava osobnosti). O tome u talijanskoj znanosti građanskog prava postoji jedan posebno vrijedan rad (Bona – Monateri: Il nuovo danno non patrimoniale, Rim 2004.). Vrlo je zanimljivo da je do uvođenja ovih novih podkategorija ("sottocategorie") neimovinske štete došlo bez promjene Građanskog zakonika (1865., 1942.) koji inače u čl. 2059. takve oblike neimovinske štete ne poznaje. Praksa i znanost civila su to učinile pozivom na Ustav Republike Italije iz 1948., što ipak nije prošlo bez kritika (V. Scalisi – Regola e metodi nel diritto civile della postmodernità, Rivista di diritto civile, Padova 3/05, str. 187; R. Sacco: Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo, Rivista di diritto civile, Padova, 4/05, I, str. 417 – 441).

Austrijski projekt reforme odštetnog prava je u tijeku (I. Griss: Die Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien – Juristische Blätter, svibanj 2005.). Za sada u Austriji prevladava stav da odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora postoji samo ako je do povrede ugovora došlo namjerno ("absichtlich"). U USA se u tom smislu traži uvredljivo ponašanje dužnika.

U ovim je pitanjima hrvatski ZOO iz '05. doista otišao dalje, jer se i za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora traži ista ugovorna krivnja kao za svaku drugu povredu ugovora. Delikt (izvanugovorni) kriteriji su u pravilu nepovoljniji za vjerovnika odnosno povoljniji za dužnika. To je značajna razlika u korist vjerovnika, a ostaje za vidjeti kako će to u praksi izgledati.

Ni hrvatski zakonodavac, međutim, nije mogao posve razdvojiti ugovorna od izvanugovornih pitanja u ovom području: temelj odgovornosti ide po ugovornom pravu, ali se visina naknade dosuđuje po izvanugovornom (deliktom). To je svojevrsna dijalektička antinomija koju neće biti lako razrješavati.

Pojava odredbe iz st. 1. čl. 346. ZOO iz '05. izravna je posljedica razvoja i recepcije učenja o pravu osobnosti. Bez tog učenja institut naknade neimovinske štete zbog povrede ugovora ne bi se mogao pojaviti, a ne može se ni pravilno razumjeti.

o pravu osobnosti (pravu ličnosti), učenju o subjektivnim građanskim pravima (posebno u teoriji interesa) i učenju o nužnosti pragmatizacije i komercijalizacije građanskog prava.

Novi ZOO u ovom dijelu doista značajno slijedi zahtjeve pravne znanosti i iskustva strane prakse. Naša je teorija ova pitanja kako – tako slijedila, praksa nije jer je čak konstantno išla u suprotnom smjeru.

Odredba iz st. 1. čl. 346. (ZOO iz '05). vrijedi za sve ugovore, a za neke je odgovornost za neimovinsku štetu još i posebno propisana (ugovor o organiziranju putovanja, ugovor o prijevozu).

Po čl. 346. vrijedi i za izvanugovorne odnose. To je, međutim, nepotrebna odredba, jer u izvanugovornim odnosima nema dvojbe o tome pripada li oštećeniku pravo na popravlanje neimovinske štete ako je takvu štetu pretrpio.

Unošenje odredbe o pravu na naknadu neimovinske štete po st. 1. čl. 346. novog zakona valja pozdraviti. To će donijeti zasigurno pravo osvježanje u naše ugovorno obvezno pravo, a svakako će pridonijeti daljnjoj ukupnoj humanizaciji obveznog prava i socijalnih kretanja općenito.

Time se ne postavlja nikakav “ogradni zid” između ugovornog i izvanugovornog dijela obveznog prava. Suđenjem po st. 1. čl. 346. nužno je zahtijevati odlučivanje po kriterijima iz čl. 1100., pa čak i 1099.

7. Zaključak

Pravo osobnosti postaje, u punom smislu te riječi, i realnost hrvatskog građanskog (obveznog) prava.

Već su 1978. godine (prvi ZOO) postavljeni prvi temelji recepcije učenja o pravu ličnosti (pravu osobnosti). Sociološko – pravni uvjeti su tada, međutim, bili dosta nepovoljni za punu impostaciju ovog učenja.

Novi ZOO (ZOO iz '05.) predstavlja u tom pravcu značajan korak dalje. Neka su rješenja, kako smo vidjeli, samo preuzeta, neka su doradana, a neka su posve nova i avangardna (st. 1. čl. 346., st. 3. čl. 1100., čl. 1105.). Dvojbeno je (i mogući korak unazad) samo odredba iz st. 2. čl. 1117..

U ovom se radu nismo bavili regulacijom prava osobnosti u drugim propisima, čega također ima (propisi o autorskom pravu, pravu izuma, propisi o medijima, propisi o kaznenom postupku, itd.).

ZOO nije “zakonik” (to je npr. u Sloveniji od '01. – “Obligacijski zakonik”), pa su i drugi propisi “zakoni”, tj. pravni akti podjednake pravne vrijednosti. Novi propis ima uvijek prednost, a stariji samo ako je specijalniji (to je – recimo – problem Zakona o medijima koji je specijalni propis i ima prednost u odnosu na novi ZOO, a u svom sadržaju ima pojam nematerijalne štete iz čl. 155. (ZOO iz '78./91.).

Promijenjena politička i gospodarska situacija trebala bi povoljno djelovati u pravcu jačeg prihvaćanja ljudskih prava i prava osobnosti. Zbog

niza razloga to se još nije dogodilo, ali bi se moralo dogoditi u relativno bliskoj budućnosti. Treba se tome nadati.

Nema razvoja ljudskih prava i prava osobnosti bez građanskog društva. Čisto sociološki gledano mi smo neke zametke građanskog društva imali na početku 20. stoljeća, onda smo tijekom tog stoljeća to potpuno uništili i nametali državno – kapitalistički odnosno državno – socijalistički moral. Izgubljeno vrijeme teško je nadoknaditi i tu je potrebno mnogo truda i promišljenog rada.

Pravo osobnosti se u svijetu snažno razvija i neprestano unapređuje. Austrija vrši reformu svoga odštetnog prava, i to upravo na temeljima učenja o pravu osobnosti. Njemačka i Italija su to već učinile. Ujedinjena Europa službeno još ne verificira svoja pravila o tome, ali će zasigurno i to vrlo skoro doći na red.

Razvoj napose ide u pravcu priznavanja tzv. egzistencijalne štete. To je šteta nastala povredom bilo kojeg prava osobnosti, bez nužnog odraza u boli ili strahu. Bol i strah više nisu bitna odrednica pojma neimovinske štete ni u hrvatskom obveznom (odštetnom) pravu, ali će – što je dosta izvjesno – još dosta vremena trebati da se takvih predrasuda do kraja oslobodimo.

Pravo osobnosti daje sveukupnom građanskom pravu novu dimenziju, ali i traži novi pristup. Rušenje dogme o isključivo imovinskom karakteru građanskog prava neće biti brzo ni lako izvedeno. Treba težiti donošenju posebnog zakona o pravu osobnosti. Ovog trenutka za to još nema uvjeta, ni političko – pravnih ni stručno – pravnih. Na planu teorije i znanosti valja napose riješiti ova pitanja: pravne poslove prava osobnosti, karakteristike prava osobnosti, produbiti analizu o odnosu ljudskih (javnih) prava i prava osobnosti, kreirati temelje i konkretna uređenja medicinskog i medijskog prava.

Ova su pitanja u statusu svojevrzne pendencije i u građanskopravnim sustavima najrazvijenijih zemalja svijeta. Samo pravo osobnosti ne samo da još nije doseglo svoj zenit, nego se u mnogim pitanjima još bori za svoje mjesto u sustavu građanskog prava i prava uopće. Znanost (tehnička, medicinska i dr.) napose “muči” pravo osobnosti, jer se stvaraju novi, do sada nezamislivi oblici pravnih odnosa koje je ponekad uistinu teško kontrolirati (informatika, genetika, biotehnologija, i sl.). “Gorski udari” pogađaju i imovinsko građansko pravo, ali mnogo manje, jer su to već uglavnom posve standardizirani pojmovi.

Jedno bi od mogućih rješenja bilo i donošenje građanskog zakonika. To nikako ne bi smio biti mehanički zbir postojećih propisa (obiteljskog, obveznog, stvarnog, nasljednog, trgovačkog i drugih prava), nego njihova puna i kreativna pravna sinteza. Realno gledajući – donošenje GZ-a ne možemo uskoro očekivati, pitanje je – uostalom – je li ga uopće i možemo donositi odnosno koliko bi imalo smisla donositi ga u već sasvim realnoj viziji novog i jedinstvenog europskog građanskog prava.

Pravo osobnosti moramo razvijati u svim aspektima njegove zaštite. Nije zaštita prava osobnosti samo tužba radi naknade neimovinske štete. Postoje

i ostale tužbe: radi naknade imovinske štete, stjecanje bez osnove, radi uklanjanja učinaka povrede prava osobnosti, radi prestanka povrede prava osobnosti, radi objave ispravka odnosno odgovora na informaciju, itd. Više nema “dvostrukog kolosijeka”: jednog po kojem bi postojala povreda prava osobnosti bez neimovinske štete i drugog uz takvu štetu. Tu je dihotomiju omogućavao po ranijem ZOO, više – međutim – nije, jer je između povrede prava osobnosti i neimovinske štete stavljen znak jednakosti. Nema više neimovinske štete bez povrede prava osobnosti i nema povrede prava osobnosti bez neimovinske štete. To je uistinu nova, bitna konsideracija koju donosi ZOO iz '05.

Zaštita povrijeđenih prava osobnosti posebno je pitanje. Postupovni sustav tome je vrlo malo prilagođen. Treba – primjerice – proširiti pojam pravnog interesa i na neimovinske interese, treba (možda u većoj mjeri) dopuštati tzv. stupnjevite tužbe gdje će se opseg tužbenog zahtjeva postavljati u odnosu prema činjenicama utvrđenim tijekom postupka, treba drukčije regulirati pravo na postupovni trošak, itd. ZPP je donedavno, čak izriječno, bio namijenjen imovinskopravnim sporovima. Sada (čl. 1.) priznaje i “druge građanskopravne sporove”, ali provedbeni mehanizam ZPP-a je i dalje uglavnom napravljen samo za imovinsko građansko pravo.

Neka pitanja iz područja prava osobnosti možemo ostaviti predstojećem vremenu, iako bi – međutim – valjalo što prije pravilno postaviti barem neka urgentna pitanja: (ne)dopustivost eutanazije u medicinskom pravu, pravo na plaću i primanja iz rada kao (nezastarivo) pravo osobnosti, pitanje ispravka i odgovora na informaciju u nekim drugim rješenjima jer postojeća ne daju rezultata, pitanja moralnih prava autorstva u nadležnosti trgovačkih sudova koji su posve prikladni za imovinsku komponentu sporova, ali ne i za onu neimovinsku koja ne spada u njihovu “prirodnu” djelatnost.

Novi ZOO (ZOO iz '05.) doista predstavlja značajan i velik korak dalje u području prava osobnosti i zaštite tih prava. ZOO, međutim, ne donosi sadržaj ovih prava pa pravnik – praktičar dolazi u doista ozbiljnu dvojbu oko toga što uopće predstavlja pravo osobnosti i koja prava osobnosti postoje. Neki će, moguće reći, da je tu novi ZOO čak korak unazad, jer je prijašnji ZOO (i pored one nespretnosti s veznikom “ili” u st. 1. čl. 200.) ipak na istom mjestu nabrojili barem neka prava ličnosti (prava osobnosti).

Primjedbe ipak nisu točne. ZOO iz '78./91. je upravo uporabom veznika “ili” u st. 1. čl. 200. pokazao da vrlo malo razumije pravo osobnosti, čak je – upravo zbog toga – i unio pomutnju u pojam prava osobnosti, a i letimično navedena osobna dobra nisu izraz nikakve posebne sistematike prava ličnosti.

Novi ZOO, svakako, trpi opći nedostatak što ne određuje prava osobnosti ni u pojmu ni u sadržaju. To, međutim, ima i jednu svoju dobru stranu: ne daje se pogrešna informacija o pojmu prava osobnosti.

Postoji sada, istina, čl. 19. koji nabroja prava osobnosti ali čini to isključivo na razini općenitog navoda i bez dublje i sadržajnije razrade pojmova navedenih u st. 2.

Nema ni drugih propisa kojima bi se to detaljnije predviđalo. No, postoji već sada, i u svijetu i kod nas, značajan broj avangardnih znanstvenih radova i publikacija iz područja prava osobnosti koji bi trebali biti normalno i uobičajeno “sredstvo rada” hrvatskog pravника i hrvatskog suca napose.

Budućnost prava osobnosti najviše zavisi od stupnja kreativnosti sudske prakse. U vanjskom svijetu (Njemačka, Italija) praksa je iz “nemogućih” uvjeta (posve općenitih pravila građanskih zakonodavstva 19. stoljeća) izvukla ne samo pojam prava osobnosti nego i pojmove šteta koje sami ti zakonic i uopće ne poznaju (pojam egzistencijalne štete u talijanskom pravu npr.). Zastoj u kreativnoj usmjerenosti hrvatskih sudova treba žurno zaustaviti i vratiti stvari na stanje koje je dugo bilo u znaku posebno vidljive i dokazane pravne kreativnosti.

Pravo osobnosti ide snažno dalje, ali nailazi i na prve velike, ozbiljne i nove poteškoće. Naime, do sada je pravo osobnosti polazilo od čovjeka – pojedinca kao neponovljivo jedinstvene jedinke, jedinstvenog bića kakvo (isto, slično) ne postoji i ne može postojati. Napredak genetike i medicinske biotehnologije ruši ove premise: DNA faktor (taj, kako se činilo, strogo individualni “kòd”) dijeli se na određen broj srodnika i čovjek, stoga, nije baš neponovljiva jedinka. Podaci o jednoj osobi (npr. o zdravlju odnosno bolesti te osobe) podaci su i za neke njegove srodnike.³⁸ Disponiranje vlastitim pravom osobnosti u takvim slučajevima nerijetko zapravo znači i disponiranje analognim pravom bliskog srodnika istog DNA faktora. Svaka dispozicija, za građanskopravno svojstvo prava osobnosti inače vrlo poželjna, nosi sa sobom povećane mogućnosti zloraba. Teza o jedinstvenosti i neponovljivosti svake ljudske osobe, razvijena od Boetija do danas, u samoj je srži suvremenog učenja o pravu osobnosti i nije jasno kako će na ovo učenje utjecati najnovija dostignuća genetike i medicinske biotehnologije koja nas sve jače uvjeravaju da ove premise više ne stoje.

Pravo osobnosti je u funkciji razvoja čovjeka i čovječanstva. Čovjek ima pravo i obvezu dostići zrelost ljudske osobe (tako npr. i kan. 217. Zakonika kanonskog prava, Zagreb 1996., str. 93). Pravo osobnosti štiti čovjeka (i pravnu osobu u odgovarajućem dijelu) od zadiranja trećih kojima se tuđa osobnost ugrožava.

Pravo osobnosti je snažno upućeno i prema državi. Država je ovdje vrlo često u vrlo ambivalentnoj poziciji: jedino ona može, donošenjem propisa i organizacijom pravno – sudskog sustava pomoći razvoju čovjeka i njegove osobnosti ali, isto tako, ona sama ponekad ugrožava tu osobnost. Nije se teško prisjetiti brojnih oblika zatiranja osobnosti, pa čak i otvorenog poticanja “neosobnosti” (dvoličnosti, licemjerja, nekritičkog pristajanja na pogrešne ideologije, nametanja nemarnog modela života, obožavanja “voljenog i nepogrešivog” vođe, masovnog tjeranja iz crkve odnosno masovnog

³⁸ Vidjeti o tome: N. Lipari – *Diritto privato europeo*, II. dio, Padova 1997., str. 143 -- 161); Genanalyse und Persönlichkeitsschutz. Zürich 1994..

tjeranja u crkvu, kampanje “svi u grad” odnosno “svi na selo”, olakog mijenjanja političke stranke i ideologije, itd.). Napose su se totalitarne države “iskazale” u takvom ismijavanju osobnosti čovjeka. Ponekad, međutim, i čovjek – pojedinac sam pristaje na “izvlaštenje osobnosti”. U njemu samome nerijetko postoji otpor prema vlastitoj osobnosti, napose kada “neosobnost” omogućuje neke materijalne probitke (zaposlenje, bolje radno mjesto, napredovanje u službi, itd).

Građansko (obvezno) pravo u Republici Hrvatskoj je u svom imovinskom dijelu, nedvojbeno, korespondentno svim modernim sustavima građanskog prava. U neimovinskom dijelu (pravu osobnosti, pravu ličnosti) razina sukladnosti za sada nije tolika. Razloge toga pokušali smo u ovom radu označiti barem u temeljnim konturama. Novi ZOO (ZOO iz '05.), međutim, predstavlja uistinu znatan korak dalje na području prava osobnosti, i to je činjenica koju svakako valja pozdraviti i podržati.

Pravo osobnosti (pravo ličnosti) ima iza sebe dosta dugu povijesnu evoluciju, ali se – u svojoj punoj znanstvenoj zaokruženosti – pojavilo tek u drugoj polovici 20. stoljeća (razorne i traumatske posljedice 2. svjetskog rata definitivno su na svjetsku scenu “izbacile” pojavu ljudskih prava u javnom pravu odnosno pojavu prava osobnosti na području privatnog prava).

Svi su ljudi nositelji prava osobnosti, ali (u mjeri koliko je to objektivno moguće) i pravne osobe. Objekt tih prava je personalitet subjekta prava kao zbir njegovih psihofizičkih odnosno gospodarsko – socijalnih osobina (“moralna imovina”).

Postoji izravna, čak sinonimska veza, između prava osobnosti i neimovinske štete. Novi ZOO tu vezu prihvaća i potvrđuje.

Novi ZOO i inače predstavlja značajan korak naprijed u recepciji i razvoju prava osobnosti u RH. Od stupnja kreativnosti znanosti i prakse građanskog prava zavisi njegoa stvarna implementacija u ovoj materiji.

Summary

**RIGHT ON PERSONALITY IN THE NEW LAW
ON OBLIGATIONS**

Right on personality has quite a long history of evolution, however it acquired full scientific appreciation only in the second half of the 20th century (destructive and traumatic consequences of the 2nd World War have definitely “launched” on the world scene human rights in public law, and right on personality in private law).

Bearers of the right on personality are all people, but also (to the extent it is objectively possible) legal persons. The object of these rights is personality of subject of rights as a sum of his psycho-physical, or economic-social characteristics (“moral property”).

There is a direct link (they are almost synonyms) between right on personality and immaterial damages. The new LO accepts and affirms this link.

The new LO represents an important step forward in reception and development of the right on personality in the Republic of Croatia. Actual implementation of the LO in this subject-matter depends on the level of creativity that is to be seen in legal science and case-law.

Key words: right on personality, Law on Obligations, immaterial damages.

Zusammenfassung

**PERSÖNLICHKEITSRECHT IM NEUEN GESETZ ÜBER
SCHULDVERHÄLTNISSE**

Das Persönlichkeitsrecht blickt auf eine ziemlich lange geschichtliche Evolution zurück, doch - in seinem vollen wissenschaftlichen Umfang - erscheint es erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts (die zerstörerische und traumatische Wirkung des 2. Weltkriegs hat die Erscheinung der Menschenrechte im öffentlichen Recht bzw. die Erscheinung des Persönlichkeitsrechts im Privatrecht definitiv auf die Bühne der Welt “geschleudert”).

Träger des Persönlichkeitsrechts sind alle Menschen, doch (in dem Maße wie dies objektiv möglich ist) auch juristische Personen. Objekt dieser Rechte ist die Personalität des Rechtsobjekts als Summe seiner psychophysischen bzw. wirtschaftlich sozialen Eigenschaften (“moralischer Besitz”).

Es besteht eine direkte, sogar synonyme Verbindung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und Schäden immaterieller Güter. Das neue Gesetz über Schuldverhältnisse (ZOO) erkennt diese Verbindung an und bestätigt sie.

Das neue ZOO bedeutet ansonsten einen wichtigen Schritt vorwärts bei der Rezeption und Entwicklung des Persönlichkeitsrechts in der Republik Kroatien. Die tatsächliche Implementation des ZOO in diese Materie hängt vom Grad der Kreativität der Wissenschaft und der Praxis des Bürgerlichen Rechts ab.

Schlüsselwörter: *Persönlichkeitsrecht, Gesetz über Schuldverhältnisse, Schäden immaterieller Güter.*

Sommario

DIRITTO ALLA PERSONALITÀ NELLA NUOVA LEGGE SUI RAPPORTI OBBLIGATORI

Il diritto alla personalità (diritto alla soggettività) ha una storia evolutiva piuttosto lunga, ma – nel suo pieno riconoscimento scientifico – si è manifestato solo nella seconda metà del XX secolo (le conseguenze distruttive e traumatiche della II guerra mondiale hanno definitivamente “lanciato” sulla scena mondiale i diritti umani nel diritto pubblico e il diritto alla personalità nel diritto privato).

I portatori del diritto alla personalità sono tutte le persone, ma anche (nella misura in cui questo è oggettivamente possibile) alle persone giuridiche. L’oggetto di questi diritti è la personalità del soggetto di diritti come somma delle caratteristiche psico-fisiche o economico-sociali (“proprietà morale”).

Esiste un legame diretto, addirittura sinonimico, tra diritto alla personalità e danno immateriale. La nuova Legge sui rapporti obbligatori (*Zakon o obveznim odnosima, ZOO*) accoglie e afferma questo legame.

La nuova Legge sui rapporti obbligatori rappresenta un importante passo avanti nel recepimento e nello sviluppo del diritto alla personalità nella Repubblica di Croazia. La concreta applicazione della Legge sui rapporti obbligatori in questa materia dipende dal livello di creatività di scienza e prassi del diritto civile.

Parole chiave: *diritto alla personalità, Legge sui rapporti obbligatori, danno immateriale.*

BANKARSKE GARANCIJE PREMA ODREDBAMA NOVOG ZAKONA O OBVEZNIM ODNOSIMA (U POREDBENOPRAVNOM KONTEKSTU)

Dr. sc. Zvonimir Slakoper,
izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.768::347.4(497.5)(094.5)
Ur.: 26. rujna 2006.
Pr.: 14. studenog 2005.
Izvorni znanstveni članak

Novi Zakon o obveznim odnosima promijenio je naziv instituta bankarske garancije u bankarsko jamstvo i pojam tog instituta izložen u čl. 1039. st. 1. i 2. (tako da se sada pod nazivom bankarskog jamstva pojavljuje samostalna bankarska garancija), dok ostale odredbe ranijeg ZOO-a sadržajno nisu promijenjene. Promjena naziva i pojma ovog instituta predstavljaju vrlo važne sadržajne promjene, pa se u radu analizira utjecaj tih promjena na dosadašnja stajališta pravne znanosti i prakse o ovom institutu. Polazi se od dosadašnje terminologije u domaćem i poredbenom pravu i značenja pojedinih pojmova, a potom se obrađuje problematika primjene odredbi ZOO-a, s obzirom na prvenstvo trgovačkih običaja (čl. 12. ZOO-a). Imajući oboje u vidu, rad slijedi i obrađuje pitanja uređena odredbama ZOO-a i to uzimajući u obzir dosadašnja stajališta literature i sudske prakse glede svakog pojedinog obrađenog pitanja, a uvijek izlažući mogući utjecaj uvodno navedenih promjena na buduća stajališta i praksu. Izlažu se pitanja u svezi s oblikom garancije, kvalifikacijom i nastankom bančine obveze prema korisniku, pretpostavkama isplate, prenosivošću i potvrdom garancije.

Ključne riječi: *Zakon o obveznim odnosima, bankarska garancija, bankarsko jamstvo, samostalna garancija, akcesorna garancija, primjena odredbi Zakona o obveznim odnosima o bankarskim garancijama (bankarskom jamstvu).*

1. Uvod

Raniji Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO)¹ u čl. 1083. – 1087. uređivao je jedan institut koji je poglavito dio autonomnog trgovačkog odnosno bankarskog prava i naslovljavao je taj institut kao bankarsku garanciju. Odredbe čl. 1083. st. 2. i čl. 1084. – 1087. prenesene su u novi ZOO² kao čl. 1039. st. 3. i čl. 1040. – 1043. skoro bez ikakvih sadržajnih izmjena, a izmijenjeni su pojam instituta iz ranijeg čl. 1083. st. 1., koji je sad opisan u čl. 1039. st. 1. i 2., i sam naziv tog instituta, koji se više ne zove bankarska garancija nego bankarsko jamstvo.³

Promjena naziva i pojma ovog instituta, uz zadržavanje istog sadržaja ostalih odredbi koje uređuju taj institut, toliko su značajni da mogu izazvati dvojbe glede samog instituta koji je uređen, a posljedično i glede pravnih pravila koja treba primijeniti na taj institut.

Dosad su se, naime, u hrvatskom pravnom nazivlju pretežno rabili izrazi “jamstvo” – što je institut građanskog i trgovačkog prava uređen odredbama čl. 104. - 126. novog ZOO – i “bankarska garancija” – koja je institut trgovačkog prava uređena odredbama čl. 1083. – 1087. ranijeg ZOO – dok izraza “bankarsko jamstvo” u ovom Zakonu nije bilo, a u literaturi se rabio u manjoj mjeri.

Stoga je potrebno prikazati i raščlaniti promjene koje su nastale uvođenjem naziva bankarsko jamstvo i novim definiranjem pojma tog instituta. Pri tome je posebnu pozornost potrebno posvetiti primjeni odredbi koje donosi ZOO, što proizlazi iz činjenice da su bankarske garancije u prvom redu institut autonomnog trgovačkog prava⁴ te da se na njih vrlo često primjenjuju Ujednačena pravila za garancije na zahtjev Međunarodne trgovačke komore⁵ (dalje: UP MTK). Drugim riječima, potrebno je istražiti i odnos primjene odredbi ZOO i UP MTK prema novom ZOO. Odredbe što ih donosi ZOO i stajališta hrvatskog prava potrebno je prikazati i općenito u poredbeno pravnom kontekstu zato što su bankarske garancije u prvom redu prisutne u odnosima s međunarodnim obilježjem. Polazište prikaza predstavljat će odredbe ZOO, a obradit će se ona pitanja koja su uređena odredbama ZOO.

¹ NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96.

² NN 35/05.

³ Prema Barbić, Jakša: Bankarsko jamstvo, u *Novi Zakon o obveznim odnosima*, 2005. (dalje: Barbić), s. 195.: “zbog neodgovorne intervencije jezičnih stručnjaka učinjene bez konzultacije s pravničkom strukom, pogrešno (je) izraz garancija zamijenjen izrazom jamstvo”.

⁴ Tako i Vukmir u *Gorenc i drugi: Komentar Zakona o obveznim odnosima*, 2005., (dalje: Vukmir u *Gorenc i drugi*), s. 1602.

⁵ *Uniform Rules for demand Guarantees ICC*, Publikacija br. 458. (dalje: UP MTK). O UP MTK v. podrobnije u Maurović, Ljiljana: *Kodifikacija prava bankarskih garancija - jedinstvena pravila MTK*, *Pravo u gospodarstvu*, 3-4/94., i Maurović, Ljiljana: *Obilježja kodifikacija prava bankarskih garancija*, *Hrvatska pravna revija*, 9/2001.

Koristit će se domaća i poredbena literatura, a u onom dijelu u kojem sadržaj odredbi koje donosi ZOO nije izmijenjen, pomoći će i dosadašnja sudska praksa.

2. Terminologija i pojmovi bankarske garancije i bankarskog jamstva

1. Još prije donošenja ranijeg ZOO hrvatska pravna književnost razlikovala je bankovno jamstvo i bankovnu garanciju, odnosno bankovne garancije izdane s naslova jamstva (akcesorne, sporedne) i bankovne garancije izdane s naslova samostalnih garancijskih ugovora (samostalne).

Temelj razlikovanja tih instituta jest u postojanju odnosno nepostojanju pravne veze između obveze koja se osigurava i obveze iz bankovnog jamstva, odnosno bankovne garancije. Iako i u jednom i u drugom slučaju postoji (osnovna) obveza treće osobe prema korisniku bankovnog jamstva odnosno bankovne garancije, čije se ispunjenje osigurava, u slučaju bankovnog jamstva banka ne ispunjava svoju obvezu nego obvezu glavnog dužnika, a njena je obveza akcesorna ili sporedna u odnosu na obvezu glavnog dužnika. Dosljedno tome, korisnikovu zahtjevu banka se može suprotstaviti i prigovorima koje korisniku može istaći glavni dužnik iz osnovnog pravnog posla koji je bio povod bankovnom jamstvu. Bitno različito od toga, u slučaju bankovne garancije nastaje vlastita bančina obveza koja nije akcesorna nego samostalna prema obvezi korisnikova dužnika, pa se korisnikovu zahtjevu za isplatu garancije banka ne može suprotstaviti prigovorima kojima se dužnik može suprotstaviti korisniku garancije temeljem pravnog posla s korisnikom, nego samo prigovorima koji proizlaze iz bankarske garancije.⁶

Ova stajališta hrvatske literature bila su – i ostala - u skladu i s ranijim i s današnjim stavovima u poredbenom pravu.

Najprije treba uočiti kako poredbena literatura ne ističe samostalnost bankarske garancije pri njenom imenovanju, nego je u pravilu jednostavno imenuje kao bankarsku garanciju, a njenu samostalnost u odnosu s drugim pravnim poslovima s kojima je faktički povezana, podrazumijeva i opisuje kao bitno obilježje.⁷ Ponekad se uz ili umjesto izraza bankarska garancija rabe i izrazi “čista” garancija,⁸ “garancija na zahtjev”,⁹ “garancija na prvi

⁶ Rosenberg, Ljudevit: *Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama*, drugi svezak, 1975. (dalje: Rosenberg), s. 135. – 142.

⁷ Bannier, F.A.W.: *Bank Guarantees and Documentary Credit*, u *Hague-Zagreb Essays 6* (dalje: Bannier), s. 68. i 80., Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. izdanje, (dalje: Palandt) s. 1134., Schwintowski/Schaeffer: *Bankrecht*, 1997. (dalje: Schwintowski/Schaeffer), s. 752. i 755., Avancini/Iro/Kozioł: *Oesterreichisches Bankvertragsrecht*, Bd. II, 1993. (dalje: Avancini/Iro/Kozioł), s. 246. i dalje.

⁸ Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, *Obligationenrecht I*, 3. izdanje, (dalje: Basler I), s. 616.

⁹ “Demand guarantees”, UP MTK, Schmitthoff’s *Export Trade*, 10. izdanje, (dalje: Schmitthoff’s) s. 217. i dalje.

zahtjev”,¹⁰ ali i “jamstvo na prvi poziv”¹¹. Bankarska garancija samostalna je - a to točnije govoreći znači da je odnos banke i korisnika pravno neovisan - i o osnovnom odnosu između bančina nalogodavatelja i korisnika garancije, ali i o odnosu nalogodavatelja i banke.¹² Središnji aspekt samostalnosti sastoji se u bančinoj nemogućnosti da se zahtjevu korisnika za isplatu suprotstavi prigovorima iz osnovnog odnosa ili odnosa s nalogodavateljem.¹³

Bitno različito, sami izrazi “garancija” i “ugovor o garanciji” u *common law* označavaju jamstvo odnosno ugovor o jamstvu, koji podrazumijeva akcesornost obveze i njenu povezanost s obvezom glavnog dužnika i onda kad takvu garanciju izda odnosno ugovor o garanciji sklopi i banka.¹⁴ Za takve garancije u švicarskoj literaturi rabi se izraz “garancije slične jamstvu”,¹⁵ katkad se rabi i izraz “uvjetne” garancije,¹⁶ a katkad jednostavno “jamstvo”.¹⁷

2. Raniji ZOO u čl. 1083. st. 1. pod pojmom bankarske garancije definirao je bankovno jamstvo, odnosno bankarsku garanciju izdanu s naslova jamstva, tj. akcesornu bankarsku garanciju, na koju se primjenjuju odgovarajuće odredbe o jamstvu jer je ta odredba upućivala na bančino obvezivanje korisniku “za slučaj da mu treća osoba ne ispuní obvezu o dospjelosti”.¹⁸ Uz to u čl. 1087. st. 1. iznio je i pojam samostalne bankarske garancije i izrijeком naznačio kako se u slučaju izdavanja takve garancije banka korisnikovu zahtjevu za isplatu ne može suprotstaviti prigovorima “koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po osiguranoj obvezi”.¹⁹

Raniji ZOO poznao je, dakle, i razlikovao dvije bitno različite vrste garancija: akcesorne – koje se mogu uzeti kao posebna vrsta jamstva i na koje se primjenjuju odredbe o jamstvu pri čemu se banka nalazi u pravnom položaju jamca – i samostalne – koje nisu posebna vrsta jamstva i na koje se odredbe o jamstvu ne mogu primijeniti, nego je bančina obveza njena vlastita i samostalna obveza prema korisniku i ravna se samo prema pravilima koja se primjenjuju na samostalne bankarske garancije. No, neprikladno je obje

¹⁰ Palandt, s. 1134.

¹¹ Schwintowski/Schaeffer, s. 755.

¹² Za englesko pravo *Odluka u sporu Bolivinter Oil SA v. Chase Manhattan Bank NA*, 1984 2 Lloyd’s Law Report 251. DC., a za austrijsko pravo *Avancini/Iro/Koziol*, s. 255. I s. 298., za njemačko pravo *Schwintowski/Schaeffer*, s. 758., za švicarsko pravo *Basler I*, s. 621.

¹³ V. literaturu navedenu u bilješci 7.

¹⁴ *Schmitthoff’s Export Trade*, 10. izdanje, s. 214. Slično *Paget’s Law of Banking*, 11. izdanje, s. 647.

¹⁵ *Basler I*, s. 616.

¹⁶ *Schmitthoff’s*, s. 215.

¹⁷ *Avancini/Iro/Koziol*, s. 255. i *Schwintowski/Schaeffer*, s. 755.

¹⁸ Tako i *Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, 1998. (dalje: *Gorenc*), s. 1324.

¹⁹ Potpuni tekst st. 1. čl. 1087. ranijeg ZOO glasi: “Ako bankarska garancija sadrži klauzulu “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sadrži riječi koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po osiguranoj obvezi”.

te posve različite vrste nazivao “bankarskim garancijama” i time odstupao od izloženih standarda izražavanja u poredbenoj literaturi. Umjesto toga, sadržaj odredbi čl. 1083. – 1087. raniji ZOO bolje je odražavao naslov “Bankarsko jamstvo i bankarska garancija”.

Institut uređen odredbama čl. 1039. – 1043. novi ZOO naziva “bankarskim jamstvom”. Prema čl. 1039. st. 1. (novi ZOO) bankarsko jamstvo je “svaka obveza na plaćanje određenoga novčanog iznosa, bez obzira na to kako je nazvana, na pisani zahtjev korisnika i uz podnošenje banci dokumenata, ako su navedeni u jamstvu”, a za čl. 1039. st. 2. (novi ZOO) “bankarsko jamstvo je samostalna obveza banke neovisna o osnovnom poslu”. Definicija “bankarskog jamstva” koju smo citirali preuzeti je dio pojma bankarske garancije kako taj pojam definiraju UP MTK, prema kojima “garancija na zahtjev ... znači svaku garanciju ... ili drugo obvezivanje ... banke, osiguravajućeg društva ili bilo kojeg drugog tijela ili osobe ... učinjeno u pisanom obliku, na plaćanje novca po podnošenju u suglasnosti s uvjetima obvezivanja, pisanog zahtjeva za plaćanje ili takvog drugog dokumenta ... kakav može biti specificiran u garanciji...”²⁰

Takve garancije prema čl. 2b. UP MTK samostalne su u odnosu prema osnovnom poslu između korisnika i bančina nalogodavatelja, odnosno prema obvezi čije se ispunjenje osigurava izdavanjem bankarske garancije, jednako kao i “bankarska jamstva” prema čl. 1039. st. 2., ZOO.

Prema tome, pod pojmom “bankarskog jamstva” ZOO iznosi pojam (samostalne) bankarske garancije, a ne garancije koja bi se zbog pravne povezanosti s osnovnim poslom i podredne primjene odredbi o jamstvu na tu garanciju mogla opravdano nazvati bankarskim jamstvom.

Iz toga proizlazi kako se razlika između naziva instituta i čl. 1083. st. 1. ranijeg i čl. 1039. st. 1. i 2. novog ZOO sastoji u tome što je raniji pod nazivom bankarske garancije izložio pojam bankovnog jamstva, tj. akcesorne bankarske garancije, a novi pod nazivom bankovnog jamstva, tj. akcesorne bankovne garancije izložio pojam samostalne bankarske garancije.²¹ Kad se k tome uzme u obzir sadržajno neizmijenjena odredba ranijeg čl. 1087. st. 1. koja je ustanovljavala pojam (samostalne) bankarske garancije – tj. sadašnja odredba čl. 1043. st. 1. – proizlazi da je raniji ZOO poznavao i akcesorne i samostalne garancije,²² a novi ZOO da poznaje samo samostalne.²³ Istovremeno i dosljedno, bankarsko jamstvo, tj. akcesorna garancija na prvi pogled više ne bi bili predmet zasebnog uređenja, nego bi se izravno primjenjivale odredbe o jamstvu.

Ipak ovu tezu pokušat će se provjeriti u ovom radu.

²⁰ Čl. 2a. UP MTK, potpuni tekst v. u Gorenc/Schwank/Slakoper: *Međunarodna pravila za kupoprodaje plaćanja i arbitraže*, 1996.

²¹ Tako i Barbić, s. 196.

²² Tako i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1605.

²³ Imajući ovo u vidu za institut uređen odredbama čl. 1039. – 1043. ZOO u radu će se rabiti izraz “bankarska garancija”, a ne “bankarsko jamstvo”.

3. Primjena odredbi ZOO

3.1. Uvod

Problematiku primjene odredbi ZOO o bankarskim garancijama izložit će se s tri motrišta.

S motrišta pitanja primjenjuju li se te odredbe samo na samostalne garancije ili i na akcesorne, tj. bankarska jamstva dio literature i sudska praksa uz raniji ZOO upućivali su na to da bi se odredbe čl. 1083. – 1086. primjenjivale na akcesornu garanciju, tj. bankarsko jamstvo, jer je čl. 1083. definirao takvu garanciju, a odredbe čl. 1087. na samostalnu garanciju.²⁴ Kako pitanje primjene odredbi ZOO s tog motrišta držimo složenijim, te kako novi ZOO u čl. 1039. definira samostalnu garanciju, problematiku primjene odredbi ZOO s tog motrišta prikazat ćemo pri prikazu i usporedbi pojedinih odredbi s odredbama UP MTK.

Pitanje na koji se pravni odnos – od tri pravna odnosa koja postoje u svezi s bankarskim garancijama – odredbe ZOO primjenjuju, bit će obrađeno u nastavku teksta, a pitanje primjene tih odredbi s obzirom na prvenstvo trgovačkih običaja pred dispozitivnim odredbama ZOO bit će načelno obrađeno u nastavku, ali i pri obradi pojedinih odredbi.

3.2. Koja odredba ZOO se primjenjuje na koji pravni odnos

1. U trenutku kad banka izda garanciju njenom korisniku, između tih strana nastaje pravni odnos. No, u tom trenutku već postoje još dva pravna odnosa koja stoje samo u faktičnoj ili i pravnoj svezi s pravnim odnosom između banke garanta i korisnika garancije. To su pravni odnos između korisnika garancije i treće osobe koja je u tom odnosu korisnikov dužnik te pravni odnos između te treće osobe i banke garanta. (Osnovni) pravni odnos između korisnika garancije i trećeg najčešće je ugovor kojim se treći kao dužnik ugovorne obveze, obvezao korisniku pribaviti bankarsku garanciju kao sredstvo za osiguranje ispunjenja te obveze. Pravni odnos između tog trećeg i banke garanta također je ugovor kojim se banka, kao nalogoprimateelj, trećem, kao svom nalogodavatelju, obvezala izdati garanciju u korist njegova vjerovnika, tj. korisnika garancije.²⁵

2. Iz već izloženog pojma bankarske garancije iz čl. 1039. ZOO vidljivo je kako se on odnosi samo na odnos između banke garanta i korisnika bankarske garancije. Na taj odnos primjenjuju se i odredbe čl. 1040.

²⁴ Gorenc, op. cit., a to proizlazi i iz odluka VTSRH Pž-754/92 od 7. travnja 1992. i VSRH Rev 44/1998 od 28. travnja 1999. i Gzz 17/1998 od 28. travnja 1999., koje v. pod br. 1383 i 1375 u Slakoper Zvonimir i sur.: *Sudska praksa 1980. – 2005.* i bibliografija radova uz Zakon o obveznim odnosima, 2005. (dalje: *Sudska praksa*).

²⁵ Ovaj odnos kao ugovor o nalogu kvalificiraju Rosenberg, s. 152. i odluka VSRH. Revt 65/02, od 24. ožujka 2004. u *Sudska praksa*, br. 1396.

– 1043. st. 1. ZOO, što je vidljivo iz njihova izričaja, dok se odredba čl. 1043. st. 2. primjenjuje na odnos između banke garanta i trećeg, tj. njenog nalagodavatelja, a odredba čl. 1043. st. 3. na (osnovni) odnos između korisnika garancije i trećeg, tj. njegova dužnika.

3. Odredba čl. 1043. st. 2. izrijekom određuje da je nalagodavatelj “dužan platiti banci svaki iznos koji je banka platila” na temelju samostalne bankarske garancije. Ova je odredba korisna stoga što otklanja potrebu složenijih tumačenja odredbi o ugovoru o nalogu i njihove primjene na odnos nalagodavatelja i banke i predstavlja jednostavan i jasan pravni temelj bančinog zahtjeva za naknadu svote isplaćene korisniku garancije, te time štiti banku.²⁶ Ipak, tu se odredbu ne smije uzeti doslovno, nego je potrebno protumačiti je u okviru postojećih pravnih odnosa.

Banka garant izdaje garanciju u ispunjenju svoje obveze preuzete prema nalagodavatelju ugovorom o izdavanju bankarske garancije, koji ima karakter ugovora o nalogu, a banka prava i obveze nalogoprimalca. Stoga se ne može doslovno shvatiti da bi nalagodavatelj bio dužan naknaditi banci “svaku” svotu koju je banka platila korisniku temeljem garancije, nego svaku svotu koju je ona platila uredno ispunjavajući svoje obveze prema nalagodavatelju.²⁷ Primjerice, ako bi banka izdala garanciju na svotu veću od svote naznačene u ugovoru o nalogu, ona bi korisniku bila dužna isplatiti je, ali od nalagodavatelja ne bi mogla zahtijevati veću svotu od ugovorene s nalagodavateljem. Ili, ako bi ugovor o izdavanju garancije naznačivao neki uvjet isplate garancije, a banka propustila taj uvjet unijeti u garanciju te izdala bezuvjetnu garanciju, onda bi korisniku bila dužna isplatiti garanciju bezuvjetno, ali od nalagodavatelja ne bi mogla zahtijevati naknadu isplaćenog, osim ako je uvjet ispunjen.

Uz to može se naglasiti kako je isplata garancije korisniku pretpostavka bančinog zahtjeva za naknadu isplaćenog od nalagodavatelja, ali i od njegovih jamaca, odnosno kako ona “stječe regresno pravo ... tek kad obavi isplatu vjerovniku (korisniku garancije)”.²⁸

4. Odredba čl. 1043. st. 3. predstavlja pravno logički nastavak st. 2. istog članka jer u situaciji kad je banka garant najprije isplatila korisniku samostalnu garanciju, a potom je temeljem st. 2. istog članka nalagodavatelj toj banci naknadio isplaćenu svotu, nalagodavatelj koji je ispunio obvezu iz osnovnog odnosa osiguranu garancijom, ili se zbog bilo kojeg drugog razloga u osnovnom odnosu mogao suprotstaviti korisnikovu zahtjevu za ispunjenje, nalazi se u situaciji u kojoj je zbog samostalnosti izdane garancije bio dužan banci naknaditi ono što u osnovnom odnosu nije bio dužan ispuniti korisniku kao svom vjerovniku.

U takvoj faktičnoj situaciji pravni položaj bančinog nalagodavatelja (tj. korisnikova dužnika iz osnovnog odnosa) bio bi vrlo složen i težak

²⁶ Tako odluka VSRH Rev 93/1997. u Sudska praksa, br. 1398.

²⁷ Slično i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1612.

²⁸ Odluka VSH Rev-88/85, od 29. 10. 1985., u Sudska praksa, br. 1377.

zbog pravne odvojenosti tri pravna odnosa koja podrazumijeva izdavanje bankarske garancije. Zbog toga, odnosno zbog poteškoća pri uspostavljanju pravne sveze između osnovnog odnosa i odnosa banke garanta s korisnikom, nalogodavatelj garancije – u situaciji u kojoj je banka isplatila garanciju, a nalogodavatelj bi se korisnikovu zahtjevu mogao suprotstaviti utemeljenim prigovorom – nalogodavatelju bi prema korisniku (kad ne bi postojao st. 3. čl. 1043.) mogao pripadati jedino zahtjev za vraćanjem prema pravilima o stjecanju bez osnove. No, kako nije potpuno sigurno da mu taj zahtjev pripada,²⁹ odredba st. 3. čl. 1043. vrlo je dobrodošla jer izrijeком ustanovljava obvezu korisnika garancije da nalogodavatelju isplati čitavu svotu ili dio svote koju je primio temeljem samostalne garancije, a koji banka ne bi bila dužna isplatiti da se banka zahtjevu za isplatu mogla suprotstaviti onim prigovorima kojima se u osnovnom odnosu nalogodavatelj mogao suprotstaviti korisnikovu zahtjevu za ispunjenje obveze osigurane garancijom.³⁰

Ova odredba, prema stajalištu Vrhovnog suda RH, ustvari onemogućuje stjecanje bez osnove na strani korisnika, koje bi bilo posljedica “dvostruke naplate njegovog potraživanja, jedan put od strane njegovog dužnika iz osnovnog posla, a drugi put temeljem isplate po bankarskoj garanciji”.³¹ Takvo stajalište podržavamo jer bi korisnik garancije u naznačenoj situaciji mogao imati obilježja neosnovano obogaćenog, a nalogodavatelj osiromašenog, ali ističemo kako ne bi bila riječ o dvostrukoj naplati iste tražbine jer je bančina obveza temeljem samostalne garancije njena vlastita obveza koja izvire iz same garancije, pa je i korisnikova tražbina prema banci druga tražbina u odnosu prema tražbini iz osnovnog odnosa koju ima prema bančinom nalogodavatelju.

5. Zaključak o tome na koje se pravne odnose u svezi s bankarskom garancijom primjenjuju odredbe st. 2. i 3. čl. 1043. već smo iznijeli, a izloženo to potvrđuje.

Iz izloženog ujedno proizlazi kako se odredbe čl. 1043. st. 2. i 3. primjenjuju samo u slučajevima izdavanja samostalne bankarske garancije, a ne i u slučajevima izdavanja akcesorne bankarske garancije, tj. bankarskog jamstva. K tome, te odredbe primijenit će se i onda kad se na garanciju primjenjuju UP MTK jer ona ne sadrže odredbe koje bi drukčije uređivale predmet uređenja čl. 1043. st. 2. i st. 3.

²⁹ Nepotpuna sigurnost pripada li nalogodavatelju ovaj zahtjev proizlazi iz okolnosti što je postojala bančina obveza isplate, te iz okolnosti što veza između nalogodavateljeva osiromašenja i korisnikova (neosnovanog) obogaćenja nije izravna.

³⁰ Čl. 1043. st. 3. glasi: “Korisnik jamstva duguje nalogodavcu iznos primljen po osnovi jamstva na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca”.

³¹ Odluka VSRH Rev 93/1997.

3.3. Kad se primjenjuju čl. 1039. – 1043. ZOO, a kad UP MTK

Jednu od vrlo značajnih novosti koje je donio novi ZOO predstavljaju odredbe čl. 12. st. 1. – 3. kojima je – sažeto govoreći – za odnose između trgovaca određena prvenstvena primjena trgovačkih običaja i prakse koju su trgovci međusobno razvili, i to čak i onda kad su običaji i praksa suprotni dispozitivnim odredbama ZOO.³² Novost se sastoji u tome što je raniji ZOO u čl. 1107. st. 3. određivao upravo suprotni redoslijed primjene.³³

Strane koje sudjeluju u garantnom poslu redovito imaju svojstvo trgovaca jer su to poglavito pravne – ali i fizičke osobe – koje obrtimice obavljaju gospodarsku djelatnost radi stjecanja dobitka.³⁴ Uz to, one postaju strane u garantnom poslu u obavljanju svojih djelatnosti ili u svezi s obavljanjem njihovih djelatnosti, pa pravni poslovi od kojih se sastoji garantni posao imaju karakter trgovačkih pravnih poslova.³⁵

Godine 1992. Međunarodna trgovačka komora u Publikaciji br. 458 objavila je UP MTK, koja u 28 članaka uređuju značajan broj pitanja u svezi sa samostalnim bankarskim garancijama.³⁶ Tijekom trinaest godina proteklih od objave, primjena UP MTK nije postala široko učestala i proširena³⁷ tako da bi se bez ograde moglo reći kako ta pravila sadrže trgovačke običaje, te da ih stoga treba uzeti i primijeniti kao trgovački običaj. Istovremeno držimo da ta pravila sadrže i odražavaju postojeće trgovačke običaje, te da ih je kao takve moguće primijeniti.

Ako se UP MTK uzmu kao trgovački običaj na prvi pogled – temeljem čl. 12. st. 1. – 3. ZOO – moglo bi se reći kako postojanje UP MTK isključuje primjenu odredbi čl. 1039. – 1043. ZOO i općenito govoreći točno je da

³² Članak 12. st. 1. – 3. novog ZOO glase: (1) U obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju se trgovački običaji čiju su primjenu ugovorili i praksa koju su međusobno razvili. (2) U obveznim odnosima iz stavka 1. ovoga članka primjenjuju se i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izriječno ili prešutno isključili njihovu primjenu. (3) Trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili, za čiju su primjenu ispunjene pretpostavke iz ovoga Zakona, primjenjuju se i ako su suprotni dispozitivnom propisu.

³³ Čl. 1107. st. 3. ranijeg ZOO glasi: “Ako su opće ili posebne uzance ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama ovog zakona, primjenjivat će se odredbe ovog zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primjenu uzanci odnosno drugih trgovinskih običaja”.

³⁴ Za pojam trgovca v. Filipović/Gorenc/Slakoper: Komentar Zakona o trgovačkim društvima, III izdanje, s. 3. i dalje.

³⁵ Prema odredbi čl. 14. st. 2. ZOO “trgovački ugovori ... jesu ugovori što ih sklapaju trgovci među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednoga od njih ili su u vezi s obavljanjem tih djelatnosti”, ali autor govori o pravnim poslovima stoga što drži da ovu odredbu treba primijeniti ne samo na ugovore nego i na jednostrane pravne poslove koji ispunjavaju odredbom utvrđene pretpostavke.

³⁶ Potpuni tekst u engleskom izvorniku i usporednom prijevodu na hrvatski jezik v. u Gorenc/Schwank/Slakoper: Međunarodna pravila za kupoprodaje, plaćanja i arbitraže, 1996. s. 298. – 307.

³⁷ Tako Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1601.

UP MTK (ako sadrže trgovačke običaje) imaju prvenstvo pred suprotnim dispozitivnim odredbama koje donosi ZOO. No, trgovački običaji i praksa razvijena među stranama mogu se primijeniti samo ako postoje, a 28 članaka UP MTK neizbježno ostavlja više pravnih praznina koje je nužno popuniti.

Te pravne praznine popunit će odredbe čl. 1039. – 1043. st. 1. ZOO onda kad odnos između banke garanta i korisnika garancije nema međunarodno obilježje, nego ostaje unutar hrvatskog pravnog poretka, i onda kad taj odnos ima međunarodno obilježje, ali pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu hrvatskog prava.

Ova opća pravila o odnosu primjene odredbi koje donosi ZOO i odredbi UP MTK pri obradi pojedinih odredbi ZOO nastojat će se podrobnije prikazati tako da se točno utvrde pravne praznine UP MTK koje se popunjavaju promatranim – ali i drugim - odredbama ZOO, ali i odredbe ZOO suprotne UP MTK koje se neće primijeniti zbog prvenstvene primjene odredbi UP MTK.

Pri tome polazimo od teze da UP MTK zaista sadrže trgovačke običaje i da se stoga trebaju primijeniti.

4. Pisani oblik i posljedice njegove obvezatnosti

1. Bankarske garancije izdaju se u pisanom obliku, te se ponekad pod izrazom “bankarska garancija” ne podrazumijeva pravni odnos između banke garanta i korisnika garancije, nego upravo isprava – najčešće i imenovana kao bankarska garancija - koju banka dostavlja korisniku. Pisani oblik bankarske garancije podrazumijevaju odredbe čl. 2a. i 2d. UP MTK, a strože od toga odredba čl. 1039. st. 3. ZOO – istovjetno kao i odredba čl. 1083. st. 2. ranijeg ZOO – nalaže pisani oblik bankarske garancije. Ta je odredba prisilna, što proizlazi iz uporabe riječi “mora” u njenom izričaju,³⁸ pa nije potrebno posebno obrazlagati potvrdu prisilnosti te odredbe u sudskoj praksi. U odlukama br. Pž-3353/90 od 4. veljače 1992.³⁹ i br. Pž-864/94 od 29. ožujka 1994.⁴⁰ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske konstatirao je kako bankarska garancija “mora biti izdana u pisanoj formi” upućujući pritom na citiranu odredbu ZOO, a u bitnom istovjetno i u odlukama Pž-1332/97 od 3. ožujka 1998. i Pž-1768/97 od 1. prosinca 1998.⁴¹

Okolnost što je ova odredba prisilna isključuje prvenstvenu primjenu trgovačkih običaja i ona će se primijeniti neovisno o tome je li se u nekom konkretnom slučaju na bankarsku garanciju primjenjuju UP MTK ili ne primjenjuju.

³⁸ Čl. 1039. st. 3., ZOO: “Jamstvo mora biti izdano u pisanom obliku”.

³⁹ Praxis Iuridica Mercatoria br. 1, Odluka br. 107.

⁴⁰ Informator br. 4204-4205.

⁴¹ Sudska praksa, br. 1387. i 1388.

2. Prema čl. 2d. JP izrazi “pisanje” i “pisani” uključit će vjerodostojnu teletransmisiju ili provjerenu elektronsku razmjenu podataka (“EDI”), poruku koja joj je ekvivalent, dok odredbe ZOO o “bankarskom jamstvu” takve potankosti ne sadrže.

No, ipak i hrvatski pravni poredak dopušta ovakav oblik i načelno ne drži pravni posao ništavim zbog nedostatka oblika ako je poduzet pomoću elektroničkih sredstava komuniciranja, jer se ugovoru sklopljenom očitovanjem volja u obliku elektroničkih poruka tj. elektroničkim putem dane ponude i prihvata, ne može osporiti pravna valjanost samo na temelju činjenice što su ponuda ili prihvata ponude ili oboje očitovani u obliku elektroničkih poruka.⁴² Kako se ova odredba nalazi u dijelu Zakona o elektroničkoj trgovini koji je naslovljen kao “isprave u elektroničkom obliku”, proizlazi da je elektroničkim oblikom sklapanja ugovora udovoljeno zahtjevu pisanog oblika formalnih ugovora.

Isto proizlazi i iz Zakona o elektroničkom potpisu koji izrijeком navodi da se “ne može se odbiti prihvaćanje dokumenta samo zbog toga što je sačinjen i izdan u elektroničkom obliku s elektroničkim potpisom ili naprednim elektroničkim potpisom”.⁴³

Stoga je načelno zahtjev pisanog oblika ispunjen i u slučaju očitovanja volja ugovornih strana elektroničkim putem, a isprava u elektroničkom obliku izjednačena s ispravom u tradicionalnom materijalnom obliku. Ujedno pitanju sigurnosti glede postojanja volje, glede sadržaja volje i njenog očitovanja i glede identiteta davatelja izjave treba pristupiti na isti način kao i u slučajevima očitovanja volje na sve druge – uključujući i najtradicionalnije – načine.

3. Dosljedno okolnosti što je pisani oblik obvezatan, na bankarske garancije primjenjivat će se pravila ZOO o obvezatnom pisanom obliku pravnih poslova iz čl. 286. – 294. ZOO.

S tim u vezi treba naglasiti kako predmnjeva potpunosti isprave iz čl. 291. st. 1. ZOO, odnosno okolnost što vrijedi samo ono što je u pisanom obliku, dovodi do toga da se sadržaj pravnog odnosa, a napose bančine obveze prema korisniku, određuje isključivo prema tekstu bankarske garancije, te posredno i do toga da nije neumjesno tekst garancije (isprave) poistovjetiti s garancijom.

U ranijoj hrvatskoj sudskoj praksi bilo je kolebanja glede izloženog stava, jer se pri određivanju radi li se o samostalnoj ili akcesornoj garanciji, i dosljedno bančina pravnog položaja, nije polazilo od teksta isprave (garancije) nego od zakonskog pojma prema ranijem ZOO.⁴⁴ No kasnije su

⁴² To proizlazi iz odredbe čl. 9. st. 3. Zakona o elektroničkoj trgovini (NN, 173/03.) koji glasi: “(3) Kada se elektronička poruka, odnosno elektronički oblik koristi kao oblik u sklapanju ugovora, takvu ugovoru neće se osporiti pravna valjanost samo na temelju činjenice da je sastavljen u obliku elektroničke poruke, odnosno u elektroničkom obliku.

⁴³ Čl. 6. Zakona o elektroničkom potpisu (NN, 10/02.).

⁴⁴ Odluka VTSRH Pž-3172/94. od 25. listopada 1994., u Informator br. 4249.

se ta kolebanja smanjila te se može reći kako suvremena hrvatska sudska praksa čvrsto polazi od teksta isprave (garancije) kao mjerodavnog za odluku o vrsti garancije, a time mjerodavnog i za sadržaj odnosa između banke i korisnika. Sudovi tako navode kako se “obveza banke u svakom slučaju cijeni samo prema uvjetima navedenim u garanciji”,⁴⁵ kako je “tuženik preuzeo obvezu prema korisniku garancije isključivo onako kako je to navedeno u ispravi o garanciji”, kako “tuženik kao garant odgovara onoliko i onako kako je preuzeo obvezu u garanciji”, kako se “sama obveza davatelja garancije ... ocjenjuje prema sadržaju isprave o garanciji”,⁴⁶ te kako se “sadržaj i opseg obveze banke prosuđuje isključivo prema tekstu garancije, koji je banka dostavila korisniku”.⁴⁷

S obzirom na predmnjevu potpunosti isprave za nastanak obveze iz garancije nije dovoljno ni preuzimanje obveze na izdavanje garancije, nego je nužno postojanje isprave (garancije).⁴⁸

Druga važna posljedica obvezatnosti pisanog oblika proizlazi iz odredbe čl. 292. st. 1. ZOO prema kojoj “kad je za sklapanje ugovora potrebno sastaviti ispravu, ugovor je sklopljen kad ispravu potpišu ugovorne strane”, iz čega proizlazi da je potpis konstitutivni element isprave (garancije), a kako garancije izdaju pravne osobe, bit će nužan potpis osobe koja je ovlaštena za zastupanje te pravne osobe, tj. banke izdatnika garancije.

I u svezi s ovlaštenjem potpisnika garancije za zastupanje banke izdatnika postoji značajna sudska praksa.

Najstarije autoru poznato stajalište jest da samo interno ovlaštenje osoba “da potpisuju određene akte pa čak i ako su im potpisi deponirani kod SDK⁴⁹ ne daje ujedno i ovlast za zastupanje pri izdavanju bankarske garancije, pa dosljedno s potpisima tih osoba “bankarske garancije ne bi bile pravovaljane”.⁵⁰ Umjesto toga “pravovaljana je bankarska garancija koja je izdana u pisanom obliku, te koja je potpisana od ovlaštene osobe za zastupanje banke” a “bankarska garancija koju nije potpisao zakonski zastupnik niti punomoćnik ne obvezuje banku garanta” jer “potpis ovlaštene osobe je bitan element valjanosti bankarske garancije”.⁵¹

⁴⁵ Odluka VTSRH Pž-2948/92. od 8. prosinca 1992., u Sudska praksa, br. 1373.

⁴⁶ Odluka VTSRH Pž-3067/94. od 15. studeni 1994., u Sudska praksa, br. 1385.

⁴⁷ Odluka VSRH, Revt 65/02. od 24. ožujka 2004.

⁴⁸ Odluka VSRH, Rev 1976/00. od 20. studenoga 2003., u Sudska praksa, br. 1390.

⁴⁹ U vrijeme pisanja ovog rada potpisi ovlaštenika za raspolaganje sredstvima s računa pravne osobe deponiraju se kod banke s kojom je ta osoba sklopila ugovor o obavljanju platnog prometa, a u vrijeme na koje se odnosi odluka to se činilo kod Službe društvenog knjigovodstva tj. SDK.

⁵⁰ Odluka VSH Rev 48/85. od 23. prosinca 1986., u Sudska praksa, br. 1379., a identično i odluke VTSRH Pž-3353/90. od 4. veljače 1992., Pž-864/94. od 29. ožujka 1994. i Pž-1768/97. od 1. prosinca 1998.

⁵¹ Odluka VTSRH, Pž-1768/97. od 1. prosinca 1998.

Jedno posebno pitanje u svezi s ovlašću za zastupanje pojavilo se u sporu u kojem je bankarsku garanciju potpisao upravitelj bančine ekspoziture u čiji djelokrug rada ne ulazi izdavanje bankarskih garancija. Povodom pitanja je li on punomoćnik po zaposlenju, sud je utvrdio kako "upravitelj ekspoziture može se smatrati punomoćnikom po zaposlenju za poslove iz djelokruga poslovanja ekspoziture, a kako u djelokrug poslovanja ekspoziture ne spada i davanje garancije, on za ovaj posao nije punomoćnik po zaposlenju".⁵²

4. Kako su odredbe ZOO o obvezatnom pisanom obliku, o predmnjevi potpunosti isprave i o potpisivanju isprave u novom ZOO neizmijenjene u odnosu na raniji, u stajalištima sudske prakse ne mogu se očekivati promjene koje bi bile potrebne da su te odredbe promijenjene. Istovremeno praksa će morati početi uzimati u obzir okolnost što se elektroničkom obliku pravnog posla i elektroničkom potpisu ne može odreći valjanost zbog oblika poradi same okolnosti što je posao poduzet, odnosno potpis dan u tom obliku.

5. Kvalifikacija i nastanak bančine obveze prema korisniku

1. Na pitanje trenutka u kojem nastaje bančina obveza prema korisniku odredbe ZOO o "bankarskom jamstvu" ne odgovaraju izrijeком, dok čl. 6. UP MTK sadrži odredbu koju treba shvatiti kao odredbu koja određuje trenutak nastanka obveze iz bankarske garancije i prema toj odredbi obveza u pravilu nastaje od dana izdavanja garancije.⁵³

S njom u vezi treba uočiti kako za nastanak učinaka odredba ne zahtjeva prihvāt ili suglasnost ili slično sadržajno istovjetno očitovanje korisnika garancije, što bi upućivalo na potrebu kvalificiranja odnosa banke i korisnika prema UP MTK kao jednostranog pravnog posla. No, kvalificiranje tog odnosa ipak je potrebno obaviti prema odgovarajućem nacionalnom mjerodavnom materijalnom pravu, jer ovo pitanje UP MTK ostavlja otvorenim i time otvara prostor primjeni tog prava. Kako ovaj rad problematiku izlaže sa stajališta hrvatskog prava pitanje kvalifikacije odnosa banke i korisnika bit će obrađeno sa stajališta tog prava, a to znači poglavito sa stajališta ZOO.

2. Prema ZOO za nastanak ugovora nužno je suglasno i uzajamno očitovanje volje dviju strana, koje redovito nastaje tako što očitovanje volje jedne strane ima obilježja ponude, a očitovanje volje druge strane obilježja prihvata.⁵⁴

⁵² Odluka VSRH Rev 58/92. od 12. kolovoza 1992., u Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske br. 5, odluka br. 9.

⁵³ Čl. 6a. u izvorniku glasi: "Guarantee enters into effect as from the date of its issue unless its terms expressly provide that such entry into effect is to be at a later date or is to be subject to conditions specified in the Guarantee and determinable by the Guarantor on the basis of any documents therein specified".

⁵⁴ Čl. 247. i 252. st. 1. ZOO.

Prije no što banka korisniku dostavi tekst garancije, najčešće ne postoji njihova uzajamno očitovana suglasnost o točnom sadržaju bančine obveze, jer banka u pravilu ne sudjeluje u sklapanju osnovnog ugovora, a ujedno osnovni ugovor često i ne sadrži točan opis obveze koju će banka kasnije preuzeti garancijom. Nakon sklapanja osnovnog ugovora, povodom sklopljenog ugovora (o nalogu) s korisnikovim dužnikom kao njenim nalogodavateljem, banka garant izrađuje tekst garancije i dostavlja ga korisniku, što bi - u okviru shvaćanja odnosa banke i korisnika kao ugovora - predstavljalo bančinu ponudu korisniku. Dosljedno tom shvaćanju, "ugovor" između banke i korisnika i bančina obveza prema korisniku nastali bi tek u trenutku korisnikova prihvata ponude, njegovim očitovanjem danim banci ili njegovom šutnjom.

Kako banka i korisnik redovito nisu u stalnoj poslovnoj svezi glede iste vrste posla, te kako korisnik nije osoba koja se javno nudi za izvršavanje naloga, niti to pripada u njegovu djelatnost, o prihvatu ponude šutnjom ne može biti riječi.⁵⁵ Svoju volju za prihvrat garancije ("ponude") korisnik redovito uopće ne očituje banci ni na jedan od valjanih načina očitovanja volje. Umjesto toga - budući da je sa stajališta osnovnog ugovora izdavanje bankarske garancije redovito pretpostavka korisnikova započinjanja s ispunjenjem obveza prema njegovu suugovaratelju, tj. bančinom nalogodavatelju - korisnik započinje s ispunjenjem obveza iz osnovnog ugovora.

Ove njegove radnje mogle bi se na prvi pogled uzeti kao konkludentne radnje kojima korisnik očituje prihvrat "ponude", ali podrobnija raščlamba ipak pokazuje kako i dalje izostaje element uzajamnosti jer svoju volju on ne očituje "ponuditelju" (banci) nego trećoj osobi (svom dužniku iz osnovnog odnosa), dok "ponuditelj" (banka) za to očitovanje uopće nužno ne mora saznati. Zbog ove posljednje okolnosti prihvaćanje ugovorne teorije odnosa banke i korisnika dovelo bi to toga da banka uopće ne mora znati je li "ugovor" s korisnikom sklopljen ili nije, odnosno je li njena obveza nastala ili nije, a to bi izazivalo neprihvatljivu pravnu nesigurnost.

Naročito kod samostalnih bankarskih garancija, prihvaćanje teze da korisnikova radnja prema njegovu suugovaratelju iz osnovnog ugovora dovodi do nastanka bančine obveze iz bankarske garancije, predstavljalo bi negaciju samostalnosti pravnog odnosa između banke i korisnika.

S druge strane, obveze iz jednostranih pravnih poslova nastaju obvezivanjem jedne strane, bez potrebe da se druga s time suglasi, i to u pravilu u trenutku kad druga strana primi očitovanje volje za obvezivanje prve strane. Primjeri za to su ponuda i prihvrat ponude, koji su jednostrani pravni poslovi i proizvode učinke čim druga strana primi očitovanje tj. ponudu odnosno prihvrat ponude.

⁵⁵ Sažeto govoreći, prema odredbama čl. 265. st. 3. - 5. ZOO šutnja predstavlja prihvrat ponude kad postoji stalna poslovna sveza između ponuditelja i ponudenog, te kad se ponudeni javno nudi za izvršavanje naloga ili to pripada u njegovu djelatnost.

Imajući u vidu prvo nepostojanje suglasnog i uzajamnog očitovanja između banke i korisnika, zatim udovoljavanje bankarske garancije pretpostavkama postojanja jednostranog pravnog posla, te konačno i odredbu čl. 6. UP MTK, zaključujemo da odnos banke i korisnika prema pravilima hrvatskog obveznog prava treba kvalificirati kao jednostrani pravni posao.

3. Različito od autorove raščlambe, poredbena literatura pretežno zastupa gledište kako bi odnos banke i korisnika bio ugovor,⁵⁶ pri čemu se izriječkom navodi i kako to ne bi bio jednostrani pravni posao,⁵⁷ kako i u tom odnosu postoje ponuda i prihvata, te kako bančina obveza nastaje u trenutku kad korisnik prihvati garanciju.⁵⁸ No, navodi se i kako belgijska pravna književnost ovaj odnos vidi kao jednostrani pravni posao, te kako je nizozemska pravna književnost podijeljena.⁵⁹

4. U hrvatskom obveznom pravu za nastanak učinaka očitovanja volje, npr. za nastanak obveze, u pravilu je potreban primitak očitovanja, a prema odredbi čl. 6 UP MTK garancija stupa na snagu njenim "izdavanjem",⁶⁰ što bi moglo biti shvaćeno kao da obveza iz garancije nastaje već u trenutku kad je banka izradila, a njen ovlaštenu zastupnik potpisao, tekst garancije odnosno ispravu koju će tek dostaviti korisniku.

Jedinu iznimku od spomenutog pravila o nužnosti primanja očitovanja o obvezivanju u hrvatskom obveznom pravu predstavljaju vrijednosni papiri na donositelja, i to samo u odnosu na savjesnog stjecatelja, jer savjesni stjecatelj stječe pravo iz papira i "kad je vrijednosni papir izašao iz ruku njegova izdatelja, odnosno njegova prijašnjeg imatelja i bez njegove volje".⁶¹ Ali kako bankarska garancija nije vrijednosni papir, ova se iznimka ne odnosi na nju i potrebno je primijeniti opće pravilo.

K tome, i u dijelu literature se izraz "izdavanje" rabi na način koji može podrazumijevati priopćavanje, tj. dostavu isprave (garancije) korisniku.⁶²

Zbog toga držimo kako treba stati na stajalište da bančina obveza prema korisniku nastaje u trenutku kad korisnik primi garanciju (ispravu).

⁵⁶ Bannier s. 79 i tamo navedena literatura, Palandt s. 1134, i Avancini/Iro/Koziol II, s. 282

⁵⁷ Avancini/Iro/Koziol II, s. 282

⁵⁸ Bannier, s. 77.

⁵⁹ Bertrams, R. I. V. F.: *Bank Guarantees in International Trade*, 1990. (dalje: Bertrams), s. 183. , a tamo v. i iscrpnu argumentaciju u prilog oba stajališta o pravnoj prirodi odnosa banke i korisnika.

⁶⁰ "Issue"

⁶¹ Čl. 1140. st. 4. ZOO. Podrobnije v. Slakoper u Gorenc i drugi, s. 1792. i dalje.

⁶² Bertrams, s. 84.

6. Sadržaj i obilježja bančine obveze prema korisniku

6.1. Uvod

Bančina obveza prema korisniku (samostalne) bankarske garancije jest novčana, samostalna, apstraktna, vremenski ograničena raskidnim rokom i strogo osobna prema korisniku, a može biti uvjetna.

Prva četiri obilježja izložit će se u nastavku, mogućnost da bančina obveza bude uvjetna izložit će se u okviru izlaganja o pretpostavkama isplate, a okolnost da je ta obveza strogo osobna obveza prema korisniku proizlazi iz pravila o neprenosivosti bankarskih garancija, te će se izložiti u okviru izlaganja o njihovoj prenosivosti.

6.2. Novčani karakter obveze

Obveza iz (samostalne) bankarske garancije novčana je obveza banke prema korisniku garancije i prvo je potrebno konstatirati okolnost da je određena ili određiva novčana obveza banke garanta bitan sastojak (samostalne) bankarske garancije. To neprijeporno proizlazi iz spominjanja novčane svote u čl. 1039. st. 1. ZOO i čl. 2a. i 3. UP MTK. Bančina novčana obveza redovito će biti određena – a ne samo određiva – jer bankarske garancije u praksi sadrže određenu najvišu svotu i valutu tj. novčanu jedinicu u kojoj je izražena novčana svota koju se banka obvezuje isplatiti korisniku.

Bančina obveza iz bankarske garancije uvijek je novčana obveza, i to neovisno o vrsti obveze čije se ispunjenje osigurava izdavanjem bankarske garancije.⁶³ Ovo je potrebno naznačiti s obzirom na okolnost što se bankarske garancije prema svrsi izdavanja redovito dijele na garancije za ozbiljnost ponude, garancije za dobro izvršenje posla i garancije plaćanja, pa bi manje upućeni mogli povezati vrstu obveze čije se ispunjenje osigurava garancijom s bančinom obvezom iz garancije. Dakle, neovisno o vrsti obveze čije ispunjenje se garancijom osigurava, bančina obveza iz bankarske garancije uvijek je novčana obveza, a nikad nenovčana.

To podjednako proizlazi iz odredbe čl. 1040. ZOO⁶⁴ – koja je sadržajno istovjetna odredbi čl. 1084. ranijeg ZOO – i odredbe čl. 2a. UP MTK, tako da se ovdje povodom donošenja novog ZOO ne mogu očekivati promjene. Također se s obzirom na bitnu istovjetnost odredbi ZOO i UP MTK ne otvara pitanje prvenstva primjene ovih pravnih izvora. K tome držimo da izložena pravila treba primijeniti na (samostalne) bankarske garancije uvijek (jer iz odredbe čl. 1039. st. 1. proizlazi da je novčana svota njihov bitni sastojak),

⁶³ Tako i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1606. – 1607. i Avancini/Iro/Koziol, s. 289.

⁶⁴ Čl. 1040. ZOO glasi: "Banka namiruje obvezu iz jamstva u novcu i u slučaju da se jamstvom osigurava nenovčana obveza..".

a na bankarska jamstva (akcesorne garancije) u svim slučajevima u kojima je bančina obveza izražena u novčanom iznosu.

S druge strane, ako bančina obveza iz bankarskog jamstva ne bi bila određena u novcu – nego primjerice upućivanjem na nenovčanu obvezu iz osnovnog ugovora za čije ispunjenje banka jamči – bila bi otvorena pitanja valjanosti jamstva i primjene čl. 1040.

Pitanje valjanosti jamstva bilo bi otvoreno zbog okolnosti što iz čl. 1039. st. 1. proizlazi da je novčana obveza bitan sastojak, a pitanje primjene čl. 1040. zbog okolnosti što čl. 1039. st. 1. i 2. definiraju (samostalnu) bankarsku garanciju, a ne bankarsko jamstvo. Polazeći od načela *favor negotii*, dužne pozornosti banke i savjesnosti i poštenja, držimo da bi i u tom slučaju bančina obveza prema korisniku bila valjana. Zbog istih razloga držimo da bi odredbu čl. 1040. trebalo primijeniti uvijek kad je moguće utvrditi novčani ekvivalent osigurane nenovčane obveze, a ako to ne bi bilo moguće, da bi umjesto te odredbe trebalo primijeniti odredbe o obvezi jamca⁶⁵ i opće odredbe o određenosti obveze.

6.3. Samostalnost (neovisnost) obveze

1. Prema odredbi čl. 1039. st. 2. ZOO bankarska je garancija “samostalna obveza banke neovisna o osnovnom poslu”, a bitno istovjetno rješenje sadrži i čl. 2b. UP MTK. No, dok ZOO u čl. 1039. st. 2. ne sadrži daljnje objašnjenje pojma samostalnosti odnosno neovisnosti o osnovnom poslu, čl. 2b. UP MTK u nastavku pojam samostalnosti bančine obveze prema korisniku opisuje kroz položaj banaka kojih “se ni na koji način ne tiču niti ih obvezuju” osnovni ugovori ili uvjeti natječaja povodom kojih su one izdane i to čak ni onda kad se garancije na njih pozivaju. “Obveza garanta je platiti navedenu svotu ili svote po podnošenju pisanog zahtjeva za plaćanje i drugih dokumenata navedenih u garanciji koji su izgledom u skladu s uvjetima garancije”,⁶⁶ a takav položaj potvrđuje i odredba čl. 16. UP MTK koja sukladno citiranom navodi kako je banka garant “odgovorna korisniku samo sukladno pretpostavkama navedenim u garanciji”.⁶⁷

⁶⁵ Npr. Čl. 108. i 109. ZOO.

⁶⁶ Odredba čl. 2b. UP MTK u izvorniku glasi: “Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based, and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee. The duty of a Guarantor under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee”.

⁶⁷ Odredba čl. 16. UP MTK u izvorniku glasi: “Guarantor is liable to the Beneficiary only in accordance with the terms specified in the Guarantee and any amendment(s) thereto and in these Rules, and up to an amount not exceeding that stated in the Guarantee and any amendment(s) thereto”.

Široki opis samostalnosti, odnosno neovisnosti bančine obveze prema korisniku, u odnosu prema osnovnom pravnom poslu ukazuje na nepostojanje pravne veze između tog posla i odnosa banke s korisnikom, te izričito naznačuje kako su jedino "uvjeti" - odnosno bolje rečeno pretpostavke isplate - navedeni u tekstu isprave (garancije) relevantni za ocjenu odnosa banke i korisnika.⁶⁸

2. Iako raniji ZOO nije sadržavao pojam (samostalne) bankarske garancije, ni opću naznaku o njenoj samostalnosti, takve su garancije postojale, a pojam takve garancije izvodio se iz čl. 1087. st. 1. - kojem je sadržajno identičan sadašnji čl. 1043. st. 1. - i pravne literature. Stoga su sadržaj pojma samostalnosti hrvatski sudovi opisivali na različite načine, od kojih su neki već citirani u izlaganju o posljedicama obvezatnosti pisanog oblika garancije. Tim stajalištima treba dodati još neka stajališta, a naročito ona koja ukazuju na razlike između samostalne garancije i akcesorne garancije tj. bankarskog jamstva.

Samostalnost znači da "banka na osnovi bankarske garancije ispunjava svoju obvezu iz garancije. Obveza banke iz bankarske garancije je onolika koliko je to u pismenoj ispravi o garanciji naznačeno, bez obzira na to je li u međuvremenu došlo do povećanja duga dužnikovom krivnjom ili njegovim zakašnjenjem".⁶⁹ Ona također znači ako su samostalne garancije "pravno neovisne od postojanja i pravovaljanosti osnovnih ugovora",⁷⁰ "pa za njihovo ostvarenje nije potrebno ispitivati prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku iz osnovnog posla",⁷¹ odnosno "u parnici između korisnika garancije i banke dužnikovo ispunjenje obveze nije relevantna činjenica".⁷²

Samostalnost bankarske garancije na istovjetan način vidi i literatura.⁷³

3. Do samostalnosti izdane bankarske garancije prema odredbi čl. 1087. st. 1. ranijeg ZOO dovođila je uporaba izraza "bez prigovora", "na prvi poziv" ili riječi istog značenja u ispravi (garanciji). Ta dva izraza preuzeta su iz poslovne prakse, te su bila i ostala (u čl. 1043. st. 1.) navedena samo primjerice, a isti učinak proizvodile su i proizvode i druge "riječi koje imaju isto značenje".⁷⁴

⁶⁸ V. bilj. 7.

⁶⁹ Odluka VSRH Rev 29/1994., u Sudska praksa, br. 1395, a gotovo posve identično odluka VTSRH Pž-2948/92., od 8. prosinca 1992.

⁷⁰ Odluka VTSRH Pž-3266/94. od 8. travnja 1997., u Sudska praksa, br. 1386.

⁷¹ Odluka VSRH Rev 93/1997. i odluka VTSRH, Pž-3266/94. od 8. travnja 1997., u Sudska praksa, br. 1386.

⁷² Odluka PS, Pž-3239/90. od 5. ožujka 1991., u Sudska praksa, br. 1382.

⁷³ Bertrams, s. 17., Rosenberg, s. 140., i s. 142., Gorenc, s. 1325.

⁷⁴ Prema odluci austrijskog Vrhovnog suda od 28. 09. 1998. u Nobbe, Gerd: Bankrecht – Aktuelle hoechst- und obergerichtliche Rechtsprechung, 1999. (dalje: Nobbe), s. 409., da bi garancija imala karakter samostalne tj. garancije na prvi poziv ne mora se u tekstu tako nazivati, nego je dovoljno da iz sadržaja jednoznačno proizlazi da će banka sama platiti povodom traženja korisnika.

Isto značenje kao ovi izrazi, prema stajalištima hrvatskih sudova imaju izrazi “bezuovjetno”,⁷⁵ “bezuovjetno i neopozivo na prvi pismeni poziv korisnika garancije”⁷⁶ i “neopozivo”.⁷⁷ Izraz “bezuovjetno” u poslovnoj se praksi često rabi za označavanje samostalnosti garancije, ali je u arbitražnoj praksi moguće pronaći i stajalište kako samo uvrštenje tog izraza u garanciju “nije dovoljno za dokazati apstraktnu prirodu garancije”.⁷⁸

Za stajalište kako isti smisao ima izraz “neopoziv” VTS RH iznio je dva razloga. Radilo se o garanciji “koja je sklopljena na unaprijed odštampanim sadržajem, na kojem su samo naknadno unijeti strojem naziv korisnika... i drugi relevantni elementi”. Okolnost što se radilo o slučaju kad je ugovor sklopljen prema unaprijed odštampanom sadržaju zahtijevala je primjenu odredbe čl. 100. ZOO o tumačenju ugovora u takvom slučaju. Budući će se prema toj odredbi u takvom slučaju “nejasne odredbe tumačiti ... u korist druge strane”, riječ “neopozivo” valjalo je protumačiti u korist korisnika bankarske garancije. Uz to sud je držao “da se radi o riječi koja standardno znači da se radi o garanciji “bez prigovora”, budući da ona (riječ “neopozivo” - op. a.) u protivnom ne bi imala nikakve svrhe”.⁷⁹

U svezi s tim razlozima prvo treba uočiti kako sud nije obrazložio propuštanje primjene odredbe čl. 101. o tumačenju nejasnih odredbi u ugovoru bez naknade, koja bi se mogla ocijeniti kao *lex specialis* u odnosu prema odredbi čl. 100. Nadalje treba uočiti kako - posve suprotno stavu da izraz neopozivo ne bi imao nikakve svrhe osim naznačivanja samostalnosti garancije - UP MTK taj izraz uzima posve drukčije jer navodi kako su “sve garancije i protugarancije ... neopozive osim ako je drukčije naznačeno”.⁸⁰ To znači da bankarske garancije mogu biti neopozive ili opozive, tj. da banka garant pri izdavanju svoju obvezu prema korisnikom može učiniti opozivom, a ako ona to ne učini, da će garancija biti neopoziva.

Kako su garancije uređene UP MTK i onako samostalne, neopozivost nikako ne može značiti samostalnost garancije, nego nemogućnost banke da opozove garanciju, tj. da jednostranom izjavom volje izazove prestanak vlastite obveze iz garancije. Stav UP MTK o neopozivosti garancije - osim ako je drukčije naznačeno - k tome je sukladan pravilu o neopozivosti valjanog očitovanja volje kojim je nastala obveza - osim ako primatelj očitovanja najkasnije s očitovanjem ne bi primio izjavu o opozivosti odnosno neobvezatnosti očitovanja, koje je pravilo jednostavno izvesti iz pravila o neopozivosti ponude i prihvata ponude.⁸¹

⁷⁵ Odluka PS Pž-3239/90. od 5. 3. 1991.

⁷⁶ Odluka VTSRH, Pž-3266/94. od 8. travnja 1997. i Odluka VSRH Rev 93/1997.

⁷⁷ Odluka VTSRH Pž-1682/93. od 23. studenog 1993.

⁷⁸ Odluka arbitraže MTK br. 3316. od 23. listopada 1979., prema Collection of ICC Arbitral Awards 1974 - 1985, s. 90.

⁷⁹ Odluka VTSRH Pž-1682/93. od 23. studenog 1993., u Sudska praksa, br. 1397.

⁸⁰ Čl. 5. UP MTK.

⁸¹ Čl. 257. i čl. 262. st. 3. ZOO.

Stoga autor ne može prihvatiti stajalište da bi izraz “neopoziv” u tekstu garancije, imao isto značenje kao izrazi “bez prigovora” i “na prvi poziv”, nego taj izraz treba shvatiti kao naglasak nemogućnosti banke da jednostrano opozove odnosno izazove prestanak svoje obveze iz garancije.

4. Bitno je drukčije od samostalne bankarske garancije, akcesorna garancija, tj. bankarsko jamstvo “samo specijalni oblik jamstva” pa se na nju “imaju primjenjivati odredbe o jamstvu, ukoliko neki odnos ne može biti razriješen (nije regulirano) odredbama glave XXXVIII. ranijeg ZOO”,⁸² odnosno “pravni odnos koji nastaje izdavanjem bankarske garancije jeste po svojoj pravnoj prirodi ugovor o jamstvu”.⁸³ Dok izdatnik samostalne garancije ispunjava svoju vlastitu obvezu izdatnik akcesorne garancije tj. bankarskog jamstva kao “jamac ispunjava tuđu (dužnikovu) obvezu”⁸⁴ i to “obvezu dužnika iz osnovnog posla i stupa u njegov položaj”.⁸⁵ Stoga “akcesorna garancija je ovisna o postojanju obveze dužnika iz osnovnog ugovora (nastaje, traje i prestaje s nastankom, postojanjem i prestankom obveze dužnika iz osnovnog ugovora)”,⁸⁶ a dosljedno podrednoj primjeni odredbi o jamstvu, korisnik akcesorne garancije u slučaju dužnikova stečaja dužan je “prijaviti svoje potraživanje u stečaj ... kako tuženiku (garantu) ne bi odgovarao za štetu”⁸⁷ prema odredbi čl. 1007. st. 1. ranijeg ZOO. Okolnost što je akcesorna garancija poseban oblik jamstva dovodi i do odgovornosti banke garanta ne samo za glavnicu nego i za kamate,⁸⁸ a za obveze glavnog dužnika banka odgovara solidarno jer “prema odredbi st. 4. čl. 1004. (ranijeg – op. a.) Zakona o obveznim odnosima jamac za obvezu nastalu iz ugovora u privredi ... odgovara kao jamac platac...”⁸⁹

Ova obilježja akcesorne garancije, tj. bankarskog jamstva sustavno su izložena i uspoređena s obilježjima samostalnih garancija i u hrvatskoj literaturi.⁹⁰

5. Iz izloženoga vidljivo je kako su opisi sadržaja pojma samostalnosti bankarske garancije u hrvatskoj sudskoj praksi i posljedice njezine samostalnosti, sukladni sadržaju i posljedicama samostalnosti kako je vide poredbena literatura i sudska praksa. Zbog toga, kao i zbog toga što je svemu tome sukladna sadašnja definicija (samostalne) bankarske garancije iz čl. 1039. st. 1. i 2. ZOO – uz potporu čl. 1043. st. 1. – ne postavlja se pitanje prvenstva ZOO ili UP MTK u ovom pogledu.

⁸² Odluka VTSRH Pž-754/92. od 7. travnja 1992., a gotovo posve identično i odluke VSRH Rev 44/1998. od 28. travnja 1999. i Gzz 17/1998. od 28. travnja 1999.

⁸³ Odluka VTSRH Pž-1268/93. od 15. lipnja 1993. u Sudska praksa, br. 1374.

⁸⁴ Odluka VSRH Rev 29/1994. u Sudska praksa, br. 1395.

⁸⁵ Odluka VTSRH Pž-2948/92. od 8. prosinca 1992.

⁸⁶ Odluka VSRH, Revt 65/02. od 24. ožujka 2004.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Odluka VTSRH Pž-1268/93. od 15. lipnja 1993.

⁸⁹ Odluka VTSRH Pž-3172/94. od 25. listopada 1994.

⁹⁰ Rosenberg, s. 142.

6. Međutim, pogrešno imenovanje (samostalne) bankarske garancije kao bankarskog jamstva, uz zadržavanje sadržaja ranijeg čl. 1087. st. 1. (sad čl. 1043. st. 1.) otvaraju određena pitanja u svezi s bankarskim jamstvima, tj. akcesornim bankarskim garancijama.

Jednostavno govoreći, tumačenje odredbe čl. 1043. st. 1. *a contrario* dovelo bi do zaključka kako isprava (garancija) koja odgovara opisu “bankarskog jamstva” iz čl. 1039. st. 1., ali bez naznake “na prvi poziv”, “bez prigovora” ili bitno istovjetnog, nije samostalna nego akcesorna bankarska garancija, tj. bankarsko jamstvo. Ali takav bi zaključak istovremeno bio protivan izričitoj naznaci st. 2. čl. 1039. prema kojoj su “bankarska jamstva” samostalna (sic!).

Je li time novi ZOO doveo do toga da svaka isprava kojom se banka obvezuje na plaćanje određenoga novčanog iznosa, bez obzira na to kako je nazvana, i bez naznake “bez prigovora” ili “na prvi poziv”, na pisani zahtjev korisnika, predstavlja samostalnu bankarsku garanciju?⁹¹

Svaka isprava koja sadrži elemente iz čl. 1039. st. 1., a izda je banka i dostavi vjerovniku svog nalogodavatelja, ne može samo zbog svojeg pisanog oblika i sadržaja biti proglašena samostalnom bankarskom garancijom, jer bi to u značajnoj mjeri isključilo mogućnost da banka bude jamac, nego bankarsko jamstvo kao oblik jamstva treba postojati i dalje.

K tome, bilo da se radi o bankarskom jamstvu ili (samostalnoj) bankarskoj garanciji, banka od svog vjerovnika u tom odnosu ne prima protučinidbu zauzvrat svoje obveze, pa na tumačenje isprave treba primijeniti odredbu o tumačenju nejasnih odredbi besplatnih ugovora prema kojoj “nejasne odredbe u besplatnom ugovoru treba tumačiti u smislu koji je manje tegotan za dužnika”.⁹² Kako se u slučaju izdavanja bankarskog jamstva, tj. akcesorne bankarske garancije zahtjevu vjerovnika može suprotstaviti i prigovorima iz osnovnog odnosa – a u slučaju izdavanja samostalne bankarske garancije ne može – tumačenje, odnosno shvaćanje izdane isprave kao bankarskog jamstva, tj. akcesorne garancije očito je manje “tegotno” za banku i stoga ga u načelu treba prihvatiti.

Takvo tumačenje posebno treba prihvatiti kad bi isprava bila naslovljena kao bankarsko jamstvo, i to zato što banke imaju svojstvo trgovca i u pravilu posjeduju pravno obrazovanje potrebno kako bi se pretpostavilo da izrazi koje rabe u poslovanju odgovaraju njihovoj pravoj namjeri ne samo s ekonomskog nego i pravnog stajališta.

Sve to, razumljivo, pod pretpostavkom da isprava ne sadrži naznaku “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sličnu bitno istovjetnu.

Ukratko dakle, ako isprava kojom se banka obvezuje na plaćanje određenog novčanog iznosa na pisani zahtjev korisnika sadrži naznaku “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sličnu sadržajno bitno istovjetnu, radi se o

⁹¹ Isti problem uočava i Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1603. – 1604.

⁹² Čl. 320. st. 2. ZOO.

samostalnoj bankarskoj garanciji. Suprotno, ako isprava ne sadrži takvu naznaku – a posebno ako je naslovljena kao bankarsko jamstvo – a cjelokupne okolnosti slučaja ne upućuju na drukčiji zaključak, temeljem čl. 320. st. 2. ZOO ispravu treba tumačiti odnosno uzeti kao bankarsko jamstvo tj. kao akcesornu bankarsku garanciju.

7. Iako se samostalnost (nezavisnost) odnosa banke i korisnika promatra i iscrpno obrađuje u odnosu prema osnovnom pravnom poslu, ne smije se izostaviti ni činjenica kako samostalnost postoji i u odnosu prema ugovoru između nalogodavatelja i banke.

Iako to izrijeком ne spominje ni ZOO ni čl. 2b. UP MTK, literatura i sudska praksa stoje na tom stajalištu.⁹³

Korisnik garancije niti zna niti može ili treba znati za sadržaj ugovora između nalogodavatelja i banke garanta, nego znade samo za tekst bankarske garancije koji je primio. K tome, pravila o učincima obvezatnog pisanog oblika pravnog posla u svezi s nužnošću da se volja očituje drugoj strani pravnog posla, a ne nekom trećem, dovode do zaključka kako se u odnosu između banke garanta i korisnika sadržaj bančine obveze može utvrđivati jedino iz teksta bankarske garancije koji je dostavljen korisniku. Zbog toga je obveza iz bankarske garancije neovisna ne samo o osnovnom poslu, nego i o ugovoru (o izdavanju garancije) između nalogodavatelja i banke garanta.

6.4. Apstraktnost obveze

Jedna od više podjela pravnih poslova jest podjela na kauzalne i apstraktno pravne poslove. Pojam kauzalnih pravnih poslova proizlazi iz pojma kauze koja bi bila “pravno izražena gospodarska svrha koja se ostvaruje izvršenjem ugovornih obveza”,⁹⁴ odnosno “objektivno postavljena i pravno oblikovana gospodarska svrha”.⁹⁵ Polazeći od takvog shvaćanja kauze, kauzalni pravni poslovi bili bi oni iz čijeg je sadržaja vidljiva i u kojima se nalazi kauza,⁹⁶ a apstraktni oni u čijem sadržaju se kauza ne nalazi, odnosno u kojima ona nije vidljiva. Primjeri apstraktnih pravnih poslova su mjenični i čekovni poslovi.⁹⁷

⁹³ Prema odluci njemačkog Saveznog suda, od 10. 11. 1998., (u Nobbe, s. 407. i s. 409.) “pravni odnos između nalogodavatelja i banke (odnos valute) ima značenje za odnos između banke i korisnika samo onda kad to proizlazi iz garancijskog ugovora između banke i korisnika”, pa “prijeporna pravna i činjenična pitanja iz odnosa valute trebaju biti isključena iz odnosa banke i korisnika”.

⁹⁴ Vedriš/Klarić: *Građansko pravo*, 4. izdanje, s. 140.

⁹⁵ Gorenc, s. 69.

⁹⁶ Usp. Vuković, Mihajlo: *Opći dio građanskog prava*, knjiga II, 1960., s. 238., Palandt, s. 74., Schwenger, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2003. (dalje: Schwenger), s. 15. – 18.

⁹⁷ Schwenger, s. 16.

Bančina obveza prema korisniku apstraktna⁹⁸ je upravo zato što garancija – isprava koja sadrži bančinu obvezu - u sebi ne sadrži kauzu⁹⁹ na isti način kao što kauzu ne sadrže ni mjenični niti čekovni poslovi. Iz garancije (isprave) razvidan je jedino sadržaj bančine obveze, ali ne i gospodarska svrha obvezivanja. Okolnost što je ta svrha (kauza) vidljiva onda kad se promotre i preostali pravni odnosi koji postoje u svezi s bankarskom garancijom, nije odlučujuća jer u promatranom pravnom odnosu između banke i korisnika kauza i dalje nije sadržana ni vidljiva.

Pravni odnos između banke i korisnika samostalne garancije čini apstraktnim upravo pravna samostalnost tog odnosa prema ostalim pravnim odnosima koji postoje u svezi s bankarskom garancijom, a kad bi međusobna pravna veza postojala, onda bi i pravni odnos banke i korisnika bio kauzalan jer bi sadržavao kauzu i ona bi bila vidljiva.

6.5. Vremenski ograničena raskidnim rokom

1. Bančina obveza prema korisniku nastaje u trenutku kad korisnik primi garanciju (ispravu) prema stajalištu autora, odnosno u trenutku kad korisnik prihvati garanciju kao ponudu za sklapanje ugovora koji nastaje između njih prema drukčijem stajalištu zastupljenom u korištenoj literaturi, a to proizlazi i iz općih pravila ZOO o vremenu nastanka obveza iz pravnih poslova.

Odredbe ZOO o bankarskoj garanciji ne sadrže naznaku o trajanju bančine garantne obveze prema korisniku, ali u poslovnoj praksi bankarske garancije redovito sadrže odredbu o nadnevku čijim istekom ili o događaju čijim nastupom garancija istječe, a unošenje takve odredbe u bankarske garancije nalaže čl. 3. UP MTK. Rok koji istječe na dan naznačen u garanciji ima karakter raskidnog roka, a događaj karakter raskidnog uvjeta, jer samim istekom tog roka odnosno nastupom tog događaja prestaju postojati pravni učinci izdane garancije odnosno bančina garantna obveza.¹⁰⁰

Rok čijim istekom prestaju pravni učinci odnosno bančina obveza u poslovnoj praksi i UP MTK naziva se “nadnevak isteka”,¹⁰¹ a događaj koji stvara isti učinak naziva se “događaj isteka”,¹⁰² te UP MTK i poslovna praksa dosljedno rabe izraz “istek garancije” za označavanje isteka raskidnog roka i prestanak pravnih učinaka, odnosno bančine obveze prema korisniku. Dapače, UP MTK u čl. 22. – 26. sadrže odredbe koje iscrpno uređuju više pitanja u svezi s nadnevcima odnosno događajima čijim istekom odnosno nastupom prestaju učinci garancija.

⁹⁸ Avancini/Iro/Koziol, s. 247., Schwintowski/Schaeffer, s. 758., Vukmir, s. 56., Rosenberg, s. 147.

⁹⁹ Avancini/Iro/Koziol, *ibid*.

¹⁰⁰ Čl. 297. st. 3. i čl. 301. ZOO.

¹⁰¹ “Expiry date”.

¹⁰² “Expiry event”.

Kako ZOO ne sadrži takve odredbe, i na pitanje roka valjanosti i isteka bankarske garancije, primijenit će se odredbe UP MTK kao trgovački običaj, ako se ocijeni da takav trgovački običaj postoji i da ga odredbe UP MTK točno izražavaju.

Sažeto govoreći, to znači da će garancija koja sadrži i naznaku nadnevka isteka i događaja isteka, isteći u trenutku kad nastupi prvo od toga.¹⁰³ Učinak prestanka bančine obveze imat će i vraćanje garancije banci, a i korisnikovo pisano očitovanje o odricanju od prava iz garancije odnosno oslobođenju banke od garantne obveze, s time što u ovom slučaju za postizanje spomenutog učinka nije potrebno vraćanje isprave banci.¹⁰⁴ Važno je naglasiti i kako za prestanak bančine obveze u slučajevima isteka garancije, isplate garancije ili na drugi način, sama činjenica što je korisnik zadržao ispravu ne znači očuvanje bilo kojeg njegovog prava iz garancije,¹⁰⁵ a važnost toga proizlazi iz dvojbi koje u poslovnoj praksi ponekad postoje. Naime, garancije (isprave) često sadrže naznaku o dužnosti korisnika da po isteku garancije ispravu vrati banci garantu, pa poslovna praksa znade postaviti pitanje ne bi li zadržavanje isprave značilo očuvanje prava. Kao što je rečeno, ne bi.

2. Rok valjanosti bankarskih garancija predstavljao je prijeporno pitanje u slučaju kad je bankarska garancija izdana s rokom valjanosti do dana kad je dospijevala obveza bančina nalogodavatelja prema korisniku iz osnovnog odnosa, a sud je zauzeo stajalište kako se radi o nemogućem raskidnom roku na koji treba primijeniti pravilo o nemogućem raskidnom uvjetu – koji se smatra nepostojećim prema čl. 75. st. 2. ranijeg ZOO - te dosljedno izrekao kako “klauzula unesena u bankarsku garanciju po kojoj važnost garancije prestaje na dan dospelosti obveze glavnog dužnika ne proizvodi pravne učinke”, a “tužitelj svoja prava iz ugovora o garanciji može ostvarivati u istom roku kao što bi mogao prema svom dužniku iz pravnog posla za koji je garancija izdana”.¹⁰⁶

Po mišljenju autora takav stav bio bi neutemeljen ako bi se radilo o samostalnoj bankarskoj garanciji, a ako bi se radilo o akcesornoj, tj. o bankarskom jamstvu, takav bi stav mogao biti opravdan ako bi se utvrdilo da je unošenje takvog roka garancije bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja i svrsi pravnog posla.

¹⁰³ Čl. 22. UP MTK.

¹⁰⁴ Čl. 23. UP MTK.

¹⁰⁵ Čl. 24. UP MTK.

¹⁰⁶ Odluka VTSRH Pž-1096/90. od 11. rujna 1990. O tome iscrpnije v. u Slakoper, Zvonimir: Rok važenja akcesorne bankovne garancije, u Računovodstvo, revizija i financije, br. 4/94. i Slakoper, Zvonimir: Recent Cases on Bank Guarantees in Croatian Courts, u Review of Central and East European Law, 1996, no. 6.

7. *Pretpostavke isplate*

7.1. *Pisani zahtjev korisnika*

1. Prema tekstu čl. 1039. st. 1. bankarskom garancijom banka se obvezuje isplatiti garantiranu svotu “na pisani zahtjev korisnika garancije”, a pisani zahtjev korisnika bit će pretpostavka bančine obveze isplate i prema čl. 20. UP MTK.¹⁰⁷ Nužnost pisanog zahtjeva za isplatu držimo unapređenjem odredbi ZOO, jer takve odredbe u ranijem ZOO nije bilo, a unaprijeđenje postoji zato što pisani zahtjev korisnika predstavlja jednostavniji i pouzdaniji dokaz o podnošenju zahtjeva, koji može biti potreban u više slučajeva. Ipak, ujedno žalimo što je novi ZOO stao na pola puta između ranijeg nepostojanja zahtjeva za pisanim oblikom zahtjeva i zahtjeva za postojanjem čvršćeg dokaza o savjesnosti korisnika u vidu izjave o nalogodavateljevom neispunjenju osigurane obveze iz osnovnog odnosa.

Naime, prema čl. 20. UP MTK pisani zahtjev za isplatu garancije mora – u tekstu ili odvojenom dokumentu - sadržavati izjavu korisnika o tome da nalogodavatelj nije ispunio odnosno da je povrijedio obvezu osigurane garancijom i opis načina na koji on svoju obvezu povrijedio.^{108. 109} Takva izjava u značajnom broju slučajeva predstavlja čvrsti dokaz o savjesnosti odnosno nesavjesnosti korisnika garancije u trenutku podnošenja zahtjeva za isplatu, te u slučajevima prijevarnog podnošenja zahtjeva za isplatu ponekad daje dokaz o takvom postupku korisnika, dok sam pisani zahtjev za isplatu bez tvrdnje o nalogodavateljevoj povredi i naznake u čemu se ona sastoji ne predstavlja dokaz o prijevarnom podnošenju zahtjeva.

Kako ZOO ne traži izjavu korisnika o nalogodavateljevu neispunjenju, konstatirali smo kako je on stao na polovici puta između ranijeg stanja i zahtjeva koje postavlja UP MTK.

Ipak, ovaj nedostatak prenesen iz ranijeg ZOO sudska je praksa već otklonila, jer je stala na stajalište kako je za dospijeće bančine obveze isplate garancije dovoljan sam zahtjev korisnika koji sadrži izjavu o tome da dužnik iz osnovnog ugovora nije ispunio svoju obvezu iz tog ugovora.¹¹⁰

¹⁰⁷ Za austrijsko pravo identično prema Avancini/Iro/Koziol, s. 295., a za englesko prema Paget's, s. 647.

¹⁰⁸ Čl. 20a. UP MTK glasi: “Svaki zahtjev za plaćanje prema garanciji bit će u pisanom obliku i bit će (dodatno takvim drugim dokumentima kakvi mogu biti specificirani u garanciji) popraćen pisanom izjavom (bilo u samom zahtjevu ili u posebnom dokumentu ili dokumentima pridruženim zahtjevu i na koje zahtjev upućuje) koja navodi: (i) da je principal povrijedio svoju obvezu (obveze) prema ugovoru (ugovorima) povodom kojih je garancija izdana ili, u slučaju garancije za ozbiljnost ponude, prema uvjetima natječaja; i (ii) način na koji je svoju obvezu (obveze) principal povrijedio.”

¹⁰⁹ Za austrijsko pravo identično odluka Vrhovnog suda Austrije u Juristische Blätter 1990, 177.

¹¹⁰ Tako i odluke VTSRH, Pž-3266/94., od 8. travnja 1997. i VSRH Rev 93/1997.

Sam zahtjev za isplatu – bez izjave o nalogodavateljevom neispunjenju – bio bi dovoljan u slučajevima u kojima se ne primjenjuju UP MTK, a mjerodavno nacionalno materijalno pravo također ne zahtijeva tu izjavu. Takve garancije u literaturi nazivaju se “jednostavne garancije na zahtjev” i – ako se zahtjev za isplatu ne vidi kao uvjet nego kao pretpostavka – to bi bile jedine, u doslovnom smislu te riječi, “bezuvjetne” garancije.¹¹¹

2. Korisnikov zahtjev za isplatu – s izjavom o nalogodavateljevom neispunjenju osigurane obveze iz osnovnog posla – može imati karakter obične pretpostavke dospjeća bančine obveze iz garancije ili karakter uvjeta u smislu uvjeta iz čl. 297. – 299. ZOO, a poredbena literatura o tome nema jedinstvenog stajališta.¹¹² Po mišljenju autora stajalište kako je zahtjev uvjet isplate u navedenom smislu, značilo bi da je bankarska garancija odnosno bančina obveza do trenutka postavljanja zahtjeva pendentna, a tek u trenutku postavljanja zahtjeva ona bi se uzela nastalom od trenutka kad je korisniku dostavljena isprava (garancija)¹¹³ i ujedno dospelom. Suprotno, stajalište kako je zahtjev za isplatu samo pretpostavka dospjeća – određena od strane banke pri njenom obvezivanju – podrazumijevalo bi da je bančina obveza nastala već u trenutku kad je korisniku dostavljena garancija (isprava).

Bilo da se stane na jedno ili drugo stajalište, ne bi se moglo prihvatiti gledište izraženo u sudskoj praksi “da je već samim pozivom korisnika garancije - tužitelja, na plaćanje onoga što je u garanciji navedeno, nastala ... garantova obveza”,¹¹⁴ jer i ako se poziv korisnika uzme kao uvjet iz čl. 297. – 299. ZOO, garantova obveza ne nastaje u trenutku zahtijevanja isplate, nego se uzima nastalom ranije.

3. Istovremeno, ne može biti prijeporno kako zahtjev za isplatu – s izjavom o neispunjenju – predstavlja poziv vjerovnika dužniku na ispunjenje obveze, koji izaziva njeno dospjeće, a u slučaju bančina neispunjenja, njen pad u dužničko zakašnjenje. Naime, naznačivanje korisnikova zahtjeva kao uvjeta ili pretpostavke isplate u tekstu garancije (isprave) može se shvatiti kao ugovaranje uvjeta ili pretpostavke isplate, a to isključuje primjenu općih pravila o vremenu ispunjenja obveze kad ono nije ugovoreno. Stoga će bančina obveza isplate dospjeti kad zahtijeva ispunjenje, a ujedno će njeno eventualno neispunjenje izazvati bančin pad u zakašnjenje¹¹⁵ i izazvati posljedice dužničkog zakašnjenja.

3. Glede sadržaja korisnikova zahtjeva treba istaknuti kako on mora biti strogo suglasan odredbama garancije na isti način kao što dokumenti po-

¹¹¹ Usp. Bertrams, s. 37.

¹¹² Zahtjev kao uvjet isplate vide Bannier, s. 80 i Schmitthoffs Export Trade s. 218. i 220., dok Palandt, s. 1134. zahtjev vidi kao pretpostavku isplate.

¹¹³ Tu treba primijeniti čl. 74. st. 2. ranijeg ZOO o učincima ispunjenja odgovornih uvjeta.

¹¹⁴ Odluka PS Pž-3239/90. od 5. ožujka 1991.

¹¹⁵ To proizlazi iz odredbi čl. 173. st. 1. u svezi s čl. 183. ZOO.

dneseni prema akreditivu moraju biti strogo suglasni odredbama akreditiva,¹¹⁶ a isto vrijedi i glede načina postavljanja zahtjeva.¹¹⁷

4. Iz okolnosti što garancija i obveza banke garanta postoje do isteka raskidnog roka naznačenog u garanciji, neprijeporno proizlazi kako korisnik treba staviti zahtjev za isplatu prije isteka tog roka.¹¹⁸ Na pitanje pravovremenosti zahtijevanja isplate držimo da treba primijeniti teoriju primitka, a ne teoriju odašiljanja odnosno očitovanja jer se u obveznom pravu u većini slučajeva primjenjuje upravo teorija primitka, te jer na to upućuju poredbena literatura i sudska praksa.¹¹⁹

Mjerodavan je upravo primitak, a ne saznanje, a to bi – iako ne posve sigurno – proizlazilo iz odluke Vrhovnog suda Hrvatske u slučaju u kojem je “tuženik prije isteka navedenog roka preporučenom pošiljkom pozvao tuženika na plaćanje, koja pošiljka je vraćena pošiljaocu s napomenom da primatelj “više ne postoji”, pri čemu “okolnost što pismeno nije bilo uručeno tuženom samo zbog toga što se pismeno vratilo s klauzulom ‘ne postoji više’, pada na teret tuženoga”.¹²⁰

5. Ujedno je dovoljno da korisnik do isteka roka zahtijeva isplatu, a nije potrebno da u tom istom roku podigne tužbu, i to je stajalište zauzeto u hrvatskoj sudskoj praksi.¹²¹ Autor je s time posve suglasan. Umjesto toga, korisnik eventualnu tužbu treba podići u odgovarajućem zastarnom roku.

7.2. Podnošenje drugih dokumenata

1. Podnošenje drugih dokumenata banci garantu, kao pretpostavka njene obveze isplate garancije, u stvarnosti nije često. Ipak i čl. 1039. st. 1. ZOO i čl. 2.a. UP MTK naznačuju mogućnost da bankarska garancija navede neki dokument ili neke dokumente kao pretpostavku obveze isplate.

Ova mogućnost daje povoda razlikovanju bezuvjetnih od uvjetnih garancija, što bi bila podjela garancija samo s obzirom na pitanje je li podnošenje nekih dokumenata pretpostavka bančine obveze isplate garancije, a nikako s obzirom na moguće druge kriterije podjele bankarskih garancija. Prema tome bi bezuvjetne garancije bile one koje ne sadrže nikakve druge pretpostavke bančine obveze isplate osim pisanog zahtjeva korisnika¹²² s izjavom o na-

¹¹⁶ Odluka u sporu IE Contractors Ltd v. Lloyds Bank plc, 1989 2 Lloyd's Law Report, 205, s. 207.

¹¹⁷ Prema odluci njemačkog Saveznog suda, od 23. siječnja 1996., (u Nobbe, s. 410.) zahtjev za isplatu samostalne garancije mora biti postavljen na način kako je određeno garancijom.

¹¹⁸ Tako i Avancini/Iro/Koziol, s. 296. i odluka Vrhovnog suda Austrije u Oesterreichisches Bank-Archiv 1989, 1026.

¹¹⁹ Avancini/Iro/Koziol, ibid. i odluka Vrhovnog suda Austrije u Oesterreichisches Bank-Archiv 1987, 263.

¹²⁰ Odluka VSRH, Revt-13/03. od 2. rujna 2003., u Sudska praksa, br. 1393.

¹²¹ Odluka VTSRH Pž-417/93. od 15. veljače 1994., u Sudska praksa, br. 1384.

¹²² Schmitthoff's, s. 215.

logodavateljevu neispunjenju, a uvjetne one koje uz to kao pretpostavku obveze isplate naznačuju i podnošenje jednog ili više dokumenata.

I na ove dokumente treba na odgovarajući način primijeniti pravila izložena u prikazu zahtjeva za isplatu pod br. 2. – 5.

2. U hrvatskoj sudskoj praksi zabilježen je slučaj u kojem je garancijom zahtijevano podnošenje virmanskog naloga kao dokaza o tome kad je i koliko kredita korisnik isplatio nalogodavatelju.¹²³ Budući je podnošenje tog dokumenta jedan od uvjeta navedenih u garanciji, te budući korisnik taj uvjet nije ispunio, njegov je tužbeni zahtjev odbijen.

7.3. Nepostojanje utemeljenih prigovora banke

1. Pravni položaj banke koja je izdala garanciju i primila korisnikov zahtjev za isplatu, odredbe ZOO o bankarskoj garanciji ne uređuju izravno. Ali iz obilježja bankarske garancije i odnosa banke garanta i korisnika garancije, te iz obveza koje banka ima prema nalogodavatelju garancije, proizlaze njena prava i obveze u trenutku primanja zahtjeva za isplatu.

Kao nalogoprimateľ u odnosu prema svom nalogodavatelju banka je dužna ispuniti nalog “prema primljenim uputama, s pažnjom dobrog gospodarstvenika, odnosno dobrog domaćina, ostajući u njegovim granicama i u svemu skrbiti o interesima nalogodavca i njima se rukovoditi”¹²⁴. Kako banka ispunjava nalog ne samo izdavanjem garancije korisniku sukladno ugovoru o nalogu, nego i daljnjim postupanjem sukladno obvezama nalogoprimateľja – i to sve do završetka garantnog posla – znači kako je banka dužna ispitati i utvrditi jesu li ispunjene sve pretpostavke odnosno uvjeti isplate naznačeni u garanciji. Konkretnije govoreći ona je dužna ispitati i utvrditi je li zahtjev za isplatu podnesen prije isteka roka do kojeg je garancija obvezuje, je li zahtjev sukladan garanciji, je li zahtjev u pisanom obliku, je li sadrži izjavu o nalogodavateljevu neispunjenju obveze osigurane garancijom odnosno o nastupu osiguranog slučaja, te je li zahtjev podnio korisnik. Ako je garancijom isplata bila uvjetovana podnošenjem nekog dokumenta, onda i je li taj dokument podnesen i sukladan garanciji. Budući se sve ove pretpostavke moraju ispuniti kumulativno, uslijed izostanka makar jedne od njih banka će u odnosu prema korisniku biti ovlaštena – a u odnosu prema nalogodavatelju i dužna – odbiti isplatu.

Kako se ovdje radi o pretpostavkama isplate utvrđenim u garanciji (ispravi), sažeto se može reći da se zahtjevu korisnika banka može – a i dužna je – suprotstaviti prigovorima koji proizlaze iz same garancije (isprave) odnosno njenog teksta, tj. zahtjev korisnika odbiti temeljem prigovora koji proizlaze iz garancije.¹²⁵

¹²³ Odluka VSRH Gzz-97/00. od 29. listopada 2003., u Sudska praksa, br. 1392.

¹²⁴ Članak 765. st. 1. ZOO.

¹²⁵ Tako i Mijnsen prema Bannier s. 81., Schwintowski/Schaeffer, s. 758., Avancini/Iro/Koziol, s. 299 i dalje.

2. Pri provjeravanju jesu li ispunjene pretpostavke isplate, od banke bi se moglo zahtijevati ispitivanje točnosti sadržaja primljenih dokumenata ili samo ispitivanje odgovaraju li oni svojim izgledom i sadržajem opisu navedenom u garanciji (ispravi). Prema odredbi čl. 9. UP MTK banka je dužna ispitati i utvrditi samo izgled i očitovani sadržaj podnesenih joj dokumenata, a ne i točnost sadržaja,¹²⁶ a ovo stajalište zastupa se i u literaturi.¹²⁷ ZOO ne sadrži suprotne odredbe, posebno ne prisilne koje bi isključile primjenu trgovačkih običaja, nego upravo odredbu koja posredno ukazuje kako i ZOO stoji na istom stajalištu. To je odredba čl. 1037. st. 1. koja uređuje odgovornost banke prema nalogodavatelju akreditiva i navodi kako “banka ne preuzima nikakvu odgovornost ako podneseni dokumenti po svom vanjskom izgledu odgovaraju uvjetima akreditiva”. S obzirom na sličnosti između akreditiva i garancija – a napose na samostalnost i apstraktnost obveze koju u oba slučaja banka preuzima prema korisniku¹²⁸ – držimo da citirana odredba predstavlja posrednu potporu ZOO-a odredbi čl. 9. UP MTK i stajalištima poredbene literature.

Ispunjenje pretpostavki isplate banka je dužna provjeriti i utvrditi s pozornošću dobrog gospodarstvenika prema naprijed citiranoj odredbi ZOO, ali i prema imperativnoj odredbi čl. 10. st. 1. o pozornosti s kojom su subjekti dužni postupati, odnosno s razumnom pozornošću prema čl. 9. UP MTK.¹²⁹ Kako su ove odredbe ZOO prisilne, te kako primjena trgovačkih običaja ne isključuje primjenu prisilnih odredbi, po mišljenju autora na stupanj pozornosti banke treba primijeniti odredbe ZOO, a ne odredbu čl. 9. UP MTK, i to pogotovu ako bi se razumna pozornost shvatila kao manji stupanj pozornosti od pozornosti dobrog gospodarstvenika.

3. Prema odredbama čl. 10. a) i b) UP MTK, u odnosu prema korisniku garancije ovu provjeru banka je dužna obaviti u razumnom roku, a ako odluči odbiti zahtjev, o tome ga je dužna obavijestiti odmah po isteku tog roka.¹³⁰

4. S jednakom pozornošću i u istom roku banka je - osim pretpostavki odnosno uvjeta isplate koji su navedeni u garanciji - svakako ovlaštena provjeriti i utvrditi valjanost garancije (isprave) odnosno njene obveze

¹²⁶ Čl. 9. UP MTK u izvorniku glasi: “All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shall be examined by the Guarantor ... to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee”.

¹²⁷ Schwintowski Schaeffer, s. 757.

¹²⁸ O tome v. Rosenberg, Ljudevit: Pravo međunarodnog dokumentarnog akreditiva, 1999. i Slakoper, Zvonimir: Dokumentarni akreditiv – temeljna prava i obveze, 2000.

¹²⁹ Čl. 9. UP MTK u izvorniku glasi: “All documents specified and presented under a Guarantee ... shall be examined by the Guarantor with reasonable care ...”

¹³⁰ Članak 10. UP MTK glasi: “**a)** Garant će imati razumno vrijeme u kojem će ispitati zahtjev prema garanciji i odlučiti je li će platiti ili odbiti zahtjev. **b)** Ako garant odluči odbiti zahtjev, on će o tome teletransmisijom, ili - ako to nije moguće - drugim brzim sredstvom, odmah obavijestiti korisnika. Svaki dokument predan prema garanciji bit će držan na raspolaganju korisnika.”

prema korisniku, te u slučaju ništavosti obveze odbiti ispunjenje.¹³¹ Prema tome, druga skupina prigovora kojima je banka ovlaštena suprotstaviti se korisnikovu zahtjevu i odbiti isplatu, prigovori su koji se tiču valjanosti bančine obveze, ali uz napomenu kako se radi samo o prigovorima koji bi proizlazili iz ništavosti obveze, ali ne i iz poboynosti, jer bi u posljednjem slučaju banka trebala podići tužbu radi poništenja i tek nakon poništenja garancije mogla bi istaći prigovor nevaljanosti obveze.¹³² Ova gledišta utemeljena su i s motrišta ZOO, jer je i prema njemu postojanje obveze opća pretpostavka dužnosti ispunjenja, što ne treba posebno dokazivati.

5. Odnos banke i korisnika samostalan je prema osnovnom poslu i banka ne može isticati prigovore kojima bi se nalogodavatelj mogao suprotstaviti korisnikovu zahtjevu iz osnovnog posla.¹³³ Međutim, takav pravni položaj banke garanta mogao bi pogodovati nesavjesnim korisnicima bankarskih garancija i dovesti do prijevarnog korištenja.

Zbog toga je u poredbenoj sudskoj praksi i literaturi ipak iznimno priznata uska mogućnost svojevrsnog povezivanja bančine obveze prema korisniku s nalogodavateljevom obvezom koja je osigurana garancijom. Ta iznimka u *common law* naziva se "iznimka prijevare" i sastoji se u ovlasti banke da odbije ispunjenje u slučaju pokušaja prijevarnog korištenja garancije.¹³⁴ U kontinentalnom pravu također se kao iznimka spominje "svjesna prijevara", odnosno pokušaj zloporabe prava, u kojem slučaju je banka ovlaštena staviti prigovor iz osnovnog odnosa, a to proizlazi iz okolnosti što odvojenost pravnih odnosa unutar garantnog posla postoji pod pretpostavkom odnosno uz pridržaj načela savjesnosti i poštenja.¹³⁵ Kad se radi o tako postavljenom korisnikovom zahtjevu i kad je pokušaj zloporabe prava očit i lako ga je dokazati, banka je ovlaštena odbiti ispunjenje¹³⁶ i to je "općenito priznato".¹³⁷

Načela savjesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe prava postoje i u ZOO, čije su funkcije upravljene na otklanjanje formalne primjene prava i sprječavanje njegove zloporabe "suprotno svrsi zbog koje je ono propisom

¹³¹ Tako i Schwintowski/Schaeffer, s. 758., Palandt, s. 1134., Avancini/Iro/Koziol, s. 299. i dalje.

¹³² Tako i Avancini/Iro/Koziol, *ibid.*

¹³³ Čl. 1043. st. 1. ZOO, čl. 2a. UP MTK, Palandt, s. 1134., Schmitthoffs, s. 218 i 220., Basler I, s. 621., Avancini/Iro/Koziol, s. 298., Schwintowski/Schaeffer, s. 758.

¹³⁴ "Fraud exception", v. Schmitthoff's s. 218. Iscrpno o tome Bertrams, s. 277. – 335. i Maurović, Ljiljana: Zloupotreba u ostvarivanju prava iz bankarskih garancija "na zahtjev", Pravo u gospodarstvu, br. 9-10/94.

¹³⁵ "Absichtliche Tauschung", v. Schwintowski/Schaeffer, s. 758.

¹³⁶ Npr. Odluke Vrhovnog suda Austrije u Entscheidungen des oesterreichisches Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen 50/66 i 54/189 i u Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der OEJZ 1982/23, odluka njemačkog Saveznog suda u Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 90, 292. i odluka njemačkog Saveznog suda, od 25. rujna 1996., u Nobbe, s. 412.

¹³⁷ Avancini/Iro/Koziol, s. 303.

ustanovljeno ili priznato".¹³⁸ Stoga i u hrvatskom pravnom poretku postoji odgovarajući pravni temelj na kojemu se može temeljiti bančino stavljanje prigovora zlopotrebe prava i odbijanje isplate zbog toga.

6. U svezi s garantnim poslom nema drugih prigovora kojima bi se banka mogla utemeljeno suprotstaviti korisnikovu zahtjevu za isplatu garancije, ali ipak treba spomenuti kako se ona tom zahtjevu može suprotstaviti i prigovorima koje ona osobno ima prema korisniku iz drugih pravnih odnosa koje može imati s korisnikom. Karakterističan je prigovor prijeboja, koji mogu staviti i dužnici iz drugih apstraktnih pravnih poslova, kao što su vrijednosni papiri,¹³⁹ a isto je stajalište zastupljeno i u poredbenoj literaturi.¹⁴⁰

8. Prenosivost garancije

1. Prenosivost bankarske garancije s korisnika na treću osobu zaseban je i složen problem. O tome je u poredbenoj literaturi izneseno više gledišta, kao što su nužnost postojanja odgovarajućeg sporazuma¹⁴¹ - *a contrario* čemu bi značilo da bez sporazuma prijenos ne bi bio valjan – i potreba razlikovanja ustupanja zahtjeva za isplatu od ustupanja prava zahtijevati isplatu, pri čemu bi prvo bilo dopušteno, a drugo sporno, ako bi bilo bez suglasnosti banke garanta.¹⁴² Posebno je važno kako je u sudskoj praksi zauzeto stajalište da banka nije dužna ispuniti obvezu ako navod o nastupu osiguranog slučaja ne potječe u pisanom obliku od korisnika garancije, što je obrazloženo navodom kako se tražbine u načelu mogu ustupati, ali ovlast očitovanja o nastupu slučaja koji je osiguran garancijom nije tražbina u pravnom smislu, a ustupanje te ovlasti ne dolazi u obzir jer bi vodilo do nedopuštene promjene sadržaja garantne obveze.¹⁴³

Po mišljenju autora promjena sadržaja garantne obveze zbog promjene korisnika postojala bi samo ako je ta obveza nastala s obzirom na osobu korisnika, a nikako u drugom slučaju jer se niti jedan drugi element bančine obveze ne mijenja. Stoga ovo stajalište ukazuje na to da obveza iz bankarske garancije nastaje *intuitu personae* korisnika garancije kao vjerovnika bančina nalogodavatelja. Na isto stajalište upućuje i literatura,¹⁴⁴ a njemu se pridružuje i autor, i to zato što je svrha bankarske garancije osiguranje

¹³⁸ Čl. 6. ZOO. O načelima savjesnosti i poštenja i zabrane zloporabe prava v. detaljnije Gorenc, s. 10. – 16., a načelu savjesnosti i poštenja Slakoper, Zvonimir: Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem, u Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 24 (2003.), br. 1, str. 511-548.

¹³⁹ Čl. 1157. st. 1. ZOO.

¹⁴⁰ Avancini/Iro/Koziol, s. 299 i dalje, Schwintowski/Schaeffer, s. 760.

¹⁴¹ Palandt, s. 1134.

¹⁴² Avancini/Iro/Koziol, s. 308.

¹⁴³ Odluka Zemaljskog suda Frankfurt/M u Wertpapier Mitteilungen 1978, 442.

¹⁴⁴ Avancini/Iro/Koziol, s. 289., a za isto se zalaže Rosenberg, s. 186.

korisnikove tražbine iz osnovnog pravnog posla, a ne stvaranje instrumenta podobnog za slobodno prenošenje.

2. Pitanje prenosivosti bankarske garancije odnosno prava i zahtjeva koje korisnik ima prema banci garantu uređeno je odredbama čl. 4. st. 1. UP MTK i čl. 1042. ZOO.

Čl. 4. st. 1. UP MTK na vrlo jednostavan način izrijeком određuje kako pravo zahtijevati isplatu temeljem garancije nije prenosivo, osim ako bi to izrijeком bilo naznačeno u samoj garanciji,¹⁴⁵ ali – jasnoće radi – u st. 2. istog čl. navodi kako su prihodi prenosivi neovisno o pitanju prenosivosti zahtjeva za isplatu garancije i time ujedno iznosi razliku između prenosivosti zahtjeva i prenosivosti prihoda.¹⁴⁶ Jednostavnije govoreći, slično kao i u opisanoj odluci njemačkog suda, pravo zahtijevati isplatu korisnik može prenijeti samo ako je to navedeno u garanciji, a nakon postavljanja zahtjeva s očitovanjem o nalogodavateljevu neispunjenju, zahtjevom za isplatu korisnik slobodno raspolaze i može ga prenositi.

Odredba čl. 1042. ZOO podrazumijeva pravnu svezu između odnosa banke garantu i korisnika garancije i osnovnog posla tako što određuje da “svoja prava iz bankarskog jamstva korisnik, ako nije drukčije ugovoreno, može ustupiti trećemu samo s ustupom tražbine koja je osigurana jamstvom i prijenosom svojih obveza u vezi s osiguranim tražbinama”. Kako takva pravna sveza postoji samo u slučajevima izdavanja akcesornih garancija, tj. bankarskih jamstava – a ne i u slučajevima izdavanja (samostalnih) bankarskih garancija - ovu odredbu može se primjenjivati samo na bankarska jamstva, a ne i na (samostalne) bankarske garancije.¹⁴⁷

U odnosu na raniji ZOO, ova je odredba dopunjena riječima “ako nije drukčije ugovoreno”, kojih u čl. 1086. ranijeg zakona nije bilo, čime su otklonjene moguće dvojbe glede njene prisilnosti ili dispozitivnosti. Dok se ranije to pitanje moglo postaviti,¹⁴⁸ sadašnja dopuna očito ukazuje na dispozitivnost odredbe. Budući da je odredba dispozitivna, a ne prisilna, temeljem čl. 12. st. 3. ZOO otvorena su vrata prednosti UP MTK u primjeni, pa će se na prijenos samostalnih bankarskih garancija primijeniti čl. 4. UP MTK kao trgovački običaj.

Istovremeno, kako se UP MTK ne primjenjuju na bankarska jamstva, tj. akcesorne garancije, postoji potreba prikaza i raščlambe čl. 1042. u odnosu na bankarska jamstva, tj. akcesorne garancije.

¹⁴⁵ Čl. 4. st. 1. “Korisnikovo pravo podnošenja zahtjeva prema garanciji nije prenosivo osim ako je izričito navedeno u garanciji ili njenoj izmjeni.”

¹⁴⁶ Čl. 4. st. 2. Međutim ovaj članak neće utjecati na korisnikovo pravo prijenosa bilo kojeg prihoda (proceeds) na koje može biti ili postati ovlašten prema garanciji.

¹⁴⁷ Tako i odluka VSRH, Revt 65/02. od 24. ožujka 2004.: “Samostalna bankarska garancija (garancija “bez prigovora”) odvojeno je i posebno uređena (čl. 1087. ZOO) i na nju se ne može primijeniti pravilo o ustupanju prava sadržano u čl. 1086. ZOO”. Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1610., suprotno drži da se odredba čl. 1042. primjenjuje isključivo na samostalne bankarske garancije i navodi razloge zbog kojih treba ograničiti mogućnost prijenosa takvih garancija.

¹⁴⁸ Vukmir u Gorenc i drugi, s. 1609. smatra da je bila prisilna.

3. Raščlamba odredbe čl. 1042. prvo pokazuje kako ona za ustupanje prava iz akcesorne bankarske garancije zahtijeva i prijenos osnovnog ugovora sklopljenog između korisnika garancije i nalogodavatelja, na stjecatelja prava iz garancije, jer ustup tražbine i prijenos vlastitih obveza u svezi s osiguranim tražbinama ustvari znači prijenos ugovora.¹⁴⁹ Za prijenos ugovora potrebna je suglasnost druge ugovorne strane, i to je u ovom slučaju korisnikov suugovaratelj iz osnovnog posla, a ne banka. Prema tome, iz odredbe posredno proizlazi kako je za ustupanje korisnikove tražbine iz garancije nužna i suglasnost nalogodavatelja, tj. njegova suugovaratelja iz osnovnog odnosa.

Prijenos osnovnog ugovora – a to znači i suglasnost korisnikova suugovaratelja jer je ona potrebna za prijenos ugovora – pretpostavke su ustupanja prava iz garancije “ako nije drukčije ugovoreno”. Mogućnost drukčijeg ugovaranja otvara pitanje je li moguće ugovoriti kako za ustupanje prava iz garancije nije potreban ni prijenos korisnikove tražbine iz osnovnog ugovora.

Po mišljenju autora, uz suglasnost korisnikova suugovaratelja iz osnovnog odnosa valjano je ustupanje prava iz garancije bez ikakvih promjena u osnovnom odnosu, i to zato što se ustupanjem prava iz akcesorne garancije (bankarskog jamstva) načelno ne može pogoršati ni pravni položaj korisnikova suugovaratelja niti pravni položaj banke garanta. On se ne može pogoršati zato što bi se zahtjevu stjecatelja prava iz garancije za isplatu garantirane svote, banka mogla suprotstaviti svim prigovorima kojima se mogla suprotstaviti i zahtjevu prvobitnog korisnika garancije, a ti prigovori uključuju i one prigovore kojima bi se korisnikov suugovaratelj mogao suprotstaviti njegovu zahtjevu u okviru osnovnog odnosa.

Prijenos, odnosno ustupanje prava iz garancije treba kvalificirati kao ustupanje tražbine tj. cesiju, pa bi se korisnik nalazio u ulozi cedenta, banka u ulozi cesusa, a stjecatelj prava iz garancije u ulozi cesionara. Kako cesus cesionaru može istaći sve prigovore koje je do ustupanja mogao istaći cedentu,¹⁵⁰ banka bi stjecatelju prava iz garancije mogla istaći sve prigovore koje je mogla istaći prvobitnom korisniku, a to uključuje i već spomenute prigovore iz osnovnog odnosa, pa se ne pogoršava ni pravni položaj banke niti pravni položaj korisnikovog suugovaratelja iz osnovnog odnosa. Upravo suprotno, stjecatelj tj. cesionar izložen je riziku prigovora iz osnovnog odnosa.

Ujedno se zbog ovih razloga izraz “ako nije drukčije ugovoreno” može odnositi samo na osnovni ugovor između korisnika i nalogodavatelja, a ne i na ugovor o nalogu između nalogodavatelja i banke. Kao što je izloženo, bančin se položaj ne pogoršava, a u odnosu s korisnikovim suugovarateljem ona je nalogoprimateelj i u tom je svojstvu dužna postupati prema uputama nalogodavatelja.¹⁵¹

¹⁴⁹ V. čl. 127. st. 1. ZOO. Tako i odluka VSRH, Revt 65/02 od 24. ožujka 2004.

¹⁵⁰ Čl. 84. st. 2. ZOO.

¹⁵¹ Čl. 765. i 766. ZOO.

9. Potvrda garancije (supergarancija)

Prema sadržajno neizmijenjenoj, u odnosu na raniji ZOO, odredbi čl. 1041. "ako druga banka potvrdi obvezu iz jamstva, korisnik može svoje zahtjeve iz jamstva podnijeti bilo banci koja je izdala jamstvo, bilo onoj koja ga je potvrdila", ta odredba predstavlja zakonski temelj postojanja supergarancija, kako se u domaćoj literaturi i sudskoj praksi nazivaju potvrde garancija.¹⁵² Uz to odredba naznačuje pravni položaj banke koja je potvrdila izdanu bankarsku garanciju, tj. koja je izdala supergaranciju. Odredba će se primijeniti uvijek čim se primjenjuje hrvatsko pravo jer odredbe UP MTK ne uređuju potvrdu garancije.

U svezi s potvrdom garancije, tj. supergarancijom, u prvom redu treba uočiti kako je izdavanje odnosno postojanje bankarske garancije pretpostavka potvrde, tj. izdavanja supergarancije. Iako ova okolnost neprijeporno proizlazi već iz prirode stvari, sudska praksa imala je priliku potvrditi tu okolnost te je to i učinila i izriječom navela kako "pretpostavka supergarancije je posao bankovne garancije...a kad nema bankovne garancije nitko ... ne može biti supergarant nepostojeće bankovne garancije".¹⁵³

Zanimljivijim od ovoga držimo pitanje pravnog položaja banke koja je potvrdila garanciju, jer bi izričaj odredbe čl. 1041. mogao navesti na pomisao kako u slučaju izdavanja supergarancije korisnik može zahtijevati isplatu ili od jedne ili od druge banke.¹⁵⁴ Ovaj neodgovarajući izričaj i mogući pogrešni zaključak koji smo naznačili ipak nisu zbunili hrvatsku sudsku praksu, koja ispravno navodi kako "potvrđivanjem obveze druga banka (konfirmirajuća) stupa u isti pravni odnos prema korisniku garancije kao i banka koja je izdala garanciju, (pa) obje banke odgovaraju korisniku garancije".¹⁵⁵ Prema tome, neprijeporno je da potvrdom bankarske garancije, tj. supergarancijom, druga banka stupa u već postojeću obvezu banke garanta prema dužniku, i to uz tu banku, te da korisnik garancije time stječe zahtjev i prema banci koja je potvrdila garanciju.

Po mišljenju autora potvrda garancije može se kvalificirati kao pristupanje dugu,¹⁵⁶ a ne kao jamstvo, jer banka supergarant potvrdom postojeće

¹⁵² "Potvrda garancije druge banke naziva se supergarancija" prema odluci VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999., u Sudska praksa, br. 1389, a bitno istovjetno i odluka VSRH Rev 18/2000., u Sudska praksa, br. 1394.. Prema Vukmiru u Gorenc i dr., s. 1607. izraz supergarancija rabi se rijetko, jer se radi o potvrđivanju ("confirmation").

¹⁵³ Odluka VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999., a isto proizlazi i iz odluke VSRH Rev 18/2000.

¹⁵⁴ Relevantni dio odredbe glasi: "bilo banci koja je izdala jamstvo, bilo onoj koja ga je potvrdila".

¹⁵⁵ Odluka VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999., a u bitnom istovjetno Gorenc, s. 1325. i Rosenberg, s. 192.

¹⁵⁶ Prema odredbi čl. 101. ZOO "ugovorom između vjerovnika i trećega, kojim se ovaj obvezuje vjerovniku da će ispuniti njegovu tražbinu prema dužniku, treći stupa u obvezu pored dužnika."

garancije ne preuzima novu i vlastitu obvezu prema korisniku, nego se vjerovniku, tj. korisniku, obvezuje ispuniti već postojeću obvezu dužnika, tj. banke garanta.

Iz takvog položaja banke supergaranta sudska je praksa izvela zaključak kako kad je izdana supergarancija “obje banke odgovaraju korisniku solidarno”.¹⁵⁷

Na pitanje primjenjuje li se odredba čl. 1041. samo na samostalne ili akcesorne garancije ili na obje vrste garancija potrebno je odgovoriti kako nema razloga zbog kojih se ona ne bi primijenila na obje vrste garancija. U slučaju potvrde akcesorne garancije, tj. bankarskog jamstva, držimo da se ne bi radilo o podjamstvu, i to polazeći od stajališta da se radi o pristupanju dugu, ovdje o pristupanju postojećem jamstvu s posljedicom da bi banka supergarant bila drugi jamac koji odgovara glavnom dužniku, tj. korisniku, solidarno i posve jednako kao i banka garant, jer nije preuzela vlastitu obvezu nego je stupila u obvezu banke garanta uz nju.

Literatura

1. Avancini/Iro/Koziol: *Oesterreichsches Bankvertragsrecht*, Bd. II, 1993.
2. Bannier, F.A.W.: *Bank Guarantees and Documentary Credit*, u *Hague-Zagreb Essays* 6, 1987.
3. Barbić, Jakša: *Bankarsko jamstvo*, u *Novi Zakon o obveznim odnosima*, 2005.
4. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, *Obligationenrecht I*, 3. izdanje, 2003.
5. Bertrams, R. I. V. F.: *Bank Guarantees in International Trade*, 1990.
6. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974 – 1985*.
7. Filipović/Gorenc/Slakoper: *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, III izdanje, 2004.
8. Gorenc, Vilim: *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, 1998.
9. Gorenc, Vilim i drugi: *Komentar zakona o obveznim odnosima*, 2005.
10. Gorenc/Schwank/Slakoper: *Međunarodna pravila za kupoprodaje plaćanja i arbitraže*, 1996.
11. *Informator* br. 4204-4205 i 4249.
12. *Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske* br. 5.
13. Maurović, Ljiljana: *Kodifikacija prava bankarskih garancija-jedinstvena pravila MTK*, *Pravo u gospodarstvu*, 3-4/94
14. Maurović, Ljiljana: *Obilježja kodifikacija prava bankarskih garancija*, *Hrvatska pravna revija*, 9/2001
15. Maurović, Ljiljana: *Zloupotreba u ostvarivanju prava iz bankarskih garancija “na zahtjev”*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 9-10/94
16. Nobbe, Gerd: *Bankrecht – Aktuelle hoechst- und obergerichtliche Rechtsprechung*, 1999.
17. *Paget’s Law of Banking*, 11. izdanje, 1996.

¹⁵⁷ Odluka VTSRH, Pž-3492/98. od 15. lipnja 1999.

18. Palandt Buergerliches Gesetzbuch, 62. izdanje, 2003.
19. Rosenberg, Ljudevit: Pravo međunarodnih plaćanja u poslovnim transakcijama, drugi svezak, 1975.
20. Rosenberg, Ljudevit: Pravo međunarodnog dokumentarnog akreditiva, 1999.
21. Schmitthoff's Export Trade, 10. izdanje, 2000.
22. Schwenger, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2003.
23. Schwintowski/Schaeffer: Bankrecht, 1997.
24. Slakoper, Zvonimir: Dokumentarni akreditiv – temeljna prava i obveze, 2000.
25. Slakoper, Zvonimir: Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem, u Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 24 (2003.), br. 1.
26. Slakoper, Zvonimir: Recent cases on Bank Guarantees in Croatian Courts, Review of Central and East European Law, 1996, no. 6.
27. Slakoper, Zvonimir: Rok važenja akcesorne bankovne garancije, Računovodstvo, revizija i financije, 4/94.
28. Uniform Rules for demand Guarantees ICC, Publikacija br. 458. (dalje: UP MTK).
29. Vedriš/Klarić: Građansko pravo, 4. izdanje, 2000.
30. Vukmir, Branko: Contracts Involving (abstract) Bank Guarantees and Documentary Credit under Private Law, u Hague- Zagreb Essays 6, 1987.
31. Vuković, Mihajlo: Opći dio građanskog prava, knjiga II, 1960.

Sudske odluke

1. Bolivinter Oil SA v. Chase Manhattan Bank NA, u 1984 2 Lloyd's Law Report 251. DC.
2. IE Contractors Ltd v. Lloyds Bank plc., u 1989 2 Lloyd's Law Report, 205, s. 207.
3. PS, Pž-3239/90 od 5. ožujka 1991.
4. Savezni sud Njemačke u BGHZ 90, 292.
5. Savezni sud Njemačke od 10. 11. 1998 prema Nobbe, s. 407.
6. Savezni sud Njemačke od 23. siječnja 1996. prema Nobbe, 410.
7. Vrhovni sud Austrije 28. 09. 1998. prema Nobbe, s. 409.
8. Vrhovni sud Austrije u EvBl 1982/23
9. Vrhovni sud Austrije u JBl 1990, 177
10. Vrhovni sud Austrije u SZ 50/66
11. Vrhovni sud Austrije u SZ 54/189
12. VSH Rev 48/85 od 23. prosinca 1986.
13. VSH Rev-88/85 od 29. 10. 1985.
14. VSRH Gzz 17/1998 od 28. travnja 1999.
15. VSRH Gzz-97/00 od 29. listopada 2003.
16. VSRH Rev 18/2000.
17. VSRH Rev 29/1994
18. VSRH Rev 44/1998 od 28. travnja 1999.
19. VSRH Rev 58/92 od 12. kolovoza 1992.
20. VSRH Rev 93/1997

21. VSRH, Rev 1976/00 od 20. studenoga 2003.
22. VSRH, Revt 65/02 od 24. ožujka 2004.:
23. VTSRH, Pž-1768/97 od 1. prosinca 1998.
24. VTSRH, Pž-3266/94 od 8. travnja 1997.
25. VTSRH, Pž-3492/98 od 15. lipnja 1999.
26. VTSRH, Pž-3492/98 od 15. lipnja 1999.
27. VTSRH Pž-1096/90 od 11. rujna 1990.
28. VTSRH Pž-1268/93 od 15. lipnja 1993
29. VTSRH Pž-1682/93 od 23. studeni 1993.
30. VTSRH Pž-1768/97 od 1. prosinca 1998.
31. VTSRH Pž-2948/92 od 8. prosinca 1992
32. VTSRH Pž-3067/94 od 15. studeni 1994.
33. VTSRH Pž-3172/94 od 25. listopada 1994.
34. VTSRH Pž-3266/94 od 8. travnja 1997.
35. VTSRH Pž-3353/90 od 4. veljače 1992.,
36. VTSRH Pž-417/93 od 15. veljače 1994.
37. VTSRH Pž-754/92 od 7. travnja 1992.
38. VTSRH Pž-864/94 od 29. ožujka 1994. i
39. VTSRH, Pž-3266/94 od 8. travnja 1997.
40. Zemaljski sud Frankfurt/M u Wertpapier Mitteilungen 1978, 442.

Summary

BANK GUARANTEE UNDER THE NEW LAW ON OBLIGATIONS (IN COMPARATIVE LEGAL CONTEXT)

The new Law on Obligations has changed the name of “bank guarantee” to “bank assurance” and revised the content of this institute regulated in art. 1039 para. 1 and 2 (now the term “bank assurance” includes autonomous bank guarantee). Other provisions of the previous Law on Obligations have not been changed contentwise. However, change of name and content of this notion represents very important substantive revision. The article, therefore, analyses impacts of this revision on legal doctrine and practice. Former terminology and meaning in domestic and comparative law is used as a starting point, and subsequently the issues that will arise in application of the new Law on Obligations are tackled, especially in relation to primacy of commercial usages (art. 12 of the LO). The article follows and analyses issues that are regulated by provisions of the LO, always comparing present doctrinal views and practice with possible impacts of mentioned revisions on future standpoints and case-law. Issues related to form of guarantee, qualification and creation of bank’s obligation toward user, prerequisites for payments, transferability and confirmation of guarantee are analyzed.

Key words: Law on Obligations, bank guarantee, bank assurance, autonomous guarantee, accessory guarantee.

Zusammenfassung

**BANKGARANTIEN NACH DEM NEUEN GESETZ ÜBER
SCHULDVERHÄLTNISSE (IM KOMPARATIVEN KONTEXT)**

Das neue Gesetz über Schuldverhältnisse hat die Bezeichnung des Instituts Bankgarantie in Bankbürgschaft abgeändert und den Begriff dieses Instituts in Art. 1039 Abs. 1. und 2. erklärt (so dass jetzt unter dem Begriff Bankbürgschaft die eigenständige Bankgarantie auftaucht), während die anderen Bestimmungen des früheren Gesetzes über Schuldverhältnisse (ZOO) inhaltlich nicht verändert wurden. Änderung von Bezeichnung und Begriff dieses Instituts bedeuten sehr wichtige inhaltliche Veränderungen, so dass in der Arbeit die Wirkung dieser Änderungen auf den bisherigen Standpunkt der Rechtswissenschaft und Praxis in diesem Institut analysiert wird. Es wird von der bisherigen Terminologie im kroatischen und vergleichenden Recht und der Bedeutung der einzelnen Begriffe ausgegangen und danach die Problematik der Anwendung der Bestimmungen des ZOO vor allem hinsichtlich der Handelsbräuche (Art. 12. ZOO) bearbeitet. Beide berücksichtigend, verfolgt und bearbeitet die Arbeit Fragen, die durch die Bestimmungen des ZOO reguliert werden und nimmt dabei die bisherigen Standpunkte der Literatur und Gerichtspraxis hinsichtlich jeder bearbeiteten Frage in Betracht und legt dabei den möglichen Einfluss der eingangs angeführten Veränderungen auf künftige Standpunkte und Praxis dar. Es werden Fragen in Verbindung mit der Form der Garantie, der Qualifikation und Entstehung der Verpflichtung der Bank gegenüber dem Nutzer sowie Voraussetzungen zur Auszahlung, Übertragbarkeit und Bestätigung der Garantie behandelt.

Schlüsselwörter: *Gesetz über Schuldverhältnisse, Bankgarantie, Bankbürgschaft, eigenständige Garantie, akzessorische Garantie.*

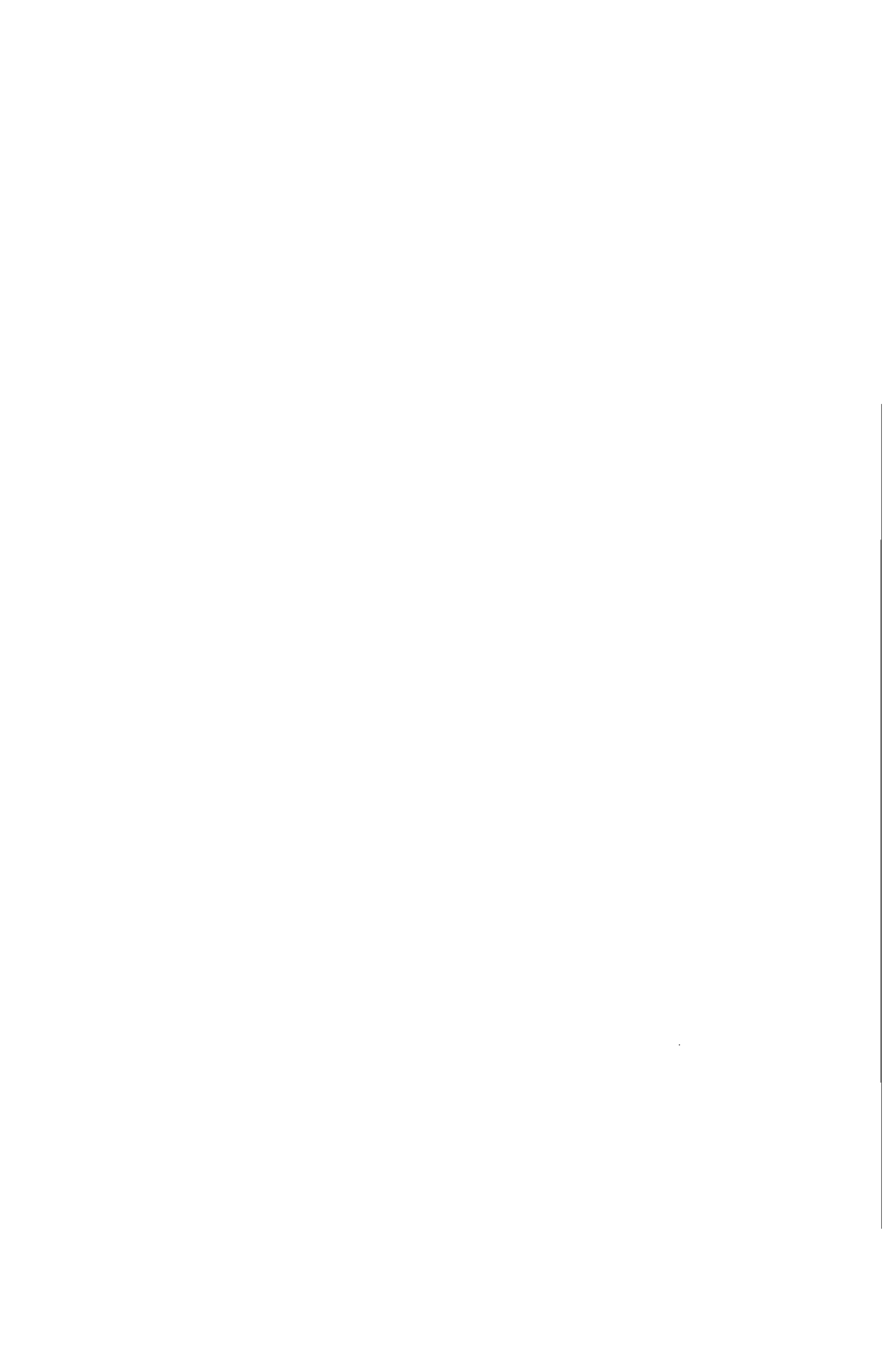
Sommario

**GARANZIE BANCARIE SECONDO LE NORME
DELLA NUOVA LEGGE SUI RAPPORTI OBBLIGATORI
(NEL CONTESTO GIURIDICO COMPARATO)**

La nuova Legge sui rapporti obbligatori (*Zakon o obveznim odnosima, ZOO*) ha modificato il nome di “garanzia bancaria” in “assicurazione bancaria” e revisionato il contenuto di questo istituto regolato nell’art. 1039 co. 1 e 2 (ora il termine “assicurazione bancaria” include la garanzia bancaria autonoma). Altre disposizioni della precedente *ZOO* non sono state modificate di contenuto. Tuttavia la modifica di nome e contenuto di questo

concetto rappresenta una revisione sostanziale molto importante, perciò nel lavoro si analizzano le conseguenze di questa revisione nella dottrina e la prassi giuridica su questo istituto. La precedente terminologia e accezione nel diritto domestico e comparato è utilizzata come punto di partenza, e successivamente sono affrontate le questioni scaturenti nell'applicazione della nuova ZOO, particolarmente in relazione alla primazia degli usi commerciali (art. 12 ZOO). Il lavoro individua e analizza le questioni regolate dalle disposizioni della ZOO, sempre comparando la dottrina e la prassi attuali con le possibili conseguenze delle menzionate revisioni sulle future concezioni e prassi. Sono analizzate le questioni riguardanti la forma della garanzia, la qualificazione e la creazione dell'obbligazione bancaria verso l'utente, i requisiti per i pagamenti, la trasferibilità e l'approvazione della garanzia.

Parole chiave: *Legge sui rapporti obbligatori, garanzia bancaria, fideiussione bancaria, garanzia autonoma, garanzia accessoria.*



KOMUNALNE DJELATNOSTI I PRAVO VLASNIŠTVA NA GRAĐEVINSKIM OBJEKTIMA KOMUNALNE INFRASTRUKTURE

Dr. sc. Dario Đerđa, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 711.8
351.824.11:347.235
Ur.: 14. studenog 2005.
Pr.: 5. prosinca 2005.
Izvorni znanstveni članak

Cilj rada je, uz analizu načina obavljanja komunalnih djelatnosti, dati pregled vlasničkog režima nad građevinskim objektima i uređajima komunalne infrastrukture u Republici Hrvatskoj te ukazati na otvorena pitanja koja se javljaju u ovom pravnom području. U tu su svrhu najprije određene komunalne djelatnosti te što sve čini komunalnu infrastrukturu. Zatim su prikazani modeli obavljanja komunalnih poslova. Slijedi analiza vlasničkog statusa nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture. Konačno, nekoliko riječi posvećeno je i gradnji komunalnih objekata na zemljištu u vlasništvu trećih osoba, odnosno na općem i javnom dobru.

Ključne riječi: komunalne djelatnosti, komunalna infrastruktura, vlasništvo.

1. Uvod

Iako se javlja kao praktično pitanje od iznimne važnosti, problematici vlasništva nad komunalnom infrastrukturom u hrvatskoj pravnoj literaturi do sada nije posvećena posebna pozornost. Pitanje vlasništva nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture u Hrvatskoj aktualno je već 15-ak godina. Još je *Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi*¹ novoustrojenim općinama i

¹ *Zakon o lokalnoj samoupravi i upravi*, Narodne novine, br. 90/92., 94/93., 117/93., 5/97., 17/99., 128/99., 51/00. i 105/00. Ovaj *Zakon* nije na snazi od stupanja na snagu *Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*, Narodne novine, br. 33/01., dana 11. travnja 2001. godine.

gradovima podijelio nadležnost u vezi s uređenjem naselja, komunalnih objekata i obavljanja komunalnih djelatnosti. Njime je propisano i prijelazno razdoblje u kojem se trebalo izvršiti diobu imovine između novonastalih općina na određenom području, a pitanje odlučivanja o imovini povuklo je i pitanje odlučivanja o komunalnoj infrastrukturi, imovini fondova u komunalnom gospodarstvu, imovini komunalnih poduzeća i dr. Međutim, unatoč prisutnosti ovoga problema, u Hrvatskoj do sada pitanju vlasništva nad komunalnom infrastrukturom nitko nije posvetio posebnu pozornost, što potvrđuje i vrlo oskudan broj radova koji se bavi ovom tematikom.

Kako je izgradnja objekata i uređaja komunalne infrastrukture od interesa za Republiku Hrvatsku,² o njoj brigu treba voditi javna vlast. Tako prema članku 30. stavak 4. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave na temelju *Programa mjera za unaprjeđenje stanja u prostoru* i potrebe uređenja zemljišta u skladu s postavkama dokumenata prostornog uređenja, kao i u skladu s *Planom razvojnih programa* koji se donose na temelju posebnih propisa, donosi *Program gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture* za svaku kalendarsku godinu. Ovaj *Program* obvezatno sadrži opis poslova s procjenom troškova za gradnju objekata i uređaja te za nabavu opreme, kao i iskaz financijskih sredstava potrebnih za ostvarivanje *Programa* s naznakom izvora financiranja djelatnosti.³ Međutim, iako o izgradnji objekata i uređaja komunalne infrastrukture brigu vodi jedinica lokalne samouprave, to ne znači i da je ona vlasnik navedenih objekata i uređaja. Štoviše, u praksi su mnogo češći slučajevi da su vlasnici objekata i uređaja komunalne infrastrukture trgovačka društva koja obavljaju određene komunalne djelatnosti, a postoje i stajališta da su određeni objekti i uređaji komunalne infrastrukture javno dobro. Bitno je istaknuti da koliko je pitanje vlasništva nad komunalnom infrastrukturom pitanje građanskog, tj. stvarnog prava, ono se jednako toliko bitno treba sagledati i s aspekta upravnog prava, jer osiguranje nesmetanog uživanja komunalnih usluga svakako je jedna od najznačajnijih zadaća jedinica lokalne samouprave.

Cilj je ovoga rada *de lege lata* proanalizirati načine obavljanja komunalnih poslova u Republici Hrvatskoj te mogućnosti vlasničkog

² Članak 29. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 36/95., 70/97., 128/99., 57/00., 129/00., 59/01., 82/04., 110/04. i 178/04.

³ Slični primjeri mogu se naći i u usporednom pravu. Tako se financiranje i građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture u Njemačkoj obavlja također na nivou jedinica lokalne samouprave, a uređeno je *Zakonom o općinama, Gemeindeordnung*, Bundesgesetzblatt, 1996., Teil I, S. 320, i *Zakonom o komunalnim davanjima, Kommunalabgabengesetz*, Bundesgesetzblatt, 1993., Teil I, S. 1658, koji obuhvaća lokalne poreze, pristojbe i doprinose. Prema članku 123. stavak 1. njemačkog *Zakona o građenju, Baugesetz*, Bundesgesetzblatt I, S. 2414, izgradnja objekata i uređaja komunalne infrastrukture zadaća je jedinice lokalne samouprave. Samo se u iznimnim slučajevima određenim drugim zakonskim propisima ili javnopravnim ugovorima pravo izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture može prenijeti na neku drugu osobu.

režima nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture. U tu su svrhu u obzir uzeti zakonski tekstovi koji uređuju ovu materiju, ali i opći i pojedinačni pravni akti jedinica lokalne samouprave. Prikazana su i neka usporednopravna rješenja koja bi se u budućem dorađivanju zakonskih tekstova mogla uzeti u obzir. Kako je pitanje vlasništva nad objektima komunalne infrastrukture usko vezano uz oblike kroz koje se uopće mogu obavljati komunalne djelatnosti, izuzetno je bitno proanalizirati na koje se sve načine mogu vršiti komunalne djelatnosti u Republici Hrvatskoj. U nedostatku zakonskih odredbi koje bi izričito ukazale na vlasnički režim nekih objekata i uređaja komunalne infrastrukture do zaključaka se dolazilo analizom financiranja izgradnje ovih objekata. Kao bitno pitanje, na kraju je spomenuta i mogućnost građenja objekata i uređaja komunalne infrastrukture na zemljištu u tuđem vlasništvu, odnosno na javnom i općem dobru.

2. Komunalne djelatnosti

Definirati komunalne djelatnosti nije jednostavno. Čak i članci koji se bave pitanjima općeg društvenog interesa stanovnika gradova i općina, pitanjima komunalnog gospodarstva, komunalnih poslova i sl. rijetko sadrže definiciju pojma komunalnih djelatnosti. Na problem nedostatka ove definicije ukazao je i Antić navodeći kako *“baš zbog svoje očiglednosti te zbog pretpostavke da svi vrlo dobro znaju što su to komunalne djelatnosti, definicije tih djelatnosti u literaturi su izuzetno rijetke, čak i kod autora, posebice domaćih, koji se bave raznim aspektima tih djelatnosti”*.⁴

U hrvatskoj pravnoj literaturi, komunalne djelatnosti određuju se kao *“one djelatnosti koje su po svom sadržaju i značenju nezamjenjivi uvjet života i rada ljudi te organizacija i zajednica u naselju...”*,⁵ ili kao *“propisom posebno uređene djelatnosti, pretežno uslužnog karaktera, koje obavljaju ovlaštene subjekti, a kojima se kontinuirano zadovoljavaju potrebe od životnog značenja za stanovništvo određenog područja”*.⁶ Ove je djelatnosti u Republici Hrvatskoj pokušao odrediti i zakonodavac propisujući da se pod obavljanjem komunalnih djelatnosti razumijeva *“naročito pružanje komunalnih usluga od interesa za fizičke i pravne osobe, te financiranje građenja i održavanje objekata i uređaja komunalne infrastrukture kao*

⁴ Antić, Teodor, *Upravnopravni aspekti komunalnih djelatnosti u Republici Hrvatskoj*, magistarski rad, Zagreb, 2000., str. 5.

⁵ Gatarić, Đuro, *Djelatnosti od posebnog društvenog interesa i javna ovlaštenja*, Narodne novine, Zagreb, 1986., str. 26. Slična definicija komunalnih djelatnosti nalazi se u *Pravnoj enciklopediji* gdje stoji da su komunalne djelatnosti *“uslužne ili proizvodne djelatnosti, koje se obavljaju radi zadovoljavanja određenih potreba ljudi, vezanih uz njihov svakodnevni život u mjestu u kojem stalno žive i rade ili gdje obavljaju svoje poslovne djelatnosti”*. *Pravna enciklopedija*, sv. 1., Savremena administracija, Beograd, 1985., str. 640.

⁶ Antić, op. cit., str. 7.

*cjelovitog sustava na području općina, gradova i Grada Zagreba ... kao i županija kada je to određeno ovim Zakonom”.*⁷

Spektar komunalnih djelatnosti vrlo je širok te se razlikuje od države do države. Međutim, u pravnoj se teoriji uzima da komunalne djelatnosti u pravilu obuhvaćaju opskrbu vodom, odvodnju otpadnih voda, opskrbu plinom, električnom te toplinskom energijom, sakupljanje i zbrinjavanje kućnog otpada, izgradnju i održavanje cestovne mreže u jedinicama lokalne samouprave, uređivanje i održavanje javnih garaža i prostora za parkiranje, uređivanje i održavanje groblja, pogrebnih službi i krematorija, održavanje čistoće javnih površina, uređivanje i održavanje zelenih površina, javnu rasvjetu, dimnjačarsku djelatnost, prijevoz putnika u lokalnom javnom prijevozu, rad tržnica na veliko i malo, rad konzumnih mljekara, javnih pekara, komunalnih klaonica te druge slične djelatnosti kojima se zadovoljavaju potrebe lokalnog karaktera.

U Švedskoj se, primjerice, komunalnim djelatnostima smatra izgradnja i održavanje lokalnih cesta, protupožarna zaštita, opskrba stanovništva vodom, odvodnja i zbrinjavanje otpadnih voda, opskrba plinom, električnom i toplinskom energijom, sakupljanje, odlaganje i zbrinjavanje otpada, te rad lokalnih klaonica i hladnjača.⁸ Pored ovdje navedenih djelatnosti, u Italiji se komunalnim djelatnostima smatra i javni lokalni prijevoz te oglašavanje na javnim površinama.⁹ I Njemačka ima širok spektar komunalnih djelatnosti, koje obuhvaćaju opskrbu stanovništva pitkom vodom, odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, opskrbu električnom i toplinskom energijom te plinom, provođenje urbane komasacije, građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture, izgradnju i održavanje gradskih i općinskih ulica, čišćenje ulica unutar granica mjesta uključivši i ulice odnosno ceste višeg ranga koje se nalaze unutar granica mjesta, čišćenje ulica od snijega i leda u svrhu osiguravanja odvijanja prometa, skupljanje i odlaganje komunalnog otpada, gospodarenje vlastitim šumama, uređenje i održavanje groblja te uličnu rasvjetu.¹⁰ U Njemačkoj je k tome otvorena mogućnost da se lista komunalnih poslova proširi zemaljskim zakonima te odlukom lokalnih vlasti. Tako se uz gore navedene djelatnosti u gradu Düsseldorfu kao gradske, odnosno komunalne, djelatnosti obavljaju i javni prijevoz putnika (tramvajski prijevoz, prijevoz prigradskom željeznicom, autobusni prijevoz

⁷ Članak 1. stavak 2. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

⁸ Häggroth, Sören, *Swedish Local Government*, The Swedish Institute, Stockholm, 1999., str. 67-70.

⁹ Norton, Alan, *International Handbook of Local and Regional Government*, Elgar, Aldershot, 1994., str. 218.

¹⁰ Vidi npr. čl. 127. *Baugesetzbuch*, vom 23. September 2004., Bundesgesetzblatt I, S. 2414, *Bundesseechengesetz*, vom 27. Juni 2002, Bundesgesetzblatt I, S. 968, čl. 47. i 49. *Landesstraßengesetz* vom 15. Januar 1960, Bundesgesetzblatt I, S. 17, *Abfallgesetz*, vom 27. August 1986, Bundesgesetzblatt I, S. 1410., čl. 4. *Waldgesetz*, vom 1. September 1969, Bundesgesetzblatt I, S. 1543, i sl.

i prijevoz na vodi), gradska luka (uključujući rad skladišta i industrijskog kolosijeka), gradska klaonica te tržnica.¹¹

U Hrvatskoj članak 3. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* enumerativno određuje komunalne djelatnosti. Tako se komunalnim djelatnostima kod nas smatraju opskrba pitkom vodom,¹² odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda,¹³ prijevoz putnika u javnom prometu,¹⁴ održavanje čistoće,¹⁵ odlaganje komunalnog otpada,¹⁶ održavanje javnih površina,¹⁷ održavanje nerazvrstanih cesta,¹⁸ tržnice na malo,¹⁹ održavanje groblja i krematorija i prijevoz pokojnika,²⁰ obavljanje dimnjačarskih poslova²¹ i javna rasvjeta.²² Sve do 2004. godine pod komunalnim poslovima smatrali su se i opskrba građana plinom te opskrba toplinskom energijom, međutim, *Zakonom o izmjenama i dopunama zakona o komunalnom gospodarstvu*²³ ove se djelatnosti više ne obavljaju kao komunalni poslovi.

¹¹ Krtalić, Vladimir, Cijena čistoga i umivenoga grada, *SKG*, god. 1., br. 2., 1995., str. 59.

¹² Pod opskrbom pitkom vodom razumijevaju se poslovi zahvaćanja, pročišćavanja i isporuke vode za piće.

¹³ Pod odvodnjom i pročišćavanjem otpadnih voda razumijeva se odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda, odvodnja atmosferskih voda, te crpljenje, odvoz i zbrinjavanje fekalija iz septičkih, sabimih i crnih jama.

¹⁴ Pod prijevozom putnika u javnom prometu razumijeva se prijevoz putnika na linijama unutar zona koje utvrđuju jedinice lokalne samouprave, za čija područja se prijevoz odvija, osim prijevoza željeznicom koji se uređuje posebnim propisima.

¹⁵ Pod održavanjem čistoće razumijeva se čišćenje javnih površina te skupljanje i odvoz komunalnog otpada na uređena odlagališta utvrđena prema posebnim propisima.

¹⁶ Pod odlaganjem komunalnog otpada razumijeva se obrađivanje i trajno odlaganje komunalnog otpada na odlagališta komunalnog otpada te saniranje i zatvaranje odlagališta, na temelju posebnih propisa.

¹⁷ Pod održavanjem javnih površina naročito se razumijeva održavanje javnih zelenih površina, pješačkih staza, pješačkih zona, otvorenih odvodnih kanala, trgova, parkova, dječjih igrališta i javnih prometnih površina te dijelova javnih cesta koje prolaze kroz naselje, kad se ti dijelovi ne održavaju kao javne ceste prema posebnom zakonu.

¹⁸ Pod održavanjem nerazvrstanih cesta razumijeva se održavanje površina koje se koriste za promet po bilo kojoj osnovi i koje su pristupačne većem broju korisnika, a koje nisu razvrstane ceste u smislu posebnih propisa, te gospodarenje cestovnim zemljištem uz nerazvrstane ceste.

¹⁹ Pod tržnicom na malo razumijeva se upravljanje i održavanje prostora i zgrada izgrađenih na zemljištu u vlasništvu jedinice lokalne samouprave u kojima se u skladu sa tržišnim redom pružaju usluge obavljanja prometa živežnim namirnicama i drugim proizvodima.

²⁰ Pod održavanjem groblja i krematorija razumijeva se održavanje prostora i zgrada za obavljanje ispraćaja i sahrane pokojnika te ukop i kremiranje pokojnika, a pod prijevozom pokojnika razumijeva se preuzimanje i prijevoz umrle osobe od mjesta smrti do mrtvačnice na groblju ili krematoriju.

²¹ Pod obavljanjem dimnjačarskih poslova razumijeva se obveza čišćenja i kontrole dimovodnih objekata i uređaja za loženje.

²² Pod pojmom "javna rasvjeta" razumijeva se upravljanje, održavanje objekata i uređaja javne rasvjete, uključivo podmirivanje troškova električne energije, za rasvjetljavanje javnih površina, javnih cesta koje prolaze kroz naselje i nerazvrstanih cesta.

²³ *Zakon o izmjenama i dopunama zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 82/04.

Međutim, kao primjerice i u Njemačkoj, ova lista komunalnih poslova u Hrvatskoj nije zatvorena te se može proširiti prema potrebama svake jedinice lokalne samouprave. Članak 3. stavak 13. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* ovlašćuje predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave da može odlukom odrediti i neke druge djelatnosti od lokalnog značenja koje će se smatrati komunalnim djelatnostima. Tako su neki gradovi i općine komunalnim djelatnostima proglasili i neke druge djelatnosti, kao npr. održavanje gradskih kupališta, održavanje javnih satova, održavanje javnih fontana, održavanje javnih sanitarnih čvorova i sl.

Komunalni poslovi u pravilu ulaze u nadležnost jedinica lokalne samouprave. Tako i članak 19. *Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi* propisuje da jedinice lokalne samouprave u svom samoupravnom djelokrugu obavljaju poslove lokalnog značaja kojima se neposredno ostvaruju potrebe građana, a koji nisu *Ustavom* ili zakonom dodijeljeni državnim tijelima, u koje poslove ulazi i obavljanje komunalnih djelatnosti.²⁴ U tu svrhu predstavničko tijelo jedinice lokalne odnosno područne (regionalne) samouprave ovlašteno je osnivati javne ustanove i druge pravne osobe za obavljanje gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih djelatnosti od interesa za jedinicu lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave.²⁵ Tako je primjerice člankom 25. *Statuta Grada Rijeke* propisano da u okviru poslova, prava i obveza koje obavlja, ostvaruje i osigurava u samoupravnom djelokrugu te u okviru poslova od područnog (regionalnog) značaja koje može obavljati, Grad Rijeka između ostalog osigurava obavljanje komunalnih djelatnosti na načelima održivog razvoja, vodi brigu o uređenju naselja, kvaliteti stanovanja, komunalnih objekata, obavljanju komunalnih i drugih uslužnih djelatnosti i komunalne infrastrukture te osniva pravne osobe radi ostvarivanja gospodarskih, društvenih, komunalnih i drugih interesa i potreba stanovništva.²⁶

3. Nositelji komunalnih poslova

Kako se komunalne djelatnosti usko vezuju uz grad ili općinu, njihovo je obavljanje u pravilu organizirano na teritorijalnom načelu. Štoviše, može se ustvrditi kako bi danas bez komunalnih djelatnosti život u gradovima i općinama bio potpuno nezamisliv. Lako je zaključiti da su navedene djelatnosti izuzetno značajne za općenito funkcioniranje grada i općine. Drugim riječima, komunalne djelatnosti su djelatnosti od općeg društvenog

²⁴ Isto propisuje npr. i članak 22. *Statuta Grada Rijeke*, Službene novine Primorsko-goranske županije, br. 23/01.

²⁵ Članak 35. *Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi*.

²⁶ U tu svrhu u skladu s člankom 49. *Statuta Grada Rijeke* djeluje Odbor za komunalno gospodarstvo kao stalni odbor Gradskog vijeća.

interesa. Upravo zbog općeg društvenog značaja ovih djelatnosti, osobama koje ih obavljaju ne može se prepustiti na volju arbitrarno odlučivanje o izvršavanju povjerenih poslova, niti se korisnicima može u svim slučajevima prepustiti da arbitrarno odlučuju o mogućem korištenju nekih od ovih usluga. Stoga država odnosno jedinica lokalne samouprave vodeći brigu o "općem javnom interesu" propisuje osnovna prava i dužnosti za pružanje i korištenje komunalnih djelatnosti, kao i osnovna pravila međusobnog odnosa pružatelja i korisnika usluga. Zato i jest bitna značajka komunalnih djelatnosti njihovo vršenje u režimu javnih službi.²⁷

Obavljanje komunalnih djelatnosti u režimu javne službe znači da se one moraju odvijati u skladu s određenim načelima javnoga prava. U pravnoj teoriji postavljaju se četiri temeljna načela na kojima počiva vođenje javnih službi. To su načelo kontinuiteta, načelo prilagodljivosti, načelo primata te načelo nemerkantilnosti.²⁸ K tome, članak 2. stavak 2. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* još propisuje kako su jedinice lokalne samouprave te pravne i fizičke osobe koje obavljaju komunalne djelatnosti obvezne na temelju ovoga *Zakona* i posebnih propisa osigurati trajno i kvalitetno obavljanje komunalnih djelatnosti, osigurati održavanje komunalnih objekata i uređaja u stanju funkcionalne sposobnosti, osigurati obavljanje komunalnih djelatnosti na načelima održivog razvoja te osigurati javnost rada.²⁹ Štoviše, na subjekte koji obavljaju javne djelatnosti u tu se svrhu mogu prenijeti i određene javne ovlasti.³⁰

Međutim, vlade mnogih zemalja svjesne su činjenice da javni sektor ne može zadovoljiti rastuću potražnju za kvalitetom i kvantitetom pružanja usluga te infrastrukturom potrebnom za obavljanje ovih djelatnosti, pa stoga nastoje stvoriti uvjete za ulazak privatnog sektora u poljima gdje se javni sektor pokazuje neuspješnim. Tako Pusić ističe kako se na temelju istraživanja i analiza razvitka državne uprave posljednjih nekoliko desetljeća

²⁷ Ovo je propisano u člankom 2. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*. Članak 71. *Statuta Grada Rijeke* primjerice pripisuje da u okviru samoupravnog djelokruga Grad Rijeka osigurava obavljanje javnih službi koje zadovoljavaju svakodnevne potrebe građana na području komunalnih, gospodarskih i društvenih djelatnosti te drugih djelatnosti, u skladu sa zakonom, dok članak 72. određuje kako se komunalne djelatnosti obavljaju kao javna služba.

²⁸ O ovome više u Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 16.

²⁹ Slijedom ovoga članak 72. *Statuta Grada Rijeke* određuje da su Grad Rijeka te pravne i fizičke osobe koje obavljaju komunalne djelatnosti obvezne osigurati trajno i kvalitetno obavljanje tih djelatnosti i održavanje komunalnih objekata i uređaja u stanju funkcionalne sposobnosti.

³⁰ Tako primjerice članak 6. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* propisuje: "Odlukom predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave, za komunalne djelatnosti iz članka 3. stavka 1. točke 1., 2., 5., 6., 7. i 9. u dijelu koji se odnosi na održavanje groblja i krematorija, može se pravnim osobama iz članka 4. ovoga *Zakona* povjeriti da u sklopu djelatnosti radi koje su osnovane općim aktima uređuju određene odnose, rješavaju u pojedinačnim upravnim stvarima o pravima, obvezama i odgovornosti fizičkih i pravnih osoba te obavljaju druge javne ovlasti."

u velikom broju europskih i drugih zemalja utvrdilo da u svim tim državama smanjuje i stagnira državna uprava kao tijelo koje ima političku, tj. upravnu vlast, a da poslove koje su prije neposredno provodila tijela državne uprave sada, kao javne službe, obavljaju osobe privatnog prava.³¹

Osnovna zapreka privatnom sektoru u pružanju komunalnih usluga svakako je veličina potrebnog ulaganja koje se amortizira tek u dugom vremenskom razdoblju te nedostatak jamstva da će rezultirati većim povratom sredstava od drugih vidova ulaganja. Štoviše, većina komunalne infrastrukture još se uvijek smatra prirodnim monopolima, pa konkurencija, kao najznačajniji pokretač produktivnosti, ostaje ograničena. Ovdje se svakako postavlja i pitanje vlasništva nad objektima i uređajima koji se izgrade u svrhu obavljanja komunalnih djelatnosti, odnosno nad objektima komunalne infrastrukture. Upravo će mogućnost vremenski neuvjetovanog samostalnog raspolaganja objektima i uređajima komunalne infrastrukture često motivirati privatnog poduzetnika da li se upustiti u pružanje neke komunalne usluge građanima.

Komunalne djelatnosti danas se općenito obavljaju kroz jedan od tri sljedeća organizacijska oblika: vršenje komunalne službe pod neposrednim nadzorom lokalne uprave, osnivanje posebne pravne osobe za vršenje komunalne službe te vršenje komunalne službe od strane treće osobe.³² Tako primjerice slovenski *Zakon o gospodarskim javnim službama* propisuje da se komunalne djelatnosti u Sloveniji mogu obavljati u vlastitoj režiji jedinice lokalne samouprave, od strane javne ustanove, od strane javnog poduzeća ili putem koncesija.³³ I Hrvatski *Zakon o komunalnom gospodarstvu* prihvaća sve naprijed navedene načine organiziranja vršenja komunalnih djelatnosti. Članak 4. stavak 1. propisuje da komunalne djelatnosti u skladu s odredbama ovoga *Zakona* mogu obavljati: trgovačko društvo koje osniva jedinica lokalne samouprave, javna ustanova koju osniva jedinica lokalne samouprave, služba – vlastiti pogon koju osniva jedinica lokalne samouprave, pravna i fizička osoba na temelju ugovora o koncesiji te pravna i fizička osoba na temelju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova. Slično i članak 74. *Statuta Grada Rijeke* propisuje da Grad Rijeka osigurava obavljanje komunalnih, gospodarskih i društvenih djelatnosti osnivanjem trgovačkih društava, javnih ustanova i vlastitih pogona, ali i da obavljanje određenih javnih djelatnosti Grad Rijeka može povjeriti na temelju ugovora o koncesiji i drugim pravnim i fizičkim osobama.

³¹ O tome više vidi u Pusić, *Upravni sistemi*, Grafički zavod Hrvatske, Zagreb, 1985., str. 380-454.

³² Pavić, Željko, *Upravnopravni aspekti urbanizacije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1988., str. 249.

³³ Članci 17. do 53. *Zakona o gospodarskih javnih službah*, Uradni list Republike Slovenije, št. 32/1993.

Najizravniji način obavljanja komunalne djelatnosti jest izravno obavljanje od strane djelatnika zaposlenih u lokalnoj samoupravi. Djelatnost se obavlja na nivou odjela ili sektora gradske odnosno općinske uprave, pod nadzorom izvršnog tijela, uz izravnu odgovornost prema predstavničkom ili izvršnom tijelu lokalne vlasti, a sredstva za rad osiguravaju se u proračunu lokalne zajednice. S druge strane, obavljanje djelatnosti može se povjeriti organizaciji koja ima izvjesnu samostalnost u upravljanju i financiranju. Ona ima svoj proračun i samostalno sklapa pravne poslove u vezi s podmirenjem svojih potreba, ali ostaje u cijelosti pod nadzorom predstavničkog ili njegovog izvršnog tijela.³⁴ U Hrvatskoj *Zakon o komunalnom gospodarstvu* člankom 8. propisuje da za obavljanje komunalnih poslova jedinice lokalne samouprave mogu osnivati vlastite pogone.³⁵ Vlastiti pogon, naravno, nema svojstvo pravne osobe. On se osniva odlukom predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave na način i u postupku propisanim *Zakonom o komunalnom gospodarstvu* i na zakonu utemeljenim propisima.³⁶ U praksi se osnivanje vlastitog pogona najčešće koristi za komunalne djelatnosti manjeg opsega, kao što je npr. uređenje javnih površina, u manjim jedinicama lokalne samouprave.³⁷

Lokalne vlasti mogu osnovati poduzeće za obavljanje komunalnih djelatnosti, koje posluje pod njihovim nadzorom. U mnogim zemljama lokalne vlasti osnivaju trgovačka društva, kako bi iskoristili njihovu veću slobodu i prilagodljivost u vezi s financiranjem, zapošljavanjem, upravljačkom strukturom i drugim elementima djelovanja. Politički nadzor nad poslovanjem takvog društva zadržava se imenovanjem izabраниh članova jedinice lokalne samouprave i njezinih zaposlenika u upravu društva.³⁸ Kao što je već navedeno, ova mogućnost zakonom je utvrđena i u Hrvatskoj. Međutim, u skladu s člankom 7. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* jedinica lokalne samouprave u trgovačkom društvu koje osniva u svrhu obavljanja komunalne službe mora držati većinski dio dionica, odnosno udjela. Tako je, primjerice, Grad Rijeka osnivač te u svojem većinskom vlasništvu ima poslovne udjele npr. u komunalnim poduzećima Autotrolej,³⁹

³⁴ Antić, op. cit., str. 51.

³⁵ Ista se odredba pronalazi i u članku 78. *Statuta Grada Rijeke*, uz naznaku da vlastiti pogoni nemaju svojstvo pravne osobe te da ih osniva Gradsko vijeće posebnom odlukom na način i u postupku propisanom zakonom i na zakonu utemeljenim propisima.

³⁶ Članak 9. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

³⁷ Sarvan, Desanka, Komunalno gospodarstvo, *Slobodno poduzetništvo*, br. 5., 2000., str. 92.

³⁸ Antić, op. cit., str. 51.

³⁹ Komunalno društvo Autotrolej d.o.o. za prijevoz putnika Rijeka djeluje na području 12 gradova i općina. To su gradovi Rijeka, Bakar, Kastav i Kraljevica, te općine Čavle, Jelenje, Klana, Kostrena i Viškovo, kao vlasnici, te Grad Opatija, i općine Matulji i Lovran, kao nevlasnici. Među vlasnicima i osnivačima je Grad Rijeka s 83,4 % vlasničkog udjela.

Kozala,⁴⁰ Čistoća,⁴¹ Vodovod i kanalizacija,⁴² Rijeka promet,⁴³ Ekoplus⁴⁴ itd. S druge strane manje jedinice lokalne samouprave najčešće osnivaju jedno komunalno društvo koje ima zadaću obavljati više različitih komunalnih djelatnosti. Tako je, primjerice, Grad Čakovec osnivač Gradskog komunalnog poduzeća Čakom d.o.o., koje je u njegovom 100%-tnom vlasništvu. U skladu s člankom 4. stavak 4. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* ako se sustav komunalne infrastrukture proteže na području više jedinica lokalne samouprave te čini jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu cjelinu, osnivaju trgovačko društvo u svojem suvlasništvu. Tako je npr. na otoku Krku osnovano Trgovačko društvo Ponikve d.o.o., a čiji su osnivači Grad Krk, Općina Baška, Općina Dobrinj, Općina Malinska–Dubašnica, Općina Omišalj, Općina Punat i Općina Vrbnik, tj. sve jedinice lokalne samouprave na otoku Krku te Hrvatske vode.⁴⁵ Ovaj način organiziranja obavljanja komunalnih djelatnosti posljednjih desetljeća sve više dominira.

Obavljanje komunalnih djelatnosti može se, međutim, povjeriti i subjektu koji nije izravno vezan za lokalnu vlast. To se čini dodjelom koncesije za obavljanje određene djelatnosti. Subjekt kojem se dodjeljuje koncesija može biti fizička ili pravna osoba koja se ugovorom obvezuje obavljati neku djelatnost pod propisanim uvjetima. Financijska sredstva za svoj rad koncesionar stječe naplatom svojih usluga od korisnika, a cijene tih usluga određuje lokalna vlast te ih obično jednom godišnje preispituje. Koncesija se daje na određeno vrijeme, obično na veći broj godina. Tako se, primjerice, i u Hrvatskoj obavljanje komunalnih djelatnosti te izgradnja i korištenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture u svrhu opskrbe pitkom vodom,

⁴⁰ Komunalno društvo Kozala d.o.o. za uređenje i održavanje groblja, pogrebne, grobarske i klesarske usluge Rijeka. Društvo je u 100 % vlasništvu Grada Rijeke.

⁴¹ Čistoća d.o.o. je komunalno društvo za održavanje čistoće i gospodarenje otpadom, koje se nalazi u vlasništvu Grada Rijeke 81,23%. Djelatnost društva je čišćenje javnih površina, skupljanje i odvoz te zbrinjavanje komunalnog otpada, a obuhvaća područje Grada Rijeke i općina i gradova suosnivača.

⁴² Vodovod i kanalizacija d.o.o. je komunalno društvo za vodoopskrbu i odvodnju, koje se nalazi u vlasništvu Grada Rijeke 87,3 posto. Djelatnost društva je opskrba pitkom vodom te odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda.

⁴³ Trgovačko društvo Rijeka promet d.o.o. za promet u 100%-tnom je vlasništvu Grada Rijeke. Zadaća tvrtke je održavanje nerazvrstanih cesta i javno prometnih površina u nadležnosti jedinica lokalne samouprave, poboljšanje razine kvalitete uređenja prometa na području Grada, uspostavljanje regulacije prometa primjerene europskim i svjetskim standardima, unaprjeđenje održavanja i upravljanja nad postojećim javnim parkiralištima kao i povećanje kapaciteta izgradnjom novih parkirališta i garažno-parkirnih objekata te upravljanje kamionskim terminalom na Srdočima.

⁴⁴ Ekoplus d.o.o. za gospodarenje otpadom osnovano je 2001. godine. Aktivnosti društva usmjerene su na uvođenje novog sustava gospodarenja otpadom u Primorsko-goranskoj županiji. Osnivači su Društvenim ugovorom o osnivanju prenijeli prava i obveze Ekoplusu na način da će tvrtka u njihovo ime i za njihov račun izvršavati sve poslove na uvođenju novog sustava gospodarenja otpadom na području Primorsko-goranske županije.

⁴⁵ Članak 2. *Društvenog ugovora Trgovačkog društva Ponikve d.o.o.*

odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, crpenja, odvoza i zbrinjavanja fekalija iz septičkih, sabirnih i crnih jama, prijevoza putnika u javnom prometu, skupljanja i odvoza komunalnog otpada, odlaganja komunalnog otpada, tržnica na malo, prijevoza pokojnika i obavljanja dimnjačarskih poslova, može vršiti putem koncesije.⁴⁶ Komunalne djelatnosti koje će se vršiti kao koncesionirana javna služba te uvjete i mjerila za provedbu prikupljanja ponuda ili javnog natječaja za davanje koncesije određuje predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave svojom odlukom.⁴⁷ Koncesiju ujedno i dodjeljuje predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave pravnoj ili fizičkoj osobi registriranoj za obavljanje te djelatnosti, a ugovor o koncesiji s odabranim podnositeljem ponude sklapa poglavarstvo jedinice lokalne samouprave na temelju odluke o koncesiji.⁴⁸ Koncesija se može dodijeliti na vrijeme do 30 godina, naknada za koncesiju uplaćuje se u korist proračuna jedinice lokalne samouprave – davatelja koncesije, a koristi se za građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture.⁴⁹

Pored povjeravanja obavljanja komunalnih poslova putem koncesije, ove se djelatnosti mogu vršiti i putem povjeravanja obavljanja komunalnih poslova privatnopravnim ugovorima. Tako se u Francuskoj široko primjenjuje tzv. *affermage*, koji predstavlja neku vrstu davanja u zakup prava na obavljanje određene djelatnosti. Obično se daje na manji broj godina. Ovlaštenik *affermagea* naplaćuje svoje usluge od korisnika, a naknada za njegov rad može biti unaprijed utvrđena u fiksnom iznosu ili ovisna o izvršenju poslova odnosno ostvarenom financijskom rezultatu. Visinu naknade za obavljanje poslova utvrđuju lokalne vlasti.⁵⁰ I hrvatski je zakonodavac predvidio takvu mogućnost sklapanja ugovora o povjeravanju komunalnih poslova. Jedinica lokalne samouprave može obavljanje komunalnih djelatnosti koje se financiraju isključivo iz njezina proračuna povjeriti fizičkoj ili pravnoj osobi na temelju pisanog ugovora.⁵¹ Predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave samostalno određuje komunalne djelatnosti koje će se obavljati putem ugovora o povjeravanju komunalnih poslova te utvrđuje uvjete i mjerila za provedbu prikupljanja ponuda ili javnog natječaja za povjeravanje određenih komunalnih poslova na temelju ugovora.⁵² Nakon provedenog prikupljanja ponuda ili javnog natječaja, predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave donosi odluku o izboru osobe kojoj će se povjeriti obavljanje komunalnih poslova na temelju ugovora, a ugovor o povjeravanju određenih komunalnih poslova sklapa poglavarstvo jedinice

⁴⁶ Članak 11. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu.*

⁴⁷ Članak 11. stavak 2. *Zakona o komunalnom gospodarstvu.*

⁴⁸ Članak 11. stavak 4. te članak 13. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu.*

⁴⁹ Članak 11. stavci 5. i 6. *Zakona o komunalnom gospodarstvu.*

⁵⁰ Antić, op. cit., str. 52.

⁵¹ Članak 15. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu.*

⁵² Članak 15. stavak 2. *Zakona o komunalnom gospodarstvu.*

lokalne samouprave.⁵³ Ovaj se ugovor može sklopiti najdulje na vrijeme od četiri godine.⁵⁴ U praksi se često ukazuje i potreba da se pojedini poslovi vezani za komunalne djelatnosti, posebice poslovi povremenog ili sezonskog karaktera, povjere ugovorom trećoj fizičkoj ili pravnoj osobi. Razlog tome je što se za takve poslove nema potrebe osnivati trgovačko društvo, ustanovu, vlastiti pogon ili ih davati u koncesiju. Tako je grad Šibenik upravo ugovorima o povjeravanju komunalnih poslova osigurao vršenje komunalnih djelatnosti javne rasvjete,⁵⁵ održavanja nerazvrstanih cesta⁵⁶ te održavanja javnih površina.⁵⁷ Antić ističe kako se primjena obveznopравnih ugovora za povjeravanje vršenja komunalnih djelatnosti obično opravdava razlozima učinkovitosti, ali se često i osporava, naročito u slučajevima kada se ugovori zaključuju na duže vremensko razdoblje zbog potrebe da izvršitelj naknadi uložena sredstva.⁵⁸

Komunalne djelatnosti, dakle, obavljaju ili tijela jedinica lokalne samouprave ili druge pravne osobe. Lokalna vlast i u Italiji komunalne usluge pruža ili izravno – putem svojih službi ili poduzeća koje sama osniva (npr. poduzeća za opskrbu vodom, električnom energijom ili za zbrinjavanje otpada) – ili pak posredno – putem mješovitih poduzeća, dodjelom koncesija i sklapanjem ugovora o pružanju usluga. I u Njemačkoj se komunalne djelatnosti obavljaju ili izravno od strane zaposlenika u gradskim i općinskim upravnim službama ili pak posredno putem mješovitih i privatnih trgovačkih društava. Opskrba energijom i vodom te javni prijevoz uglavnom se obavljaju putem zajedničkih dioničkih društava koje osnivaju jedinice lokalne samouprave i privatne osobe. Brigu o čišćenju ulica, parkiralištima, odvodnji otpadnih voda i klanicama gradske vlasti vode izravno putem svojih službi ili putem vlastitih poduzeća (njem. *Stadtwerke*). Sustav koncesija je osobito raširen na području zbrinjavanja otpadnih voda, a sustav podugovaranja na području vodoopskrbe. U Velikoj Britaniji lokalne vlasti tradicionalno radije izravno same obavljaju komunalne djelatnosti

⁵³ Članak 15. stavci 4. i 5. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

⁵⁴ Članak 15. stavak 6. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

⁵⁵ Grad Šibenik, *Zaključak o zaključenju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova komunalne djelatnosti javne rasvjete*, od 31. ožujka 2005. Klasa: Upl-363-02/05-01/33, Ur. broj: 2182/01-03/1-05-5. te *Ugovor o povjeravanju komunalnih poslova komunalne djelatnosti javne rasvjete* sklopljen između Grada Šibenika te Pectus d.o.o. Perković.

⁵⁶ Grad Šibenik, *Zaključak o zaključenju ugovora o povjeravanju obavljanja komunalne djelatnosti održavanja nerazvrstanih cesta na temelju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova*, od 31. ožujka 2005., Klasa: Upl-363-02/05-01/50, Ur. broj: 2182/01-03/1-05-5 te *Ugovor o povjeravanju komunalnih poslova komunalne djelatnosti održavanja javnih površina* sklopljen između Grada Šibenika te Dva Marka d.o.o. Šibenik.

⁵⁷ Grad Šibenik, *Zaključak o zaključenju ugovora o povjeravanju komunalnih poslova komunalne djelatnosti održavanja javnih površina*, od 31. ožujka 2005., Klasa: Upl-363-02/05-01/49, Ur. broj: 2182/01-03/1-05-5 te *Ugovor o povjeravanju komunalnih poslova komunalne djelatnosti održavanja javnih površina* sklopljen između Grada Šibenika te Dva Marka d.o.o. Šibenik.

⁵⁸ Antić, op. cit., str. 52.

negoli ih povjeravaju privatnim subjektima. No, ipak se može reći da je Velika Britanija od europskih zemalja otišla najdalje u privatiziranju urbane infrastrukture. Osobito se to odnosi na segmente gradskog autobusnog prijevoza te vodoopskrbnog sustava, u svrhu obavljanja kojih je osnovano niz novih privatnih kompanija.⁵⁹

Najširi i najrazvijeniji sustav posrednog obavljanja komunalnih djelatnosti putem subjekata izvan sustava same uprave, tj. putem različitih oblika privatnih i mješovitih trgovačkih društava, danas ima Francuska. Oko 70% vodovodne mreže izvan pariškog bazena dano je na upravljanje privatnim kompanijama. Najčešći oblici povjeravanja poslova ovim subjektima jesu davanje u koncesiju na vrijeme 12 do 24 godine ili u *affermage* na vrijeme 3 do 6 godina. I u Švedskoj se sve komunalne djelatnosti obavljaju najčešće putem posebnih komunalnih poduzeća koja su u cijelosti ili djelomično u vlasništvu i pod izravnim nadzorom gradske uprave. Za razliku od europskih država, veći dio komunalnih službi u Sjedinjenim Državama nalazi se u rukama privatnih kompanija.⁶⁰

Jedinice lokalne samouprave najčešće same odlučuju koje će komunalne djelatnosti vršiti putem kojih organizacijskih oblika. Tako je npr. Grad Düsseldorf za obavljanje komunalnih djelatnosti ustrojio tvrtke s različitim oblicima pravne osobnosti: nesamostalne ustanove, vlastite pogone i društva kapitala. Čišćenje ulica i drugih javnih površina, zimska služba, skupljanje, odvoz i odlaganje komunalnog otpada i djelatnost gradske klaonice vrši se putem nesamostalnih ustanova. Upravljanje i gospodarenje riječnom lukom grad ostvaruje putem vlastitog pogona, dok djelatnosti opskrbe vodom, električnom i toplinskom energijom te plinom, kao i javni prijevoz putnika u gradskom i prigradskom prometu putem društva kapitala.⁶¹ U većim Hrvatskim gradovima najčešće se osnivaju trgovačka društva za obavljanje posebnih komunalnih djelatnosti. Tako je Grad Rijeka osnivač komunalnog društva Autotrolej za prijevoz putnika u javnom gradskom prijevozu, komunalnog društva Kozala za uređenje i održavanje groblja, pogrebne, grobarske i klesarske usluge, komunalnog društva Čistoća za održavanje čistoće i gospodarenje otpadom, komunalnog društva Vodovod i

⁵⁹ Više vidi u *ibid.*, str. 54-56.

⁶⁰ *Ibid.*, str. 54-57.

⁶¹ Npr. dioničko društvo Stadtwerke Düsseldorf AG vrši sljedeće komunalne poslove: opskrba građana pitkom vodom te opskrba industrije vodom (uključivši vodozahvat crpne stanice, pripremu pitke vode te kemijska i bakteriološka ispitivanja, vodospremnik, vodovodnu mrežu, izgradnju i održavanje cjevovoda, objekata i uređaja u stanju funkcionalne ispravnosti), opskrba plinom (preuzimanje plina, spremanje u plinskom spremnicima, opskrba potrošača, izgradnja i održavanje mreže cjevovoda), opskrba električnom energijom (proizvodnja električne energije u termoelektranama, visokonaponska i niskonaponska mreža, trafostanice, ulična rasvjeta), opskrba toplinskom energijom (proizvodnja toplinske energije u termoelektrani Flingern, izgradnja i održavanje mreže, objekata i uređaja), otvoreni i zatvoreni gradski bazeni (planiranje, vođenje izgradnje i održavanja bazena). Stadtwerke Düsseldorf ovdje navedene djelatnosti vrši temeljem koncesije dobivene 1972. godine. Krtalić, op. cit., str. 62.

kanalizacija za opskrbu pitkom vodom te odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, komunalnog društva Rijeka promet za održavanje nerazvrstanih cesta i javno prometnih površina u nadležnosti jedinica lokalne samouprave, poboljšanje razine kvalitete uređenja prometa na području Grada i upravljanje javnim parkiralištima, te Ekoplus za gospodarenje otpadom. S druge strane, u manjim jedinicama lokalne samouprave najčešće se osniva jedno komunalno trgovačko društvo sa zadaćom obavljanja više komunalnih djelatnosti. Tako je, primjerice, u Gradu Čakovcu osnovano Gradsko komunalno poduzeće Čakom d.o.o. u svrhu obavljanja sljedećih komunalnih poslova: opskrba toplinskom energijom, odvodnja i pročišćavanje otpadnih voda, održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada, tržnice na malo, održavanje groblja i krematorija te obavljanje pogrebnih poslova, održavanje javnih zelenih površina, organiziranje i održavanje sajмова i izložbi, uređenje i održavanje cesta i prometnica, zelenih površina i prometne signalizacije, pauk-službe, prometa u mirovanju, te uređenje, održavanje i naplata parkirališta te drugih poslova. Na otoku Krku trgovačko društvo Ponikve d.o.o. za komunalne djelatnosti osnovano je za skupljanje, pročišćavanje i distribuciju vode, uklanjanje otpadnih voda, odvoz smeća i slične djelatnosti, zatim odlaganje komunalnog otpada, održavanje čistoće, održavanje groblja i krematorija te obavljanje pogrebnih poslova, održavanje javnih površina i plaža, izradu i montažu gradskih i mjesnih cjevovoda i priključaka, tržnice na malo, uređenje i održavanje javnih izljeva, cisterni i bunara, baždaranje i popravak vodomjera, geodetsko premjeravanje, premjeravanje terena te industrijsko i građevinsko premjeravanje.⁶²

Iz svega se, dakle, može zaključiti kako svaka jedinica lokalne samouprave svojim specifičnim potrebama prilagođava organizaciju komunalnih djelatnosti u vlastitoj režiji putem za to osnovanih pravnih osoba ili ih dodjeljujući na obavljanje trećim osobama. Svaka jedinica lokalne samouprave također će prema svojim potrebama osnovati za obavljanje svake komunalne djelatnosti jednu tvrtku ili će osnovati samo jedno poduzeće koje će vršiti više ili sve komunalne djelatnosti na njezinom području, odnosno osnovat će poduzeće za obavljanje komunalnih djelatnosti zajedno s još jednom ili više jedinica lokalne samouprave.

4. Objekti komunalne infrastrukture

Komunalna infrastruktura, odnosno potpunije rečeno objekti i uređaji komunalne infrastrukture mogu se odrediti kao objekti i uređaji kojima se obavljaju komunalne djelatnosti ili objekti i uređaji koji se koriste prilikom obavljanja ovih djelatnosti. U skladu s člankom 3. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* može se ustvrditi da se objektima komunalne

⁶² Članak 4. *Društvenog ugovora Trgovačkog društva Ponikve d.o.o.*

infrastrukture u Hrvatskoj danas smatraju objekti i uređaji za opskrbu pitkom vodom, objekti i uređaji za odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda, objekti i uređaji za prijevoz putnika u javnom prometu, objekti i uređaji za održavanje čistoće, objekti i uređaji za odlaganje komunalnog otpada, objekti i uređaji za održavanje javnih površina, objekti i uređaji za održavanje nerazvrstanih cesta, tržnice na malo, groblja te objekti i uređaji javne rasvjete. Kako *Zakon o komunalnom gospodarstvu* glede statusa vlasništva objekata i uređaja komunalne infrastrukture ne sadrži posebne odredbe, a jasan odgovor na to pitanje ne može se pronaći ni u *Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*,⁶³ u Hrvatskoj se pojavljuje zakonska praznina uređenja ovoga, kako za jedinice lokalne samouprave tako i za pravne osobe koje se bave obavljanjem komunalnih djelatnosti, izuzetno bitnog pravnog pitanja.

Obavljanje komunalnih djelatnosti povezano je s vrlo visokim inicijalnim troškovima koji se često javljaju kao pretpostavka za izgradnju novih objekata i uređaja komunalne infrastrukture. Tako privatne osobe koje se prema nekoj pravnoj osnovi spremaju započeti obavljati neku komunalnu djelatnost trebaju dobro izračunati isplati li se s ekonomskog aspekta započeti s izgradnjom objekata te nabavkom uređaja za ove djelatnosti, te koliko stoji održavanje ovih objekata i uređaja. Konačno, postavlja se pitanje da li je u predviđenom vremenu na koje je dodijeljena koncesija ili je dano obavljanje određene djelatnosti u zakup, moguće povratiti uložena sredstva te još ostvariti i određenu dobit. Ovo pitanje značajno je i za jedinice lokalne samouprave koje se brinu o zadovoljavanju potreba od općeg društvenog interesa, a u koje, naravno, ulaze i sve komunalne djelatnosti. To znači da će konačno, ukoliko netko drugi ne preuzme pružanje ovih usluga, to morati učiniti jedinica lokalne samouprave. Slijedom toga u svojem će proračunu trebati isplanirati sredstva za realizaciju objekata i uređaja komunalne infrastrukture.

Međutim, veliko je pitanje kako će ovaj problem riješiti male i siromašne općine. Blažević ističe kako su mnoge općine u Hrvatskoj formirane bez obzira na kriterij ekonomsko-financijskog kapaciteta. Tako, primjerice, čak 161 općina u Hrvatskoj troši više nego što zaradi, a 17 općina vlastitim prihodima ne može financirati niti plaće svojih upravnih službenika. Štoviše, problem poslovanja može se susresti i kod gradova kao jedinica lokalne samouprave, jer čak 33 hrvatska grada također troše više nego što zarađuju.⁶⁴

⁶³ *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 73/00., 129/00. i 114/01.

⁶⁴ Prosječna hrvatska općina s 10 naselja, 3.600 stanovnika i 86 km² površine pripada kategoriji malih lokalnih jedinica u europskim razmjerima. Čak 35 općina (8%) obuhvaćaju samo jedno naselje, dok na drugom ekstremu ima 9 općina koje obuhvaćaju više od 40 naselja. Što se stanovništva tiče, na jednom ekstremu je 15 vrlo malih općina s manje od 1.000 stanovnika, a na drugom je 10 općina s preko 10.000 stanovnika. O tome više u Blažević, Robert, *Upravna znanost – kompendij*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 329-330.

Zbog navedenih razloga vrlo se čini važnim pitanje u čijem su vlasništvu objekti i uređaji komunalne infrastrukture? Da li jedinica lokalne samouprave ili trgovačkih društava koja obavljaju komunalnu djelatnost? Što se događa s vlasništvom nad ovim objektima po isteku ugovora o koncesiji ili ugovora o povjeravanju komunalnih poslova? Postaje li vlasnik objekata i uređaja komunalne infrastrukture jedinica lokalne samouprave ili oni ostaju u vlasništvu trgovačkog društva? i sl.

Čini se da su u Hrvatskoj moguća tri rješenja vezana uz pravni status komunalnih objekata i uređaja. Prema jednom komunalni objekti i uređaji vlasništvo su jedinica lokalne samouprave. Prema drugom, komunalni objekti i uređaji vlasništvo su trgovačkih društava koja obavljaju komunalnu djelatnost. Konačno, prema trećem komunalni objekti su javno dobro. Iako se ova stajališta čine opravdanim, postavlja se pitanje koji su objekti i uređaji komunalne infrastrukture u čijem vlasništvu te što ukoliko se ovi objekti i uređaji nalaze na zemljištu u tuđem vlasništvu.

Hrvatski zakonodavac izričito je riješio samo pitanje vlasništva nad grobljima kao objektima komunalne infrastrukture te nad objektima i uređajima javne rasvjete. Tako se može ustvrditi da su groblja⁶⁵ u vlasništvu jedinica lokalne samouprave. Ovo izričito navodi članak 2. *Zakona o grobljima* koji propisuje da su groblja komunalni objekti u vlasništvu jedinice lokalne samouprave, odnosno Grada Zagreba na čijem području se nalaze. Stoga je potrebu izgradnje groblja radi ukopa umrlih sa svoga područja, ako ukop nije osiguran na području druge jedinice lokalne samouprave, svojom odlukom dužno utvrditi predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave.⁶⁶ Naravno ovo predstavničko tijelo treba uzeti u obzir i mogućnost izgradnje te održavanja takvoga groblja s financijskog aspekta. Kako je građenje i rekonstrukcija groblja u interesu Republike Hrvatske, a groblja su objekti od općeg društvenog interesa,⁶⁷ u svrhu izgradnje groblja moguće je provesti i izvlaštenje. I postupak za izvlaštenje zemljišta u ovu svrhu pokreće sama jedinica lokalne samouprave,⁶⁸ što ponovo ukazuje na vlasnički interes jedinice lokalne samouprave nad grobljima.

Nadalje je jasno i da su objekti i uređaji koji se koriste isključivo za javnu rasvjetu također u vlasništvu jedinica lokalne samouprave. Na ovo gledište izravno nas upućuje članak 11. *Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 1997. godine.⁶⁹ Njime je određeno da je Hrvatska elektroprivreda d.d. Zagreb obvezna bez naknade do 31.

⁶⁵ Članak 1. stavak 2. *Zakona o grobljima*, Narodne novine, br. 19/98., propisuje: "Groblje je ograđeni prostor zemljišta na kojem se nalaze grobna mjesta, prateće građevine i komunalna infrastruktura."

⁶⁶ Članak 3. *Zakona o grobljima*.

⁶⁷ Vidi članak 4. stavak 1. *Zakona o grobljima*.

⁶⁸ Članak 4. stavak 2. *Zakona o grobljima*.

⁶⁹ *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, br. 70/97.

prosinca 1997. u stanju funkcionalne sposobnosti prenijeti u vlasništvo jedinica lokalne samouprave objekte i uređaje u svom vlasništvu, a koji se koriste isključivo za javnu rasvjetu. Time su objekti i uređaji javne rasvjete prešli iz privatnog vlasništva trgovačkog društva u vlasništvo jedinice lokalne samouprave. Međutim, objekti i uređaji koji se koriste za obavljanje djelatnosti Hrvatske elektroprivrede, a istovremeno se koriste i za javnu rasvjetu, ostaju u vlasništvu Hrvatske elektroprivrede, dok jedinice lokalne samouprave na njima stječu pravo služnosti za potrebe javne rasvjete.

U ova je dva slučaja, dakle, pitanje vlasništva nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture jasno. Vlasnik je jedinica lokalne samouprave. Međutim, pitanja koja se postavljaju u svezi s vlasništvom nad drugim objektima i uređajima komunalne infrastrukture očito treba rješavati primjenjujući pravila tumačenja pravnih propisa. Relativno se jasnim čini slučaj kada jedinica lokalne samouprave obavlja određenu komunalnu djelatnost u vlastitoj režiji. Tada bi objekte i uređaje komunalne infrastrukture ona trebala izgraditi, održavati te bi slijedom toga morali biti u njezinom vlasništvu. Međutim, često je nejasno pitanje vlasništva nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture kada komunalne djelatnosti obavljaju trgovačko društvo ili javna ustanova koje osniva jedinica lokalne samouprave.

Kada jedinice lokalne samouprave u skladu s člankom 4. stavak 1. točka 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* osnuju trgovačko društvo ili ustanovu za obavljanje komunalnih djelatnosti, u pogledu objekata i uređaja komunalne infrastrukture kojih su one vlasnici, moguća su dva pravna rješenja. Društvenim ugovorom o osnivaju trgovačkih društava za obavljanje komunalnih djelatnosti jedinice lokalne samouprave mogu odrediti da one ostaju vlasnici izgrađenih komunalnih objekata i uređaja te ih trgovačkom društvu ustupaju na upravljanje radi obavljanja komunalne djelatnosti ili jedinice lokalne samouprave mogu novoosnovanom trgovačkom društvu prenijeti vlasništvo nad izgrađenim uređajima i objektima komunalne infrastrukture.⁷⁰ Iako je danas praksa glede ovog pitanja vrlo različita, prevladavaju slučajevi da se objekti i uređaji komunalne infrastrukture nalaze u vlasništvu trgovačkih društava koja ih grade i održavaju.

Međutim, prilikom izgradnje novih objekata i uređaja komunalne infrastrukture u obzir treba uzeti dva ključna elementa. Pozornost, dakle, treba usmjeriti prema investitoru te izvoru sredstava za građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture. Članak 30. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* primjerice propisuje da se građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture za javne površine i nerazvrstane ceste financira iz komunalnog doprinosa, proračuna jedinice lokalne samouprave, naknade za koncesiju te drugih izvora utvrđenih posebnim zakonom. Sve su

⁷⁰ O tome vidi u Sarvan, Desanka, Pravni status komunalnih objekata i uređaja, *Informator*, br. 4753., 1999., str. 8.

ovo, naravno, prihvodi jedinica lokalne samouprave pa se može ustvrditi da će objekt ili uređaj koji gradi jedinica lokalne samouprave svojim sredstvima biti i vlasništvo te jedinice lokalne samouprave. Naravno, pod uvjetom da se takav objekt ili uređaj ne nalazi na dobru koje je izuzeto iz vlasničkog režima, pa prirastanjem postane sastavni dio tog dobra, ako ga ne razdvaja na zakonu osnovana koncesija. I članak 22. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* utvrđuje da su sredstva komunalne naknade, koja je inače prihod proračuna jedinice lokalne samouprave, namijenjena financiranju obavljanja komunalnih djelatnosti odvodnje atmosferskih voda, održavanja čistoće u dijelu koji se odnosi na čišćenje javnih površina, održavanja javnih površina, održavanja nerazvrstanih cesta, održavanja groblja i krematorija te javne rasvjete. To bi značilo da upravo jedinica lokalne samouprave svojim sredstvima između ostalog održava objekte i uređaje koji služe navedenim komunalnim djelatnostima.

Upravo se jedinica lokalne samouprave ovdje javlja kao investitor jer ona s izvođačem radova sklopa ugovor o izvođenju javnih radova u svezi s izgradnjom objekta komunalne infrastrukture.⁷¹ Međutim, kako izgradnju cijeloga objekta financira isključivo jedinica lokalne samouprave, izgrađeni objekt nalazi se u njezinom vlasništvu. Jedinica lokalne samouprave bila bi korisnik izvlaštenja ili djelomičnog izvlaštenja u slučaju da se objekt treba graditi na zemljištu u privatnom vlasništvu, a s vlasnikom se ne uspije sklopiti nagodba. Ovdje, znači, ugovor sklopa jedinica lokalne samouprave u ulozu ulagatelja, s privatnom osobom, fizičkom ili pravnom, koja na sebe preuzima obvezu izvođenja ugovorenih radova. Dakle, sav financijski rizik u ovom slučaju snosi jedinica lokalne samouprave, koja ujedno i osigurava sva potrebna sredstva. Povrat svih troškova koje je imao izvođač radova osiguran je od strane naručitelja.

Od ovoga slučaja treba razlikovati situaciju u kojoj jedinica lokalne samouprave koncesijom daje drugoj osobi pravo izgradnje, ali i financiranja izgradnje objekta i uređaja komunalne infrastrukture. Ovdje sav financijski rizik izgradnje leži na koncesionaru. Štoviše, ovdje tek nakon proteka koncesijskog razdoblja objekt i uređaj izgrađen u režimu koncesije prelazi u vlasništvo koncedenta.

Financiranje izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture jedinica lokalne samouprave može se ugovorno prenijeti na treću osobu i u Njemačkoj.⁷² U tom slučaju poduzetnik na kojeg se prenosi pravo i obveza izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture izvodi radove u vlastito ime i za vlastiti račun. Jedinica lokalne samouprave u takvom ugovoru ipak mora i sama snositi udio u troškovima izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture. Ovaj udio ona sama određuje svojom

⁷¹ U skladu s člankom 4. stavak 1. *Zakona o javnoj nabavi* prema ovom *Zakonu* su između ostalog obvezne postupati i jedinice lokalne samouprave.

⁷² § 124. st. 1. njemačkog *Zakona o građenju*.

odlukom, a treba odgovarati dijelu koji je prikupljen ubiranjem doprinosa. U tom slučaju daljnje ubiranje doprinosa za financiranje izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture jedinici lokalne samouprave više nije dopušteno.⁷³

U Njemačkoj je zakonom precizno utvrđeno što sve ulazi u troškove izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture. Tako članak 128. stavak 1. njemačkog *Zakona o građenju* propisuje da trošak izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture obuhvaća troškove za stjecanje u vlasništvo površina na kojima će se izgraditi objekti i uređaji komunalne infrastrukture, njihovo krčenje i raščišćavanje, izgradnju objekata i uređaja komunalne infrastrukture uključujući i izgradnju uređaja za odvodnju otpadnih voda i rasvjetu te preuzimanje već izgrađenih objekata i uređaja komunalne infrastrukture u vlasništvo općine. Ne bi bilo loše ovakvu odredbu unijeti i u *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, dio koji se odnosi na financiranje izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture, jer bi se time znatno olakšalo određivanje vlasničkih udjela nad objektima i uređajima koji će se ubuduće graditi.

Svakako bi bilo više nego poželjno da jedinica lokalne samouprave sama izgradi i održava objekte i uređaje komunalne infrastrukture nužne za djelatnosti koje obavlja putem vlastitog pogona. Argument koji govori u prilog intenciji da objekti i uređaji komunalne infrastrukture budu u vlasništvu jedinica lokalne samouprave ističe Sarvan navodeći da komunalne djelatnosti kao javne službe čine osnovu urbanog življenja te ne trpe uskratu usluge radi značajnih posljedica koje bi takva uskrata usluga mogla uzrokovati.⁷⁴ Stoga su jedinice lokalne samouprave te pravne i fizičke osobe koje obavljaju komunalne djelatnosti dužne osigurati trajno i kvalitetno obavljanje komunalnih djelatnosti te osiguravati održavanje objekata i uređaja komunalne infrastrukture u stanju funkcionalne sposobnosti.

S druge strane postoje slučajevi u kojima se objekti i uređaji komunalne infrastrukture grade iz sredstava trgovačkog društva koje obavlja komunalnu djelatnost. Tako, primjerice, komunalno društvo Vodovod i kanalizacija d.o.o. iz Rijeke, u skladu s *Planom razvoja za 2005. godinu*, ulaže u nastavak izgradnje vodoopskrbe otoka Krka te podizanja kvalitete vodoopskrbnog sustava putem zamjene pojedinih dionica vodovodne mreže. Komunalno društvo ujedno širi kanalizacijsku mrežu, kako dovršavanjem investicija započetih u ranijem razdoblju tako i gradnjom novih.⁷⁵

⁷³ U skladu s člankom 127. stavak 1. i člankom 128. stavak njemačkog *Zakona o građenju* jedinica lokalne samouprave može ubirati doprinosa za financiranje izgradnje objekata komunalne infrastrukture samo u onoj mjeri u kojoj je doprinos potreban za pokriće troškova izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture koji se prvi puta grade, a koji troškovi nisu pokriveni na drugi način.

⁷⁴ Sarvan, Pravni, op. cit., str. 8.

⁷⁵ *Izješće o poslovanju za I-VI 2005. godine KD Vodovod i kanalizacija d.o.o. Rijeka.*

Prema članku 30. stavak 2. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* objekti i uređaji komunalne infrastrukture, nabava opreme za opskrbu pitkom vodom te za odvodnju i pročišćavanje otpadnih voda financira se iz cijene komunalne usluge, naknade za priključenje, proračuna jedinice lokalne samouprave, naknade za koncesije te drugih izvora utvrđenih posebnim zakonom, dok stavak 3. istog članka određuje kako se građenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture i nabava opreme za prijevoz putnika, održavanje čistoće, odlaganje komunalnog otpada i tržnice na malo financira iz cijene komunalne usluge, proračuna jedinice lokalne samouprave, naknade za koncesije te drugih izvora utvrđenih posebnim zakonom.

Cijenu komunalne usluge plaćaju vlasnici nekretnina isporučitelju usluge (naknada korisnika za primljenu uslugu). Iz cijene komunalne usluge osiguravaju se sredstva za obavljanje komunalnih djelatnosti opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, osim odvodnje atmosferskih voda, prijevoza putnika u javnom prometu, održavanja čistoće u dijelu koji se odnosi na skupljanje i odvoz komunalnog otpada, odlaganje komunalnog otpada, tržnice na malo, prijevoz pokojnika i obavljanje dimnjačarskih poslova.⁷⁶ Ovdje se, dakle, radi upravo o djelatnostima koje se mogu dodijeliti u koncesiju. Kako koncesionar obavlja koncesioniranu djelatnost na svoj rizik, očito je da troškove vršenja koncesionirane djelatnosti pokriva iz vlastitih sredstava. Visinu cijene, način obračuna i način plaćanja komunalnih usluga određuje isporučitelj usluge, a cijena komunalne usluge može sadržavati i iznos za održavanje i financiranje gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture na području ili za potrebe jedinice lokalne samouprave na kojemu se isporučuje komunalna usluga, u skladu s *Programom gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture*. Ta se sredstva iskazuju posebno te se doznajuju u proračun jedinice lokalne samouprave prema postupku koji će propisati ministar financija, a mogu se upotrebljavati isključivo za namjene izgradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture. Naknada za priključenje prihod je proračuna jedinice lokalne samouprave namijenjena za financiranje građenja objekata i uređaja komunalne infrastrukture u skladu s *Programom građenja objekata i uređaja komunalne infrastrukture*.⁷⁷

Kako je cijena komunalne usluge prihod trgovačkog društva koje pruža komunalnu uslugu, a naknada za priključenje i naknada za koncesiju prihodi su proračuna jedinice lokalne samouprave, dalo bi se zaključiti da ove objekte zajedničkim sredstvima grade jedinice lokalne samouprave te trgovačka društva koja vrše komunalnu djelatnost. Primjenom prethodnog tumačenja takvi bi objekti i uređaji bili u suvlasništvu ovih subjekata. Međutim, to ne mora biti tako. Razlog tome nalazi se u činjenici da jedinica lokalne samouprave vrlo često financijski potpomaže javne službe

⁷⁶ Članak 20. stavak 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

⁷⁷ Članak 35. stavak 2. *Zakona o komunalnom gospodarstvu*.

koje posluju neprofitabilno. Time jedinica lokalne samouprave pridonosi zadovoljavanju potreba od općeg društvenog interesa svojih stanovnika, jer niti jedno privatno trgovačko društvo zasigurno neće pružati usluge u neprofitabilnom sektoru. Tada bi sama jedinica lokalne samouprave trebala preuzeti vršenje ovih djelatnosti u vlastitoj režiji te isključivo ona financirati ovu djelatnost. Stoga se vid financijske pomoći trgovačkom društvu koje vrši neprofitabilnu komunalnu djelatnost ne čini lošim rješenjem.

Konačno, obavljanje neke komunalne djelatnosti može se dati i u koncesiju. Tako je člankom 11. stavak 3. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* propisano da se koncesijom može steći pravo obavljanja komunalnih djelatnosti te izgradnja i korištenje objekata i uređaja komunalne infrastrukture u svrhu opskrbe pitkom vodom, odvodnje i pročišćavanja otpadnih voda, crpljenja, odvoza i zbrinjavanja fekalija iz septičkih, sabirnih i crpnih jama, prijevoza putnika u javnom prometu, skupljanja komunalnog otpada, tržnica na malo, prijevoza pokojnika i obavljanja dimnjačarskih poslova. S obzirom da odluku o davanju koncesije na osnovi članka 12. stavka 1. *Zakona o komunalnom gospodarstvu* donosi predstavničko tijelo jedinice lokalne samouprave, tj. općinsko ili gradsko vijeće, Sarvan posredno zaključuje kako su objekti i uređaji komunalne infrastrukture na kojima se može odobriti obavljanje djelatnosti na osnovi koncesije, u vlasništvu koncedenta, tj. jedinice lokalne samouprave.⁷⁸ Međutim, nije uvijek točna tvrdnja da je koncedent ujedno i vlasnik dobra koje se daje u koncesiju. Kao koncedent u Republici Hrvatskoj može se pojaviti država ili jedinice lokalne samouprave.⁷⁹ Međutim, koncedent je rijetko ujedno i vlasnik dobra koje se daje u koncesiju.⁸⁰ Razlog tome je što je velik dio dobara koja se daju u koncesiju opće dobro ili javno dobro u općoj upotrebi.

Tako je, primjerice, člankom 3. te člankom 5. stavak 2. *Zakonom o pomorskom dobru i morskim lukama* pomorsko dobro proglašeno općim dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku te je propisano da se na pomorskom dobru ne može stjecati pravo vlasništva ni druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi. Isto propisuje i članak 2. *Zakona o javnim cestama* u kojem stoji: "Javne ceste su opće dobro i na njima se ne može stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi".⁸¹ I članak 3. *Zakona o vodama* propisuje kako su vode "opće dobro koje zbog svojih prirodnih svojstava ne mogu biti ni u čijem vlasništvu" te da "vode kao

⁷⁸ Sarvan, Pravni, op. cit., str. 8.

⁷⁹ U Hrvatskoj postoji i izuzetak od ovoga pravila te se kao koncedent može javiti i neprofitna pravna osoba, tj. ustanova. Tako koncesije za dodjeljivanje prava obavljanja lučkih djelatnosti u morskim lukama i lukama unutrašnjih voda dodjeljuju lučke uprave. Članak 66. *Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama*, Narodne novine, br. 158/03., te članci 20. i 21. *Zakona o lukama unutarnjih voda*, Narodne novine, br. 142/98.

⁸⁰ Npr. u skladu s člancima 43. do 50. *Zakona o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, br. 66/01. i 87/02., poljoprivredno zemljište u vlasništvu države može se dati u koncesiju.

⁸¹ *Zakon o javnim cestama*, Narodne novine, br. 180/04.

opće dobro imaju osobitu zaštitu Republike Hrvatske".⁸² Kao što je razvidno ovdje koncedent nije vlasnik dobra koje dodjeljuje u koncesiju, već samo upravlja tim dobrom kao općim dobrom ili javnim dobrom u općoj upotrebi. Tako primjerice članak 3. stavak 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima propisuje: "O općim dobrima vodi brigu, njima upravlja i za to odgovara Republika Hrvatska, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.". Stoga se ne može smatrati točnom tvrdnja da su jedinice lokalne samouprave koje daju objekte i uređaje komunalne infrastrukture u koncesiju ujedno i vlasnici navedenih objekata.

Činjenica jest da koncesija može razdvojiti zgradu ili drugu građevinu od zemljišta na kojem se nalazi, te se takav objekt može nalaziti u vlasništvu koncesionara. Ovo proizlazi iz odredbe članka 3. stavak 4. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima koja propisuje kako pravno nisu dijelovi općega dobra one zgrade i druge građevine koje su na njemu izgrađene na temelju koncesije, pa one tvore zasebnu nekretninu dok koncesija traje.⁸³ Stoga se može zaključiti da koncesionar može biti vlasnik objekta-sagrađenog na osnovi koncesije, međutim, postavlja se pitanje sudbine takvog objekta nakon isteka koncesioniranog odnosa. Takvi objekti i uređaji ne mogu prijeći u vlasništvo drugih zato što se ta građevina ne može smatrati odvojenom od javnog dobra. Stoga ona prirasta javnom dobru te postaje integralni dio zemljišta na kojem je izgrađena. U Italiji npr. takve zgrade postaju dijelom državnog dobra, što uključuje njihovu potpunu neotuđivost, te se može smatrati da određena zgrada izgrađena na osnovi koncesije ne može prijeći u vlasništvo drugih, jer se ne smatra tijekom odvojenim od zemljišta, već dijelom javnog dobra.⁸⁴ Dakle, koncesionar jest vlasnik objekta i uređaja izgrađenog temeljem koncesije dokle koncesija traje, a protekom roka na koji je koncesija dodijeljena, ukoliko ugovorom o koncesiji nije drugačije određeno, taj objekt i uređaj prelaze ili u vlasništvo koncedenta ili prirastaju javnom dobru te su izvan vlasničkopravnog režima, a koncedent njima samo upravlja. Razlog više nepridavanju previše pozornosti pitanju vlasništva objekata i uređaja izgrađenih na osnovi koncesije jest i svrha izgradnje takvih objekata i uređaja s ciljem vršenja koncesionirane djelatnosti. Dakle, ovdje se težište stavlja na vršenje djelatnosti, pa objekti i uređaji samo služe za ispunjenje cilja koncesionirane djelatnosti. Gubitkom prava na koncesionirane djelatnosti, dotadašnji koncesionar nema nikakvu potrebu niti mogućnost korištenja navedenih objekata. S druge strane, da bi

⁸² Zakon o vodama, Narodne novine, br. 107/95.

⁸³ Tako Simonetti tvrdi kako je koncesionar vlasnik zgrade koju je sagradio na pomorskom dobru kao dijelu javnog dobra, i to sve vrijeme dok koncesija traje. Više o tome vidi u Simonetti, Petar, Stvarna prava na pomorskom dobru i na zgradama koje su na njemu izgrađene, *Pomorsko dobro: Društveni aspekti upotrebe i korištenja*, Rijeka, 1996., str. 138. i 144-145.

⁸⁴ Vidi više u Simoncelli, Domenico, Concessioni governative, *Novo digesto Italiano*, sv. 3., Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1937., str. 593.

ove objekte u svrhu obavljanja koncesionirane djelatnosti mogao koristiti, koncedent mora vršiti do tada koncesioniranu djelatnost u vlastitoj režiji ili mora ponovo podijeliti koncesiju u istu svrhu.⁸⁵

5. Pravni položaj objekata i uređaja komunalne infrastrukture na tuđem zemljištu

Drugo pitanje koje se postavlja u svezi s problematikom komunalne infrastrukture i vlasništva jest pitanje vlasništva nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture koji se nalaze na zemljištu u privatnom vlasništvu fizičkih ili pravnih osoba, kao što su primjerice rezervoari, vodovodne i kanalizacijske cijevi. Ovdje se često postavljaju dva pitanja: da li se ove stvari smatraju pokretninama ili nekretninama te u čijem se one nalaze vlasništvu – jedinice lokalne samouprave, trgovačkog društva ili vlasnika zemljišta na kojem se nalaze? Odgovor na ovo pitanje nije sporan.

Nekretnine su one stvari koje ne mogu mijenjati položaj u prostoru, a da im se pri tom ne uništi bit ili ne promijeni dosadašnja struktura, a pojedinačno su određene površinom zemljišne čestice. Prema kriteriju prirodne kakvoće nekretnine su u prvom redu zemljišta, ali i sve ono što je sa zemljištem trajno povezano bilo mehanički, bilo organski, na površini zemljišta ili ispod nje.⁸⁶ Tako se prema članku 9. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* nekretninama smatraju između ostalog i zgrade i druge građevine izgrađene na površini zemlje, iznad ili ispod nje, a namijenjene da tamo trajno i ostanu, te sve što je u nekretninu ugrađeno ili njoj dograđeno ili na njoj nadograđeno ili na neki drugi način s njom trajno spojeno, sve dok se od nje ne odvoji, kao npr. različite instalacije (električne, vodovodne, plinske, telefonske i dr.), uređaji, strojevi, antene itd.

Međutim, što ukoliko se te naprave nalaze na zemljištu u vlasništvu druge osobe, a ne njihovih vlasnika ili ukoliko se nalaze na javnom dobru? Kao što je već navedeno, objekti i uređaji komunalne infrastrukture nalaze se ili u vlasništvu jedinica lokalne samouprave ili trgovačkog društva koje

⁸⁵ Čak je jedan od prijedloga izmjene *Zakona o komunalnom gospodarstvu* sadržavao prijedlog da se komunalne građevine i uređaji proglašaju javnim dobrom u općoj uporabi, međutim ova izmjena u Hrvatskom saboru nije usvojena. Razlog ovom prijedlogu ponajprije se ogledao u činjenici da su u velikoj većini trgovačkih društava objekti komunalne infrastrukture upisani kao vlasništvo tih društava i uneseni u temeljni kapital. Odlazak u stečaj ovih društava za sobom bi povukao i objekte i uređaje komunalne infrastrukture, što bi dovelo u pitanje kontinuirano zadovoljavanje potreba od općeg društvenog interesa za stanovnike određene društvene zajednice. Kada bi se objekti i uređaji komunalne infrastrukture proglasili javnim dobrima u općoj upotrebi, kao takvi ne bi mogli biti predmetom ovrhe, već bi nad njima postojalo izlučno pravo u korist jedinice lokalne samouprave.

⁸⁶ Gavella, Nikola, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 65., Vedriš, Martin, Klarić, Petar, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 74.

vrši neku komunalnu djelatnost. Pravno odvajanje tih naprava od zemljišta na kojem postoji pravo vlasništva moguće je na temelju prava služnosti.⁸⁷

U Hrvatskoj se postavljanje objekata i uređaja komunalne infrastrukture na tuđem zemljištu čini osnivanjem služnosti. Tako jedinica lokalne samouprave ili trgovačko društvo koje se bavi djelatnošću opskrbe stanovnika pitkom vodom te odvodnjom otpadnih voda ima pravo služnosti postavljanja i držanja cjevovoda i kanalizacijskih cijevi na tuđem zemljištu. Osnova toga nalazi se u odredbama članka 196. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* u kojem stoji kako je vlasnik povlasne nekretnine kojega njegovo pravo služnosti ovlašćuje da na susjednoj nekretnini, na njezinoj površini, ispod nje ili u njezinu zračnom prostoru ima dio svoje zgrade, neku drugu izgrađenu napravu ili kakav uređaj koji služi njegovoj zgradi, dužan to uzdržavati o svome trošku, a vlasniku poslužne nekretnine plaćati naknadu za iskorištavanje njegove nekretnine u visini zakupnine, ako nije drukčije određeno ugovorom ili zakonom. Štoviše, stavak 2. ovoga članka propisuje kako se gore navedena odredba na odgovarajući način primjenjuje kad vlasnika povlasne nekretnine, njegovo pravo služnosti ovlašćuje da na susjednoj nekretnini, na njezinoj površini, ispod nje ili u njezinu zračnom prostoru ima vodove i druge uređaje (električne, kanalizacijske, plinovodne, vodovodne, toplovodne, telekomunikacijske i dr.).

Slična rješenja nalaze se i u usporednom pravu. Tako se, primjerice, u Francuskoj često susreću služnosti u svrhu provođenja električnih i telefonskih vodova, vodovoda i plinovoda. Ove služnosti mogu se upisati i na javnom dobru.⁸⁸ Primjere služnosti u komunalnom gospodarstvu moguće je naći i u Njemačkoj. Tako u skladu s člankom 126. stavak 1. njemačkog *Zakona o građenju* vlasnik zemljišta mora trpjeti postavljanje nosača i vodova rasvjetnih tijela ulične rasvjete uključujući rasvjetna tijela i uređaje te mora trpjeti oznake i natpise koji sadržavaju upozorenja za objekte i uređaje

⁸⁷ Pravo služnosti je stvarno pravo na tuđoj stvari na temelju kojega se ovlašteniku dopušta određeno korištenje tuđom stvari. Grbin, Ivo, Pravo služnosti, *Zakonitost*, br. 9-10/1990., str. 1093., Stvarne služnosti su stvarna prava svakidašnjeg vlasnika jedne nekretnine (povlasna nekretnina ili dobro) da se za potrebe te nekretnine služi na određeni način nekretninom drugog vlasnika (poslužna nekretnina ili dobro) ili da zahtijeva od svagdašnjeg vlasnika poslužne nekretnine da se suzdržava od obavljanja određenih radnji koje bi inače imao pravo obavljati na svojoj nekretnini. Vedriš, Klarić, op. cit., str. 307-309. Članak 174. stavak 1. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* propisuje: "Služnost je ograničeno stvarno pravo na nečijoj stvari koje ovlašćuje svojega nositelja da se na određeni način služi tom stvari (poslužna stvar) ma čija ona bila, a njezin svagdašnji vlasnik je dužan to trpjeti ili pak zbog toga glade nje nešto propuštati."

⁸⁸ Auby, Jean-Marie, Bon, Pierre, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Paris, 1995., str. 88. U Francuskoj je također zanimljivo spomenuti i služnosti koje ne nalažu vlasniku zemljišta samo trpljenje instalacija na svom zemljištu već ga dodatno obvezuju, kao što su npr. služnosti u korist groblja, koje zabranjuju građenje spremnika za vodu ili kopanje bunara na udaljenosti manjoj od 100 metara oko groblja te služnosti u korist cestovnih semafora te kopnenih oznaka za brodove odnosno svjetionika u skladu s kojima je zabranjeno saditi bilje ili graditi objekte kojima će se zakloniti pogled.

komunalne infrastrukture na svojoj zemljišnoj čestici. Grad Düsseldorf npr. osniva pravo služnosti na prometnim površinama za vođenje podzemnih i nadzemnih vodova te pravo služnosti u svrhu građenja objekata potrebnih za opskrbu vodom i energijom cijelog gradskog područja.⁸⁹

U skladu s člankom 218. stavak 1. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* pravo stvarne služnosti osniva se ili na osnovi pravnoga posla vlasnika poslužne nekretnine, ili na osnovi odluke suda ili druge vlasti, ili temeljem samoga zakona. Idealni način osnivanja služnosti bio bi upravo pravnim poslom, tj. ugovorom. Tako je npr. *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnom gospodarstvu* iz 1997. godine člankom 11. stavak 2. naložio da će na objektima i uređajima koji se koriste za obavljanje djelatnosti Hrvatske elektroprivrede d.d. Zagreb, a istovremeno se koriste za javnu rasvjetu, Hrvatska elektroprivreda d.d. Zagreb, zadržavajući vlasništvo, ugovorom s jedinicama lokalne samouprave osnovati pravo služnosti – pravo uporabe bez naknade za potrebe javne rasvjete u korist jedinice lokalne samouprave i uprave.

Međutim, ukoliko ne dođe do sklapanja ugovora između vlasnika povlasne i poslužne nekretnine, odluku o osnivanju služnosti može donijeti i sud.⁹⁰ Tako primjerice članak 225. stavak 1. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* propisuje kako služnost vodova ili drugih uređaja (električnih, kanalizacijskih, plinovodnih, vodovodnih, toplovodnih, telekomunikacijskih i dr.) na tuđoj nekretnini kao poslužnoj može osnovati svojom odlukom sud na zahtjev vlasnika druge nekretnine ako do nje nema nikakve ili nema prikladne veze s dobavljačem tvari, energija ili usluga koje se dostavljaju tim vodovima i drugim uređajima i ako je korist od postavljanja tih vodova odnosno uređaja za gospodarenje tom nekretninom veća od štete na poslužnoj nekretnini, a uz obvezu vlasnika nekretnine u čiju se korist osniva služnost vodova ili drugih uređaja da plati punu naknadu vlasniku poslužne nekretnine.⁹¹

Međutim, služnost se može osnovati i temeljem dosjeloosti. Članak 229. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* propisao je kako se stvarna služnost osniva na temelju zakona dosjelošću, ako ju je posjednik povlasne nekretnine pošteno posjedovao izvršavajući njezin sadržaj kroz dvadeset godina, a vlasnik poslužne nekretnine nije se tome protivio. No, ne može se dosjelošću osnovati stvarna služnost ako se njezin sadržaj izvršavao zlorabom povjerenja vlasnika ili posjednika poslužne nekretnine, silom, potajno ili na zamolbu do opoziva.

Još je bitno naglasiti da tko god stekne vlasništvo povlasne nekretnine, po bilo kojoj od navedenih osnova, stječe ujedno i pravo stvarne služnosti

⁸⁹ Krtalić, op. cit., str. 62.

⁹⁰ Članak 223. stavak 1. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*.

⁹¹ Članak 4. stavak 2. *Zakona o izvlaštenju*, Narodne novine, br. 9/94., 35/94. i 114/01., propisuje kako se u svrhu ustanovljenja služnosti na zemljištu ili zgradi može izvršiti i nepotpuno izvlaštenje.

koje je njezin pripadak. Stjecanjem vlasništva poslužne stvari po bilo kojoj osnovi, stekao je i stvarnu ili osobnu služnost kojom je opterećena.⁹² To bi značilo da u slučaju dodjele koncesija nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture služnost držanja ovih objekta po proteku koncesijskog razdoblja prelazi na koncedenta.

Konačno, komunalni objekti se ne grade samo na dobrima u privatnom vlasništvu već i na općim i javnim dobrima. Tako primjerice članak 17. *Zakona o javnim cestama* određuje da se prilikom građenja ili rekonstrukcije javne ceste može predvidjeti i građenje komunalnih, vodnogospodarskih, energetskih ili drugih građevina unutar cestovnog zemljišta, na površini, odnosno ispod ili iznad površine ceste, iako su javne ceste opće dobro i na njima se ne može stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi.⁹³ O općim dobrima, u skladu s člankom 3. stavak 3. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* vodi brigu, njima upravlja i za to odgovara Republika Hrvatska ako posebnim zakonom nije drugačije određeno. Međutim, člankom 17. stavak 3. *Zakona o javnim cestama* učinjena je iznimka od ovog pravila te je propisano da se prava i obveze investitora komunalnih, vodnogospodarskih, energetskih ili drugih građevina koje se grade unutar cestovnog zemljišta utvrđuju ugovorom s Hrvatskim autocestama d.o.o., Hrvatskim cestama d.o.o., županijskom upravom za ceste, korisnikom koncesije odnosno Upravnim tijelom Grada Zagreba koje upravlja javnom cestom, kao osobama na koje su prenijete ovlasti upravljanja pojedinim javnim cestama.

Što se tiče gradnje objekata i uređaja komunalne infrastrukture na javnim dobrima u općoj upotrebi, pozornost treba usmjeriti na članak 35. stavak 4. *Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* u svezi sa stavkom 8. istoga članka. Ovdje se propisuje kako svatko ima pravo stvarima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave namijenjenim za uporabu svih (javna dobra u općoj uporabi) služiti se na način koji je radi ostvarenja te namjene odredilo tijelo ili ustanova kojoj su dane na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene, koje njima neposredno upravlja. Drugim riječima, o postavljanju objekata i uređaja komunalne infrastrukture na javnom dobru trebala bi odlučivati osoba koja upravlja javnim dobrom. Tako je primjerice člankom 47. *Odluke o komunalnom redu Grada Rijeke* propisano da je unutar javne zelene površine na temelju odobrenja Odjela gradske uprave za komunalni sustav dopušteno postavljanje električnih, telefonskih, vodovodnih, kanalizacijskih i plinskih vodova, uz obvezu izvođača radova da uspostavi prvobitno stanje javne zelene površine.⁹⁴ Međutim, ova je praksa sporna, jer se u skladu s člankom 35. stavak 4. *Zakona o vlasništvu i*

⁹² Vedriš, Klarić, op. cit., str. 319.

⁹³ Članak 2. *Zakona o javnim cestama*.

⁹⁴ *Odluka o komunalnom redu Grada Rijeke*, Službene novine Primorsko-goranske županije, br. 23/01., 4/02., 13/02. i 12/03.

drugim stvarnim pravima na javna dobra u općoj upotrebi, ako nije drugačije propisano, na odgovarajući način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra. Logično bi bilo da jedinica lokalne samouprave može graditi objekte i uređaje komunalne infrastrukture na javnome dobru u javnoj upotrebi bez ikakve posebne dozvole, jer bi ove dozvole drugim osobama trebala izdavati upravo ona. Ukoliko ove objekte gradi netko drugi, on to može činiti samo na osnovi prava služnosti, koje se opet može zasnovati samo ako je to zakonom propisano, ili na osnovi koncesije. Međutim, ukoliko se objekti i uređaji komunalne infrastrukture grade na javnom dobru u općoj upotrebi, to se može činiti samo na osnovi koncesije. Pitanje postavljanja objekata i uređaja komunalne infrastrukture nad općim i javnim dobrima svakako bi trebalo zakonski precizno urediti.

6. Zaključak

Cilj ovoga rada bio je, uz analizu načina obavljanja komunalnih djelatnosti, dati pregled vlasničkog režima nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture u Republici Hrvatskoj te ukazati na otvorena pitanja koja se javljaju u ovom vrlo bitnom pravnom području. Komunalne djelatnosti u Hrvatskoj propisuje zakonodavac, ali jedinica lokalne samouprave ima ovlast proglasiti komunalnim djelatnostima i druge poslove koje smatra djelatnostima od općeg interesa za svoje stanovnike. Stoga se i definicija objekata i uređaja komunalne infrastrukture može razlikovati od jedne do druge jedinice lokalne samouprave. Na vlasnički režim objekata i uređaja komunalne infrastrukture neposredno ili posredno utječu nositelji pojedinih komunalnih djelatnosti. Tako se komunalne djelatnosti mogu obavljati ili putem službe vlastitog pogona koju osniva jedinica lokalne samouprave, ili putem trgovačkog društva odnosno javne ustanove koju osniva jedinica lokalne samouprave ili na način da se pravo i obveza obavljanja komunalne djelatnosti koncesijom ili ugovorom o povjeravanju komunalnih poslova prenese na treću osobu.

Trenutno se u Hrvatskoj neki objekti i uređaji komunalne infrastrukture nalaze u vlasništvu jedinica lokalne samouprave, neki se nalaze u vlasništvu trgovačkih društava koja se bave pružanjem komunalnih usluga, dok su neki prirasli javnom dobru na kojem su izgrađeni. Stoga bi se pitanju vlasništva nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture trebalo posvetiti znatno više pozornosti nego do sada te jasno riješiti ovo pitanje na zakonodavnoj razini. Postojanje zakonske definicije vlasništva nad komunalnom infrastrukturom bilo bi od velike koristi u praktičnoj primjeni propisa koji se odnose na objekte i uređaje komunalne infrastrukture.

Kao bitno praktično pitanje vezano uz vlasništvo nad objektima komunalne infrastrukture javlja se i mogućnost građenja ovih objekata i uređaja na zemljištu u vlasništvu trećih, privatnih ili pravnih osoba, odnosno na zemljištu koje je javno ili opće dobro. Ovo posljednje posebno je aktualno

ako se u obzir uzme da se nad općim dobrima ne može imati nikakva stvarna prava pa tako niti pravo služnosti.

Pitanje vlasništva nad komunalnom infrastrukturom ne utječe samo na motiviranje privatnih osoba pri ulasku u vršenje poslova javnog sektora, što je danas svakako tendencija u svijetu, već rješava i mnoga praktična pitanja kao što je npr. mogućnost provođenja ovrhe nad objektima i uređajima komunalne infrastrukture.

Summary

MUNICIPAL SERVICES AND THE RIGHT OF OWNERSHIP ON MUNICIPAL INFRASTRUCTURE

The purpose of this article is, apart from analyzing municipal services, to present the regime of ownership on buildings and devices of municipal infrastructure in the Republic of Croatia, and to identify certain open issues related to this subject-matter. The author firstly defines municipal services and identifies content of municipal infrastructure. Secondly, the model of municipal services in Croatia is presented. Thirdly, an analysis of ownership over buildings and devices of municipal infrastructure is given. Finally, the author tackles issues related to building of municipal infrastructure on the soil owned by third persons and soil pertaining to public domain.

Key words: municipal services, municipal infrastructure, ownership.

Zusammenfassung

KOMMUNALE TÄTIGKEITEN UND EIGENTUMRECHT AUF BAUOBJEKTE DER KOMMUNALEN INFRASTRUKTUR

Ziel der Arbeit ist es, neben einer Analyse der Verrichtungsart kommunaler Tätigkeiten, eine Übersicht über Eigentumsarten von Bauobjekten und Einrichtungen der kommunalen Infrastruktur in der Republik Kroatien zu geben sowie auf offene Fragen, die auf diesem Rechtsgebiet auftauchen, hinzuweisen. Zu diesem Zweck werden zuerst kommunale Tätigkeiten bestimmt sowie alles, was die kommunale Infrastruktur ausmacht. Darauf werden Modelle der Verrichtung kommunaler Arbeiten gezeigt. Es folgt die Analyse des Status der Eigentümer von Objekten und Einrichtungen der kommunalen Infrastruktur. Schließlich werden einige Worte dem Bau kommunaler Objekte auf Boden, der dritten Personen gehört, gewidmet, bzw. auf Boden, der Gemeingut oder öffentliches Eigentum ist.

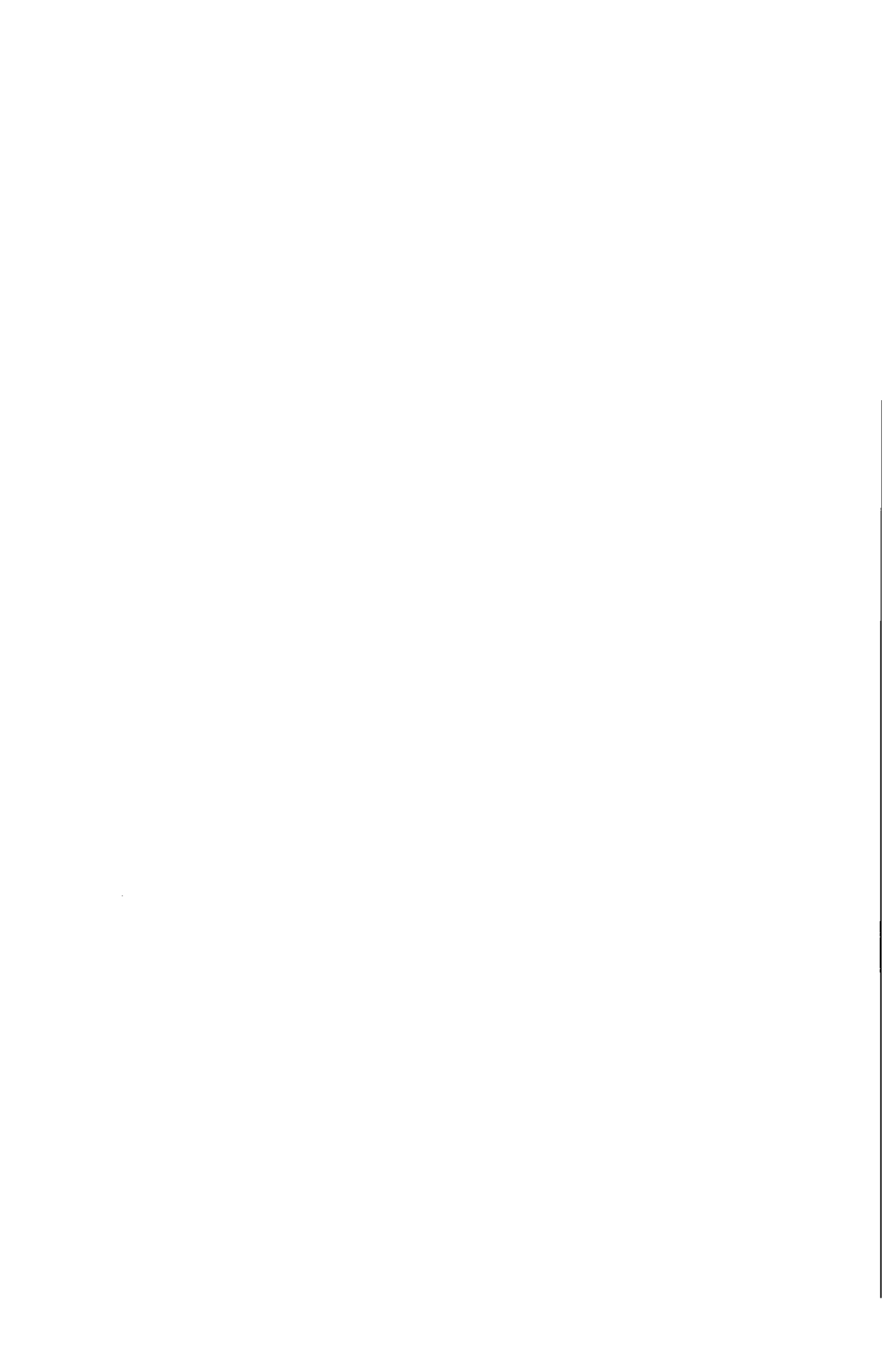
Schlüsselwörter: kommunale Tätigkeiten, kommunale Infrastruktur, Eigentum.

Sommario

**SERVIZI COMUNALI E DIRITTO DI PROPRIETÀ
SULLE OPERE EDILI
DELL'INFRASTRUTTURA COMUNALE**

La scopo del lavoro è, accanto all'analisi dei servizi comunali, di presentare il regime della proprietà sulle opere e le attrezzature edili dell'infrastruttura comunale nella Repubblica di Croazia, e di identificare alcune questioni aperte riguardanti questa materia. Innanzitutto sono definiti i servizi comunali e individuato il contenuto dell'infrastruttura comunale. Inoltre è presentato il modello di esercizio delle attività comunali. Quindi è fornita un'analisi della proprietà sulle opere e le attrezzature dell'infrastruttura comunale. Infine sono affrontate le questioni concernenti la costruzione di opere comunali su terreno posseduto da terze persone e terreno appartenente al pubblico demanio.

Parole chiave: *servizi comunali, infrastruttura comunale, proprietà.*



KODEKS PONAŠANJA NA PODRUČJU OPOREZIVANJA PODUZETNIKA

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.225.3
Ur.: 18. siječnja 2006.
Pr.: 10. veljače 2006.
Izvorni znanstveni članak

Svojevrsan zakonik, akt političke naravi Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika, Vijeće EU donijelo je 1997. godine u svrhu suzbijanja nelojalne porezne konkurencije i oporezivanja trgovačkih društava unfair porezima kojima se utječe na sposobnost i poziciju društava u tržišnoj utakmici. Iz prihvaćanja Kodeksa ponašanja na području oporezivanja poduzetnika za Republiku Hrvatsku proizaći će brojne obveze.

Republika Hrvatska je spremna i upoznata s rješenjima koja će morati ozakoniti u području oporezivanja.

Ključne riječi: *Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika, štetna porezna konkurencija, unfair porezi, revizija poreznog zakonodavstva.*

1. Uvodno o Kodeksu ponašanja na području oporezivanja poduzetnika i štetnoj poreznoj konkurenciji

Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika¹ Vijeće EU donijelo je 1997. godine u svrhu suzbijanja nelojalne ili štetne porezne konkurencije i sprječavanja oporezivanja trgovačkih društava *unfair* porezima kojima se utječe na njihovu sposobnost i poziciju u tržišnoj utakmici.

U Kodeksu je navedeno pet osnovnih obilježja imanentnih "nepoštenim" ili *unfair* porezima.

¹ Code of Conduct for Business taxation, Official Journal, C2/2, 6. siječnja 1998. (dalje u tekstu: Kodeks). Kodeks je donesen na temelju rezolucije Vijeća za gospodarstvo i financije (ECOFIN), od 1. prosinca 1997. godine.

Prvo, takvi porezi sadrže porezne pogodnosti osigurane samo za ona trgovačka društva koja nemaju sjedište na području određene države članice ili predviđaju pogodnosti samo za transakcije sa subjektima koji nemaju sjedište na tom području.

Drugo obilježje *unfair* poreza jesu pogodnosti koje se primjenjuju izvan domaćeg ili nacionalnog tržišta.

Treće, takvi porezi sadrže pogodnosti za one djelatnosti i poslovanja koja nemaju ekonomski *ratio* ili opravdanje.

Takvi porezi ne sadrže pravila o raspodjeli dobiti multinacionalnih koncerna.

Posljednje, peto obilježje *unfair* poreza jest njihova netransparentnost i neučinkoviti žalbeni postupak.

U uvjetima sveprisutne globalizacije i liberalizacije rašireno međunarodno poslovanje stvorilo je velike mogućnosti izbjegavanja oporezivanja, pri čemu su porezi gotovo ključni element u donošenju poslovnih odluka. Velik broj država trpi gubitke prihoda koji nastaju kao posljedica štetne porezne konkurencije. Problem štetne konkurencije nastoji se riješiti posebice na nivou EU, ali i država članica OECD.²

Rezultati brojnih OECD-studija pokazuju da bi nacionalni sustavi poreza na dobit morali biti neutralni na poslovne odluke pravnih osoba, jer one ne smiju biti posljedica neneutralnog poreznog sustava.³ Premda je to možda moguće postići na nacionalnom nivou, to nije slučaj na globalnom nivou zbog prisutne porezne konkurencije među državama.

Na nacionalnom nivou to bi značilo da bi svi oblici dohotka od kapitala morali biti jednako porezno tretirani. To se odnosi na dividende, kamate i zadržanu dobit. Svaki od oblika dohotka od kapitala trebalo bi oporezivati jednakom poreznom stopom na nivou krajnjeg potrošača - fizičke osobe.

U teoriji se razlikuju dva oblika odstupanja od navedenog pojma i shvaćanja porezne neutralnosti. Prvi je povezan s konceptom integracije poreza na dobit u pravnim sustavima pojedinih država, a drugi se temelji na razlikovanju u oporezivanju pojedinih izvora financiranja.

U prvom je slučaju riječ o nejednakom tretmanu dividendi i zadržane dobiti. U većini je poreznih sustava porezna stopa na zadržanu dobit jednaka poreznoj stopi poreza na dobit, dok su dividende još dodatno oporezovane na nivou fizičke osobe. Pri tome zadržana se dobit posredno oporezuje jer dovodi do aprecijacije vrijednosti dionica, te proizvodi kapitalni dobitak, koji je po realizaciji oporezovan. Ipak je, bez obzira na posredne učinke

² Države članice OECD-a: Australija, Austrija, Belgija, Kanada, Češka Republika, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Italija, Japan, Koreja, Luksemburg, Meksiko, Nizozemska, Novi Zeland, Norveška, Poljska, Slovačka, Španjolska, Švedska, Švicarska, Turska, Ujedinjeno Kraljevstvo, SAD. Prema, <http://www.oecd.org/document/58/>.

³ OECD (1991), Taxing profit in a global economy, Paris, str. 25., preuzeto od Tičar, Bojan, Korporacijsko davčno pravo, Ljubljana, str. 158.

pri oporezivanju zadržane dobiti, moguće zaključiti da su dividende više oporezovane. Nejednaki tretman navodi trgovačka društva na to da kao izvor financiranja koriste zadržanje dobiti umjesto izdavanja novih dionica. Takvo razlikovanje pomaže na makrorazini poslovanju postojećih već stabilnih gospodarskih subjekata – trgovačkih društava, ali sprječava osnivanje novih. Empirijska istraživanja kazuju kako takva diskriminacija stvarno umanjuje učinkovitost razdijeljene dobiti.

Drugo odstupanje očituje se u nejednakom tretmanu vlasničkog i dužničkog ili zajmovnog financiranja. Povećavanje dužničkog kapitala s ciljem izbjegavanja ili manjeg plaćanja poreza može odvesti u potkapitalizaciju. Na razini je pravne osobe dobit (prinos vlasničkog kapitala) oporezovana, no kamate (prinos dužničkog kapitala) nisu. To potiče dužničko financiranje te narušavanje odnosa između dužničkog i vlasničkog kapitala na nivou poreznog subjekta – trgovačkog društva. Ponekad povećanje u korist dužničkog kapitala pored negativnih poreznih učinaka tanke kapitalizacije ima i učinak povećavanja stupnja financijske nesposobnosti trgovačkog društva za otplaćivanje dugova. Narušavanjem tog odnosa između vrsta kapitala mogu se povećati troškovi otplaćivanja dugova (veće kamate), pa će društvo teže doći do novoga vlasničkog kapitala, jer se emisija novih dionica mora temeljiti na financijskom zdravlju društva te samo tako može privući nove ulagače.

Prema tome, očito je da porezno reguliranje odnosa između vlasničkog i dužničkog kapitala utječe na financijske odluke društva, a to je samo jedan od javnih oblika porezne konkurencije među državama.

2. Štetna porezna konkurencija i jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava

Jedan od pokušaja rješenja navedenih problema sastoji se u jedinstvenom oporezivanju trgovačkih društava na razini EU. U literaturi se navode četiri mogućnosti mogućeg budućeg uređenja jedinstvenog oporezivanja trgovačkih društava.

Prvi model naziva se “Oporezivanje od strane domaće države”.⁴ Radi se o fakultativnom modelu jer je pristupanje tako zamišljenom jedinstvenom oporezivanju dobrovoljno. Oporeziva dobit trgovačkih društva koja su dio povezanog multinacionalnog trgovačkog društva utvrđivala bi se i oporezivala prema odredbama zakonodavstva države u kojemu je sjedište tog multinacionalnog trgovačkog društva. Svaka država u kojoj je koje od društava koja čine multinacionalno trgovačko društvo, po tom modelu, zadržala bi pravo na određenje stopa na dio dobiti koji bi joj bio dodijeljen. Navedeni model svakako bi pridonio pojednostavnjenju oporezivanja, pose-

⁴ Engl. *Home State Taxation*.

bice sa stajališta poreznih obveznika koji bi morali poznavati i voditi računa samo o poreznom zakonodavstvu domaće države.

Drugi model, "Zajednička usklađena porezna osnovica"⁵, zasniva se na pretpostavci po kojoj bi zajedničku poreznu osnovicu preuzela većina država. Radi se također o fakultativnom modelu. Navedenim modelom, kao i prethodno spomenutim, ne dira se u stope poreza na dobit, pa svakoj državi ostaje autonomija u određivanju visine poreznih stopa. No, potrebno je utvrditi kriterij po kojemu će se utvrditi koliki je dio dobiti koji može zahvatiti porezna vlast svake pojedine države. Ponudeni su kriteriji vrijednost imovine ili troškovi rada i plaća.

Treći model, "Poduzetnički porez EU"⁶, temelji se na usklađenosti porezne osnovice i porezne stope. Njime se predviđa da bi tako ubrani prihod bio prihod proračuna EU.⁷

Naziv četvrtog modela je "Jedinstvena obvezna harmonizirana porezna osnovica"⁸. Navedenim modelom bi se ukinulo nacionalno oporezivanje dobiti i uveo zajednički, jedinstveni porezni oblik kojega bi porezni obveznici bili svi korporacijski oblici u EU. Previđen model bio bi obavezan za sva trgovačka društva, porezna osnovica bila bi usklađena, zakonodavstvo oporezivanja trgovačkih društava bilo bi u potpunosti harmonizirano a prihodi od tako ubranog poreza bi po utvrđenom sustavu razdiobe bili prihodi državnih, nacionalnih proračuna.⁹

Komisija EU nije se opredijelila koja se od solucija čini najprihvatljivijom. No čini se kako zahtjevi za uspostavljanjem jedinstvenog oporezivanja dobiti na nivou EU dolaze ne samo od poreznih vlasti koje trpe ogromne gubitke prihoda, pored brojnih drugih poteškoća s kojima se susreću, već i od samih trgovačkih društava. Trgovačka su društva sve nezadovoljnija činjenicom

⁵ Engl. *The Common Consolidated Tax Base*.

⁶ Engl. *The European Union Company Income Tax-EUCIT*.

⁷ Trenutno je nezadovoljavajuće rješenje financiranja EU. Naime, unatoč pojmu "vlastita sredstva" veći dio u financiranju jesu uplate i doznake država članica po osnovi nacionalnih prihoda od PDV-a, BDP-a. Stoga postoje dvije mogućnosti učinkovitijeg financiranja, a to je EU zaduživanje (trenutno-zabranjen proračunski deficit) ili vlastiti EU porez. Mogućnosti o kojima se govori u kontekstu uvođenja EU poreza jesu npr.: vlastiti PDV, dio poreza na dohodak, vlastiti porez na energiju, trošarine na duhan, alkohol i mineralna ulja, porez na spekulativne financijske transakcije, porez na izvoru za prihode od kamata, porez na prometne i telekomunikacijske usluge, porez na dobit Europske centralne banke i dr. Svakako da bi tu bio i predmetni – poduzetnički porez ili, preciznije, porez na dobit. No to se čini nespojivim sa EU kao savezom država, već zahtijeva prijelaz na europsku saveznu državu. Svakako to otvara i problem povećanja novih zadaća na razini EU, nestabilnosti takvog prihoda kao i potrebu određenja tko će utvrđivati porez, ubirati i upravljati njime. Opcija vlastitog poreznog oblika EU ostvariva je uz ostvarenje stvarne financijske autonomije EU.

⁸ Engl. *A Single, Compulsory harmonized Tax Base*.

⁹ Vidi, o navedenim modelima, Pernek, Franc, Jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava i štetna porezna konkurencija s naglaskom na države članice Europske unije (EU) i Organizaciju za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD), Hrvatska Pravna Revija, br. 9, 2003., str. 14-15., i Nataša Žunić Kovačević, Pravni aspekti oporezivanja dobiti, doktorska disertacija, Zagreb, 2005., str. 72-75.

da u svome poslovanju moraju poznavati desetke poreznih sustava kojima se susreću u svojem poslovanju te se unatoč činjenici da im isto omogućuje porezno planiranje, ipak zalažu za jedinstveni pristup u oporezivanju dobiti.

Ipak, čini se da političko okruženje diktira izbor između prvog i drugog modela. Treći model s jedinstvenom poreznom stopom smatra se neprihvatljivim kako zbog političkih, tako i poslovnih razloga,¹⁰ a četvrti se čini za trenutno stanje nerealnim.

Unatoč činjenici da se trenutno čine prihvatljivim diferencirane porezne stope nacionalnih poreznih sustava, i u poslovnom okruženju i na razini EU, čini se potrebnim dodatno analizirati prednosti koje bi sa sobom donio sustav jedinstvenog oporezivanja. Stoga nisu zanemarivi i poticaji koji se javljaju u cilju prihvaćanja jedinstvene porezne stope u oporezivanju trgovačkih društava.¹¹

U pogledu jedinstvenog sustava oporezivanja ostala su otvorena pitanja hoće li pridruživanje jedinstvenom ili zajedničkom sustavu oporezivanja biti dobrovoljno ili bi trebalo biti obvezno, te vrijedi li taj sustav za sve kategorije trgovačkih društava ili samo za neke. Predviđa se da će se pristupanje zajedničkom sustavu oporezivanja na početku temeljiti na slobodnoj odluci društava. Očekivati je da će prednosti koje takav sustav nudi – prekogranična kompenzacija ostvarenih gubitaka, jedna porezna vlast te nepostojanje problema transfernih cijena - utjecati na odluku o ulasku u sustav koji umanjuje probleme vezane za oporezivanje poduzetničke dobiti. Ne manje važno je da bi time i opterećenje poreznih vlasti bilo znatno manje.

Budući da se trenutno čini prevelikim korakom za nacionalne porezne vlasti prijelaz na uspostavljeni jedinstveni sustav oporezivanja koji bi vrijedio za sva društva, predviđa se da bi u početku taj sustav bio ograničen na oporezivanje multinacionalnih društava ili točno određenih društava, npr. čije dionice kotiraju na burzama vrijednosnih papira, ili pak društva koja imaju status europskog dioničkog društva. Ova potonja mogućnost čini se posebno smislenom.

Upravo se afirmacija jedinstvenog poreznog sustava koji bi vrijedio za europsko dioničko društvo čini razumnom i prihvatljivom. Unatoč velikim očekivanjima od oživotvorenja ideje o europskom dioničkom dru-

¹⁰ Kako politički, tako i poslovni krugovi naglašavaju da država treba zadržati nadležnost pri određivanju poreznih stopa, što omogućuje poštenu konkurenciju među državama. Smatra se da upravo zadržavanje diferencijacije poreznih stopa sprječava da dođe do eventualnog povećanja poreznog opterećenja trgovačkih društava do kojega bi moglo lakše doći u slučaju da porezne stope budu propisane na nivou EU. Prema, Pernek, Jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava i štetna porezna konkurencija s naglaskom na države članice Europske unije (EU) i Organizaciju za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD), str. 18.

¹¹ Vidi o jedinstvenom oporezivanju trgovačkih društava, Terra, J.M., Ben i Wattel, J., Peter, European Tax Law, 3. izd., Fed, Deventer, 2001., str. 206.

štvu, upravo činjenica da propisi EU o europskom dioničkom društvu ne pokrivaju porezne aspekte poslovanja tog društva te je ono podređeno nacionalnim poreznim vlastima države u kojoj ima sjedište ukazuje na razloge njezine nerealizacije. Čini se da bi poticaji koji dolaze s nivoa EU za stjecanje statusa *Societas Europae* mogli biti učinkovitiji ukoliko bi porezni aspekt poslovanja bio povoljnije uređen. Takav prihvatljiviji okvir poreznog uređenja mogao bi predstavljati predloženi jedinstveni sustav oporezivanja.¹²

3. Obveze koje nameće Code of Conduct

U cilju sprječavanja porezne konkurencije, izazvane *unfair* porezima, navedeni *Code of Conduct* predviđa nekoliko mjera koje države članice imaju primjenjivati i poštivati.

Prva se mjera odnosi na preuzimanje obveze neuvođenja novih štetnih poreza, tj. riječ je o zabrani donošenja novih poreznih propisa koji imaju obilježja *unfair* poreza.

Druga je obveza država članica preispitati postojeće porezne zakone i ukinuti sve štetne porezne mjere što je prije moguće.

Države članice preuzimaju obvezu obavješćivanja drugih država članica o mjerama koje je prihvatila iz Kodeksa te obvezu međusobnog informiranja o prigovorima na porezne propise.¹³

Države članice obvezuju se preuzimanjem Kodeksa u svoje zakonodavstvo na poticanje primjene načela ukidanja štetne porezne konkurencije i u odnosu na treće države, a ne samo u odnosu prema državama članicama.

Iz navedenoga proizlazi da država mora provesti reviziju svojega cjelokupnog poreznog zakonodavstva.

Obveza država članica u području poreznih oslobođenja mogla bi izazvati veliki otpor. Tako će Republika Hrvatska morati uskladiti svoja porezna oslobođenja s odredbama europskoga prava u tom području, koja su vrlo restriktivna. Naime, države članice preuzimanjem Kodeksa preuzimaju obvezu neprimjene poreznih subvencija jer nisu u skladu s pravom EU. Republika Hrvatska morat će u potpunosti uskladiti porezna oslobođenja i porezne olakšice s pravnom stečevinom EU.

Pravo državnih subvencija izuzetno je strogo i gotovo da su, u obliku u kojem ih mi poznajemo, subvencije zabranjene na području EU. Tako je u odredbama Ugovora o osnivanju EU navedeno kada su subvencije dopuštene, u čl. 87. i 88. Subvencije se općenito smatraju nesukladne je-

¹² Prema, Pernek Franc, Jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava i štetna porezna konkurencija s naglaskom na države članice Europske unije (EU) i Organizaciju za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD), str. 16-21.

¹³ Prema, Lončarić-Horvat, Olivera, Porezno pravo Europske unije, Pravo i porezi, 5, 2004., str. 62.

dinstvenom tržištu. Stoga su dopuštene jedino subvencije koje imaju socijalnu narav, a koje se odobravaju individualnim korisnicima, zatim subvencije kojima se uklanja šteta prouzročena prirodnim nepogodama ili izvanrednim okolnostima. Potencijalno dopuštene jesu i subvencije kojima se želi unaprijediti ekonomski razvoj područja s izuzetno niskim životnim standardom ili s velikom nezaposlenošću te subvencije koje imaju za cilj olakšati ili omogućiti ostvarenje značajnih projekata od interesa za Europsku uniju ili popraviti ozbiljne povrede i narušavanja gospodarskih prilika u kojoj od država članica. Jednako je moguće da budu dopuštene i subvencije koje imaju za cilj olakšati i ubrzati razvoj određenih ekonomskih aktivnosti ili određenih gospodarskih područja kada ne uzrokuju promjene u tržišnom natjecanju koje bi bile protivne zajedničkom tržištu, zatim subvencije koje imaju za cilj unaprijeđenje očuvanja kulturnih i povijesnih vrednota a kojim se ne utječe na tržišno natjecanje i konkurenciju na način protivan zajedničkom tržištu. Vijeće može odrediti i druge kategorije subvencija koje bi mogle biti dopuštene, ali odluka Vijeća o tom pitanju uvijek se donosi kvalificiranom većinom, a na prijedlog Komisije.

Nadzor nad provedbom navedenih odredbi povjeren je samoj Komisiji EU, a u slučaju njihove povrede previđeno je obraćanje Europskom sudu.

Preuzimanjem Kodeksa nastaju i druge obveze za države članice, pa tako države članice preuzimaju i obvezu implementacije odredbi o neoporezivanju kamata, autorskih naknada i i dividendi koje se isplaćuju između povezanih društava. Jednako su države članice obvezne ukinuti prepreke transferu imovine između povezanih društava.

3.1. Obveza neoporezivanja kamata, autorskih naknada i dividendi

Prva, obveza implementacije odredbi o neoporezivanju kamata, autorskih naknada i dividendi koje se isplaćuju između povezanih društava znači implementaciju odredbi Smjernice o oporezivanju kamata i prihoda od autorskih prava.

Gotovo trinaest godina nakon jedinih dviju smjernica koje uređuju izravno oporezivanje trgovačkih društava, 3. lipnja 2003. godine donesena je i treća – Smjernica o oporezivanju kamata i prihoda od autorskih prava¹⁴ (*Interest and Royalties Directive*). Donošenje i primjena Smjernice imaju za cilj ustanoviti jedinstveni sustav oporezivanja koji se primjenjuje na isplate kamata i dohodaka od autorskih prava između povezanih društava različitih

¹⁴ Smjernica je donesena 3. lipnja 2003. godine i objavljena u *Official Journal* L 157, 26/06/2003. Smjernica Vijeća 2003/49/EC. Puni naziv je Smjernica o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se odnosi na plaćanja kamata i tantijema između pridruženih trgovačkih društava različitih država članica. Vijeće Europske unije je donijelo navedenu Smjernicu kojom se želi ujednačiti pristup država članica prekograničnom oporezivanju prihoda od kamata i tantijema. Unatoč želji da tekst stupi na snagu početkom 2004. godine, primjena je odgođena do 1. siječnja 2005. godine.

država članica.¹⁵ Navedeni se cilj prvenstveno nastoji ostvariti izuzimanjem od oporezivanja u zemlji izvora.¹⁶

U svom uvodnom dijelu Smjernica navodi kao osnovu svog donošenja, kao što je to slučaj i kod prethodno navedenih dviju smjernica, Ugovor o osnivanju Europske zajednice.¹⁷ U uvodnim odredbama navodi se kao obrazloženje za donošenje Smjernice da na jedinstvenom tržištu koje ima osobine domaćeg, nacionalnog tržišta, transakcije koje se odvijaju između trgovačkih društava različitih država članica ne smiju imati manje povoljan tretman od onog koji vrijedi za iste transakcije između trgovačkih društva jedne države članice. Navedenom zahtjevu ne udovoljava dosadašnji pristup oporezivanju isplata kamata i tantijema budući da nacionalna porezna prava, unatoč primjeni i bilateralnih i multilateralnih ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, ne mogu osigurati uklanjanje dvostrukog oporezivanja. Pored toga, njihova primjena navedenih međunarodnih ugovora povlači za sobom velike administrativne formalnosti i druge probleme za trgovačka društva na koja primjena odnosi.

Stoga je nužno osigurati da će kamate i prihodi od autorskih i njemu srodnih prava biti predmetom oporezivanja samo jednom, u državi članici.

U uvodnim se odredbama navodi kako se ukidanje oporezivanja kamata i prihoda od autorskih prava u državi članici gdje nastaju, čini najprikladniji način za uklanjanje prethodno spomenutih popratnih otežavajućih okolnosti primjene međunarodnih ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja. Također čini se prikladnim i za ostvarenje zahtjeva za jednakim tretmanom nacionalnih i prekograničnih transakcija. Posebno je potrebno ukinuti porez na isplate kamata i prihoda od autorskih prava koje se odvijaju između povezanih trgovačkih društava različitih država članica, kao i između stalnih poslovnih jedinica tih društava. U navedenom se države članice ne onemogućuju u poduzimanju prikladnih mjera za suzbijanje i borbu protiv zloupotreba.¹⁸

Smjernica se odnosi na iznose ostvarene u jednoj državi članci Europske unije u obliku isplaćenih kamata i prihoda od autorskih i njemu srodnih

¹⁵ *Associated companies, affiliated companies, Group of companies*, itd. – riječ je o različitim stupnjevima povezanosti. Vidi opširnije, *Porezni leksikon s višejezičnim rječnikom*, Institut za javne financije, Zagreb, 1996., str. 7.

¹⁶ Vidi, Cerioni, Luca, *Intra-EC Interest and Royalties tax Treatment*, European Taxation, IBFD, siječanj, 2004., str. 47.

¹⁷ Izrijekom se navodi članak 94. Istaknuto je da je Smjernica donesena temeljem prijedloga Komisije, mišljenja Europskog parlamenta te mišljenja Europskog gospodarskog i socijalnog odbora.

¹⁸ Za Grčku i Portugal predviđalo se prijelazno razdoblje zbog proračunskih razloga, kako bi postupno smanjivale navedeni porez na izvoru do potpunog ukidanja. Prijelazni period odobren je i Španjolskoj, u kojemu se odobrava ne primjena izuzimanja od poreza na izvoru isplata dohodaka od autorskih i njemu srodnih prava.

Europska Komisija ima obvezu izvijestiti Vijeće o djelovanju i učincima Smjernice, u roku od tri godine od datuma do kojega je Smjernicu trebalo prenijeti u nacionalna zakonodavstva.

prava. Takvi iznosi moraju biti izuzeti od oporezivanja u toj državi članici u kojoj su ostvareni, i to bilo da je riječ o oporezivanju porezom po odbitku na izvoru bilo razrezom poreza na ukupnu dobit. Uvjet za primjenu Smjernice jest da je gospodarski vlasnik kamata i prihoda od autorskih prava trgovačko društvo koje je rezident druge države članice ili stalna poslovna jedinica trgovačkog društva koja je rezident države članice, smještena u drugoj državi članici.

Dakle, Smjernica se primjenjuje na trgovačka društva, i to ako se država izvora prihoda razlikuje od države rezidencije gospodarskog ili stvarnog vlasnika isplaćenih kamata i prihoda od autorskih prava, također trgovačkog društva ili stalne poslovne jedinice.¹⁹ Stalna poslovna jedinica smatrat će se isplatiteljem navedenih oblika prihoda samo ukoliko ta plaćanja predstavljaju porezno priznati rashod stalne poslovne jedinice koji se može odbiti u državi članci u kojoj se nalazi.

Državom izvora naziva se država članica čije je rezidentnosti trgovačko društvo koje isplaćuje kamate ili prihode od autorskih prava.²⁰

Trgovačko društvo koje je rezident države članice smatrat će se stvarnim ili gospodarskim vlasnikom kamata i prihoda od autorskih prava jedino ukoliko prima takve isplate u svoju korist. Jasno je, budući da su isključeni posrednici, zastupnici, povjerenici, da gospodarski vlasnik takve isplate mora primati u svoje ime i za svoj račun.

Stalna poslovna jedinica smatrat će se gospodarskim ili stvarnim vlasnikom navedenih oblika prihoda ako je potraživanje ili pravo iz kojega nastaje plaćanje kamata ili prihoda od autorskih prava, stvarno povezano s tom stalnom poslovnom jedinicom.

Kumulativno mora biti ispunjen i uvjet da navedeni oblici prihoda predstavljaju prihod u odnosu na koji ta stalna poslovna jedinica u državi članici u kojoj se nalazi plaća porez na dobit.²¹

Kada se stalna poslovna jedinica društva države članice smatra isplatiteljem ili gospodarskim vlasnikom kamata ili prihoda od autorskih prava, niti jedan drugi dio trgovačkog društva ne može imati takav tretman - također biti smatran isplatiteljem navedenih oblika prihoda.

Odnos stalne poslovne jedinice ili trgovačkog društva koji imaju status isplatitelja i gospodarskog vlasnika stalne poslovne jedinice ili trgovačkog društva mora predstavljati odnos povezanih društava.

¹⁹ Vidi o pojmu, Engl. *Beneficial owner* - stvarni ili gospodarski vlasnik, Porezni leksikon, str. 37.

²⁰ Engl. *Source state*.

²¹ Iz nacionalnog zakonodavstva naveden naziv poreznog oblika, Vidi, Smjernica, čl. 3. (a)(iii). Predviđa se da to može biti i drugi porezni oblik, identičan navedenom ili u biti sličan, ako je u porezne sustave država članica uveden nakon donošenja Smjernice, te nije naveden nazivom.

Smjernica se ne primjenjuje u odnosu na stalne poslovne jedinice smještene u trećim državama u kojima trgovačka društva država članica obavljaju cjelokupno ili dio svojega poslovanja.

Države članice imaju opciju te se mogu odlučiti da ne primjenjuju Smjernicu u odnosu na trgovačko društvo druge države članice u okolnostima gdje uvjeti za kvalifikaciju društva kao povezanog društva²² nisu bili ispunjeni u neprekinutom trajanju od najmanje dvije godine. Država izvora može zahtijevati u trenutku isplate da se ispunjenje Smjernicom predviđenih uvjeta potkrijepi ovjerenim dokumentima. Ukoliko se u trenutku isplate ne pruže dokazi o ispunjenju predviđenih uvjeta, država članica slobodna je na odbitak poreza na izvoru. Smjernicom se određuje sadržaj takvih iskaza kojima se potvrđuje ispunjenje uvjeta kao i vrijeme važenja takvih dokumenata. Predviđa se minimalno jednogodišnja valjanost pribavljenih dokumenata, ali ne mogu poslužiti kao dokaz protekom tri godine od njihova izdavanja.²³ Ukoliko u navedenom postupku koji se provodi radi donošenja odluke o izuzimanju od oporezivanja na izvoru bude utvrđeno da nisu ispunjeni za to potrebni uvjeti, primatelj isplata mora bez odlaganja izvijestiti isplatitelja. Odluka o izuzimanju ili o neizuzimanju mora biti donijeta u roku od tri mjeseca nakon što su pribavljene potrebne dokazne isprave propisanog sadržaja.

Ako je društvo ili stalna poslovna jedinica platilo porez po odbitku na izvoru, na isplate koje su morale biti izuzete može se zahtijevati povrat tako plaćenog poreza na izvoru, u roku od dvije godine od dana isplate kamata ili prihoda od autorskih prava.

Pojam kamate Smjernica definira kao prihod koji nastaje temeljem potraživanja svake vrste, neovisno o tome je li takvo potraživanje osigurano ili nije te daje li takvo potraživanje vjerovniku pravo na sudjelovanje u dobiti dužnika. Tu posebno ulazi prihod od vrijednosnica, obveznica, zadužnica, uključujući premije i nagrade ostvarene temeljem navedenih vrijednosnica. Zakasnine se ne smatraju kamatama.

Pojam prihod od autorskih i njemu srodnih prava odnosi se na isplate svih vrsta koje su primljene za upotrebu ili pravo na upotrebu intelektualnog vlasništva, kao što je pravo reproduciranja književnog, umjetničkog ili znanstvenog rada, uključujući kinematografske filmove i softvere, zatim patenta, zaštitnog znaka, dizajna ili modela, plana, tajne formule ili postupka ili podatka koji se tiče industrijskog, komercijalnog ili znanstvenog iskustva.

Isplate za upotrebu ili pravo upotrebe industrijske, komercijalne ili znanstvene opreme smatraju se također prihodom od autorskih prava.

Tri su uvjeta koja trgovačko društvo, povezana društva ili stalna poslovna jedinica moraju ispuniti da bi bilo kvalificirani, odnosno da bi se u odnosu na njih primjenjivale odredbe predmetne Smjernice.

²² Uvjeti su postavljeni u Smjernica, čl. 3.(b).

²³ Vidi o sadržaju dokaznih isprava, čl. 1. t. 13. a-e.

Prvi uvjet odnosi se na oblik trgovačkog društva, drugi na rezidentnost, a posljednji na svojstvo poreznog obveznika predviđenog poreznog oblika.

Smjernica u Aneksu navodi statusne oblike trgovačkih društava na koje se odnosi.

Uz ispunjenje uvjeta forme ili propisanog oblika trgovačkog društva mora biti udovoljeno i uvjetu da je riječ o društvu koje je rezident države članice. U tom smislu društvo ne smije, prema odredbama ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja kojeg je država članica zaključila s trećom državom, biti smatrano društvom koje ima rezidentnost države ne članice.

Posljednji uvjet koji mora biti ispunjen tiče se svojstva društva kao poreznog obveznika Smjernicom predviđenog poreznog oblika. Predviđa se da osim navedenih poreznih oblika trgovačko društvo može biti i obveznikom kojeg drugog poreznog oblika koji nije predviđen u Smjernici, ali koji je isti ili po svojoj suštini sličan navedenom poreznom obliku ako je uveden u nacionalne porezne sustave kao zamjena navedenog poreznog oblika ili kao dodatak istome nakon donošenja Smjernice. Trgovačka društva oslobođena ili izuzeta od oporezivanja navedenim poreznim oblicima nisu porezni obveznici istih, pa ne mogu steći svojstvo kvalificiranog društva.

Da bismo govorili o pridruženom trgovačkom društvu u smislu Smjernice, mora biti udovoljeno jednom od tri alternativno postavljena uvjeta.

Trgovačko društvo smatra se pridruženim društvom drugog trgovačkog društva ako, prvo ima izravni udio od najmanje 25% u kapitalu drugog, ili drugo društvo ima izravni udio u kapitalu prvog društva koji iznosi najmanje 25% ili treće trgovačko društvo izravno sudjeluje u kapitalu prvog i drugog društva s udjelom koji iznosi 25% ili više.

Pri tome, sva trgovačka društva moraju imati rezidenetnost jedne od država članica. Države članice imaju opciju po kojoj umjesto udjela u kapitalu mogu postaviti kao kriterij za utvrđenje je li riječ o pridruženim društvima, jednaku visinu ali udjela izraženih u glasačkim pravima. Smjernicom se daje državi izvora opcija da odbije koristi predviđene Smjernicom ukoliko kriteriju sudjelovanja nije udovoljeno na način da se radi o neprekinutom periodu od najmanje dvije godine.

Za potrebe Smjernice stalna poslovna jedinica definira se kao stalno mjesto poslovanja smješteno u državi članici putem kojega se obavlja cjelokupno ili dio poslovanja trgovačkog društva druge države članice.

Smjernica određuje pojedine kategorije isplata koje su isključene iz pojma kamate i prihoda od autorskog prava.

Države članice obvezne su bile implementirati odredbe Smjernice u nacionalna zakonodavstva do 1. siječnja 2004. godine. Razlozi, po naravi budžetarni, uvjetovali su odobrenje tranzicijskog perioda za neke države koje u tom vremenu moraju progresivno smanjivati porez na izvoru na kamate i/ili prihode od autorskih prava.²⁴ Budući da je bilo očekivati da će primjena

²⁴ Grčka, Portugal, Španjolska, Češka, Slovačka, Poljska, Latvija i Litvanija.

Smjernice izazvati proračunske probleme, odobren tranzicijski period primjene Smjernice značio je za neke države neprimjenjivanje Smjernice, za neke je odobren takav prijelazni period u trajanju od 8 godina, tako da prve četiri godine stopa oporezivanja kamata i dohodaka od autorskih prava ne smije biti veća od 10%, a u zadnje četiri godine prijelaznog perioda ne smije biti ista stopa veća od 5%.

U prosincu 2003. godine predložene su izmjene u cilju promjene polja primjene Smjernice *ratione personae* na način da se proširuje popis trgovačkih društava u skladu s izmjenama Smjernice o društvu roditelju i društvu kćerki. Uz te izmjene došlo je 2004. godine do izmjena kojima se u polje primjene uključuju i oblici društava novih država članica.²⁵

Smjernica predviđa velike prednosti za međunarodne grupe trgovačkih društava koje imaju svoje pridružene članove unutar Europske unije, poput uklanjanja problema dvostrukog oporezivanja, manjeg opterećenja administrativnim formalnostima te u načelu ukidanja oporezivanja isplata kamata i prihoda od autorskih prava u državi članici u kojoj nastaju. Priključenjem novih deset članova te su prednosti samo proširene te tako povećane.²⁶

3.2. Obveza uklanjanja prepreka transferu imovine

U pogledu nastanka obveze uklanjanja prepreka transferu imovine između povezanih društava radi se o primjeni odredbi Smjernice o spajanjima.²⁷ Države članice preuzimanjem Kodeksa preuzimaju i obvezu implementacije odredbi navedene Smjernice u svoje zakonodavstvo.

Zapreku međunarodnoj ekspanziji povezanih trgovačkih društava predstavlja nepovoljniji porezni tretman prekograničnih spajanja u usporedbi sa spajanjima trgovačkih društava koja se odvijaju unutar granica jedne te iste fiskalne jurisdikcije. Istodobno je onda riječ o zapreci ispravnom funkcioniranju jedinstvenoga tržišta Europske unije i jednome od oblika štetne porezne konkurencije koju se odredbama Kodeksa nastoji, ako ne ukloniti a onda, umanjiti.

Prije donošenja i primjene Smjernice, spajanja dvaju ili više trgovačkih

²⁵ Smjernica 2004/66/EC, od 26. travnja 2004.

²⁶ Potrebno je da investitori u nove države članice imaju ipak na umu da neke od tih država uživaju u koristima prijelaznog razdoblja primjene Smjernice.

²⁷ Postoji još jedna smjernica poznata pod sličnim imenom – Smjernica o spajanjima ili *Merger Directive*, no riječ je o trećoj smjernici prava trgovačkih društava, od 9. listopada 1978., koja se odnosi na nacionalna spajanja trgovačkih društava. Ona ne sadrži odredbe o poreznim aspektima i tretmanu spajanja trgovačkih društava niti se primjenjuje na prekogranične ili međunarodne operacije spajanja. Vidi, *Official Journal* br. L 295, od 20. listopada 1978. Ovdje želimo ukazati na neke terminološke razlike i neusklađenosti. Iako je uobičajeno prevoditi pojam “*mergers*” kao spajanja, ispravnije bi bilo govoriti o fuzijama. Naime, pojam fuzija trgovačkih društava odnosi se na spajanja i pripajanja, na što se navedene smjernice i odnose.

društava različitih država članica bila su povod za oporezivanje neostvarenih (kapitalnih) dobitaka i fiskalnih pričuva. Donošenjem Smjernice to se gubi ili odgađa kao što se predviđa i prijenos gubitaka nastalih prije spajanja.

Smjernica ima ograničeno polje djelovanja. Ona se odnosi jedino na kratkoročne porezne probleme i implikacije koji nastaju spajanjem trgovačkih društava različitih država članica (točnije samo jednokratne probleme).

Među kratkoročne, ili točnije, jednokratne porezne posljedice koncentracija trgovačkih društava ulazi i ostvarenje kapitalnih dobitaka koje su produkt spajanja. U situaciji kada društvo A pripaja podružnicu ili dio svojih aktivnosti, npr. tvornicu koja obavlja određenu djelatnost drugom društvu B u drugoj državi članici, a zauzvrat dobiva udjele u društvu B, tada trgovačko društvo A mora platiti porez na razliku između tržišne vrijednosti i porezno-računovodstvene vrijednosti prenesene tvornice. Društvo A možda neće biti sposobno platiti taj porez na kapitalni dobitak jer je za ulaganje u tvorničku imovinu primilo jedino udjele u društvu B, a ne gotovinu. Štoviše, nakon pripajanja imovine tvornice društvu B, društvo A će morati obrisati sve porezno izuzete pričuve koje su unesene u odnosu na prenesenu imovinu. To znači da će morati platiti porez na dobit na vrijednost tih pričuva. Pored toga, zahtjev za prenošenje gubitaka povezanih s prenesenom tvornicom ne može bit prenesen na društvo B te jednostavno prestaje.

Za dioničara koji je uključen u prava spajanja, podjele, ili spajanja udjela nastaju slični kratkoročni porezni problemi. To znači da dioničar koji zamjenjuje svoje dionice ili udjele u društvu A za novoizdane dionice u inozemnom društvu B, a to društvo B preuzima društvo A, tada dioničar ostvaruje kapitalni dobitak na udjelima u društvu A. On možda neće biti sposoban platiti dužni porez na kapitalni dobitak jer nije primio gotovinu za uzvrat, već jedino dionice u društvu B.

Dugoročni ili periodični problemi nisu njome pokriveni. Naime, rješavanje periodičnih poreznih posljedica spajanja trgovačkih društava značilo bi upletanje u porezne sustave država članica i to u cijelosti.²⁸

Smjernicom se predviđa zajednički, opći sustav odgode oporezivanja kapitalnih dobitaka i pričuva koja nastaju prilikom različitih oblika međunarodnih korporacijskih restrukturiranja trgovačkih društva, koja prema tome imaju sjedišta u različitim državama članicama.

Zakonodavac u Europskoj uniji nije mogao nametnuti obvezu državama članicama da jednostavno prošire primjenu nacionalnog poreznog zakonodavstva na predmetne međunarodne operacije. Prema tome, države članice nisu bile obvezne proširiti primjenu poreznih pogodnosti koje vrijede za korporacijska restrukturiranja trgovačkih društava unutar granica jedne

²⁸ To bi značilo zadiranje u sustave oporezivanja raspodijeljene dobiti trgovačkih društava, a politički gledano nije bilo vrijeme za započinjanje hammonizacije tog dijela porezne politike i sustava država članica.

države na iste operacije koje su prekogranične. To nije bilo moguće zbog velikih razlika u nacionalnim poreznim sustavima država članica.

Budući da puko proširenje nacionalnih sustava odgoda plaćanja poreza na navedene međunarodne operacije ne bi bio učinkovit put, bilo je nužno izgraditi jedan opći, zajednički sustav koji bi vrijedio u svim državama članicama.

Smjernica se odnosi isključivo na međunarodne ili prekogranične operacije. Isključene su ne samo operacije koje se odvijaju unutar granica jedne države, već se Smjernica neće primjenjivati ni u situacijama gdje je uključena samo inozemna poslovna jedinica ili inozemni dioničari.

Trebalo je više od 20 godina da Smjernica bude donesena.²⁹

Smjernica ne rješava dugoročne i periodične probleme koji se javljaju povodom spajanja budući da njihov uzrok leži u različitim sustavima država članica koji uređuju oporezivanje raspodijeljene dobiti trgovačkih društava.

U rješavanju navedenih problema trgovačka se društva koriste uglavnom poreznim savjetnicima koji oblikuju strukture kao što je npr. shema spojenih dionica³⁰ i shema pristupa dividendi.³¹

²⁹ Prvi nacrt Vijeće je primilo 1969. godine. Danas su aktualne izmjene Smjernice o spajanjima. Inicijalni prijedlog je od 18. studenog 2003. U travnju 2004. godine je Europska Komisija izradila prijedlog izmjena. Vidi, Proposal for European Parliament and Council directive on cross-border mergers of companies with share capital, Prijedlog Komisije: COM (2003) 703.

Kao što je to slučaj s većinom instrumenata harmonizacije, tako je i konačni i usvojeni sadržaj Smjernice rezultat brojnih kompromisa. Od prvog je prijedloga ostalo malo. Posebno treba istaknuti da Smjernica ne predviđa nikakve olakšice ili oslobođenja od poreza na prijenos nekretnina s jednog trgovačkog društva na drugo, gdje je prijenos udjela u nekretninama zamjena za udjele u tom drugom društvu. Čak i kada su predmetne nekretnine dio cjelokupnog poduzetništva koje se prenosi, ne predviđaju se olakšice.

Porez propisan pri transakcijama prijenosa udjela u nekretninama izražava se kao fiksni postotak od prodajne cijene. Po određenim se klasifikacijama porez na prijenos klasificira kao porez na financijske i imovinske transakcije.

³⁰ O spojenim dionicama govorimo kada dionice dvaju ili više odvojenih inkorporiranih subjekata osnovanih u različitim jurisdikcijama bivaju spojene na način da stvarno i za potrebe trgovanja njima čine jednu jedinicu. Time se omogućuje da se takve spojene dionice prodaju zajedno. Sredstvo spajanja dionica ovisi o propisima država koje su uključene u konkretni slučaj. Razne kombinacije i sheme koje se javljaju u svezi sa spojenim dionicama u pravilu se koriste povodom oporezivanja, kako bi dividende pritjecale izravno dioničarima grupe trgovačkih društava, a ne putem jednog ili više trgovačkih društava posrednika. Takvim se shemama prvenstveno nastoji omogućiti dioničarima ostvarenje prava na odbitak od poreza koji je propisan u odnosu na dividende prema sustavima imputacije. Prema, Porezni leksikon, str. 315.

³¹ Shema pristupa dividendi, poznata i kao prekomorski planovi dioničara za dividendu predstavljaju takve sustave kojima se dioničaru odobrava pravo primanja dividendi od društva kćerke. Nekoliko je varijanti sustava pristupa dividendi, ali svi su nastali sa istom svrhom - poreznom. Njima se želi omogućiti da dioničarima grupe trgovačkih društava dividende pritječu izravno i bez posrednika. Najčešće se žele izbjeći posredni nivoi koji svaki za sebe mogu biti povodom oporezivanja ili pak se želi dioničarima omogućiti korištenje odbitkom u svezi s dividendom u sustavima imputacije. Prema, Porezni leksikon, str. 107-108.

Smjernica se odnosi na četiri vrste operacija.³² Riječ je o pravim (zakonskim) spajanjima (engl. *legal merger*),³³ podjelama ili diobama (engl. *legal divisions*),³⁴ prijenosu imovine, (engl. *transfer of assets - asset merger, contribution of assets*) te zamjenama udjela (engl. *exchange of shares - share merger*).

O transakciji prijenosa imovine riječ je kada jedno egzistirajuće trgovačko društvo (A) prenosi jednu ili više svojih poslovnih jedinica, podružnica ili dijelova svoje djelatnosti i poslovanja na drugo već postojeće ili novoosnovano društvo (B). Uzimajući to u obzir društvo primatelj (B) izdaje vrijednosnice koje predstavljaju njegove udjele u kapitalu i prenosi ih na društvo A. Posljedica je toga da društvo B postaje djelom društva kćerka društva A.

Pojam iz Smjernice "prijenos imovine" na neki način dovodi u zabludu i može zavesti u interpretaciji odredbe. To je stoga što prijenos nepovezane imovine nije kvalificiran - prijenos jednog ili više povezanih dijelova poslovanja je potreban. Stoga bi bio adekvatniji pojam "prijenos jednog ili više dijelova poslovanja". Doduše, člankom 2. Smjernice definiran je pojam dijelova poslovanja (*branch of activity*) kao cjelokupna imovina i obveze jednog odjeljka trgovačkog društva koja s organizacijske točke gledanja predstavlja neovisno i samostalno poduzetništvo i poslovanje, ili drugim

³² Vidi, Smjernica, čl. 2. a-d.

³³ Kada je riječ o pravim ili zakonskim spajanjima, tada jedno ili više trgovačkih društava prenosi sva svoja prava, imovinu i obveze na drugo trgovačko društvo. Pripojena trgovačka društva prestaju postojati bez provođenja postupka likvidacije. Ona pravno gledano nestaju. Društvo kojemu su pripojena zakonski je sljednik društava koja su tako "nestala". Apsorbirana su društva na taj način prestala postojati kao zasebni pravni i poslovni subjekti. Tri su podvrste pravog ili zakonskog spajanja. U prvom slučaju jedno ili više trgovačkih društava spaja se i ulazi u drugo, već postojeće društvo. Apsorbirana društva prestaju postojati kao samostalni subjekt, a apsorbirajuće društvo preuzima sve prava i obveze apsorbiranih društava. Drugi podoblik spajanja nastaje kada se dva ili više postojećih društava spajaju u od njih upravo u tu svrhu novoosnovano društvo. To je konsolidacija, jer trgovačka društva uključena u nju prestaju postojati, a nastaje novo trgovačko društvo. O trećem podobliku govorimo kada se društvo kćerka koje je u cijelosti u rukama društva roditelja uključuje u društvo roditelja, a što se naziva i kvazilikvidacijom, ali i "uzvodnim spajanjem", dok je o nizvodnom spajanju riječ kada se društvo roditelj spajanjem uključuje u društvo kćerku.

³⁴ O podjeli je riječ kada jedno egzistirajuće trgovačko društvo prenosi svu svoju imovinu, ovlaštenja i obveze na dva ili više novoosnovana ili od ranije egzistirajuća društva, koja postaju njegovi pravni i zakonski sljednici. Društvo koje prenosi svoju imovinu prestaje postojati, i to bez provođenja likvidacije. Za primljenu imovinu i obveze društva primatelji izdaju dionice (bivšim) dioničarima društva koje je prestalo postojati (papir za papir ili *paper for paper*).

Doduše članak 2. a i b Smjernice zahtijevaju izdavanje novih dionica od strane društva primatelja, kako bi pravo spajanje i podjela bili kvalificirani prema odredbama Smjernice te ostvarenje njome predviđenih koristi.

Na taj način navedene odredbe sugeriraju da jedino izdavanje novih dionica može biti temeljem za kvalificiranje navedenih operacija za ulaženje u polje primjene Smjernice. No, čini se da prijenos imovine i obveza također mogu biti kvalificirani i ukoliko društvo primatelj ili njegovo društvo roditelj izvrši prijenos već postojećih izdanih dionica koje ono drži na dioničare društva koje se prenosi i prestaje postojati.

riječima, jedno tijelo koje je sposobno poslovati i funkcionirati svojim vlastitim sredstvima na samostalan način.

Iz navedene definicije nije jasno mora li predmetni "ogranak poslovanja" obavljati neku aktivnu djelatnost i poslovanje, kao što bi bio npr. odjeljak proizvodnje, ili to može biti poslovanje koje se odnosi na neproduktivnu djelatnost, npr. ogranak upravljanja i nadzora.³⁵

Društvo na koje je preneseno poslovanje ili poslovna jedinica može biti i tek osnovano društvo. No, većina država članica zahtijeva ipak da to društvo "primatelj" - na koje je preneseno poslovanje ili poslovna jedinica, bude i nositeljem neke aktivne djelatnosti i poslovanja, a oslanjajući se na odredbe Smjernice o zabrani zloupotrebe prava.

Presuda Europskog suda iz slučaja *Leur-Bloem*³⁶ mogla bi prisiliti države članice na promjenu dotadašnjeg stajališta te na izmjenu prakse tako da se zahtjev za odgodu poreza ne odbija automatski u situaciji kada društvo primatelj ne obavlja aktivno poslovanje, već samo onda kada je dokazana konkretna zloupotreba koja je u tijeku, tj. koja se doista događa. Štoviše, Sud je presudio da spajanje ili restrukturiranje koje se provodi u obliku zamjene udjela, u što je uključeno novoosnovano holdinško trgovačko društvo, pa stoga to društvo ne obavlja nikakvu djelatnost ni poslovanje, treba smatrati operacijom koja ima opravdanu i valjanu trgovačku svrhu. Prema tome, države članice ne mogu jednostavno i automatski odbiti primjenu Smjernice i njezinih pogodnosti u slučaju kada je riječ o zamjeni udjela gdje su uključena društva koja nemaju nikakva aktivna poslovanja. Države članice moraju pružiti dokaz postojanja zloupotrebe prije takvog odbijanja.

Kada trgovačko društvo (A) stječe udio u drugom društvu (B), koje je ciljano društvo,³⁷ govorimo o transakciji zamjene udjela. Kada društvo (A) stječe udio na način da dobiva, tj. ima glasačku većinu u drugom društvu (B), znači da je riječ o preuzimanju.³⁸ Društvo stjecatelj (A) plaća društvu (B) za stečene dionice na način da izdaje vrijednosnice koje predstavljaju vlastiti dionički kapital, i to (bivšim) dosadašnjim dioničarima društva B. Rezultat toga je da ciljano trgovačko društvo postaje društvo kćerka društva stjecatelja. No, vjerojatno je da se porezna olakšica predviđena Smjernicom ne primjenjuje na zamjenu samo jedne dionice³⁹ koja mijenja i iskrivljuje bilancu i ravnotežu na način da je mijenja od manjinskog udjela (49,9%) u glasačku kontrolu i većinu (50,1%).

U vrijeme donošenja Smjernice do današnjih dana operacije pravog spajanja i podjele nisu bile moguće između trgovačkih društava različitih

³⁵ Navedeni pojam nalazimo i u drugim harmonizacijskim aktima poput Smjernice o neizravnom oporezivanju povećanja kapitala. Vidi, npr. Smjernica 69/335/EEZ od 17. srpnja 1969., koja je izmijenjena smjernicom 85/303/EEC 1985, OJ br. 156, od 15. lipnja 1985.

³⁶ Vidi, Slučaj C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*, (1997), ECR I - 4161. i fus notu 56. ovoga rada.

³⁷ Tzv. *Target company*.

³⁸ Engl. *Takeover*.

³⁹ Engl. *One share swap*.

država članica. Smjernica je tako zapravo predvidjela rješenja za probleme koji u to vrijeme nisu bili prisutni, ali je njihova skora pojava bila izvjesna.

Od 2003. godine Smjernicu je trebalo primjenjivati i na prekogranična zakonska spajanja dvaju ili više društava iz različitih država članica u europsko dioničko društvo – SE (*Societas Europaea*), te na osnivanje holdinškog SE od dvaju trgovačkih društava iz različitih država članica. No, SE je uvršteno na popis društava koja ulaze u polje primjene Smjernice izmjenama Smjernice u 2005. godini.⁴⁰

Može se primijetiti da sam prijenos imovine i obveza u spajanjima, podjelama, kao i kod prijenosa imovine kada je riječ o prijenosu poslovne jedinice, ne implicira fizičku promjenu mjesta navedenoga, već podrazumijeva isključivo prijenos vlasništva. U pravilu do tog fizičkog prijenosa i promjene mjesta imovine i obveza i ne dolazi, jer u načelu oni i trebaju ostati gdje se nalaze - u državi članici društva koje se prenosi, stvarajući ogranak ili podružnicu društva primatelja u državi društva koje se prenosi.

Također možemo primijetiti da je pri zamjeni dionica riječ o transakciji između trgovačkog društva s jedne strane i dioničara drugog društva s druge strane, dok je pri prijenosu imovine riječ o transakciji između dvaju trgovačkih društava. Stoga prijenos imovine nema nikakvih poreznih implikacija na oporezivanje dohotka dioničara fizičke osobe.⁴¹ Zamjena dionica može uvući u transakciju i dioničare fizičke osobe te imati porezne učinke na oporezivanje dohotka dioničara - fizičke osobe.⁴²

Bit je Smjernice sadržana u njezinu zahtjevu prema državama članicama da se suzdrže od oporezivanja svakog dobitka koji nastaje povodom kvalificiranih međunarodnih operacija fuzija ili spajanja trgovačkih društava u širem smislu.

⁴⁰ Statut *Societas Europaea* predviđa kao jedan od načina osnivanja europskog dioničkog društva i prava spajanja dvaju ili više trgovačkih društava koja imaju sjedišta u različitim državama članicama. Naravno, jedna je od pretpostavki za primjenu Smjernice u tom slučaju da se europsko dioničko društvo doda na popis statusnih oblika koji ulaze u polje primjene Smjernice. Prema tome, do dana implementacije Statuta europskog dioničkog društva Smjernica će pokrivati samo četiri stvarno moguće situacije.

Prva je preuzimanje društva u državi A od strane društva iz države B izdavanjem dionica dioničarima društva A koji zamjenjuju svoje A-dionice za B-dionice.

Drugo je prijenos tuzemnog ogranka poduzeća ili cjelokupnog poduzeća i cjelokupnog poslovanja društva A iz jedne države članice na drugo društvo B u drugoj državi članici, te prijašnji A ogranak poduzeća postaje stalna poslovna jedinica u državi A trgovačkog društva države B, i to izdavanjem dionica društva B društvu A.

Treći je slučaj prijenos iz države B stalne poslovne jedinice društva države A tako da postaje tuzemni ogranak poduzeća društva države B, što je zamjena za dionice B.

Posljednja moguća situacija jest prijenos iz države B stalne poslovne jedinice društva iz države A tako da postaje stalna poslovna jedinica u državi B društva iz države C, a kao zamjena za dionice C.

⁴¹ Primjenjuje se čl. 4., 5., 6. Smjernice.

⁴² To je pokriveno odredbom čl. 8. Smjernice.

Takva predviđena olakšica ne znači i izuzimanje od oporezivanja. To je samo odgoda oporezivanja. U slučaju kada je riječ o pravom spajanju, podjeli te operaciji spajanja imovine, imovina i obveze koji se prenose moraju biti preneseni u poreznu bilancu društva primatelja u istoj onoj vrijednosti koju su imali u poreznoj bilanci društva prije prijenosa. Na taj način kada društvo primatelj kasnije raspolaze prenesenom imovinom, porez će i dalje biti nametnut na razliku između cijene raspolaganja i stare porezne vrijednosti. Slično tome i dioničar koji primi dionice u drugom društvu povodom spajanja, podjele ili zamjene dionica neće biti oporezovan zbog mogućeg ostvarenja kapitalnog dobitka u vrijeme zamjene, pod pretpostavkom da prenosi istu poreznu vrijednost dionica koje zamjenjuje, kao što je učinio s već zamijenjenim dionicama.

Kod pravog spajanja, podjele i prijenosa imovine porezni zahtjev s obzirom na nastali kapitalni dobitak ostaje vezan za istu imovinu, ali je prenesen na drugu osobu, tj. društvo primatelja. No, kod zamjene udjela dionica porezni zahtjev s obzirom na ostvareni kapitalni dobitak ostaje kod iste osobe (dioničara), ali je prebačen na drugu imovinu (dionice primljene u zamjenu).⁴³

Za ovlaštenje na koristi predviđene Smjernicom trgovačka društva uključena u navedene operacije moraju biti kvalificirana kao "trgovačko društvo države članice". Zahtjevi koji moraju biti ispunjeni da bi trgovačko društvo dobilo navedeni status, i tako bilo kvalificirano, navedeni su Smjernicom i zapravo identični onima postavljenim Smjernicom o društvu roditelju i društvu kćerki.⁴⁴

Zahtjevi se odnose na pravni ili statusni oblik trgovačkog društva, fiskalnu rezidentnost društva te svojstvo društva kao obveznika poreza na dobit prema nacionalnim poreznim sustavima. Prema tome, u pogledu pravnog statusa ili oblika trgovačko društvo mora biti osnovano u jednom od statusnih oblika izrijeком navedenih u Aneksu Smjernice. Neuspješni su bili pokušaji proširenja primjene Smjernice na druge oblike inkorporiranja koji su obveznici poreza na dobit.

Trgovačko društvo mora biti prema odredbama poreznoga prava države članice rezidentom te države članice u porezne svrhe. Štoviše, ono ne smije prema odredbama međunarodnog ugovora sklopljenog s državom ne-

⁴³ U čl. 4.-6. Smjernice nalazimo pravila o odgodi plaćanja poreza te o prenošenju odbitaka u situacijama oporezivanja trgovačkih društava uključenih u operacije i) pravih spajanja, ii) podjela ili diobe, te u čl. 9. predviđa se da se ista pravila koja vrijede pri oporezivanju trgovačkih društava primjenjuju i u slučaju iii) prijenosa imovine. (Ne nalazimo pravila o oporezivanju trgovačkih društava u slučaju zamjene dionica ili npr. *spajanja dionica*.) U čl. 8. nalazimo pravila o oporezivanju dioničara – bilo trgovačkog društva bilo fizičke osobe, uključenih u prava spajanja, podjele i prijenos imovine (ne odnosi se na operacije spajanja imovine jer su to transakcije koje se odvijaju između dvaju ili više trgovačkih društava, te ne izazivaju pitanja glede oporezivanja dioničara.

⁴⁴ Vidi čl. 3. Smjernice, i usporedi sa čl. 2. Smjernice o društvu roditelju i društvu kćerki.

članicom biti određeno kao društvo koje ima rezidentnost države izvan zajednice.

Društva s dvojnomo rezidentnošću, gdje su obje države unutar Europske unije, nisu isključena iz polja primjene Smjernice, kao što nisu isključena ni društva dvojne rezidentnosti ako je jedna država izvan Europske unije, a nema međunarodnog ugovora zaključenog s trećom državom koja je uključena ili, pak, ukoliko postoji takav ugovor, on ne određuje konkretno društvo rezidentnim društvom države izvan Europske unije.

Trgovačko društvo mora biti obveznikom jednoga od nacionalnih poreza na dobit navedenih u originalnim nazivima koje koriste nacionalna porezna zakonodavstva, te ne smije imati opciju biti obveznikom kojega drugog poreznog oblika ili biti izuzeto od oporezivanja nacionalnim porezom na dobit.⁴⁵ Navedenu se odredbu pokušalo uskladiti sa sličnom odredbom OECD Model-ugovora, no prijedlog izmjena nije do danas prihvaćen.⁴⁶

Kao i kod Smjernice o društvu roditelju i društvu kćeri, niti Smjernica o spajanjima ne zahtijeva da navedenim uvjetima mora biti udovoljeno unutar jedne iste nacionalne porezne jurisdikcije.

Smjernicom nisu postavljeni posebni uvjeti u odnosu na dioničara koji zamjenjuje svoje dionice operacijom zamjene dionica ili pravog spajanja i podjele. Taj dioničar, dakle, može biti fizička osoba, ortaštvo ili koji drugi oblik društva osoba, trgovačko društvo ili, pak, neoporeziva tvorevina. Jednako može biti rezidentom države ne-članice ili pak imati dvojni rezidentnost.

Smjernica predviđa u dijelu koji se odnosi na prava spajanja i podjele⁴⁷ te prijenos imovine⁴⁸ da navedene operacije neće biti povod za oporezivanje kapitalnih dobitaka kada taj (kapitalni dobitak) nastaje kao razlika između stvarne vrijednosti i vrijednosti prenesenih imovine, prava, i obveza. Navedena olakšica ili oslobođenje uvjetovani su na način da društvo primatelj mora nastaviti primjenjivati prijašnje metode izračuna porezne osnovice i metode amortizacije.⁴⁹ Prema tome, ukoliko društvo primatelj u tom pogledu ima opciju prema odredbama nacionalnoga poreznog zakonodavstva, odgoda se ne odnosi i ne primjenjuje na imovinu i obveze za koje je opcija iskorištena. Ukoliko je nacionalnim poreznim zakonima dopušteno u slučaju tuzemnih spajanja, podjela i spajanja imovine prenošenje mogućih gubitaka koji nastaju u svezi s prenesenom poslovnom jedinicom ili dije-

⁴⁵ Vidi, Smjernica, čl. 2.(c).

⁴⁶ U čl. 2.(b) Smjernice željelo se dodati da trgovačko društvo mora biti obveznikom nacionalnog poreza na dobit ili kojeg drugog istovjetnog ili u biti sličnog poreznog oblika koji je uveden u nacionalno porezno zakonodavstvo naknadno, nakon donošenja Smjernice, kao dodatni porez ili kao zamjena u Smjernici navedenog poreznog oblika.

⁴⁷ Čl. 4. Smjernice.

⁴⁸ Čl. 9. Smjernice.

⁴⁹ Engl. *Old tax basis and old depreciation method.*

lom poslovanja na društvo primatelja, takvo prenošenje mora biti dopušteno i za iste, ali prekogranične operacije pokrivenne Smjernicom o spajanjima.⁵⁰

No, ako je društvo primatelj rezident države koja primjenjuje metodu odbitka radi sprječavanja dvostrukog oporezivanja, to prenošenje gubitka neće predstavljati korist za društvo primatelja, jer smanjuje buduću dobit poslovne jedinice društva primatelja u državi društva koje se prenosi, te stoga smanjuje porez za koji će društvo primatelj imati u tuzemstvu, tj. državi rezidencije olakšicu u smislu odbitka poreza plaćenog u inozemstvu.⁵¹

Cilj očuvanja i zaštite financijskih interesa države društva što se prenosi ima i odredba članka 4. st. 1. Njome su porezna odgoda i olakšice prenošenja uvjetovane na način da prenesena imovina i obveze moraju postati stvarno i efektivno povezani sa stalnom poslovnom jedinicom društva primatelja u državi društva što se prenosi, te moraju aktivno sudjelovati i imati udio u stvaranju dobiti i gubitaka koji se uzimaju u obzir u porezne svrhe. To znači drugim riječima da prenesena imovina mora postati dio (ogranak) društva primatelja u državi društva koje se prenosi. Više je razloga za ovakvo uvjetovanje. Međunarodnim ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja te međunarodnim poreznim pravom kao i zakonodavstvom svake države može se proglasiti obveznicima poreza na dobit rezidente i nerezidente koji obavljaju poduzetničku djelatnost putem poslovne jedinice koja ima sjedište u toj državi. Ukoliko imovina i obveze koje su prenesene međunarodnom, tj. prekograničnom, operacijom pokrivenom Smjernicom, ne predstavljaju dio ili cijelu poslovnu jedinicu u državi društva koje se prenosi, tada ta država gubi porezne zahtjeve. Naime, društvo primatelj je rezidentno društvo druge države te ne može biti oporezovano za buduća raspolaganja imovinom, jer niti je rezident niti obavlja djelatnost putem stalne poslovne jedinice u državi društva koje se prenosi. Zbog toga prenesena imovina mora predstavljati poslovnu jedinicu koja ostaje u državi društva koje se prenosi.

Taj uvjet, koji se sastoji u tome da posljedica ili rezultat operacije mora biti poslovna jedinica, čini jasnijim tvrdnju da puko prenošenje same imovine koja nije povezana u cjelinu, već je odvojena od poslovne jedinice (*business entity*), ne ulazi u polje primjene Smjernice.⁵²

Smjernica predviđa odgodu plaćanja poreza na kapitalne dobitke koji nastaju povodom predaje dionica dioničarima, bilo fizičkim ili pravnim osobama, tijekom spajanja, podjele ili zamjene dionica. Porez na dobit ili porez na dohodak neće se nametati na kapitalni dobitak ostvaren na predanim dionicama sve dok dioničar ne otuđi zamjenske dionice u društvu primatelju/društvu koje se stječe.

⁵⁰ Članak 6. u svezi sa čl. 9. Smjernice.

⁵¹ Engl. *Foreign credit relief*.

⁵² Slično je i s uvjetom da se mora raditi o dijelu poslovanja, da bi se govorilo o kvalificiranoj operaciji prijenosa imovine.

Smjernica predviđa i odnosi se i na trostranu situaciju: društvo A iz države A prenosi, operacijom spajanja, podjele ili prijenosa imovine imovinu i obveze na društvo B u državi B. U prenesenoj je imovini društva A i stalna poslovna jedinica u državi C. Ovakva situacija otvara pitanja tretmana neostvarenog kapitalnog dobitak, pričuva i prava na prijenos gubitka povezanih s poslovanjem poslovne jedinice u državi C.

Smjernica određuje da država A u opisanoj situaciji ne smije nametnuti porez na prijenos podružnice iz države C na društvo u državi B.

Postavljajući zahtjev naveden već u prvim odredbama - dva trgovačka društva različitih država članica - nekolicina je mogućih poslovnih operacija isključena iz polja primjene Smjernice te nije njome pokrivena. Tako npr. prilikom transakcije spajanja dvaju nizozemskih trgovačkih društava prema odredbama nacionalnog prava, a oba imaju stalne poslovne jedinice u Italiji, Smjernica ne sprječava talijanske porezne vlasti da oporezuju spajanje jedne u drugu stalnu poslovnu jedinicu, budući da su u predmetnu operaciju uključena samo trgovačka društva jedne države članice – Nizozemske.

Također, osnivanje holdinškog Europskog dioničkog društva ili *Societas Europaea* prema Statutu o europskom dioničkom društvu ne mora biti pokriveno Smjernicom. Naime, takvo osnivanje može se postići osnivanjem jednog Europskog dioničkog društva od strane dvaju trgovačkih društava različitih država članica koja postaju trgovačka društva Europskog dioničkog društva. U tom će se slučaju primjenjivati Smjernica o spajanjima. Ukoliko Europsko dioničko društvo - SE osnivaju dva trgovačka društva iz jedne te iste države članice, a barem jedno od njih imalo je podružnicu u trajanju od dvije ili više godina u drugoj državi članici, bilo bi potrebno vrlo ekstenzivno protumačiti Smjernicu da bi se njezine odredbe primijenile i na zamjenu dionica u društvu kćerki za dionice u SE.

Prijenosi stalnih poslovnih jedinica trgovačkih društava država članica, koje se nalaze u državama ne-članicama i obratno, tj. prijenosi stalnih poslovnih jedinica koje su u državama članicama, a radi se o poslovnim jedinicama društava država ne-članica, izvan su polja primjene Smjernice.

Smjernica se ne odnosi ni na prijenose imovine koja ne predstavlja poslovnu jedinicu ili dio poslovanja.

Velik je broj mogućih drugih situacija koje također nisu pokrivena Smjernicom ili je primjena Smjernice upitna.⁵³

⁵³ Postavlja se pitanje primjenjuje li se Smjernica na domaća tuzemna osnivanja u operaciji spajanja, npr. osnivanje stalne poslovne jedinice u državi B, koja pripada društvu u državi A. Tako npr. njemačko trgovačko društvo može osnivati Austrijsko trgovačko društvo, i to iz svoje austrijske podružnice. Naime, tada imovina podružnice koja je prenesena na austrijsko osnovano društvo nije stvarno povezana sa stalnom poslovnom jedinicom društva primatelja u Njemačkoj. Takva domaća osnivanja inozemnih podružnica trebala bi biti kvalificirana za primjenu Smjernice. Naime, nema opasnosti od poreznog gubitka – gubitka prihoda ukoliko je imovina podružnice prenesena u svojoj porezno-knjigovodstvenoj vrijednosti na novo osnovano društvo kćer. Dapače, prijenos podružnice na domaće, austrijsko društvo pruža još veću poreznu sigurnost Austriji nego što bi to bilo u slučaju prijenosa te podružnice inozemnom društvu.

Smjernica, poput Smjernice o društvu roditelju i društvu kćerki, sadrži opću klauzulu o sprječavanju zloupotrebe.

Tako države članice mogu osporiti koristi koje Smjernica pruža u slučajevima u kojima se pokaže da je jedan od osnovnih ciljeva spajanja i Smjernicom pokrivenih transakcija porezna utaja ili izbjegavanje plaćanja poreza.⁵⁴ Takva se zloupotreba pretpostavlja ukoliko se operacija ili transakcija provodi bez valjane komercijalne osnove i razloga, poput restrukturiranja ili racionalizacije poslovanja društava koja sudjeluju u njima.

Države članice različito percipiraju pojam zloupotrebe u navedenom kontekstu. Posljedica su toga vrlo raznolike klauzule o sprječavanju zloupotreba uključenih u nacionalne mjere primjene navedene Smjernice.⁵⁵

Navedene se mjere predviđene u cilju sprječavanja zloupotrebe mogu u većini slučajeva okarakterizirati kao neproporcionalne i nerazmjerne. To je posebno slučaj onda kada se trgovačkim društvima poriče mogućnost dokazivanja da su postojali *bona fide* komercijalni razlozi za raspolaganje stečenim dionicama. Europski je sud u više navrata imao prilike potvrditi takvo stajalište, poput poznatog *Leur-Bloem* slučaja.⁵⁶

⁵⁴ U zemljama europskoga prava razlikuju se pojmovi porezne evazije i izbjegavanja plaćanja poreza.

⁵⁵ Belgija zahtijeva da premetne transakcije ispunjavaju zakonske uvjete i obveze financijske i ekonomske naravi. Nizozemska zahtijeva da društva uključena u operacije moraju nositi bitan dio poslovanja te da se poslovanje trajno, tj. stalno poveže i ujedini, i to financijski i ekonomski gledano. Francuska zahtijeva da društvo koje se prenosi u operaciji prijenosa imovine zadrži dobivene dionice najmanje pet godina, u slučaju Njemačke to je sedam godina, te u slučaju propusta udovoljenja tom uvjetu dolazi do retroaktivne uskrate koristi iz Smjernice.

⁵⁶ Stav o zabrani povrede načela proporcionalnosti ili razmjernosti primjenom odredaba koje predstavljaju provedbu ili implementaciju dijela Smjernice o zabrani zloupotrebe posebno je došao do izražaja u slučaju *Leur – Bloem*. Riječ je o prvom pitanju radi prethodne odluke koje je postavljeno u pogledu tumačenja odredbi Smjernice o spajanjima koji je došao pred Europski sud. U navedenom je slučaju gospođa Leur-Bloem bila jedini direktor-predsjednik uprave i jedini dioničar u dva društva kapitala. Uz BV1 i BV2 ona je željela osnovati i treće društvo kao holding koje upravlja udjelima u BV1 i BV2. S tim ciljem ona bi zamijenila dionice/udjele u BV1 i BV2 za novo izdane dionice u osnovanom Holding BV, i to na način da njezini udjeli u BV1 i BV2, sudjeluju u dioničkom kapitalu novoosnovanog Holding BV. Posljedica toga je da bi ona takvom operacijom, neizravno, kroz Holding BV, i dalje nastavno i u potpunosti kontrolirala BV1 i BV2. U načelu, navedena je operacija kvalificirana kao zamjena dionica prema odredbama čl. 2.d Smjernice o spajanjima. Na taj način Holding BV i BV1 i BV2 zapravo bi predstavljala fiskalnu jedinicu koja pretpostavlja konsolidaciju u poreznu svrhu. Gospođa Leur-Bloem trebala je biti jedini direktor i jedini dioničar i u Holding BV, a tako osnovano društvo ne bi imalo nikakvu drugu djelatnost do upravljanja udjelima u BV1 i BV2. Prema tome, ništa se ne bi izmijenilo izuzev mogućnosti konsolidacije BV1 i BV2, budući da mogu ujediniti svoju dobit i gubitke. Očito je da novoosnovano društvo nije udovoljavalo jednom od osnovnih uvjeta predviđenog nizozemskim zakonodavstvom, a to je da društva uključena u operacije zamjene dionica moraju biti nositeljima poslovanja i djelatnosti koje postaju trajno ujedinjene u financijskom i ekonomskom smislu. Stoga zahtjevu za odgodom plaćanja poreza nije udovoljeno. Prema tome, gospođa Leur-Bloem bi morala platiti porez na neostvareni kapitalni dobitak povodom zamjene svojih dionica u BV1 i BV2. Jednako je da se radilo o potpuno internoj, nacionalnoj situaciji - tri trgovačka društva s različitim rezidentnostima, koja nije pokrivena pravom Europske unije. Unatoč tome, nizozemski sud obratio Europskom

sudu zbog rješavanja prethodnog pitanja. Nacionalni je sud smatrao da nizozemsko zakonodavstvo postavlja kao pravilo da spajanja koja su interna ili nacionalna, gdje je riječ o društvima jedne te iste države, trebaju imati isti tretman kao spajanja pokrivena odredbama Smjernice, u koja su uključena društva različitih država članica. Stoga je nacionalni financijski, tj. porezni sud smatrao da se neizravno radi o pitanju tumačenja Smjernice. Europski je sud u namjeri da preduhitri moguća buduća različita tumačenja Smjernice odlučio postupiti u navedenom slučaju. Sud je smatrao da je koncept Smjernice inkorporiran u nacionalna prava implementacijom, tj. prenošenjem Smjernice, te je proširen na sličnu, ali samo nacionalnu, internu situaciju. U cilju jedinstvenog, uniformnog tumačenja prava Europske unije sud je donio odluku. Naime, u navedenim okolnostima, gdje je riječ o nacionalnom zakonodavstvu koje regulira isključivo tuzemne situacije, a to je zakonodavstvo usvojilo ili prihvatilo ista rješenja koja je usvojilo i pravo Europske unije, tada je cilj nacionalnog zakonodavca bio predvidjeti i osigurati jedinstveno i istovjetno postupanje i proceduru u usporedivim situacijama. Prema tome, odluka je Europskoga suda bila preventivnog značaja, u interesu osiguranja jedinstvene primjene prava Europske unije te sprječavanja budućih razlika u tumačenju sličnih odredbi. Sud je naveo da se, kao opće pravilo, Smjernica primjenjuje bez razlike na sva spajanja, podjele, prijenos imovine i zamjene dionica neovisno jesu li u pozadini tih operacija financijski, ekonomski, fiskalni ili koji drugi razlozi. Stoga je u načelu nevažno da li je društvo stjecatelj nositelj poslovanja kao i da li jedan te isti pojedinac drži sve dionice/udjele u društvu stjecatelju i društvima koja se spajaju te, treće, je li ili nije spajanje stalno tj. trajno spajanje poslovanja dvaju društava u jedinstvenu cjelinu. Doduše Smjernica predviđa jednu iznimku od opće klauzule o zabrani zloupotrebe, a taj izuzetak Sud je okarakterizirao kao "pridržaj nadležnosti" (engl. *reservation of competence*) od strane države članice. Prema toj iznimci mora se raditi jedino o planiranoj operaciji koja ima za glavni cilj i svrhu poreznu evaziju ili izbjegavanje plaćanja poreza. Tada je taj pridržaj efektan te država članica može odbiti primijeniti Smjernicu.

Doduše, države članice mogu odrediti da ukoliko neka operacija nije provedena na valjanu komercijalnoj osnovi i razlozima, tada takvo postupanje stvara presumpciju da je riječ o poreznoj evaziji ili izbjegavanju plaćanja poreza. Ali, bitno je ovdje napomenuti da se države članice pri tome u svom postupanju ne mogu ograničiti samo na utvrđenje takvog prethodnog općeg kriterija, već moraju konkretno svaki pojedinačni slučaj podvrći sveopćem ispitivanju i utvrđenju svih važnih okolnosti. Pri tome utvrđenja u takvom postupku ustanovljavanja svih važnih činjenica moraju biti otvorena za sudsku kontrolu.

Sud je mišljenja da se spajanje ili restrukturiranje društva koje se provodi operacijom zamjene dionica, a uključuje i novostvoreno holdińsko društvo, koje stoga i nema nikakvoga poslovanja, može smatrati operacijom koja se provodi s valjanom komercijalnom osnovom i svrhom.

Stoga postavljanje takvog uređenja, po kojemu bi vrijedilo opće pravilo koje automatski isključuje određene vrste i kategorije operacija iz primjene poreznih pogodnosti, predstavlja nerazmjerno postupanje i uređenje u odnosu na potencijalnu poreznu evaziju ili izbjegavanje plaćanja poreza. Štoviše, time se potkopava ostvarenje cilja kojemu primjena Smjernice teži.

Navedeno stajalište Suda jasno ukazuje na obvezno poštivanje načela razmjernosti ili proporcionalnosti u odredbama nacionalnih zakonodavstava koje se odnose na zabranu zloupotrebe. Jedino stvarna i dokazana zloupotreba može biti osnovom za poricanje prava na koristi i olakšice predviđene Smjernicom.

Doduše, oživotvorenje navedenog stajališta u praksi provodi se teško. Prema tome, države članice mogu pretpostaviti da nepostojanje valjane komercijalne osnove i svrhe implicira i zloupotrebu, ali ne smiju postaviti kao opće pravilo klauzulu koja isključuje određene vrste operacija.

Države članice ne smiju ni postaviti kao pravilo odredbu po kojoj porezni obveznik mora dokazati valjanu komercijalnu osnovu i svrhu gdje bi posljedica propuštanja dokazivanja bio gubitak koristi i povoljnijeg tretmana. No to bi značilo da je teret dokaza na poreznim vlastima, a negativno dokazivanje je nemoguće. Prema tome, procjena u pitanju je li određena operacija izvedena u cilju izbjegavanja plaćanja poreza, u određenoj je mjeri uvijek diskrecijska. Ali ta

Smjernica o spajanju⁵⁷ izmijenjena je u veljači 2005. godine. Izmjenama se išlo za proširenjem polja primjene Smjernice, što dijelom proizlazi i iz promjene samog naslova Smjernice. Izmjenama je, međutim, i u drugim dijelovima Smjernice došlo do prilagođavanja teksta Smjernice promjenama nastalim u okruženju u kojem se Smjernica primjenjuje. Pri tome mislimo i na ulazak Europskog dioničkog društva i Europskog interesnog udruženja u krug osoba na koje se Smjernica primjenjuje te naravno uključenje porezno transparentnih tijela u popis osoba na koje se Smjernica odnosi.⁵⁸

Države članice preuzimaju temeljem odredbi Smjernice o oporezivanju kamata na štednju i obvezu razmjene informacija o isplata kamata osobama s prebivalištem na području Europske unije.⁵⁹

Ostvarenje i ispunjenje preuzetih obveza i mjera moguće je jedino uz jačanje kapaciteta poreznih tijela i porezne administracije uz njihovu informatizaciju i brzo ustrojavanje povezanog informacijskog sustava.

diskrecijska postupanja moraju uvijek biti predmetom sudske kontrole. Dakle, države članice mogu zahtijevati od stranaka u predmetnim operacijama da navedu razloge i komercijalnu svrhu kojoj teže, gdje će svaka od danih izjava biti uvijek pojedinačno i konkretno procjenjivana temeljom konkretno utvrđenih činjenica, pri čemu se neće zahtijevati prekomjerni podaci, tj. više od onog što je potrebno za procjenu. Sam postupak i ishod, tj. rješenje poreznih vlasti moraju biti predmetom sudske kontrole.

Države članice će najjednostavnije i najsigurnije primijeniti navedeni stav Suda ukoliko manje više doslovce preuzmu opću klauzulu zabrane zloupotrebe iz Smjernice u relevantne nacionalne zakone. Jedno od pitanja kojim se nacionalni sud bavio bilo je pitanje predstavlja li mogućnost konsolidacije – vodoravnog, uzajamnog prebijanja gubitaka društva uključenih u operaciju valjani komercijalni razlog i svrhu, u smislu odredbi Smjernice. Europski je sud stava da se koncept “valjanog komercijalnog razloga ili opravdanja” odnosi na puno više od pukog ostvarenja ili postizanja samo fiskalnih prednosti i pogodnosti. Tako se smatra da operacija spajanja realizirana kroz zamjenu dionica, a koja se provodi isključivo u cilju ostvarenja samo fiskalnih prednosti, nema valjanu komercijalnu svrhu ili opravdanje u Smjernicom potrebnom smislu.

Ukoliko se želi izbjeći rizik ocjene operacije kao nepodobne i koja smjera zloupotrebi, mora postojati glavna i izvjesna, nefiskalna svrha zbog koje se operaciji pristupa. No, istovremeno to znači da samo strukturiranje izvorne poslovne transakcije na način da se stvore što je moguće manji porezni troškovi ne predstavlja zloupotrebu. Porezno planiranje s ciljem iskorištavanja razlika u poreznim opterećenjima prisutnim u državama članicama nije zloupotreba. Navedeni slučaj i drugi, opširnije vidi, Žunić Kovačević, *Pravni aspekti oporezivanja dobiti*, str. 260-286.

⁵⁷ Smjernica 90/434/EEC, *Official Journal* L 225, od 20.8. 1990., izmijenjena 2003. godine Odlukom o pristupanju, izmijenjena je Smjernicom 2005/19/EC, od 17. veljače 2005. godine, objavljenom u *Official Journal* L 58/19, od 4.3. 2005.

⁵⁸ U samom naslovu navodi se da se Smjernica odnosi na spajanja, podjele, prijenos imovine i zamjenu dionica ali u novom naslovu stoji i na prijenos registriranog sjedišta Europskog dioničkog društva i Europskog interesnog udruženja. Naslov Smjernice izmijenjen je člankom 1 Smjernice te glasi: ‘*Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States and to the transfer of the registered office, of an SE or SCE, between Member States.*’. Opširnije o navedenim Smjernicama vidi, Žunić Kovačević, *Pravni aspekti oporezivanja dobiti*, str. 194-253.

⁵⁹ The Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 ‘on taxation of savings income in the form of interest payments, *Official Journal*, L 157/38, 26 June 2003.

4. Zaključne napomene

Započinjanje pregovora o svim poglavljima pravne stečevine EU za Republiku Hrvatsku označilo je početak jednog razdoblja intenzivnog upoznavanja s propisima koji će postati dio hrvatskog zakonodavstva.

Većina sustava oporezivanja dobiti u visoko razvijenim zemljama Europske unije izgrađena je na način kojim se poštuje i uzima u obzir supranacionalni pravni poredak – poredak Europske unije.

Osim odredbi europskog zakonodavstva veoma je važno znati praksu Europskoga suda, pa ostaje za drugu priliku razmatranje pitanja da li možda ulaskom u Europsku uniju za Republiku Hrvatsku počinje razdoblje primjene prava precedenata, što do sada nije bio slučaj ne samo za hrvatsko pravosuđe već i pravosuđa većine europskih država.

Iz prihvaćanja Kodeksa ponašanja na području oporezivanja poduzetnika za Republiku Hrvatsku proizaći će brojne obveze. Naravno, EU *acquis* a to znači i praksa Europskog suda i odredbe Kodeksa ponašanja na području oporezivanja poduzetnika obvezuju sve države članice, pa je pravovremeno upoznavanje s njima od velikog značenja. Do stjecanja statusa člana Europske unije Hrvatska ne treba žuriti s potpunim usklađivanjem svojeg poreznog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije. No, svakako treba biti spremna i upoznata sa svim rješenjima koja će morati ozakoniti u području oporezivanja.

Summary

CODE OF CONDUCT FOR BUSINESS TAXATION

In 1997, the Council of Europe has adopted the Code of Conduct for Business Taxation, an act political in nature, in order to combat unfair tax competition and taxation of enterprises by unfair taxes that affect their commercial capability and position in market competition. Once it is accepted by the Republic of Croatia, the Code will introduce numerous obligations.

The Republic of Croatia is prepared and well aware of the novelties it will have to incorporate in legislation related to taxation.

Key words: *Code of Conduct for Business Taxation, harmful tax competition, unfair taxes, revision of tax legislation.*

Zusammenfassung

**VERHALTENSKODEX FÜR DAS GEBIET
DER BESTEUERUNG VON UNTERNEHMERN**

Ein spezifisches Gesetzbuch, einen Akt politischer Natur, den Verhaltenskodex auf dem Gebiet der Besteuerung von Unternehmern hat der Europarat 1997 verabschiedet mit dem Ziel, unloyale Steuerkonkurrenz sowie die Besteuerung von Handelsgesellschaften durch unfaire Steuern, die auf deren Fähigkeit und Position im Wettbewerb auf dem europäischen Markt einwirken, zu bekämpfen. Aus der Anerkennung des Verhaltenskodexes für das Gebiet der Besteuerung von Unternehmern ergeben sich für die Republik Kroatien zahlreiche Verpflichtungen.

Die Republik Kroatien ist vorbereitet und mit den Lösungen vertraut, die sie auf dem Gebiet der Besteuerung legalisieren muss.

Schlüsselwörter: Verhaltenskodex für das Gebiet der Besteuerung von Unternehmern, schädliche Steuerkonkurrenz, unfaire Steuern, Revision der Steuergesetzgebung.

Sommario

**CODICE DI COMPORTAMENTO
NEL CAMPO DELLA TASSAZIONE DELL'IMPRENDITORE**

Il Consiglio di Europa ha adottato nell'anno 1997 l'atto politico del Codice di comportamento nel campo della tassazione dell'imprenditore per combattere la concorrenza tributaria disonesta e l'iniqua tassazione delle imprese commerciali attraverso tributi che colpiscono la loro capacità commerciale e posizione nella competizione di mercato. Una volta accolto dalla Repubblica di Croazia il Codice di comportamento nel campo della tassazione dell'imprenditore introdurrà numerose obbligazioni.

La Repubblica di Croazia è preparata e consapevole delle novità che dovrà incorporare nella legislazione sulla tassazione.

Parole chiave: Codice di comportamento nel campo della tassazione dell'imprenditore, concorrenza tributaria dannosa, tributi iniqui, revisione della legislazione tributaria.

ODGOVORNOST REPUBLIKE HRVATSKE ZA ŠTETU PROUZROČENU TERORISTIČKIM AKTOM

Mr. sc. Maja Bukovac Puvača,
znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.512.3:347.193](497.5)
Ur.: 4. siječnja 2006.
Pr.: 20. siječnja 2006.
Izvorni znanstveni članak

U radu se obrađuje pitanje odgovornosti Republike Hrvatske za štetu prouzročenu terorističkim aktom i daje pregled međunarodnih dokumenata i rješenja u poredbenom pravu i pravu Europske unije, koja pitanje naknade štete žrtvama nasilja ne izdvajaju kao poseban slučaj odgovornosti države za štetu. Daje se pregled osnovnih pitanja obuhvaćenih sustavima državnih naknada žrtvama nasilja u članicama Europske unije i naglašavaju problemi koji iz njihovih različitosti proizlaze. Upozorava se na nedostatke trenutno važećeg uređenja u Republici Hrvatskoj i na potrebu usklađenja s pravom Europske unije.

Ključne riječi: *odgovornost države za štetu, državne naknade, društvena solidarnost.*

1. Uvod

Pitanje građanskopravne odgovornosti države za štete od terorističkih akata u našem je pravu već duže vrijeme vrlo aktualno. Razlog je tome činjenica da je čl. 180. bivšeg Zakona o obveznim odnosima¹ (dalje: bivši ZOO) sve do 1996. godine bila propisana objektivna odgovornost Republike Hrvatske² za te štete, da je nakon toga, brisanjem navedenog članka,³ sedam

¹ NN 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99.

² Odnosno, do 1991. godine, društveno-političke zajednice. Nakon preuzimanja bivšeg ZOO-a (Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91.) bez posebne redakcije čl. 180., u pravnoj je teoriji i sudskoj praksi nesporno to da je društveno-politička zajednica iz čl. 180. Republika Hrvatska.

³ Zakonom o izmjeni Zakona o obveznim odnosima (NN 7/96.) brisan je čl. 180. bivšeg ZOO-a i propisano je da se postupci za naknadu štete pokrenuti po odredbama članka 180.

i pol godina postojala pravna praznina i da je Zakonom o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija⁴ (dalje: ZOTA) ponovo propisana objektivna odgovornost države, s vrlo značajnim ograničenjima.

Budući da je čl. 180. bivšeg ZOO-a dok je bio na snazi doživio i jednu izmjenu, pregled odgovornosti društveno-političke zajednice, odnosno Republike Hrvatske, za štete od terorističkih akata prije donošenja ZOTA obuhvaća tri razdoblja: prvo od 1. listopada 1978. do 31. prosinca 1980.,⁵ drugo od 1. siječnja 1981. do 2. veljače 1996.,⁶ te treće (razdoblje pravne praznine) od 3. veljače 1996. do 31. srpnja 2003.⁷ Odgovornost prema

prekidaju i da će se nastaviti nakon što se donese poseban propis kojim će se urediti odgovornost za štetu nastalu uslijed terorističkih akata.

⁴ NN 117/03.

⁵ Prije donošenja ZOO-a odgovornost za štetu nastalu zbog terorističkih akata nije bila posebno regulirana propisima iz područja građanskog prava. Ni pravna znanost, ni sudska praksa, nisu se tim problemom do tada šire bavile, kako kod nas, tako ni u svijetu. Od stupanja na snagu bivšeg ZOO-a 1. listopada 1978., pa do 31. prosinca 1980. za štetu nastalu smrću ili tjelesnom povredom uslijed terorističkog akta odgovarala je, temeljem čl. 180. bivšeg ZOO-a, društveno-politička zajednica čiji su organi bili dužni spriječiti takvu štetu: "Za štetu nastalu smrću ili tjelesnom povredom uslijed akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija i manifestacija odgovara društveno-politička zajednica čiji su organi po važećim propisima bili dužni spriječiti takvu štetu." U navedenom su razdoblju, dakle, odgovornošću iz čl. 180. bile obuhvaćene isključivo štete nastale smrću ili tjelesnom ozljedom, iako je bilo i prijedloga da se obuhvate i štete na materijalnim dobrima. Više vidi: PETRIĆ, SILVIJA, *Odgovornost države za štete od terorističkih akata*, s osvrtom na presudu Europskog suda za ljudska prava br. 48778/99, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 24., br. 1., 2003., str. 163. i dalje.

⁶ Člankom 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima ("Službeni list" SFRJ broj 39/85. i 46/85.), odgovornost iz čl. 180. proširena je i na štete na materijalnim dobrima. Neposredni povod navedenim izmjenama i dopunama i razlog njihovog povratnog djelovanja - na štete nastale od 1. siječnja 1981., bile su demonstracije na području SAP Kosova 1981. godine i njima pričinjena šteta. Više vidi: PETRIĆ, op. cit., str. 167.-168. Nakon preuzimanja bivšeg ZOO-a tekst članka 180. nije mijenjan, tako da je sve do njegova brisanja 1996. godine glasilo: "(1) Za štetu nastalu smrću, tjelesnom povredom ili oštećenjem odnosno uništenjem imovine fizičke osobe uslijed akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija i manifestacija odgovara društveno-politička zajednica čiji su organi po važećim propisima bili dužni spriječiti takvu štetu.

(2) Organizatori, sudionici, podstrekači i pomagači u aktima nasilja ili terora, javnim demonstracijama i manifestacijama koje su usmjerene na podrivanje ustavom utvrđenog društvenog uređenja, nemaju pravo na naknadu štete po toj osnovi.

(3) Društveno-politička zajednica ima pravo i obvezu zahtijevati naknadu isplaćenog iznosa od osobe koja je štetu uzrokovala.

(4) To pravo zastarijeva u rokovima propisanim za zastaru potraživanja naknade štete."

⁷ Iako je Zakonom o dopunama Zakona o obveznim odnosima (NN 112/99.), Vlada obvezana najkasnije u roku od 6 mjeseci od njegova stupanja na snagu podnijeti radi donošenja poseban zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu nastalu uslijed terorističkih akata, razdoblje pravne praznine trajalo je 7 godina, 5 mjeseci i 25 dana. Tijekom tog razdoblja neki su oštećenici pokušavali iskoristiti put pravne zaštite u Republici Hrvatskoj podnošenjem ustavnih tužbi i prijedloga za ocjenu ustavnosti Zakona o izmjeni ZOO-a, a neki su podizali i tužbe protiv Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu, zbog povrede prava na pravično suđenje priznatog čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu

čl. 180. bivšeg ZOO-a, iako je bila teorijski relativno detaljno obrađena, nije u praksi doživjela širu primjenu i sve do Domovinskog rata nije do punog izražaja došao problem razgraničenja njome obuhvaćenih šteta od šteta prouzročenih drugim deliktima nasilja. U teoriji je upozoravano na neodređenost formulacije “akti nasilja ili terora” i prevladalo je mišljenje da treba prihvatiti njezino restriktivno tumačenje, tj. da država ne odgovara za svako nasilje, već samo ono povezano s terorom,⁸ koje je prihvatila i sudska praksa.⁹ Nije bilo sporno da se radi o objektivnoj odgovornosti države, iako se ona opravdavala različitim razlozima.¹⁰ Ta je odgovornost bila primarna i

ljudskih prava i temeljnih sloboda, koja je dio pravnog poretka Republike Hrvatske (Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1., 4., 6. i 11. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN Međunarodni ugovori, br. 18/1997.)). U svezi s tim postupcima Europski sud je donio presude u precedentno važnim predmetima Kutić (Presuda br. 48778/99, od 1. ožujka 2002. O predmetu Kutić protiv Hrvatske opširnije vidi: PETRIĆ, op. cit., str. 174.-189. i POTOČNJAK, ŽELJKO, Pravo na sud, pristup sudu i suđenje u razumnom roku u slučaju intervencije zakonodavca u sudske postupke u tijeku, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 25., br. 2., 2004., str. 834.-836.) i Kastelic (Presuda br. 60533/00, od 10. srpnja 2003. godine. O predmetu Kastelic protiv Hrvatske opširnije vidi: POTOČNJAK, op. cit., str. 834.-836.) u kojima je utvrdio povredu prava na pristup sudu, koje je dio prava na pravično suđenje, te je tužiteljima dosudio naknadu nematerijalne štete zbog navedene povrede. Hrvatski prijevodi presuda u kojima je tužena Republika Hrvatska dostupni su na Web stranicama Vlade Republike Hrvatske: <http://www.vlada.hr>.

⁸ KLARIĆ, PETAR, *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 320.; MIJAČIĆ-CVETANOVIĆ, MIRSA, *Odgovornost društveno-političke zajednice za štetu nastalu usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija*, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, XXV., 1985., str. 120.; NIKOLIĆ, ĐORĐE, *Posebna odgovornost za štetu od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija*, *Zakon o obligacionim odnosima*, 1978.-1988., Knjiga o desetogodišnjici, Časopis za pravnu teoriju i praksu, Pravni život, I tom, Beograd, 1988., str. 613.; PETRIĆ, op. cit., str. 165.; TOMIĆ, ZORAN, *Odgovornost usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija*, *Pravni život*, br. 8.-9., 1982., str. 876.

⁹ “*Akt nasilja ne može se smatrati aktom nasilja ili terora u smislu odredbe čl. 180. ZOO-a iz kojega bi proizlazila posebna odgovornost društveno-političke zajednice.*” VSH, Rev-433/89, od 19. srpnja 1989., PSP-49., 1991., br. 46.; “*...svaki akt nasilja koji se dogodi na javnom mjestu, ne može se smatrati aktom nasilja ili terora u smislu čl. 180. ZOO iz kojeg bi proizlazila odgovornost države, ranije društveno-političke zajednice.*” VSRH, Rev 790/1996-2, od 24. ožujka 1999., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

¹⁰ Za pravno-političku osnovu navedene odgovornosti neki su isticali da se “sastoji u činjenici stvaranja izvanrednih okolnosti u kojima lako i često dolazi do povećane opasnosti usmrćenja ili nanošenja tjelesnih povreda građanima, koja povećana opasnost nužno povlači za sobom objektivnu odgovornost bez obzira na krivnju...” (VIZNER, BORIS, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2., Zagreb, 1978., str. 814.), odnosno da je to sam stvoreni rizik ili uzročnost (CRNIĆ, IVICA, *Odgovornost društveno-političke zajednice i organizacije koja obavlja poslove od javnog (općeg) interesa; Odgovornost pravne osobe za štetu koju uzrokuje njezin organ; Odgovornost organizacije udruženog rada i drugih pravnih osoba trećem*, *Naša zakonitost*, god. XLI, br. 9.-10., 1987., str. 1090.). Ova su se mišljenja opravdano osporavala činjenicom da država (odgovorna društveno-politička zajednica) ne obavlja opasnu djelatnost u obliku terorističkog akta, demonstracija ili manifestacija (NIKOLIĆ, op. cit., str. 615.). Odgovornost koja postoji na osnovi same činjenice da je šteta prouzročena, neki su nazivali odgovornošću na temelju snošenja rizika. Država se jednostavno ne može osloboditi odgovornosti dokazom da je poduzela sve mjere da se šteta izbjegne, niti dokaz oštećenika da nije poduzela nikakve ili dovoljne mjere, ne dovodi državu u gori položaj (JAKAŠA, BRANKO,

neposredna – država je odgovarala bez obzira jesu li počinitelji bili poznati, dostupni tijelima gonjenja, odgovorni za delikt i u mogućnosti naknaditi štetu. Iako bivši ZOO to nije izričito propisivao, u pravnoj je teoriji bio prihvaćen stav da je odgovornost države i štetnika oštećeniku solidarna.¹¹ Država je odgovarala samo za štete koje su pretrpjele fizičke osobe, a osim što je u prvom razdoblju bila obuhvaćena samo šteta nastala smrću ili tjelesnom povredom, nikakvo drugo posebno pravilo o vrsti štete i opsegu njezine naknade nije bilo propisano i primjenjivala su se opća pravila odštetnog prava, tj. bile su priznate sve vrste šteta u punom opsegu.

Donošenjem ZOTA popunjena je pravna praznina i omogućen nastavak prekinutih postupaka,¹² a njegove se odredbe primjenjuju povratno.¹³ ZOTA je, čak i ako se zanemare apsurdne posljedice do kojih dovodi njegova povratna primjena,¹⁴ zakon čija bi izuzetno loša redakcija i niz nelogičnosti

Nekoliko pitanja temelja vanugovorne odgovornosti u Zakonu o obveznim odnosima, Naša zakonitost, br. 6., 1979., op. cit., str. 85.). Bilo je i mišljenja da je, iako je odgovornost države objektivna, njezina osnova apsolutno pretpostavljena krivnja, odnosno apsolutno pretpostavljena "službena greška" njezinih organa (RADIŠIĆ, J., *Obligaciono pravo*, opšti deo, Beograd, 1979., str. 218., cit. prema NIKOLIĆ, op. cit., str. 615.; TOMIĆ, Z., *Odgovornost društveno-političke zajednice za štetu prouzrokovanu prilikom javnih manifestacija u pravu SFRJ*, Beograd, 1982., str. 115., cit. prema NIKOLIĆ, op. cit., str. 615.). Kao opravdanje objektivne odgovornosti isticala su se i načela pravičnosti (štetna radnja kojom je oštećeniku nanesena šteta u biti je usmjerena na zajednicu, pa je pravično da teret štete snosi ta zajednica a ne samo individualna žrtva) i solidarnosti (NIKOLIĆ, op. cit., str. 615.; MIJAČIĆ-CVETANOVIĆ, op. cit., str. 124.).

¹¹ CRNIĆ, op. cit., str. 1090.; JAKAŠA, op. cit., str. 85.; NIKOLIĆ, op. cit., str. 616.; PETRIĆ, op. cit., str. 170.

¹² Prema od sudova pribavljenim podacima o broju postupaka i utuženim iznosima naknade štete u postupcima prekinutim na temelju čl. 2. st. 1. Zakona o izmjeni ZOO-a, ukupno je prekinut 381 postupak, a utuženo je: 134.368.801,19 kn, 2.843.920,03 DEM, 8.650.094.000,00 HRD i 5.632.402.000,00 din. Vidi Konačan prijedlog ZOTA, Ocjena sredstava potrebnih za provođenje zakona.

¹³ Pitanje povratne primjene je prvenstveno ustavnopravni problem i njime se u ovom radu nećemo detaljnije baviti. Napominjemo samo da je donošenje ZOTA bilo razlog obustave postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o izmjeni ZOO-a Odluka broj: U-I-73/1996; U-I-1343/1997. (...), U-I-20/2002, od 17. prosinca 2003. (neobjavljeno), cit. prema Izdvojenom mišljenju sutkinje Agate Račan uz Odluku Ustavnog suda U-III-A-829/2002, od 24. ožujka 2004. (NN 44/04.).

Volja zakonodavca (koji je pri donošenju propisa kojim je brisan čl. 180. propisao da će se prekinuti postupci nastaviti nakon što se donese poseban propis) i načelo jednakosti pred zakonom ocjenjeni su kao "osobito opravdani razlozi" u smislu st. 5. čl. 89. Ustava RH, za povratno djelovanje odredbi ZOTA. (Vidi Konačni prijedlog ZOTA, V. Primjedbe s rasprave u Hrvatskom Saboru na Prijedlog ZOTA koje predlagatelj nije prihvatio). Ukoliko je volja zakonodavca zaista "osobito opravdan razlog" i zakonodavac može osigurati povratnu primjenu pozivanjem na to da će određene odnose urediti novim propisom, moramo se zapitati postoji li uopće u našem pravu zabrana povratne primjene propisa.

¹⁴ Vrhovni sud u nastavljenim postupcima mora prihvaćati revizije Republike Hrvatske i preinačavati nižestupanske presude jer je ostvaren revizijski razlog pogrešne primjene materijalnog prava - primjene čl. 180. bivšeg ZOO-a, koji je u vrijeme nastanka štete i donošenja nižestupanskih presuda bio na snazi i koji se jedino i mogao primijeniti! (Vidi npr. VSRH, Rev. 1007/03-2, od 3. prosinca 2003. i VSRH, Rev-928/04-2, od 12. srpnja 2005. godine,

sadržanih u njegovim odredbama mogle izazivati ozbiljne probleme u primjeni. U ovom ćemo radu navesti najizraženije probleme u tom smislu, ali samo u mjeri nužnoj da osvijetle osnovna pitanja kojima se bavimo, a to su - propisuje li ZOTA uopće građanskopravnu odgovornost Republike Hrvatske i je li izdvajanje tog posebnog slučaja odgovornosti države primjeren i učinkovit način rješavanja pitanja naknade njime obuhvaćenih šteta? ZOTA bi, prema obrazloženju njegova predlagatelja, trebao biti propis kojim je pitanje odgovornosti države za štetu prouzročenu terorističkim aktom uređeno u skladu s međunarodno prihvaćenim načelima i rješenjima poredbenog prava. Međutim, međunarodni dokumenti na koje se predlagatelj poziva uopće se ne odnose na odgovornost države, a ni poredbenopravni sustavi pitanje odgovornosti za navedenu štetu ne izdvajaju iz općeg režima odgovornosti države, što nas je navelo na istraživanje navedenih pitanja.

2. Deklaracija Ujedinjenih naroda o osnovnim načelima pravednosti prema žrtvama zločina i zlorabe vlasti i Europska konvencija o obeštećenju žrtava nasilja

Predlagatelj ZOTA se uz Konačni prijedlog toga zakona pozvao na Deklaraciju Ujedinjenih naroda o osnovnim načelima pravednosti prema žrtvama zločina i zlorabe vlasti¹⁵ i Europsku konvenciju o obeštećenju žrtava nasilja,¹⁶ kao međunarodne dokumente u kojima su sadržana načela uređenja odgovornosti države za štetu prouzročenu terorističkim aktima. Deklaracijom su definirane žrtve zločina¹⁷ i izražena potreba da, kada naknadu štete¹⁸ nije moguće u potpunosti naplatiti od štetnika ili iz

<http://sudskapraksa.vsrh.hr>). Tome treba dodati činjenicu da tužitelji moraju snositi troškove tih postupaka jer nisu uspjeli u sporu (a uspjeh im je onemogućio sam tuženik ukinuvši vlastitu odgovornost!). U nekim su postupcima ti troškovi mnogostruko viši od iznosa naknade za nematerijalnu štetu koju Ustavni sud dosuđuje zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku izvršenog brisanjem čl. 180. i dugogodišnjom pravnom prazninom koja je slijedila.

¹⁵ *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, tekst dostupan na: <http://www.hri.ca/uninfo/treaties/49.shtml>, dalje: Deklaracija. Deklaraciju je prihvatila Glavna skupština Ujedinjenih naroda Rezolucijom 40/34, od 29. studenog 1985. Deklaracije UN-a nemaju pravno obvezujući karakter za vlade, ali imaju težinu općeprihvaćenih mišljenja i moralnog autoriteta svjetske zajednice i važan su međunarodnopravni instrument jer se usvajaju konsenzusom i sadrže zajedničke standarde država članica.

¹⁶ *European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes*, tekst dostupan na: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/116.htm>, dalje: Konvencija. Republika Hrvatska nije potpisnica Konvencije. Status Konvencije vidi na: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/searchsig.asp?NT=116&CM=&DF=>.

¹⁷ To su osobe koje su individualno ili kolektivno pretrpjele štetu, uključujući fizičke ili psihičke ozljede, duševne boli, ekonomski gubitak ili bitnu povredu svojih temeljnih prava djelovanjem ili propustom koji predstavlja kršenje kaznenog prava države članice, uključujući propise o zabrani zlorabe vlasti (točka 1. Deklaracije).

¹⁸ Deklaracija spominje novčanu naknadu za pretrpljene teže tjelesne ozljede i narušavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja, za same žrtve i novčanu naknadu obitelji žrtve, posebno

drugih izvora, država nastoji osigurati žrtvi tu naknadu i potreba poticanja osnivanja, jačanja i širenja državnih fondova za naknade žrtvama.¹⁹

Konvenciju je Vijeće Europe usvojilo 24. studenog 1983. godine.²⁰ Njezinu usvajanju prethodio je dugogodišnji rad na pronalaženju minimalnih zajedničkih načela naknade štete žrtvama nasilja, s posebnim naglaskom na naknadu iz državnih fondova.²¹ U Obrazloženju Konvencije ističe se da iako žrtve nasilja imaju pravo i mogućnost naknaditi štetu koju su pretrpjele uslijed akta nasilja od štetnika, to najčešće ostaje samo teorijska mogućnost i stvarna naknada je rijetkost, jer je počinitelj obično nepoznat, nedostupan ili nema sredstava iz kojih bi se žrtva naknadila.²²

Pri donošenju Konvencije iznosili su se različiti argumenti kojim se opravdavalo uključivanje države u naknađivanje štete. Prema jednoj teoriji (*teorija državne odgovornosti za kazneno djelo*) država je obvezna kompenzirati žrtvu jer je propustila spriječiti to djelo, a zbog zabrane samopomoći obvezna je zaštititi žrtvu. Ova je teorija odbačena i prihvaćena je teorija prema kojoj se državna intervencija temelji na *društvenoj solidarnosti i pravičnosti* prema žrtvama nasilja koje su pretrpjele tjelesne ozljede ili narušenje zdravlja i članovima obitelji osoba umrlih kao žrtve nasilja. Smatralo se nužnim uvesti i razviti sustave za naknadu štete tim žrtvama, posebno u slučajevima kada štetnik nije otkriven ili je bez imovine. Konvencijom je utvrđen minimum odredbi²³ na tom polju i države su preuzele obvezu poduzeti nužne korake za djelotvorno provođenje njome određenih načela (čl. 1. Konvencije).

uzdržanim članovima, koja je uslijed takvog zločina umrla ili postala tjelesno ili mentalno nesposobna.

¹⁹ Točke 12. i 13. Deklaracije.

²⁰ Stupila je na snagu 1. veljače 1988. godine.

²¹ Šezdesetih godina prošlog stoljeća u nekim se državama članicama Vijeća Europe počinju osnivati sustavi naknade štete iz državnih fondova kada naknada nije dostupna iz drugih izvora a, u skladu s tim razvojem, pitanje naknade štete žrtvama nasilja postaje dio radnog programa Europskog odbora za kaznenopravne probleme 1970. godine. Vijeće ministara Vijeća Europe usvojilo je 1977. godine Rezoluciju (77) 27, o naknadi štete žrtvama nasilja, kojom je dana preporuka državama da osiguraju državnu naknadu žrtvama nasilja i osobama koje su žrtve uzdržavale, u slučajevima kada se naknada ne može osigurati na drugi način. U idućih je nekoliko godina vođeno, između ostalog, i navedenom Rezolucijom, niz država članica uvelo sustave državne naknade ili izmijenilo postojeće propise o toj materiji. Ubrzo se došlo do zaključka da i stranci koji se kreću između država članica, posebno radnici – migranti, također trebaju biti zaštićeni, te da bi stoga bilo potrebno doraditi načela iz Rezolucije i usvojiti akt koji bi imao obvezujuću snagu. Tako je, na temelju Rezolucije, započeo rad na Konvenciji.

²² Obrazloženje, Uvod, točka 1.

²³ Budući da su neke države već imale razvijene sustave naknada, Vijeće je odlučilo propisati minimalne odredbe, a ne model-zakon, jer bi njegova rigidnost mogla odvratiti neke države članice od ratificiranja Konvencije. Obrazloženje, Komentar uz čl. 1., točke 12. i 13.

Kada naknadu štete nije u potpunosti moguće ostvariti iz drugih izvora,²⁴ država treba sudjelovati u obeštećenju onih koji su pretrpjeli teške tjelesne ozljede ili narušenje zdravlja neposredno u vezi s namjernim aktom nasilja i osoba koje su bile uzdržavane²⁵ od osoba koje su umrle kao žrtve nasilja. U navedenim slučajevima naknada treba biti dana čak i ukoliko štetnik ne može biti procesuiran ili kažnjen (čl. 2. Konvencije).²⁶ Država na čijem je području kazneno djelo počinjeno treba platiti naknadu štete državljanima stranaka Konvencije te državljanima svih članica Vijeća Europe koji imaju stalno boravište²⁷ u državi na čijem je teritoriju nasilje počinjeno (čl. 3. Konvencije).²⁸

Naknada štete, ovisno o konkretnom slučaju, treba obuhvatiti barem: gubitak zarade, medicinske troškove, bolničke troškove, troškove pogreba, te, u odnosu na člana obitelji, gubitak uzdržavanja (čl. 4. Konvencije).²⁹

²⁴ Načelo supsidijarne primjene, u svom najstrožem obliku, znači da je državna naknada shvaćena kao krajnja mogućnost, da žrtva prije toga treba iscrpiti sve druge moguće izvore naknade (počinitelj, osiguranje...), prije no što se obrati državi. Budući da se radi o minimumu, ništa ne sprječava velikodušnije sustave naknade. Prema Konvenciji, država bi trebala isplaćivati naknadu samo u slučaju da ona nije u potpunosti dostupna iz drugih izvora (štetnik, socijalno osiguranje), ali to ne znači da država ne može dati naknadu unaprijed, pa se kasnije regresirati od štetnika ili zahtijevati povrat od žrtve. Komentar uz čl. 2., točke 14. i 15.

Načelo supsidijarnosti samo po sebi nije sporno, ali njegova stroga primjena može dovesti do toga da je žrtva u biti u boljoj poziciji ukoliko štetnik ostane nepoznat nego kada je poznat. Naime, ukoliko je poznat, a načelo supsidijarnosti se vrlo strogo primjenjuje, žrtva je dužna čekati rezultat kaznenog postupka i odluku o njegovoj odgovornosti za štetu, bez obzira hoće li ovrha biti uspješna.

²⁵ Na državama strankama Konvencije je da definiraju pojam "uzdržavane osobe", a prema zahtjevima domaćeg prava (djeca, bračni drug...). Obrazloženje, Komentar uz čl. 2., točka 20.

²⁶ Da bi se naknada mogla naplatiti iz državnog fonda, napad treba imati određene karakteristike: mora biti namjeren, nasilan i u neposrednoj vezi s ozbiljnom tjelesnom povredom ili oštećenjem zdravlja. Ovlaštenike prava na naknadu može se podijeliti u tri osnovne grupe: neposredne žrtve, posredne žrtve (uzdržavane osobe) i treću grupu koju čine slučajne žrtve i pomagači. Konvencija se odnosi samo na namjerne napade budući da su oni posebno ozbiljni i mnogo su manje šanse za naknađivanje njima pričinjene štete od naknade štete prouzročene nehajnim kaznenim djelima (kojih većinu predstavljaju prometne ozljede u pravilu pokrivene drugim sustavima naknade - privatnom osiguranjem, socijalnim osiguranjem). Napad ne mora biti tjelesni, naknada može biti priznata i u slučaju psihološkog nasilja (npr. ozbiljna prijetnja) koje je prouzročilo ozbiljnu povredu ili smrt. Obrazloženje, Komentar uz čl. 2., točke 16., 17. i 18.

²⁷ Koncept trajnog boravišta mora biti konstruiran u svjetlu Rezolucije (72) I Vijeća ministara o standardizaciji pravnih koncepata prebivališta (*domicile*) i boravišta (*residence*). Obrazloženje, Komentar uz čl. 3., točka 25. i 26.

²⁸ Čl. 3. regulira međunarodne aspekte naknade štete žrtvama nasilnih kaznenih djela. Poput Rezolucije (77) 27 prije nje, Konvencija priznaje načelo "teritorijalnosti" – naknadu plaća država na čijem je području napad izvršen. Konvencija ne predviđa naknadu državljanima koji su bili žrtve nasilja u inozemstvu, ali ništa ne sprječava države stranke da priznaju i načelo državljanstva u određenim slučajevima. Obrazloženje, Komentar uz čl. 3., točke 22. i 23.

²⁹ Čl. 4. propisuje minimum gubitaka za koje država treba platiti naknadu. Iznose naknade treba izračunati država koja je plaća prema skalama koje se redovito primjenjuju u socijalnom osiguranju, privatnom osiguranju ili uobičajenoj praksi prema pravilima građanskog prava. Obrazloženje, Komentar uz čl. 4., točka 28.

Sustav naknade štete može, ukoliko je to nužno, postaviti za svaki ili neke od elemenata naknade, minimum ispod i maksimum iznad kojeg se naknada neće isplaćivati (čl. 5. Konvencije)³⁰ te odrediti rok unutar kojeg svaki zahtjev za naknadu može biti postavljen (čl. 6. Konvencije).³¹

Naknada može biti umanjena ili odbijena na račun financijske situacije podnositelja zahtjeva (čl. 7. Konvencije),³² ponašanja žrtve ili podnositelja zahtjeva prije, za vrijeme ili nakon nasilnog akta ili u odnosu na ozljedu ili smrt, umiješanosti žrtve ili podnositelja zahtjeva u organizirani kriminal ili članstva u organizaciji koja se koristi aktima nasilja,³³ te ukoliko bi njezina dodjela, odnosno dodjela punog iznosa bila suprotna osjećaju pravедnosti ili javnom poretku (*ordre public*)³⁴ (čl. 8. Konvencije).³⁵

Da bi se spriječilo dvostruko obeštećenje, država ili nadležna vlast može oduzeti od naknade ili tražiti povrat svakog iznosa primljenog zbog ozljede ili smrti od štetnika, socijalnog osiguranja ili osiguranja ili iz bilo kojeg drugog izvora (čl. 9. Konvencije).³⁶ Država ili nadležna vlast ima pravo

³⁰ Čl. 5. dopušta postavljanje gornjih i donjih granica iznosa naknade. Gornje su ponekad nužne zbog ograničenosti iznosa kojima raspolažu državni fondovi, dok su donje izraz načela *de minimis non curat praetor*. Očito je da Konvencija nije mogla postaviti čvrsta kvantitativna ograničenja, budući da raspoloživa sredstva i životni standard variraju od države do države. Te razlike utječu na to da iznosi priznatih naknada značajno variraju od države do države. *Obrazloženje, Komentar uz čl. 5., točke 29. i 30.*

³¹ Zahtjev za naknadu štete treba postaviti žrtva, odnosno u slučaju njezine smrti uzdržavani član, u za to od strane svake države propisanom, uobičajenom roku. Zahtjev treba bit postavljen što je moguće prije, tako da se žrtvi može pružiti pomoć, te da šteta može biti utvrđena bez nepotrebnih poteškoća. *Obrazloženje, Komentar uz čl. 6., točka 31.*

³² Uzimanje financijske situacije oštećenika u obzir opravdavalno se time što je naknada iz državnog fonda akt solidarnosti (ne mora biti nužna žrtvi ili njezinim slijednicima), pa se državu ne može optužiti za diskriminaciju određenog dijela populacije. No, isticano je da se ne smije onemogućiti naknadu u slučajevima kada oštećenik nema financijskih teškoća, te da ova odredba Konvencije ne sprečava državu da daje naknade bez obzira na financijsku situaciju oštećenika. *Obrazloženje, Komentar uz čl. 7., točka 32.*

³³ Kada žrtva pripada kriminalnom svijetu, može se smatrati da se odriče simpatija ili solidarnosti društva u cjelini. Može se odbiti naknada čak i ako zločin kojim joj je počinjena šteta nema neposredne veze sa žrtvinim kriminalnim aktivnostima. *Obrazloženje, Komentar uz čl. 8., točke 34.a. i 35.b.*

³⁴ Države koje uvode sustave naknade obično žele zadržati određeni stupanj diskrecije da mogu naknadu odbiti u određenim slučajevima kada bi gesta solidarnosti bila suprotna osjećajima ili interesima javnosti ili bi bila suprotna osnovnim pravnim načelima te države. *Obrazloženje, Komentar uz čl. 8., točka 36.c.*

³⁵ Čl. 8. ostavlja državama mogućnost smanjenja ili odbijanja naknade u slučaju da je žrtva pridonijela nastanku štete. Uz neprikladno ponašanje u vezi sa zločinom ili pretrpljenom štetom, i odbijanje prijave djela policiji ili suradnje s policijom također može biti temelj za smanjenje ili odbijanje naknade. Pravila o mogućnosti odbijanja ili smanjenja naknade vrijede ne samo u odnosu na žrtvu osobno, već i za njezine slijednike. *Obrazloženje, Komentar uz čl. 8., točke 34.a. i 37.*

³⁶ Čl. 9. Konvencije omogućava izbjegavanje dvostruke (višestruke) naknade – naknada već primljena od štetnika ili iz drugih sredstava može biti odbijena od iznosa plativog iz državnog fonda. Na državama strankama je da odrede koji će se iznosi tako odbijati. Država ima pravo na povrat isplaćenog (npr. ukoliko je žrtva primila naknadu od države dok je bio

subrogacije u prava oštećenika prema trećima, u visini plaćene naknade (čl. 10. Konvencije). Stranke Konvencije moraju osigurati dostupnost informacija o sustavu naknade potencijalnim podnositeljima zahtjeva (čl. 11. Konvencije).^{37, 38}

Konvencijom su, dakle, države stranke preuzele obvezu osigurati u svojim sustavima provođenje njome određenih načela koja žrtvama osiguravaju minimum zaštite. Ona se ne temelji na odgovornosti države zbog nesprečavanja štetne radnje, već na solidarnosti čitave zajednice sa žrtvama, pa se njome određena načela i ne mogu smatrati načelima uređenja odgovornosti države. To, naravno, ne znači da države ne mogu preuzeti takvu odgovornost, ali niti jedna stranka Konvencije nije preuzetu obvezu ispunila u okviru odštetnog prava. Njihova se eventualna odgovornost u konkretnom slučaju procjenjuje prema općem režimu odgovornosti države, a solidarnost sa žrtvama izražena je kroz sustave naknada koji se temelje na posebnim propisima koji su, iako se često oslanjaju na njegova pravila (u određivanju vrsta štete, načina utvrđivanja njezine visine i sl.), izvan odštetnog prava.

3. Smjernica Vijeća 2004/80 o naknadi štete žrtvama zločina

I na nivou Europske unije razmatrano je pitanje naknade štete žrtvama kaznenih djela. Iako su prve inicijative, zaključci i aktivnosti na utvrđivanju minimalnih standarda koji bi trebali o tom pitanju vrijediti na području Unije prethodili terorističkim napadima u SAD-u 11. rujna 2001. i u Madridu 11. ožujka 2004. godine,³⁹ oba su snažno utjecala na ubrzanje navedenih

u tijeku postupak za naknadu od štetnika ili osiguratelja ili je štetnik, u vrijeme naknađivanja iz državnog fonda bio nepoznat, kasnije uhićen, osuđen i platio je punu ili dio naknade žrtvi). Očiti problem predstavlja obavještanje nadležnog tijela o kasnije primljenim naknadama. U nekim državama sudovi informiraju tijela o naknadama dosuđenim žrtvama. Obrazloženje, Komentar uz čl. 9., točka 38.-40.

³⁷ Glavna odgovornost za informiranje žrtava o njihovom pravu na naknadu treba ležati na tijelima koja se njima bave neposredno nakon napada (policija, bolnice, istražni sudac, državno odvjetništvo, itd.). Informacije, posebno objavljene od strane nadležnih tijela, moraju biti dostupne u tim ustanovama koje bi ih trebale dijeliti. Javni bi mediji također trebali pomoći u objavljivanju. Obrazloženje, Komentar uz čl. 11., točka 42.

³⁸ Odredbe drugog dijela Konvencije odnose se na međunarodnu suradnju u pitanjima uređenim Konvencijom (čl. 12.) i obavještanje Europskog odbora za kaznenopravne probleme Vijeća Europe o primjeni Konvencije i zakonima i provedbenim propisima koji se tiču pitanja uređenih Konvencijom (čl. 13.). Svaka država stranka Konvencije mora ustanoviti središnje tijelo koje će primati zahtjeve za međunarodnu suradnju i po njima postupati i o tome obavijestiti depozitara Konvencije. Treći dio Konvencije (čl. 14.-20.) čine uobičajene završne odredbe europskih konvencija: potpisivanje, ratifikacija, deponiranje, stupanje na snagu, otkazivanje itd.

³⁹ Prema Planu djelovanja Vijeća i Komisije o tome kako najbolje implementirati odredbe Amsterdamskog ugovora u područje slobode, sigurnosti i pravde, iz 1998. godine, između mjera koje bi trebalo poduzeti u roku od pet godina od dana stupanja na snagu Ugovora, navedeno

aktivnosti. *Green paper*⁴⁰ iz rujna 2001. godine daje pregled temeljnih pitanja naknade štete žrtvama kaznenih djela, do tada poduzetih mjera i inicijativa, pregled sustava naknada u državama članicama i problema koji iz njihovih različitosti proizlaze. Budući da sustavi državnih naknada ne postoje u svim državama članicama, te da između postojećih sustava postoje značajne razlike, položaj oštećenika ovisi o tome gdje on ima prebivalište i u kojoj mu je državi članici šteta nanesena. Ovisno o kombinaciji navedenih momenata, on može imati pravo na naknadu pune štete od države, a i ostati bez ikakve naknade.

Neke od najizraženijih razlika u postojećim sustavima državnih naknada jesu: načelo supsidijarnosti državne naknade neke države propisuju u najstrožem obliku, dok ga neke uopće ne primjenjuju;⁴¹ neke države ne prave razliku između namjernih i nenamjernih kaznenih djela;⁴² različit je položaj slučajnih žrtava i pomagača;⁴³ u nekim državama postoji i mogućnost naknađivanja štete pretrpljene u inozemstvu;⁴⁴ sve države priznaju naknadu zbog trajne nesposobnosti, ali je teško utvrditi uključuje li ona i nematerijalnu štetu;⁴⁵ nematerijalna šteta općenito je u sustave naknada

je i pitanje potpore žrtvama putem komparativnog istraživanja sustava naknada i procjena mogućnosti poduzimanja aktivnosti unutar Europske unije (Action Plan, 03.12.1998., OJ C 019, 23.01.1999., točka 51.c). U točki 32. Zaključka Vijeća iz 1999. godine, navodi se da moraju biti propisani minimalni standardi zaštite žrtava zločina, a posebno glede žrtvina pristupa sudu i njezina prava na naknadu štete, uključujući pravne troškove, te da treba usvojiti nacionalne programe financiranja državnih i ne-državnih mjera za pomoć i zaštitu žrtava. Sjednica Vijeća održana 15. i 16. listopada 1999. u Tampere, (Tampere European Council, Presidency Conclusions).

⁴⁰ *Green paper Compensation to crime victims COM (2001), 536 final, 28.09.2001.* (dalje: *Green paper*).

⁴¹ U najstrožem obliku ono je propisano u Luxemburgu, Nizozemskoj, Portugalu i Švedskoj. Nešto manje strogo načelo supsidijarnosti primjenjuje se u Belgiji, Danskoj i Finskoj, gdje se od žrtve traži da u razumnoj mjeri iscrpi druge izvore, a uopće ga ne primjenjuju Austrija, Velika Britanija i Irska, gdje žrtva može izabrati kome će se obratiti za naknadu. *Green paper*, str. 16.

⁴² Razliku ne prave Danska, Finska, Francuska, Irska, Velika Britanija i Švedska, a štete nastale u prometu isključuju sve osim Švedske. *Ibid.*, str. 12.

⁴³ Neke države sustavom naknade uz neposredne i posredne žrtve obuhvaćaju samo slučajne žrtve (Austrija), neke samo pomagače (Irska, Portugal, Velika Britanija), a većina i jedne i druge (Belgija, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Švedska). *Loc. cit.*

⁴⁴ To su npr. Austrija, Danska, Finska, Francuska, Luxemburg, Portugal i Švedska. Za to se uglavnom traži ispunjenje brojnih dodatnih pretpostavki, uključujući onu da žrtva prvo mora zatražiti naknadu u državi u kojoj je štetu pretrpjela. *Loc. cit.*

⁴⁵ Neke države izričito propisuju da daju naknadu za pretpostavljene buduće gubitke u zaradi (ili potencijalni gubitak zarade) kao i nematerijalnu naknadu koja nije povezana s nekim posebnim troškom, ali je uračunata s obzirom na težinu nesposobnosti. Ovaj nematerijalni dio ponekad se izračunava na način da uključuje u sebi i naknadu za estetske zahvate, dok se u drugim sustavima ta naknada posebno naknađuje. Austrija, Irska, Nizozemska i Portugal vezuju svoju naknadu za troškove koje žrtva pretrpi. Daju naknadu za budući gubitak zarade ili sposobnosti zarađivanja. Uz to, Irska i Portugal naknađuju buduće medicinske i druge troškove koji mogu slijediti, a Nizozemska još i troškove vezane za pomoć kod kuće i rehabilitaciju. Austrija također priznaje troškove medicinske njege ukoliko žrtva treba pomoć za obavljanje

uvrštena kroz vrlo različite termine i jako je teško usporediti opseg njezine pokrivenosti.⁴⁶

U nekim pitanjima sustavi državnih naknada imaju načelno jednak pristup: većina država naknadu priznaje svim žrtvama nasilja na njihovom teritoriju (uključujući i državljane država izvan Europske unije);⁴⁷ medicinske troškove⁴⁸ i gubitak zarade⁴⁹ naknađuju sve države, priznaju naknadu uzdržavanim osobama za izgubljeno uzdržavanje ili financijsku pomoć i, u razumnim granicama, pokrivaju troškove pogreba.⁵⁰ Iako nisu predviđeni Konvencijom, većina država priznaje neke oblike naknade štete na imovini.⁵¹

Utvrđivanje visine naknade neke su države vezale za pravila odštetnog prava, pa se ona može zahtijevati za iste vrste šteta i pri utvrđivanju gubitaka slijede se opća pravila odštetnog prava. Neke države priznaju punu naknadu, jednaku onoj koju bi prema pravilima odštetnog prava bilo

osnovnih životnih aktivnosti. U nekim je državama (Belgiji, Danskoj, Finskoj, Luxemburgu i Švedskoj) nematerijalna šteta dodana ili uključena u naknadu za stvarni gubitak zarade i troškove koje je žrtva pretrpjela. Određivanje se temelji na ustanovljenom stupnju nesposobnosti ponekad izraženom u postotku, kada povećanje stupnja povećava i iznos naknade. Francuski sustav pokriva materijalne gubitke i nematerijalnu štetu, ali se određivanje temelji na izgubljenju budućoj zaradi i jednak stupanj nesposobnosti će dovesti do različitih iznosa naknada između osoba različitih godina i različitog prethodnog zaposlenja. Ibid., str. 13.-14.

⁴⁶ Bol i patnju kao poseban oblik nematerijalne štete priznaju Belgija, Danska, Finska, Francuska, Velika Britanija, Luxemburg i Švedska. Neke od navedenih država priznaju i dodatnu naknadu za moralnu štetu zbog povrede osobnog integriteta. Moralna se šteta utvrđuje po objektivnijim kriterijima, dok se naknada za bol i patnju utvrđuje prema subjektivnom kriteriju na temelju povreda koje žrtva pretrpi. Ibid., str. 14.-15.

⁴⁷ Neke (Francuska, Njemačka, Luxemburg i Španjolska) postavljaju dodatne uvjete da bi naknadu priznale i državljanima država izvan Unije: ili da imaju trajno boravište ili da su iz država s kojima u pitanju te naknade postoji reciprocitet. Bez obzira na reciprocitet, Luxemburg naknadu daje i državljanima članica Vijeća Europe. Od Austrije naknadu, osim državljana članica Unije, mogu dobiti jedino državljani članica EEA (*Europen Economic Area*). Ibid., str. 12.

⁴⁸ Većina država priznaje i troškove prijevoza žrtve u i iz bolnice, dok neke (Danska, Švedska), priznaju troškove prijevoza (Švedska i izgubljenju zaradu) i rodbini koja posjećuje žrtvu u bolnici. Ibid., str. 13.

⁴⁹ Velika Britanija temelji naknadu na tarifama koje se izračunavaju tako da uključuju izgubljenju zaradu s mogućnošću dodatne naknade za dugotrajne ozljede. I Nizozemska koristi tarife, dok se Španjolska ne poziva na gubitak zarade, ali priznaje pomoć po danu do oporavka. Loc. cit.

⁵⁰ Ibid., str. 13.-14.

⁵¹ Treba razlikovati štetu na imovini oštećenoj u vezi s nasilnim djelom i naknadu štete za ukradenu imovinu. Kada je žrtva napadnuta ili pokradena, sve države (osim Španjolske i Luxemburga) daju naknadu za predmete oštećene tijekom napada, uništenu odjeću, slomljene naočale i medicinska pomagala. Danska pokriva i mobilne telefone i nakit. Kada je riječ o ukradenim predmetima, ukoliko ne postoji veza s nasilnim napadom, jedino Danska, Finska, Francuska i Švedska nude naknadu za takav gubitak, s tim da je potrebno da taj gubitak prouzroči izuzetno veliku financijsku teškoću žrtvi. Neke od njih (Danska, Finska i Švedska) naknadom pokrivaju ukradene predmete i ukoliko je djelo izvršila osuđena osoba tijekom bijega iz zatvora ili institucije. Ibid., str. 13.

moguće ostvariti građanskom tužbom,⁵² dok drugi sustavi djeluju na *ex gratia* temeljima i dodjeljuju “pravičnu i primjerenu”, a ne punu naknadu.⁵³ Gotovo sve države imaju utvrđene maksimalne iznose, ili po pojedinačnoj žrtvi ili po određenim osnovama.⁵⁴

Za podnošenje zahtjeva za naknadu propisani su vrlo različiti rokovi.⁵⁵ Gotovo sve države zahtijevaju da je kazneno djelo prijavljeno istražnim organima, a ponekad je to izraženo kao općenitija obveza žrtve na suradnju s vlastima.⁵⁶ Uzimanje u obzir financijske situacije žrtve prihvaćeno je samo u državama koje priznaju “pravičnu i primjerenu” naknadu. Svi sustavi predviđaju neke temelje za odbijanje zahtjeva za naknadu.^{57, 58} U državama sa sustavima naknada iz fondova često se dolazilo do zaključka da se oni relativno rijetko koriste.⁵⁹

Ovako različit položaj oštećenika nije zadovoljavajući s obzirom na cilj izgradnje Europske unije kao područja slobode, sigurnosti i pravde za svih.⁶⁰ Utvrđena je potreba određivanja minimalnih standarda⁶¹ naknade na području Unije, koji ne bi smjeli služiti kao opravdanje za snižavanje

⁵² To su Danska, Finska, Francuska, Luxemburg, Švedska. Ibid., str. 16.

⁵³ Belgija, Irska, Nizozemska, Portugal i Španjolska ne nude punu, već “pravičnu i primjerenu” naknadu. Austrija i Njemačka priznaju različite oblike naknade materijalne štete, ali ne i nematerijalnu koja je priznata odštetnim pravom. Loc. cit.

⁵⁴ Ibid., str. 15.

⁵⁵ Irska ima propisan najkraći rok – 3 mjeseca od izvršenja kaznenog djela, dok je najduži rok žrtvama ostavila Finska – 10 godina. U nekim državama taj rok ne teče od trenutka pokretanja do okončanja kaznenog postupka; ili počinje teći tek po njegovu okončanju; ili se u njegovu određivanju kombiniraju oba momenta – izvršenje djela i okončanje kaznenog postupka. Ibid., str. 17.

⁵⁶ Ibid., str. 17.

⁵⁷ Kada je žrtva djelomično pridonijela nastanku štete (ponašanje u vezi s kaznenim djelom), članstvo u nezakonitim kriminalnim organizacijama, raniji kazneni dosje, veza s počiniteljem kaznenog djela, opće pozivanje na javni poredak ili nepravičnost. Ibid., str. 15.

⁵⁸ Uzimanje u obzir žrtvina ponašanja koje nije u vezi sa samom štetnom radnjom nije temelj umanjenja ni odbijanja naknade štete u odštetnom pravu, pa se opravdano postavlja pitanje pravičnosti odbijanja zahtjeva za naknadu štete osobama koje su bile uključene u kriminalne aktivnosti, pogotovo kada se radi o osobama koje to više nisu. Vrlo nepreciznim i neodređenim kriterijem za odbijanje zahtjeva smatra se i onaj kada je naknada suprotna javnom poretku, jer ostavlja prevelik stupanj diskrecije u sustavu naknade. Ibid., str. 30.

⁵⁹ To je, uglavnom, bila posljedica neznanja za njihovo postojanje. Posljednjih se godina, međutim, na tom planu dosta izmijenilo. Broj podnesenih zahtjeva još uvijek značajno varira od države do države. Podaci za 2000. godinu pokazuju da je najmanje zahtjeva bilo u Luxemburgu (16), a najviše u Velikoj Britaniji (78 165), a ukupno isplaćeni iznos naknade u navedenim je državama bio 42.000,00 odnosno 340.926.000,00 eura. Po broju zaprimljenih zahtjeva i isplaćenih iznosa naknade za Velikom Britanijom slijede Francuska (13 353 zahtjeva, isplaćeno 147.550.000,00 eura) i Njemačka (9 787 zahtjeva, isplaćeno 106.694.000,00 eura). Vidi ibid., str. 18.

⁶⁰ *Green paper*, str. 19.

⁶¹ Razmatranja o tome što bi imali pokrivati minimalni standardi vidi: *Green paper*, str. 21.-30.

standarda u postojećoj praksi pojedinih zemalja. U Prijedlogu Smjernice⁶² se kao cilj navelo ustanovljavanje minimalnog standarda naknade žrtvama kaznenih djela⁶³ i omogućavanje naknade u prekograničnim situacijama. Međutim, uskoro je postalo jasno da će se o minimalnom standardu teško postići suglasnost,⁶⁴ pa Smjernica Vijeća 2004/80 o naknadi štete žrtvama

⁶² *Proposal for a Council Directive on compensation to crime victims*, OJ 2003 C 045 E, 25.02.2003.

⁶³ Čl. 4. Prijedloga nosio je naslov "Načela određivanja iznosa naknade" i određivao da naknada treba obuhvaćati materijalnu i nematerijalnu štetu koja je nastala kao neposredna posljedica tjelesne ozljede koju je žrtva pretrpjela ili, u odnosu na bliske srodnike ili potomke, smrti žrtve (st. 1.). Nadalje, prema st. 2., iznos naknade trebao bi biti određen: a) od slučaja do slučaja, s tim da ne bi smio značajnije odstupati od onog kojeg se može očekivati da bude dosuđen u skladu s građanskim pravom države odgovorne za plaćanje naknade; b) prema unaprijed određenim tarifama za čitavu naknadu ili pojedine ili sve oblike gubitaka koje naknada uključuje. Ove tarife morale bi odražavati prosječan iznos koji može biti dosuđen u sličnim slučajevima, u skladu s građanskim pravom države odgovorne za plaćanje naknade. Kao oblik derogiranja st. 2. državama članicama bilo bi dopušteno propisivanje maksimalnog iznosa ukupne naknade po jednom podnositelju, ali ne manjeg od 60.000 eura, te mogućnost ograničenja naknade za izgublenu zaradu ili gubitak uzdržavanja, na temelju financijske situacije podnositelja na maksimalni iznos definiran od strane država članica (st. 3.).

Prijedlogom je bila predviđena i mogućnost plaćanja naknade prije donošenja odluke, kada za to ima opravdanih razloga, uz pravo na povrat kada se za to ostvare pretpostavke (čl. 5.), mogućnost isključivanja naknade u slučaju manjih povreda (čl. 6.), ponašanje podnositelja zahtjeva u neposrednoj vezi sa kaznenim djelom kao temelj umanjena ili odbijanja zahtjeva za naknadu (čl. 7.), uvjetovanje naknade time da je podnositelj učinio razuman napor da bi ishodio i ovršio presudu ili odluku o naknadi protiv štetnika, uz iznimke u određenim slučajevima (kada je vjerojatno da štetnik neće moći ispuniti, u cijelosti ili djelomično presudu ili odluku kojom je šteta dosuđena žrtvi, kada podnositelj nije u mogućnosti ishoditi presudu ili odluku o naknadi protiv štetnika unutar dvije godine od kada je kazneno djelo počinjeno, na temelju činjenice da policijska istraga ili kazneni postupak povodom tog kaznenog djela nisu završeni u tom roku; kada je podnositelj bio suočen s preprekama u ishodu presude jer nije mogao podnijeti građanskopravni zahtjev za naknadu štete protiv štetnika u državi svog prebivališta)(čl. 8.).

Pravila o uračunavanju naknada dobivenih iz drugih izvora i subrogaciji država članica ili nadležnih tijela bila su sadržana u čl. 9. i 10. Prijedloga.

Čl. 11. Prijedloga predviđao je mogućnost da država članica naknadu uvjetuje činjenicom da je podnositelj zahtjeva kazneno djelo prijavio nadležnom tijelu u državi u kojoj je ono počinjeno, u određenom roku, ne kraćem od 7 dana od njegova izvršenja, uz izuzetke u slučaju kada žrtva ima za to valjani razlog. Prema čl. 12. Prijedloga naknada ne bi smjela biti uvjetovana time da je počinitelj identificiran ili uspješno procesuiran, ali se može propisati suspendiranje donošenja odluke o zahtjevu do završetka policijske istrage ili kaznenog postupka ukoliko je suspenzija nužna da se ustanovi da li su pretrpljene ozljede prouzročene namjernim kaznenim djelom i ukoliko ne da povod nepotrebnom kašnjenju ili financijskim teškoćama podnositelja. Rok za podnošenje zahtjeva može biti propisan, ali ne smije biti kraći od dvije godine od završetka policijske istrage ili kaznenog postupka, prema tome što bude kasnije, a ukoliko ne budu pokrenuti, od izvršenja djela. Izuzetke bi trebalo priznati u slučajevima kada se od podnositelja razumno nije moglo očekivati da podnese zahtjev u propisanom roku (čl. 13.).

⁶⁴ Uskoro se počinje razmatrati pet mogućih rješenja za minimalne standarde: usvajanje smjernice prema prvotnom prijedlogu (smjernica koja će sadržavati i minimalne standarde i pravila o pristupu naknadi u prekograničnim situacijama); usvajanje modela smjernice kao pravne pomoći (smjernica samo za prekogranične situacije, koja sadrži isključivo postupovne odredbe); usvajanje smjernice o naknadi u prekograničnim situacijama dopunjene odredbama koje će garantirati da svaka država članica ima sustav naknađivanja; usvajanje smjernice

zločina,⁶⁵ konačno usvojena 29. travnja 2004. godine,⁶⁶ (dalje: Smjernica) ne sadrži te odredbe.

Smjernica uspostavlja sustav kooperacije za omogućavanje pristupa naknadi žrtvama nasilja u prekograničnim situacijama, koji treba djelovati na temelju sustava naknade žrtvama namjernih nasilnih kaznenih djela država članica, počinjenih na njihovim teritorijima. Naknadu mora platiti članica na čijem je teritoriju kazneno djelo izvršeno, ali žrtvi mora biti omogućeno, s minimalnim administrativnim formalnostima, podnošenje zahtjeva za naknadu ovlaštenom tijelu u državi njenog redovitog boravišta.⁶⁷ Članice imaju obvezu podnositelja zahtjeva što bolje informirati o pravu na naknadu i omogućiti mu brzo i jednostavno ostvarenje tog prava.⁶⁸ Smjernica sadrži detaljna pravila o mogućem saslušanju podnositelja zahtjeva ili drugih osoba, o jeziku na kojem se prenose informacije, jeziku teksta odluke o naknadi i izvješća o saslušanju i zabranjuje terećenje podnositelja zahtjeva troškovima za usluge asistirajućeg tijela, ovjeravanje dokumenata ili slične formalnosti.⁶⁹

Drugi dio Smjernice nosi naziv "Nacionalni sustavi" i određuje da njome propisana pravila o pristupu naknadi u prekograničnim situacijama trebaju djelovati na temelju nacionalnih sustava državnih naknada, a da sve članice trebaju osigurati da njihova nacionalna pravila predviđaju postojanje takvih sustava naknade žrtvama nasilnih namjernih kaznenih djela počinjenih na njihovom teritoriju koji će garantirati pravičnu i primjerenu naknadu žrtvama (čl. 12).

o pristupu naknadi u prekograničnim slučajevima i rezolucije o minimalnim standardima, te usvajanje smjernice i odluka s obzirom na Konvenciju Vijeća Europe 1983. (smjernica bi sadržavala postupovne odredbe o pristupu u prekograničnim slučajevima, a u isto vrijeme članice bi usvojile Odluku o potpisivanju i ratifikaciji ili pristupu Konvenciji), Vidi: 5678/04, 30.01.2004., Predsjedništvo – Odboru za građanskopravna pitanja.

⁶⁵ *Council Directive 2004/80 EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims*, OJ L 261, 06.08.2004.

⁶⁶ Stupila na snagu 26.08.2004.

⁶⁷ Države članice moraju osigurati da kada nasilno namjerno kazneno djelo bude izvršeno u državi članici različitoj od države članice u kojoj žrtva ima redovito boravište, podnositelj zahtjeva ima pravo podnijeti zahtjev ovlaštenom tijelu u ovoj drugoj državi (čl. 1.). Naknada treba biti plaćena od nadležnog tijela države članice na čijem je teritoriju kazneno djelo izvršeno (čl. 2.). Države članice moraju ustanoviti ili odrediti jedno ili više tijela ili drugih organa kojima se zahtjevi podnose (asistirajuće tijelo), te onih koji odlučuju o naknadi (tijelo koje odlučuje), s tim da trebaju nastojati zadržati minimum administrativnih formalnosti koje će se zahtijevati od podnositelja zahtjeva za naknadu (čl. 3.).

⁶⁸ Države članice moraju osigurati da potencijalni podnositelji zahtjeva za naknadu imaju pristup bitnim informacijama o mogućnostima prijave za naknadu svim sredstvima koje države stranke smatraju primjerenim (čl. 4.). U čl. 5.-8. Smjernica precizira obveze asistirajućeg tijela i tijela koje o zahtjevu odlučuje prije no odluka bude donesena.

⁶⁹ Čl. 9.-11. Smjernice

Treći dio Smjernice sadrži implementirajuće odredbe.⁷⁰ Rok za donošenje zakona, propisa i upravnih mjera nužnih za usklađivanje sa Smjernicom bio je 1. siječnja 2006., osim za osnivanje nacionalnih sustava naknade, za što je rok bio 1. srpnja 2005. (čl. 18. st. 1.).⁷¹

Republici Hrvatskoj, dakle, u postupku usklađivanja propisa s pravom Europske unije predstoji i obveza osnivanja sustava naknade štete žrtvama namjernih kaznenih djela nasilja izvršenih na njezinom teritoriju i mehanizama za suradnju u prekograničnim situacijama. Do usvajanja minimalnog standarda na području Unije minimum zaštite koji taj sustav mora žrtvama pružiti nije određen, ali on ne bi smio bitno odstupati od onog koji određuje Konvencija, jer je većina postojećih nacionalnih sustava "velikodušnija" prema žrtvama i treba očekivati da će na području Unije vrijediti, ako ne viši, ono barem standard jednak onom iz Konvencije.

4. Neka poredbenopravna rješenja problema naknade štete žrtvama terorističkih akata

4.1. Općenito

Navedeni se dokumenti i minimalni standard zaštite odnose na sve žrtve namjernih kaznenih djela nasilja, u koje, naravno, ulaze i žrtve terorističkih akata. Problem naknade štete žrtvama terorističkih napada posebno je rješavan u propisima i sudskoj praksi država u kojima terorizam i organizirani kriminal već desetljećima predstavljaju posebno izražen sigurnosni problem. Zbog specifičnosti prihvaćenih rješenja kao primjere navodimo Italiju, Francusku i Španjolsku.

4.2. Italija

Čl. 1. talijanskog Zakona o javnoj sigurnosti⁷² propisuje da tijela javne sigurnosti paze na održavanje javnog reda i sigurnosti građana, a moguća odgovornost države u svakom se slučaju utvrđuje s obzirom na konkretne

⁷⁰ Čl. 13.-21. Smjernice. Smjernica ne sprečava države članice sve dok su takve odredbe s njom u skladu, da uvedu ili zadrže povoljnije odredbe u korist žrtava ili bilo koje druge osobe pogođene kaznenim djelom; da uvedu ili zadrže odredbe u svrhu naknađivanja štete žrtvama kaznenih djela počinjenih izvan njihova teritorija, ili bilo kojoj drugoj osobi pogođenoj tim kaznenim djelom, a pod uvjetima određenim od države članice u tu svrhu (čl. 17.).

⁷¹ Državama je ostavljena mogućnost propisivanja da se nužne mjere za usklađivanje trebaju primijeniti samo na one podnositelje čije ozljede budu posljedice kaznenih djela počinjenih nakon 30. lipnja 2005. (čl. 18. st. 2.)

⁷² *Regio Decreto 18.6.1931., no. 773., cit. prema ZACCARIA, ALESSIO, BISAZZA, GIOVANNI, Liability for Acts of Terrorism Under Italian Law, u: Terrorism, Tort Law and Insurance, A Comparative Survey, Springer-Verlag, Wien, 2004., str. 68.*

okolnosti slučaja. Službenik javne sigurnosti koji propusti, namjerno ili grubom nepažnjom, povjereno mu vođenje brige o sigurnosti građana može se smatrati odgovornim za štetu koja bude prouzročena terorističkim aktom, a nastanak koje se može pripisati propustu u njegovu djelovanju. Zahtjev za naknadu štete može biti upućen neposredno i državnoj upravi, koja nakon što naknadi štetu oštećenom, ima pravo regresa prema državnom službeniku.⁷³

Porast broja terorističkih akata i jačanje organiziranog kriminala dovelo je do progresivnog uvođenja sustava javnih naknada – državnih donacija.⁷⁴ Zakoni koji čine ovaj sustav jesu: Zakon od 13. kolovoza 1980., br. 466;⁷⁵ Zakon od 20. listopada 1990., br. 302;⁷⁶ Zakon od 23. studenog 1998., br. 407⁷⁷ i Zakon od 3. kolovoza 2004., br. 206.⁷⁸ Sudska praksa je za ove propise potvrdila da su oni oblik javnog obeštećenja kojem je *ratio* temeljno pravo na društvenu solidarnost izraženo u čl. 2. Ustava.⁷⁹ Odredbe tih zakona sudska praksa tumači kao izraz nacionalne solidarnosti,⁸⁰ a kao

⁷³ ZACCARIA/BISAZZA, op. cit., str. 68.

⁷⁴ One su prvo bile namijenjene pripadnicima sigurnosnih snaga koji su bili žrtve na dužnosti, a kasnije je njihova isplata proširena u korist članova pravosuđa i građana koji su ozbiljno i trajno nesposobni zbog posljedica povreda prouzročenih terorističkom ili mafijaškom radnjom. Ibid., str. 57.

⁷⁵ *Legge 13 agosto 1980, n. 466*, G.U. n. 230, od 22.08.1980. Dalje: Zakon 466/1980. Ovaj zakon propisuje pravo na naknadu u korist sudaca, snaga javnog reda, civilnog osoblja koje je dio državne administracije zatvora i vatrogasaca koji su, dok su bili na dužnosti, kao neposredan rezultat povreda nanesenih kao posljedica terorističkih ili kriminalnih radnji ili na javnoj dužnosti, pretrpjeli trajnu nesposobnost od najmanje 18 posto radne sposobnosti ili takvu da je, u svakom slučaju, izazvala kraj zaposlenja (tzv. žrtve dužnosti).

⁷⁶ *Legge 20 ottobre 1990, n. 302*, G.U. n. 250, od 25.10.1990. Dalje: Zakon 302/1990. Ovaj zakon u čl. 1. za svakoga tko pretrpi trajnu nesposobnost, kao rezultat povreda koje su posljedica terorističkih napada ili rušenja demokratskog poretka izvršenog na državnom teritoriju predviđa naknadu ovisno o postotku utvrđene radne nesposobnosti. Kada se trajna nesposobnost odnosi na najmanje dvije trećine radne sposobnosti, žrtva, umjesto jednokratne donacije može izabrati doživotnu anuitetnu isplatu.

⁷⁷ *Legge 23 novembre 1998, n. 407*, G.U. n. 277, od 26.11.1998. Dalje: Zakon 407/1998. Isti događaji koji daju pravo na naknadu prema navedenim zakonima, prema Zakonu 407/1998 (nove norme u korist žrtava terorizma i organiziranog kriminala) svakome tko pretrpi trajni invaliditet u najmanje četvrtini radne sposobnosti, daju pravo na dodatnu naknadu u obliku doživotne isplate u mjesečnim anuitetima.

⁷⁸ *Legge 3 agosto 2004, n. 206*, G.U. n. 187, od 11.08.2004. Dalje: Zakon 206/2004. On osim povećanja iznosa ranije navedenim zakonima priznatih naknada predviđa i neke druge povlastice u korist žrtava: psihološku pomoć žrtvama i njihovim obiteljima na trošak države, oslobođenje od svih taksi i pristojbi na dokumente i postupak ostvarenja njine propisanih prava, oslobođenje naknade od direktnih i indirektnih poreza, a mirovine od poreza na dobit, oslobođenje žrtava i obitelji od participacije za sanitarne i farmaceutske usluge, država snosi trošak zastupanja žrtava u kaznenim, građanskim i upravnim postupcima.

⁷⁹ *Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 2: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."*

⁸⁰ Vidi odluke: *La Corte Suprema di Cassazione, sez. III civile, br. 632 od 30.01.1990. godine: "...Non può farsi ricorso al principio della compensazione del lucro con il danno,*

njihov cilj uvođenje oblika doprinosa zajednice u slučaju štete građanima slučajno upletenim u epizode organiziranog kriminala, borba protiv kojeg i njegovo suzbijanje predstavlja jednu od temeljnih zadaća države.⁸¹

Kada žrtva od posljedica pretrpljenih ozljeda umre, pravo prelazi na članove njezine obitelji. Za odnos između navedenog sustava javnih naknada i sustava građanskopravne odgovornosti za štetu nanесenu žrtvi ili njezinoj rodbini, navodi se da nije potpuno jasan.⁸² Prema većini sudskih odluka, posebna naknada prema Zakonu 466/1980 u korist žrtava dužnosti (ili članova obitelji) ne može smanjiti iznos koji duguje onaj koji je proузročio (ili pomogao) štetni događaj, budući da se propisani iznos daje iz solidarnosti i samo je prigodan, te nije uzročno povezan s nezakonitim štetnim događajem.⁸³ Posljedica isključenja lanca uzročnosti između naknade dodijeljene na temelju Zakona 466/1980 i odštetnog sustava koji propisuje

in relazione alla speciale elargizione suddetta: lo spirito informatore della provvidenza va rinvenuto nella solidarietà nazionale... ”;

Corte dei Conti, sez. I, br. 146 od 25.05.1992. godine: ” Il potere discrezionale conferito al giudice dall’art. 1226 c.c. di liquidare il danno in via equitativa è subordinato alla condizione che sia impossibile o molto difficile provare il danno nel suo preciso ammontare, così come il potere sindacatorio del giudice contabile può svolgere una funzione integrativa e giammai sostitutiva del procuratore generale ai fini di provare il fondamento del danno stesso; e, pertanto, è nullo l’atto di citazione che faccia riferimento ad una somma determinata a titolo meramente indicativo e provvisorio, con la richiesta di una determinazione in via equitativa (fattispecie di risarcimento delle somme corrisposte a carico del fondo per l’erogazione delle pensioni a favore dei familiari delle vittime del dovere). ”;

Corte dei Conti, br. 876/A od 15.04.1993. godine: ”La speciale elargizione prevista dalla l. 13 agosto 1980 n. 466 a favore dei congiunti delle ”vittime del dovere”, è intesa a corrispondere ad esigenze specifiche di solidarietà che si pongono al di fuori del meccanismo tipico dell’illecito, per cui non costituisce danno risarcibile da parte del dipendente l’erogazione di somme che rinvenga in essa il proprio titolo. ” Izvor: Juris data, Giuffrè Editore.

⁸¹ *Consiglio di Stato, sez. IV, odluke od 14.05.1999. godine, br. 845: ” La ”ratio” delle disposizioni normative della l. 20 ottobre 1990 n. 302 va ravvisata nell’intenzione del legislatore di attribuire il beneficio a chiunque si fosse trovato inconsapevolmente coinvolto o ai familiari di chi avesse addirittura perso la vita in occasione di episodi malavitosi cui era totalmente estraneo, introducendo una forma di partecipazione della collettività nel caso di pregiudizi in danno di soggetti che fossero stati accidentalmente coinvolti in episodi riflettenti la criminalità organizzata la cui lotta rappresenta uno dei fini precipui dello Stato. ”*

i br. 846: ”La l. 20 ottobre 1990 n. 302 ha come obiettivo di introdurre una forma di partecipazione della collettività ai soggetti che siano accidentalmente coinvolti in episodi di criminalità organizzata, la cui lotta e repressione costituiscono uno dei fini precipui dello Stato. ” Izvor: Juris data, Giuffrè Editore.

⁸² ZACCARIA/BISAZZA, op. cit., str. 58.

⁸³ *Cassazione civile, sez. III, br. 632 od 30.01.1990. godine: ”La speciale elargizione prevista dalla l. 13 agosto 1980, n. 466 –che sia stata erogata a favore dei prossimi congiunti di una vittima del dovere (nella specie uccisa in occasione d’una rivolta di detenuti) – non può essere portata in diminuzione della somma dovuta agli stessi a titolo di risarcimento del danno dalla Amministrazione dello Stato, in concreto riconosciuta aver concorso a causare l’evento dannoso, dovendosi escludere una cosiddetta compensatio lucri cum danno, giacché la speciale elargizione corrisposta per motivi di solidarietà trova solo occasione, ma non dipendenza genetica o causale, nel fatto illecito dannoso, che ha reso attuale una delle ipotesi previste dalla legge per l’erogazione di quell’indennizzo.”;*

Codice civile, mogla bi biti nemogućnost države da se od štetnika regresira za iznos isplaćen žrtvi. Međutim, u nekoliko sudskih odluka o ovom pitanju odlučeno je da pod pretpostavkom isplate posebne naknade propisane Zakonom 466/1980, javna uprava može ostvariti pravo na regres podnošenjem građanske tužbe u kaznenom postupku protiv optužene osobe.⁸⁴

Za razliku od Zakona 466/1980 koji ne spominje to pitanje, Zakon 302/1990 ponavlja načelo da je dodijeljena naknada neovisna o pravu na naknadu štete ozlijeđenog subjekta ili drugih korisnika prema onima koji su odgovorni za štetni događaj, te propisuje da ukoliko je ovlašteniku prava na javnu naknadu već dosuđena naknada štete, odgovarajući iznos mora biti odbijen od iznosa javne naknade, dok, ukoliko naknada još nije dosuđena, država može, za odgovarajući iznos javne naknade, stupiti u prava ovlaštenika prema odgovornima.⁸⁵

4.3. Francuska

U Francuskoj je jako teško učiniti državu odgovornom za povredu obveze održavanja sigurnosti na javnim mjestima. Mora se dokazati gruba nepažnja (*faute lourde*). Mnogo je slučajeva (svi se odnose na tužbe koje su podigla osiguravajuća društva) u kojima je odlučeno da osim ukoliko izričito nije zakonom propisano, država ne može biti odgovorna za terorističke akte počinjene na teritoriju Francuske.⁸⁶ Tako se npr. činjenica da država ne uspijeva smanjiti broj terorističkih napada na Korzici ne može smatrati grubom nepažnjom koja bi povlačila za sobom odgovornost države,⁸⁷ nedovoljan broj pripadnika policije nije temelj za tužbu, niti je to činjenica da zaštitna ograda nije bila dovoljno visoka.⁸⁸

Cassazione civile, sez. III, br. 8772 od 12.08.1991. godine: "Le speciali elargizioni previste dalla l.13 agosto 1980 n. 466, a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche, non riducono il credito di indennità, a norma dell'art. 2045 c.c., nel caso di danno cagionato in stat odi necessità." Izvor: Juris data, Giuffrè Editore.

⁸⁴ *Corte d'Assise di Roma, Ordinanza, 07.03.1983. godine: "Nell'ipotesi di erogazione da parte del ministero dell'interno, a seguito dei fatti di terrorismo, della speciale elargizione prevista dalla l. 13 agosto 1980 n 466 e successive modifiche, è ammissibile la costituzione di parte civile di detta amministrazione dello Stato finalizzata ad ottenere la condanna degli imputati al rimborso della somma erogata."*

Cassazione penale, sez. I, od 14.05.1980. godine: "Qualora un appartenente alle forze di polizia resti vittima del dovere in conseguenza di un reato l'autore di questo è obbligato tanto al risarcimento del danno direttamente subito dai superstiti per effetto della morte del loro congiunto quanto al rimborso all'amministrazione dell'interno della somma erogata per legge ai familiari della vittima." Izvor: Juris data, Giuffrè Editore.

⁸⁵ ZACCARIA/BISAZZA, op. cit., str. 59.

⁸⁶ MORÉTEAU, OLIVIER, LAFAY, FABIEN, *Liability for Acts of Terrorism Under French Law, u: Terrorism, Tort Law and Insurance, A Comparative Survey*, Springer-Verlag, Wien, 2004., str. 42.

⁸⁷ *Cour administrative d'appel Marseille*, 5. srpanj 2001., no. 98MA01316, cit. prema loc. cit., bilj. 61.

⁸⁸ *Cour administrative d'appel Marseille*, 23. studeni 2000., cit. prema loc. cit., bilj. 62.

U posljednja dva desetljeća u Francuskoj su učestali teroristički napadi, što je potaklo rješavanje pitanja omogućavanja prikladne naknade žrtvama.⁸⁹ Poseban fond osnovan je 1986. godine, a sustav je unaprijeđen Zakonom od 6. srpnja 1990. Sada se zove Fond za naknadu štete žrtvama terorističkih akata i drugih napada.⁹⁰ Sredstva u Fondu dolaze iz poreza na premije osiguranja plaćene osiguravajućim društvima za osiguranje štete na imovini.⁹¹

Fond predviđa potpunu naknadu za fizičke ozljede, bol i patnju i svaki gubitak koji iz toga proizađe, ali ne pokriva štetu na stvarima.⁹² U slučaju smrti žrtvinoj se obitelj naknađuje ekonomski gubitak. Naknada uključuje pokriće svih medicinskih troškova, kao i sve dodatne troškove za medicinska pomagala i posebnu opremu, troškove njege i pomoći u kućanskim poslovima, uz dodatna prava iz socijalnog osiguranja (žrtvama terorizma priznat je status civilnih žrtava rata sa svim pravima i pogodnostima koje taj status donosi, što uključuje potpuno besplatnu medicinsku zaštitu i mirovinu).⁹³

U roku od tri mjeseca od primitka zahtjeva, Fond mora ponuditi određenu naknadu. Kada žrtva prihvati ponudu, ona je obvezujuća i ima snagu ovršne isprave. Isplata se vrši ubrzo nakon toga, ali može biti izvršena i isplata akontacije koja pokriva postojeće troškove, i to ne kasnije od mjesec dana nakon primanja prijave. Ukoliko žrtva odbije ponuđenu naknadu, u roku od petnaest dana treba poslati obrazac i može pokrenuti postupak pred građanskim sudom. Subrogacijom žrtvin zahtjev u potpunosti prelazi na Fond. Naknada od Fonda, međutim, ne iscrpljuje sve žrtvine zahtjeve. Ona može pokrenuti i postupak protiv odgovorne osobe da bi ostvarila veći iznos naknade, što je izuzetak od općeg pravila da nagodba isključuje sve naknadne zahtjeve.⁹⁴

⁸⁹ MORÉTEAU/LAFAY, op. cit., str. 29.

⁹⁰ *Fonds de Garantie des Victimes des Actes de terrorisme et d'autres Infractions*, dalje: Fond. Fondom upravlja odbor od 13 članova koji se imenuju na vrijeme od 3 godine. Ministar gospodarstva i financija imenuje predsjednika odbora. Fond je prvo naknađivao štetu svim francuskim državljanima koji su bili žrtve terorističkih napada na području Francuske ili u inozemstvu, te stranim državljanima koji su žrtve terorističkih napada na području Francuske. 1991. godine polje naknađivanja prošireno je i na naknadu žrtvama ozbiljnih napada (*infractions graves*) i, kasnije, žrtvama prometnih nezgoda koje su se dogodile u inozemstvu. Ibid., str. 31.

⁹¹ Loc. cit.

⁹² U odnosu na štetu na stvarima, sve osobe koje žive u unajmljenim stambenim prostorima moraju potpisati osiguranje koje se zove *multirisque habitation*, a koje pokriva većinu rizika za zgradu, njezine dijelove i posljedice štetnih radnji izvršenih od strane osiguranog i njegove obitelji. Vlasnici kuća i stanova također potpisuju takvo osiguranje, posebno ako je nekretnina pod hipotekom. Pokriće rizika povezanih s terorističkim aktom obvezno je po zakonu, ali osoba koja sudjeluje u njemu nije ovlaštena na naknadu. Može se koristiti i posebna osiguranja (osiguranja posebnih slučajeva) ili auto osiguranje (u odgovarajućim slučajevima, naravno). Ibid., str. 33.

⁹³ Ibid., str. 31.-32.

⁹⁴ Ibid., str. 32.-33.

Zbog učinkovitosti Fonda broj slučajeva koji su došli pred sudove nije velik. Ipak, zanimljivi su slučajevi u kojima su žrtve nakon što su primile, navodno, punu naknadu od Fonda, pred građanskim sudom zatražile naknadu štete od terorista. 1992. godine *Cour d'assises spéciale* u Parizu osudio je na doživotni zatvor člana terorističke grupe *Action Directe*, neposredno umiješanog u bombaški napad na središnju policijsku stanicu u Parizu, u srpnju 1986. godine. Žrtve su primile naknadu od tada novoosnovanog Fonda. Bez obzira na to, neke od njih postavile su građanskopravne zahtjeve u postupku pred kaznenim sudom, koji je bio mnogo velikodušniji od Fonda i dosudio im više iznose naknade. I Fond je sudjelovao u postupku da bi se regresirao za iznos isplaćen žrtvama. U građanskopravnom dijelu presude sud je odbio zahtjeve Fonda za regresom u odnosu na one žrtve kojima je Fond isplatio naknadu a one nisu postavile građanskopravne zahtjeve u tom postupku. Fond se žalio Vrhovnom sudu (*Cour de cassation*), koji je u odluci od 10. listopada 1993. odlučio da je Fond bio ovlašten na regres putem građanske tužbe i za one žrtve koje nisu pokrenule građanske postupke, jer zakonom zagarantirana subrogacija Fondu stvara samostalno pravo na tužbu. U tom je dijelu presuda mijenjana. Drugi žalbeni zahtjev Fonda, kojim se protivio nalogu suda o neuzimanju u obzir nagodbe, odbijen je. Sud je zauzeo mišljenje da dosuđivanje viših naknada onim žrtvama koje su istaknule građanskopravne zahtjeve pred kaznenim sudom ne pogoršava položaj Fonda, budući da iznos koji je viši od onog iz nagodbe ide u korist žrtvama, bez nanošenja štete Fondu.⁹⁵

4.4. Španjolska

Za svaku štetu koja proizađe iz redovitog ili izvanrednog djelovanja javnih službi u španjolskom je pravu propisana objektivna odgovornost državnih tijela.⁹⁶ Da bi ustanovio odgovornost državnih tijela, tužitelj mora

⁹⁵ Ova je presuda izazvala zanimljivo pitanje koje se tiče pravne prirode nagodbe zaključene između žrtve i Fonda. Ta nagodba ima snagu ovršne presude. Kao takva, gasi žrtvino pravo na tužbu, budući da je njezina svrha dodjeljivanje pune naknade žrtvi. Međutim, francusko pravo smatra nagodbe vrstom, posebnom kategorijom ugovora, pa se primjenjuje i načelo relativnog djelovanja ugovora (*effet relatif du contrat*). Nagodbe su, ipak, obvezujuće i za treće strane. Prema stajalištu Vrhovnog suda, učinak nagodbe ograničen je na njezine stranke, odnosno Fond i žrtve. Ona gasi pravo na bilo koji zahtjev žrtve prema Fondu, ali ne i zahtjev koji žrtva ima prema štetniku, koji nije stranka sporazuma. Ovo potiče novo pitanje – je li kazneni sud, kada odlučuje o građanskopravnom zahtjevu, vezan nagodbom? Loc. cit.

⁹⁶ Čl. 106. st. 2. Ustava Španjolske: "*Pojedinci, u skladu sa zakonom predviđenim uvjetima, imaju pravo na naknadu svake štete koju bi pretrpjeli u bilo kojem svomu dobru ili pravu, osim u slučaju više sile, pod uvjetom da ta šteta proizlazi iz funkcioniranja javnih službi.*" Prijevod: Bradarić, Ivan, *Vladavina prava*, br. 5., 1999., str. 175.-227.

Zakon o pravnom položaju državne uprave i općem upravnom postupku (*Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común*, BOE 285., 27.11.1992., dalje: LRJAP), čl. 139., *Principios de la responsabilidad*: "1. Los particulares

dokazati uzročnu povezanost između radnje javne službe i pretrpljene štete. Kao razlog oslobođenja od odgovornosti priznata je viša sila.⁹⁷ Međutim, namjerna radnja treće osobe (pa tako ni teroristički akt) ne predstavlja automatski višu silu. Odgovornost države ne može biti ustanovljena na temelju same činjenice što njezine snage nisu spriječile teroristički akt, budući da je nepredvidiv, a u većini slučajeva čak i kada je predvidiv, nije ga moguće spriječiti. Pravna znanost naglašava da minimalni stupanj djelotvornosti koja se od policijskih snaga može zahtijevati, ne dopušta pristup da je do svakog terorističkog napada došlo zbog propusta u njihovu djelovanju (država će biti odgovorna i morati naknaditi štetu jedino ukoliko se, uzevši u obzir okolnosti slučaja, može smatrati da je teroristički napad ili njegove posljedice bilo moguće izbjeći).⁹⁸

Pitanje državnih naknada žrtvama terorizma u Španjolskoj je trenutno regulirano čl. 93. Zakona 13/1996 od 30. prosinca 1996., o financijskim, upravnim i socijalnim mjerama, prema kojem se šteta od tjelesnih ozljeda i šteta na imovini prouzročena kaznenim djelima terorizma ili prigodom njihova izvršenja osobama koje za njih nisu odgovorne, naknađuje od države u opsegu i unutar pretpostavki propisanih posebnim propisima.⁹⁹ Razradu navedenog pravila sadrži Pravilnik o pomoći i naknadi žrtvama terorističkih zločina (*Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo*,¹⁰⁰ dalje: RAVT). U čl. 1.2. RAVT propisuje da će žrtve dobiti

tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.*

3. *Las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.*

4. *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial."*

⁹⁷ Čl. 106. st. 2. Ustava Španjolske; čl. 141.1. LRJAP: "*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*"

⁹⁸ MARTÍN-CASALS, MIQUEL, RIBOT, JORDI, *Liability for Acts of Terrorism Under Spanish Law*, u: *Terrorism, Tort Law and Insurance, A Comparative Survey*, Springer-Verlag, Wien, 2004., str. 106.-107.

⁹⁹ Španjolska je prvi put preuzela obvezu naknaditi štetu žrtvama naoružanih bandi i terorističkih grupa 19. siječnja 1979. godine Kraljevskim dekretom o zaštiti sigurnosti građana koji je dopunjen 1982. godine i dalje mijenjan s ciljem povećanja zaštite žrtava terorističkih napada.

¹⁰⁰ *Real Decreto 288/2003*, BOE 65., 17.03.2003.

naknadu od države za: osobne ozljede (tjelesne i duševne), i medicinske troškove; štetu na imovini prouzročenoj na redovnom mjestu stanovanja¹⁰¹ fizičke osobe, trgovačkim i industrijskim postrojenjima i političkim strankama, trgovačkim asocijacijama i sjedištima društvenih organizacija; troškove privremenog smještaja dok se ne izvrši popravak mjesta stanovanja; štetu na privatnim vozilima kao i štetu na vozilima namijenjenim kopnenom prijevozu osoba i dobara, osim onih koja su u javnom vlasništvu.¹⁰² Različiti "naslovi" oštećenja stvari naknadivi su, za razliku od osobnih povreda, jedino ako nisu pokriveni privatnim osiguranjem ili Konzorcijem za naknadu osiguranja ili kada su samo djelomično pokriveni.¹⁰³

Dio pravne znanosti smatra da navedena prava korespondiraju obvezi države da štiti mir i javnu sigurnost ili da su barem sredstvo preraspodjele rizika koji proizlazi iz postojanja naoružanih grupa suprotstavljenih državi.¹⁰⁴ Ali, bez obzira na to, sudska je praksa zauzela vrlo jasan stav da ova obveza naknade proizlazi iz pravne obveze države koja ima posebnu prirodu i koju država nameće samoj sebi kao izraz solidarnosti sa žrtvama.¹⁰⁵ Očito se ne identificira ni s odgovornošću javnih tijela ni sa zaštitom koju nudi socijalno osiguranje. Uz prava i naknadu predviđenu ovim zakonom, svaka trajna nesposobnost ili smrt prouzročena terorističkim napadom daje pravo na izvanrednu mirovinu.¹⁰⁶

Uz navedeno, Zakon o solidarnosti sa žrtvama terorizma (*Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo*),¹⁰⁷ dalje: LSVT) propisuje pravo žrtava terorizma da od države dobiju isplatu iznosa dosuđene naknade koju im počinitelj terorističkog akta i druge odgovorne osobe trebaju platiti za prouzročenu štetu. Prema čl. 2.1. žrtve terorizma ili radnje izvršene od strane jedne ili više osoba koje pripadaju naoružanoj bandi ili grupi koja je djelovala s ciljem ozbiljnog poremećaja mira i javne sigurnosti ovlaštene su dobiti naknadu posebne prirode od države koja će isplatiti odgovarajuću dosuđenu naknadu na ime odštetne odgovornosti

¹⁰¹ Ako nije uobičajeno mjesto stanovanja naknađuje se 50% štete na imovini, a do maksimalnog iznosa od 90.151,82 eura. (čl. 24.1. RAVT: "En las viviendas habituales de las personas físicas serán objeto de resarcimiento los daños sufridos en la estructura, instalaciones y mobiliario, pertenencias y enseres, que resulte necesario reponer para que aquéllas recuperen sus condiciones anteriores de habitabilidad, excluyendo los elementos de carácter suntuario. En las viviendas que no tengan el carácter de residencia habitual el resarcimiento comprenderá el 50 por 100 de los daños, con el límite de 90.151,82 euros.")

¹⁰² čl. 29. I RAVT traži da vozila budu osigurana, barem kroz obvezno osiguranje prema Zakonu o cestovnom prometu. MARTÍN-CASALS/RIBOT, op. cit., str. 93.-94.

¹⁰³ Čl. 3., 24.3, 27. i 28. RAVT.

¹⁰⁴ Vidi literaturu citiranu kod MARTÍN-CASALS/RIBOT, op. cit., str. 94., bilj. 29. i 30.

¹⁰⁵ Vidi sudsku praksu i literaturu citiranu kod loc. cit., bilj. 31.

¹⁰⁶ Loc. cit.

¹⁰⁷ BOE 242., 09.10.1999. Mijenjan je 2000. godine Zakonom 14/2000 od 29. prosinca (BOE 313., 30.12.2000.) i 2003. godine Zakonom 2/2003 od 12. ožujka (BOE 62., 13.03.2003.)

prema odredbama toga zakona.¹⁰⁸ Njegove su odredbe razrađene u provedbenim propisima.¹⁰⁹ Temelj obveze države na isplatu ne nalazi se u supsidijarnoj odgovornosti države (to izričito isključuje čl. 2.3., LSVT¹¹⁰), nego u načelu solidarnosti prema žrtvama i, u ovom slučaju, zaštite od insolventnosti osoba koje su odgovorne za prouzročenu štetu. Ima svoj temelj u ideji da država sebe postavlja kao jamca dosuđenih naknada koje bi žrtve trebale dobiti. Za razliku od drugih ranije spomenutih naknada, žrtve će primiti naknadu prema ovom zakonu samo ukoliko je štetnik nije platio (čl. 9.1., LSVT) i ako prije isplate prenesu na državu svoj zahtjev prema štetniku (čl. 8.2., LSVT i čl. 5.2. b i 9., RSVT). Naknadiva je jedino materijalna šteta zbog tjelesnih ili psihičkih ozljeda koje je žrtva pretrpjela (čl. 2.1., LSVT) ukoliko je teroristički napad izvršen u periodu od 1. siječnja 1968. do njegova stupanja na snagu.¹¹¹ Šteta na imovini i nematerijalna šteta koju žrtva pretrpi uslijed terorističkih napada, nisu naknadive prema ovom zakonu čak ni kad su pravomoćno dosuđene (čl. 2.2., RSVT). Država je obvezana platiti iznose štete dosuđene presudom, valorizirane prema indexu stalne vrijednosti peseta u 1999. godini (čl. 12., RSVT), a najmanje one koje su zakonom određene kao minimum za određene vrste povreda.^{112, 113}

I u slučaju osobne povrede i u slučaju oštećenja materijalnih dobara, prava i iznosi naknade kompatibilni su sa zahtjevima koje žrtva terorističkog napada može postaviti prema državnoj upravi ukoliko za napad, osim

¹⁰⁸ Čl. 2.1., LSVT: "*Las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana tendrán derecho a ser resarcidas por el Estado, que asumirá con carácter extraordinario el abono de las correspondientes indemnizaciones, en concepto de responsabilidad civil y de acuerdo con las previsiones de la presente Ley.*"

¹⁰⁹ RD 1912/1999, de 17 de diciembre, que aprueba el Reglamento de ejecución de la LSVT (BOE 305., 22.12.1999.), dalje: RSVT i RD 1974/1999, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo (BOE 307., 24.12.1999.).

¹¹⁰ Čl. 2.3., LSVT: "*Las indemnizaciones otorgadas al amparo de esta disposición se concederán por una sola vez y no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna.*"

¹¹¹ Do 9. listopada 1999. (čl. 2.2. LSVT). Ovaj se rok sukcesivno mijenjao ovisno o prekidima primirja s organizacijom ETA.

¹¹² U Aneksu II LSVT sadrži tablicu minimalnih iznosa naknade za smrt i pojedine vrste ozljeda. Za smrt to je iznos od 138.232,78 eura, dok iznosi za povrede ovisе o njihovoj težini i trajnosti.

¹¹³ S obzirom da su žrtvi dostupni različiti zahtjevi, potrebno je naglasiti neke od razlika u pravima koja sadrže. Za osobne ozljede, uz vrlo specifične izuzetke, primjenjuje se načelo potpune naknade. Dakle, žrtva može ostvariti oba prava – pravo koje predviđa RAVT i naknadu na ime štetnikove odgovornosti kako je propisuje LSVT. Jedino dopunska prava namijenjena pokriću troškova poput medicinske njege, proteza ili operacija ovisе o činjenici da "nisu pokrivena bilo javnim bilo privatnim sustavom osiguranja" i u tom slučaju, prije prijave za naknadu prema LSVT-u, ona treba biti zahtijevana prema RAVT-u. Izvanredna mirovina zbog terorističkog akta nije kompatibilna s redovnom mirovinom socijalnog osiguranja koja može isti ovlaštenik tražiti povodom istog štetnog događaja. MARTÍN-CASALS/RIBOT, op. cit., str. 96.

odštetne odgovornosti počinitelja, postoji i odgovornost tijela državne uprave prema odredbama LRJAP. Smatra se da je to u skladu s pravilima o pravima žrtava terorističkih akata, i to pravna znanost podržava.¹¹⁴

Španjolska sudska praksa koja se odnosi na pitanje odštetne odgovornosti u slučaju terorističkog akta ograničena je na presude u kojima su španjolski sudovi državna tijela oglasili odgovornima jer nisu poduzeli mjere potrebne za sprječavanje samog terorističkog akta ili su pri tom nanijela štetu građanima.¹¹⁵ Polazno mišljenje u ovoj sudskoj praksi je da obveza garancije javne sigurnosti ne pretvara državu u jamca za svaku štetu koja proizađe iz terorističkog akta i koju građani mogu pretrpjeti. Namjerna radnja terorista, u načelu, prekida eventualnu kauzalnu vezu između pretrpljene štete i djelovanja javnih službi poput policije. STS od 26. rujna 2000. (RJ 2000/8024) je vrlo znakovita odluka u tom pogledu.¹¹⁶ Vrhovni sud presudio je da “čak i kada se priznaje objektivna odgovornost države, nužno je da postoji uzročna veza između štetne posljedice i radnje državnog tijela.” Iako nije smatrao nužnom i isključivost i neposrednost, zauzeo je stav da se “ne implicira da u svakom slučaju država mora biti osiguratelj za štetu u svakom štetnom događaju koji proizađe iz kaznenih aktivnosti. Ukoliko do njih dođe, a nisu povezane s abnormalnim djelovanjem državnih tijela, prekida se kauzalna veza koja je pretpostavka za ustanovljavanje odštetne odgovornosti države.”¹¹⁷

Vrhovni je sud odbio dosuditi iznos od preko 3 milijuna eura koje je zahtijevao vlasnik broda pod francuskom zastavom potopljenog u terorističkom napadu dok je bio u doku u luci *Pasajes* (STS od 15. studenog 1985., RJ 1985/5587). Odlučio je da se šteta ne može pripisati državnim tijelima jer “treba racionalno shvatiti da priroda terorističkog napada koja je prouzročila štetu, manifestiranjem razornih sredstava poput onih s posebno usavršenim elementima razornosti, prelazi opseg redovnog djelovanja upravnog nadzora i sigurnosti u upravljanju lukom.” Štoviše, način izvršenja napada (ronioci su pričvrstili eksploziv u trup broda) “nužno prelazi uobičajeni nadzor koji se može tražiti od straže zadužene za nadzor lučkih postrojenja.”¹¹⁸

¹¹⁴ Ibid., str. 96.-97.

¹¹⁵ Ibid., str. 97.

¹¹⁶ Tužitelj je podigao tužbu protiv Španjolske zahtijevajući naknadu u iznosu preko 48.000 eura za štetu prouzročenu robi u njegovu vlasništvu u slučaju terorističkog napada na prostore porezne službe za kupce smještene u luci u Barceloni. U svojoj žalbi Vrhovnom sudu tužitelj navodi da odredbe koje se tiču objektivne odgovornosti državnih tijela nisu primijenjene u tom slučaju.

¹¹⁷ Ibid., str. 107.

¹¹⁸ U tom slučaju Vrhovni sud nije spomenuo eventualnu objektivnu odgovornost državnih tijela zaduženih za luku i svoju je pažnju usredotočio na pitanje razgraničavanja opsega funkcija nadzora i sigurnosnih dužnosti državnih tijela zaduženih za luku unutar lučkih postrojenja, u koje brodovi koji su na doku moraju biti uključeni da bi bili zaštićeni od mogućih štetnih radnji trećih osoba. Loc. cit.

Sudovi su povremeno zauzimali stajalište da je, pod danim okolnostima, stvarna mogućnost sprječavanja ili smanjivanja štete postojala i zbog toga državna tijela, bez obzira na odgovornost počinitelja i njegovih pomagača, također postaju neposredno odgovornima prema žrtvama. To je slučaj u odlukama Vrhovnog suda u kojima je temelj za odlučivanje u korist tužitelja bila pasivnost policije kada je trebala djelovati ili je već djelovala u odnosu na terorističku prijetnju.¹¹⁹

5. *Odgovornost Republike Hrvatske za štetu prouzročenu terorističkim aktom*

5.1. *Polje primjene ZOTA*

Velik problem kod primjene ZOTA moglo bi predstavljati određivanje polja njegove primjene. Ono je propisano čl. 1. koji glasi:

¹¹⁹ U STS 3a, od 27. prosinca 1988. godine (RJ 1988/9706) roditelji su podigli tužbu protiv Ministarstva unutarnjih poslova zahtijevajući naknadu u iznosu od 132.222 eura. U postupku je dokazano da je u noći između 25. i 26. lipnja 1982. godine, u vrijeme terorističke kampanje organizacije ETA protiv instaliranja nuklearnog pogona u Lemóniz koji je u vlasništvu električne kompanije IBERDUERO, sumnjivi paket smješten ispred ureda te kompanije (Rentería). Lokalna policija, smatrajući da bi mogao sadržavati eksploziv, pozvala je službu za deaktiviranje nacionalne policije, osigurala mjesto i nadgledala ga čitavu noć. Budući da se pozvana služba nije pojavljivala, usprkos ponovljenim pozivima, lokalna je policija odlučila prekinuti mjere u ranim jutarnjim satima. Nekoliko sati kasnije sin tužitelja je ugledao paket i udario ga, zbog čega je došlo do eksplozije. Vrhovni sud je odlučio da je država neposredno odgovorna za štetu budući da je jasno da sigurnosne snage države (nacionalne policije), koje su imale na raspolaganju tehnička sredstva za sprečavanje tog kaznenog djela, usprkos tome što su bile upozorene na vrijeme, nisu djelovali onako kako se od njih redovito može očekivati.

Presude STS 3a, od 31. siječnja 1996. godine (RJ 1966/474) i STS 3a, od 18. srpnja 1997. godine (RJ 1997/6083) odnose se na dvije tužbe za naknadu štete podignute protiv Ministarstva unutarnjih poslova od strane žrtava terorističkog napada koji je ETA počinila 1987. godine u Barceloni u trgovačkom centru Hipercor. Suprotno tvrdnji države da je šteta bila nepredvidiva i neizbježiva, Vrhovni je sud potvrdio stajalište žalbenog suda i odlučio protiv države, s obzirom da policija nije primjereno reagirala na upozorenje da je postavljena bomba i da je propustila sigurnosne mjere potrebne za sprečavanje masakra, budući da je posumnjala u uvjerljivost upozorenja.

Odluka STS 3a, od 27. ožujka 1998. (RJ 1998/2942) odnosi se na slučaj poštanskog službenika koji je ozlijeđen u eksploziji pisma-bombe adresiranog na Glavnu komisiju Svjetske izložbe u Sevilji. Vrhovni sud je odlučio da je država bila nemarna jer nije imala tehničku opremu za provjeru sigurnosti i otkrivanje eksplozivnih naprava u sjedištu Izložbe. Ove su mjere bile potrebne jer su i Olimpijske igre u Barceloni 1992. godine i Seviljska Svjetska izložbe bile poznate kao mete terorističkih grupa i zbog toga su javni službenici trebali predvidjeti takav napad.

Ova posljednja odluka razlikuje se od stajališta zauzetog u STS od 3. lipnja 1985. godine koje je državu oslobodilo odgovornosti kada je bomba eksplodirala u sjedištu satiričkog magazina "El Pápus". Usprkos činjenici da je napad uslijedio kratko nakon što je bila prekinuta policijska zaštita uspostavljena nakon prijetnji desničarskih skupina, Vrhovni sud je smatrao da "se čini očitim da takva posebna zaštita privatnih prostora ne može biti održavana neograničeno dugo ukoliko se uzme u obzir ograničenije dostupnih ljudskih resursa" i da je nakon povlačenja policijske zaštite tužitelj trebao usvojiti mjere samo-zaštite da bi spriječio nastanak štetc. Ibid., str. 98.-99.

“(1) Ovim se Zakonom uređuje odgovornost za štetu počinjenu aktima terora i drugim aktima nasilja poduzetim s ciljem teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana te uslijed demonstracija i drugih oblika masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima (u daljnjem tekstu: šteta).

(2) U smislu ovoga Zakona terorističkim aktom smatra se osobito akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana.”

Ova odredba ostavlja mogućnost vrlo širokog tumačenja polja primjene ZOTA, što je s pozicije oštećenih osoba, naravno, dobro, ali sudska praksa, vjerojatno, neće ići u tom smjeru. Naprotiv, čini nam se vjerojatnijim da bi se prisutne nepreciznosti zakonskih odredbi u slučaju dvojbi mogle tumačiti na štetu oštećenika, a da bi se državu što je moguće manje opteretilo odgovornošću.¹²⁰ Osim štete prouzročene štetnim radnjama iz čl. 1. st. 1., ZOTA se primjenjuje, odnosno Republika Hrvatska naknađuje i štetu prouzročenu sprečavanjem tih štetnih radnji i pružanjem pomoći žrtvama.¹²¹

Formulacija “akti terora i drugi akti nasilja...” ipak je napredak u odnosu na nepreciznost koju je sadržavao čl. 180. bivšeg ZOO-a (“akata nasilja ili terora”), jer bi iz nje trebalo biti jasno da su osim terorističkih akata obuhvaćeni i neki drugi akti nasilja. Međutim, budući da i ti drugi akti za cilj moraju imati teško narušavanje javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem nesigurnosti građana, teško da se aktima nasilja s takvim ciljem i može oduzeti karakter terorističkog akta. ZOTA se primjenjuje i na štetu nastalu demonstracijama i drugim oblicima masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima. Opravdano se postavlja pitanje je li putem “drugih oblika masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima” ostavljen prostor za primjenu toga zakona i na slučajeve koji nisu sami po sebi ni teror, niti su nasilje niti demonstracije, kao što su to različite proslave, politička, sportska, estradna okupljanja i sl.¹²² Nažalost, to ni iz dostupnih materijala s rasprave koja je prethodila njegovu donošenju, niti iz obrazloženja pojedinih njegovih odredbi nije potpuno jasno.¹²³ Iako bi na

¹²⁰ Tome u prilog govori i dosadašnja sudska praksa.

¹²¹ Čl. 4. ZOTA.

¹²² PEZO, IVICA, *Novo zakonodavstvo o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu*, Hrvatska pravna revija, god. IV., br. 1., 2004., str. 10.

¹²³ Predlagatelj napominje da “manifestacija predstavlja javni masovni nastup zbog izražavanja stanovitog odobravanja, solidarnosti, prosvjeda, dok demonstracija predstavlja javno izražavanje stanovitog društvenog raspoloženja, zahtjeva i pretežno negodovanja političke naravi putem priređivanja javnih skupova, povorki i slično. Bitno obilježje i jedna od pretpostavki odgovornosti države za štetu nastalu prilikom demonstracija i manifestacija je njihovo odvijanje na javnim mjestima – trgovinama, ulicama i sl., a takav zahtjev proizlazi i iz činjenice da su demonstracije događaji koje država drži pod svojim nadzorom. Osobito je značajno da se štetama od manifestacija i demonstracija mogu smatrati samo one štete koje su prouzročene djelovanjem mase njihovih sudionika dakle koje su u uskoj uzročnoj vezi s njima.”

temelju čl. 1. st. 1. ZOTA bilo moguće braniti čak i stav da su odgovornošću države obuhvaćeni svi oblici masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima, nismo sigurni da će je sudska praksa tako tumačiti.¹²⁴

Prijedlog ZOTA iz siječnja 2003. g. sadržavao je u čl. 1. samo prvi stavak, a prihvaćanjem primjedbi o nužnosti definiranja terorističkog akta¹²⁵ za potrebe njegove primjene, dopunjen je stavkom 2., prema kojem se terorističkim aktom smatra “*osobito akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana*”.¹²⁶ Budući da se terorističkim aktom smatra “*osobito akt nasilja*”, znači li to da postoje i teroristički akti koji nisu akti nasilja a Republika Hrvatska odgovara za njima prouzročenu štetu? Budući da oštećenik ima pravo samo na naknadu štete koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja,¹²⁷ “*osobito*”, iako odredbu čini nepreciznom, u praksi ne bi trebalo stvarati posebne probleme, jer će do takvih posljedica dovesti upravo akti nasilja. Međutim, ukoliko se terorističkim aktom smatraju (osobito) akti nasilja izvršeni “*u pravilu iz političkih pobuda*”, znači li to da postoje i teroristički akti koji nisu izvršeni iz političkih pobuda? I sam

Konačni prijedlog ZOTA, I. Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti zakonom te posljedice koje će donošenjem zakona proisteći.

¹²⁴ Niz je drugih pitanja koja se mogu javiti kao sporna: što se smatra masovnim – tj. koliko je minimalno sudionika potrebno; je li nasilje na javnim mjestima povodom sportskih manifestacija također obuhvaćeno navedenom odredbom; mogu li se različiti objekti (dvorane, sportski tereni i sl.) u vlasništvu fizičkih ili pravnih osoba privatnog prava smatrati javnim mjestima; hoće li se odredba primjenjivati i na izvorno mirne manifestacije (npr. kulturne priredbe) koje se pretvore u demonstracije i rezultiraju nasiljem; je li odredba, s obzirom na kontekst u kojem se javlja, u biti primjenjiva samo na izražavanje neraspoloženja (tako PEZO, loc. cit.), za što smatramo da nema dovoljno opravdanja, jer je za zaštitu oštećenika sasvim svejedno kojeg je karaktera bilo raspoloženje koje se izražavalo, a i pitanje je koliko se precizno može razlučiti raspoloženje i neraspoloženje. Itd.

¹²⁵ U čl. 1. st. 1. ZOTA govori o aktima terora, a u st. 2. terorističkim aktima. Očito je da se koriste kao sinonimi, pogotovo stoga što st. 2. ima svrhu definirati pojam akta terora iz st. 1., ali bi, baš zato, logičnije i preciznije bilo u oba stavka koristiti isti izraz. Čini nam se da, iako je i samom nazivu teroristički akt moguće naći prigovore, budući da je bio korišten i u ZOO-u, bolje koristiti samo njega. Akt terora čini nam se širim pojmom, jer se njime, barem u svakodnevnom govoru, označavaju razne vrste i oblici štetnih djelovanja, šikaniranja, zloraba prava i sl.

¹²⁶ Uz Konačni se prijedlog, u svrhu definiranja akata terora naglašavaju njihova osnovna obilježja:

“- *primjena nasilja i ostalih postupaka praćenih u pravilu okrutnostima i svirepošću a sve u namjeri izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana,*

- *političke pobude, odnosno politička pozadina i to naročito kod pojedinačno izvršenog akta nasilja. Uz navedena dva konstitutivna obilježja akata terora fakultativno – kao obilježja dopunske naravi, pojavljuju se i sljedeće karakteristike:*

- *vrlo često nasumce odabiranje žrtve,*

- *vrlo često izvršenje u ime i po nalogu neke terorističke organizacije.”* Konačni prijedlog

ZOTA, I. Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti zakonom te posljedice koje će donošenjem zakona proisteći.

¹²⁷ Čl. 7. st. 1. ZOTA. Naime, smrt, tjelesna povreda ili oštećenje zdravlja, javit će se kao posljedica nekog akta nasilja.

pojam *političkih* pobuda može izazvati probleme u primjeni ZOTA, jer ga taj zakon nije definirao, pa je na Državnom odvjetništvu i sudskoj praksi da određene pobude kvalificiraju kao političke.¹²⁸

Stavak 2. čl. 1. koji je trebao olakšati primjenu ZOTA i dati definiciju terorističkog akta, ne samo da to nije učinio nego je, smatramo, još i proširio mogućnosti različitog tumačenja pojma terorističkog akta.¹²⁹ Stoga ne vjerujemo da će se u našem pravu uskoro moći jasno i precizno odrediti za koje to akte nasilja, odnosno njima prouzročenu štetu Republika Hrvatska odgovara na temelju ZOTA. Gotovo je sigurno da namjera zakonodavca nije bila propisati tu odgovornost za svako nasilje na javnom mjestu, iako to iz same odredbe ne proizlazi. Sudska bi praksa morala dati velik doprinos pri definiranju terorističkog akta za potrebe primjene ZOTA, tumačenjem vrlo neprecizne i u nekim elementima kontradiktorne i nelogične definicije. Zanimljivo je, međutim, kako se sudovi nakon stupanja na snagu ZOTA, kada više ne moraju odlučivati o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu na materijalnim dobrima, već samo odbiti tužbene zahtjeve, više ne ustručavaju neke štetne radnje označiti kao terorističke akte. Tako se za štetu prouzročenu miniranjem od strane nepoznatog počinitelja kaže da "...

¹²⁸ Mora li ta pobuda biti izražena kroz program i način djelovanja određene organizacije, grupe ljudi ili i pobuda pojedinca može biti politička? Je li sama netrpeljivost i mržnja prema ljudima određenih osobina, karakteristika ili opredjeljenja politička pobuda ili "obična" pobuda za nasilje?

¹²⁹ Obilježja koja bi akt nasilja morao imati da bi država odgovarala za njime prouzročenu štetu sadržan je u st. 1. (cilj teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana), a u st. 2. čl. 1. ZOTA navedena su obilježja terorističkog akta (političke pobude s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana). Pitanje je odnosi li se cilj naveden u st. 1. i na terorističke akte i na druge akte nasilja, ili samo na druge akte nasilja. Koja je u biti razlika između "zastrašivanja i izazivanja osjećaja nesigurnosti građana" (st. 1.) i "izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana" (st. 2.)? Nikakva. Teško narušavanje javnog reda iz st. 1. ne spominje se kao obilježje terorističkog akta u st. 2., pa ispada da ga teroristički akt ni ne mora izazvati, odnosno imati cilj izazvati, što, naravno, nije točno. Naime, ukoliko je st. 2. dodan da bi definirao teroristički akt (samo spomenut u st. 1.), dovoljna su mu obilježja iz te definicije. Prema tom pristupu bi samo drugi akti nasilja morali biti poduzeti "s ciljem teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana", dok bi teroristički akti bili akti nasilja izvršeni "u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana" (ne bi, dakle, morali imati za cilj i teško narušavanje javnog reda) što je pravno neprihvatljivo. Čini se da je, ipak, ovakav sadržaj čl. 1., rezultat brzine i nedovoljne pažnje predlagatelja zakona. Dodavanje st. 2., kojim je definiran teroristički akt izvršeno je najvjerojatnije bez namjere da mu se oduzmu obilježja iz stavka 1., pa je i preklapanje dijela obilježja samo posljedica toga. S obzirom na to, ipak bi volju zakonodavca trebalo protumačiti na način da su u st. 1. dana "opća" obilježja i terorističkog akta i drugog akta nasilja, a da st. 2. sadrži posebno obilježje terorističkog akta (političke pobude).

Nasilje na javnim mjestima, bez obzira na pobudu iz koje je izvršeno, kod većine ljudi izaziva strah, užas i osjećaj osobne nesigurnosti. U konkretnom slučaju, a posebno kada se radi o slučajnim žrtvama, za njih je nebitno je li štetna radnja izvršena iz političkih pobuda ili nije, pa je nužno jasno određenje koji su to "*drugi akti nasilja*" iz čl. 1. st. 1. ZOTA obuhvaćeni odgovornošću države.

predmetna šteta predstavlja materijalnu štetu nastalu uslijed terorističkog akta,”¹³⁰ postavljanje eksplozivne naprave od strane nepoznatog počinitelja je “...nesporna činjenica da je šteta prouzročena terorističkim aktom”,¹³¹ “u postupku je utvrđeno da tužitelj potražuje nadoknadu štete za uništenu obiteljsku kuću uslijed terorističkog akta, a što inače nije ni sporno.”¹³² i sl.¹³³

Kvalificiranje pojedine štetne radnje kao terorističkog akta zaslužuje posebnu obradu, budući da je povezano i s problemom definiranja kaznenog djela terorizma, te niz drugih pitanja izvan odštetnog prava. Ovdje je navedeno samo u cilju ukazivanja na problem postojanja posebnog slučaja odgovornosti države u kojem nije jasno koje su štetne radnje njime obuhvaćene, koji je postojao u vrijeme primjene čl. 180. bivšeg ZOO-a, a nije otklonjen ni donošenjem ZOTA.

5.2. *Odgovornost Republike Hrvatske prema ZOTA*

Prema ZOTA, Republika Hrvatska odgovara “na načelima društvene solidarnosti, ravnomjernog snošenja javnog tereta te pravičnog i brzog obeštećenja” (čl. 2. ZOTA).¹³⁴ Kako treba tumačiti odnos između odgovornosti države i navedenih načela i što znači odgovarati na tim načelima? Navedena načela mogu biti samo razlozi ustanovljenja i opravdanja odgovornosti koju propisuje ZOTA, ono što se smatra izvanpravnim ili pravopolitičkim osnovama, koje s obzirom na porijeklo mogu biti moralne, političke, društveno-ekonomske, sociološke i druge.¹³⁵ Ona, kao pravopolitičke osnove, nisu i ne mogu biti osnove konkretnih obveznopravnih odnosa odgovornosti države za štetu, već eventualno samog instituta odgovornosti za štetu iz ZOTA.

Zato se za odgovornost “na načelima društvene solidarnosti, ravnomjernog snošenja javnog tereta te pravičnog i brzog obeštećenja” opravdano postavlja pitanje radi li se uopće o odgovornosti za štetu na strani države ili je ZOTA zakon koji oštećenima pruža određena prava koja u biti spadaju u socijalnu kategoriju, odnosno nije li riječ o zakonskoj obvezi države *sui generis*?¹³⁶ U obrazloženju čl. 2. ZOTA govori se o odgovornosti države koja

¹³⁰ VSRH, Rev 155/05-2, od 16. ožujka 2005., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

¹³¹ VSRH, Rev 358/05-2, od 18. svibnja 2005., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

¹³² VSRH, Rev 905/04-2, od 4. studenog 2004., <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

¹³³ Postavljanje eksploziva od strane nepoznatog počinitelja u ranijoj je sudskoj praksi uglavnom kvalificirano kao pojedinačni akt nasilja ili ratna šteta, te je odgovornost Republike Hrvatske otklanjana.

¹³⁴ Čl. 2. ZOTA: “Za štetu iz članka 1. ovoga Zakona odgovara Republika Hrvatska na načelima društvene solidarnosti, ravnomjernog snošenja javnog tereta te pravičnog i brzog obeštećenja.”

¹³⁵ KLARIĆ, op. cit., str. 168.

¹³⁶ ZRILIĆ, ZRINKO, *Odgovornost Republike Hrvatske za štetu nastalu uslijed ratnih i terorističkih djelovanja te za štetu za koju je odgovarala bivša SFRJ*, Godišnjak 11, XIX.

je “objektivna – bez obzira na krivnju, s time da država ovdje ne odgovara zbog protupravnosti vezane uz propust u sprječavanju štetne radnje, nego na principima solidarnosti, pravičnosti i ravnomjernog snošenja javnog tereta.”¹³⁷ Ovo je pravno konfuzno i nelogično obrazloženje, jer bez protupravnosti nema ni pravnog odnosa odgovornosti, a ako je odgovornost objektivna, nužno se radi o odgovornosti za štetnu radnju. Ako se, pak, radi o obeštećenju na načelu socijalne solidarnosti, onda uopće ne možemo govoriti o odgovornosti, pa ne treba ni raspravljati o vrsti te odgovornosti. Izgleda da ni sam naš zakonodavac nije bio siguran što propisuje – socijalna prava koja proizlaze iz posebne zakonske obveze *sui generis* prirode ili odgovornost.

U prilog tezi da se ipak radi o odgovornosti Republike Hrvatske govori činjenica da je brisanjem čl. 180. bivšeg ZOO-a preuzeta i obveza donošenja propisa o odgovornosti.¹³⁸ ZOTA i u svom nazivu i u tekstu članaka uvijek govori o odgovornosti, a poziva se i na primjenu općih propisa o odgovornosti, pa su to dodatni argumenti da se radi o odgovornosti države za štetu. Međutim, prema čl. 180. bivšeg ZOO-a, država je odgovarala zbog propusta dužne radnje (sprečavanja štete od strane nadležnih organa). Bez obzira na to što je pravna teorija tražeći odgovor na pitanje zašto država (društveno-politička zajednica) odgovara za štetu prouzročenu terorističkim aktom, odnosno koji razlozi opravdavaju izdvajanje te štete iz općeg sustava odgovornosti i propisivanje objektivne odgovornosti države, između ostalog navodila i načela solidarnosti i pravičnosti, nije bilo spora o tome da se radi o objektivnoj odgovornosti države.

Neprirodna kombinacija solidarnosti i odgovornosti posljedica je već navedenog uzora u dokumentima koji uopće ne uređuju odgovornost. Država ne mora preuzeti odgovornost da bi izrazila solidarnost sa žrtvama. Odgovornost države i solidarnost se ne isključuju, ali se ne mogu kombinirati na način na koji je to učinio naš zakonodavac – država je, navodno, odgovorna, ali samo zato što je solidarna, pa može svoju odgovornost maksimalno ograničiti.

5.3. Šteta i opseg njezine naknade

5.3.1. Šteta koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja

Naknađuje se samo šteta “koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja” (7. st. 1. ZOTA). Država je preuzela obvezu naknade

Savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2004., str. 16.

¹³⁷ Konačni prijedlog ZOTA, II. Obrazloženje pojedinih odredaba Konačnog prijedloga ZOTA, Članak 2.

¹³⁸ “Postupci iz stavka 1. ovoga članka nastaviti će se nakon što se donese propis kojim će se urediti odgovornost za štetu nastalu uslijed terorističkih akata.” (čl. 2. st. 2. Zakona o izmjeni ZOO-a).

samo tzv. šteta na osobama. Šteta koja nastaje kao posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, može biti kako materijalna (troškovi liječenja, troškovi pogreba, umanjeње zarade, gubitak uzdržavanja...), tako i nematerijalna (strah i bol, povreda prava osobnosti). Budući da ZOTA u čl. 8. propisuje da se “materijalne štete nastale uslijed uzroka navedenih u ovom Zakonu nadoknađuju na teritoriju cijele Republike Hrvatske u obliku obnove oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno odredbama Zakona o obnovi”, postavlja se pitanje je li materijalna šteta nastala kao posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja tom odredbom isključena iz naknađivanja od strane države. Na te oblike materijalne štete nije moguće primijeniti Zakon o obnovi,¹³⁹ a opći propisi obveznog prava o odgovornosti za štetu mogu se primijeniti ako nisu u suprotnosti s odredbama i ciljem ZOTA (čl. 6. ZOTA).

Ispravno je, smatramo, navedenu nejasnu odredbu tumačiti na način da je u čl. 8. ZOTA zakonodavac pod materijalnim štetama mislio samo na štete na materijalnim dobrima. Materijalne štete koje su posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, ulaze u pojam štete iz čl. 7. st. 1., a na njih treba primijeniti odredbe ZOO-a. Svako bi drugačije tumačenje bilo na štetu oštećenika i suprotno izričitoj odredbi ZOTA. Radi se, dakle, ne o razlikovanju vrsta šteta, već o razlikovanju objekata štetne radnje – stvari i materijalnih dobara s jedne strane i života, tijela i prava osobnosti s druge strane. Da je intencija zakonodavca bila propisivanje odgovornosti samo za nematerijalnu štetu nastalu kao posljedicu smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, nužno bi bilo u čl. 7. st. 1. umjesto “štete”, navesti “nematerijalne štete”.¹⁴⁰

Vrhovni sud, međutim, u svojim odlukama donesenim nakon stupanja na snagu ZOTA za štete na osobama koristi termin nematerijalne štete, a za štete na materijalnim dobrima materijalne štete: “*Naime, prema odredbi čl. 7. st. 1. Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (“Narodne novine”, broj 117/03) oštećenik ima pravo samo na naknadu one štete koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja (naknadu nematerijalne štete). Materijalna šteta nastala kao posljedica terorističkih akata i javnih demonstracija naknađuje se u obliku obnove oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno*

¹³⁹ NN 24/96., 54/96., 87/96., 57/00.

¹⁴⁰ I iz obrazloženja uz čl. 7. jasno je da i materijalne štete ulaze u pojam štete iz čl. 7. st. 1.: “Republika Hrvatska je dužna oštećeniku naknaditi samo onu štetu koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja (odnosno narušavanja fizičkog ili psihičkog integriteta oštećenika) – obeštećenje ima za cilj nadoknaditi štete zbog izgubljene zarade, troškova liječenja, troškova pogreba i izgubljenog uzdržavanja a potom i izravno neimovinske štete – fizički bolovi, strah, duševni bolovi zbog umanjeња životne aktivnosti, zbog nagrđenja i sl.” Prvenstveno je, dakle, cilj naknada upravo materijalne štete, a potom i izravne neimovinske štete.

Zakonu o obnovi (“*Narodne novine*”, broj 24/96, 54/96, 87/96, 57/00).¹⁴¹ I pored lošeg izražavanja zakonodavca, trebalo bi biti jasno o čemu se radi i izbjegavati daljnje korištenje izraza nematerijalna šteta za štete koje su posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja.

Pravo oštećenika na naknadu štete zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja ograničeno je na 60% iznosa utvrđene štete, a ukupna šteta mu ne može biti naknađena u iznosu većem od 350.000,00 kuna (čl. 7. st. 2. ZOTA). Iako su na ovo ograničavanje upućivani prigovori da je protivno načelima naknade štete, ti prigovori nisu prihvaćeni s obrazloženjem da Konvencija propisuje mogućnost ograničenja.¹⁴² Primjedba da bi odredbe o određivanju visine odštete trebalo doraditi, jer se postavljaju pitanja kako objektivno odrediti visinu odštete, nije prihvaćena uz obrazloženje da će se primjenom općih propisa obveznog prava o odgovornosti za štetu (ako nisu u suprotnosti s odredbama i ciljem toga zakona) i uz procjenu relevantnih okolnosti u svakom pojedinom slučaju odrediti naknada.¹⁴³

Jesu li predložena ograničenja postavljena prenisko ili ne, pitanje je, naravno, procjene realnih mogućnosti države. S gledišta žrtve ona se uvijek mogu činiti pre niskim, a za državu ipak predstavljati značajan financijski teret. Budući da čl. 180. bivšeg ZOO-a nije propisivao nikakva ograničenja, objektivno ovo predstavlja značajno smanjenje prava žrtve prema državi, posebno s obzirom na njegovu povratnu primjenu. Opravdanost ograničenja za primjenu na odnose nastale nakon stupanja na snagu ZOTA, lakše je braniti. Međutim, ograničenje po postotku iznosa utvrđene štete, za razliku od drugih vrsti ograničenja (po oštećeniku, po događaju, po pojedinom naslovu naknade i sl.), strano je ne samo našem odštetnom pravu, već i odštetnom pravu uopće. Navedeno ograničenje, ipak, a posebno način na koji se ono opravdava, ponovo navodi na pitanje radi li se u ZOTA uopće o odgovornosti države?

Bez obzira na ograničenje, ukoliko žrtve terorističkih akata ubuduće ne budu imale samo “golo zakonsko pravo”, koje neće moći i ostvariti već će im tih 60% iznosa pretrpljene štete država zaista brzo priznati i isplatiti, i to će biti značajan pomak u odnosu na dosadašnju praksu. Isplatom naknade na Republiku Hrvatsku prelaze *ex lege*, do visine isplaćene naknade, sva prava

¹⁴¹ VSRH, Rev 905/04-2, od 4. studenog 2004. Vidi i: VSRH, Rev 276/04-2, od 8. travnja 2004., VSRH, Rev 928/04-2, od 12. srpnja 2005., VSRH, Rev 155/05-2, od 16. ožujka 2005., VSRH, Rev 358/05-2, od 18. svibnja 2005., VSRH, Rev 617/04-2, od 21. travnja 2005., VSRH, Rev 596/04-2, od 2. ožujka 2005., VSRH, Rev 860/04-2, od 3. studenog 2004. Sve objavljene na <http://sudskapraksa.vsrh.hr>.

¹⁴² Općenito se na Konvenciju pozivalo za opravdanje ograničenja ili isključenja prava oštećenika. Nije se, međutim, uzelo u obzir to da se Konvencija odnosi ne samo na štete prouzročene terorističkim aktima, već i drugim namjernim aktima nasilja. Posebno je pitanje i priroda naknade – ako je ona socijalno pravo, izraz solidarnosti države, jasno je da se može ograničiti, a pitanje ograničenja visine naknade odgovorne osobe sasvim je drugi problem.

¹⁴³ Konačni prijedlog ZOTA, V. Primjedbe s rasprave u Hrvatskom Saboru na Prijedlog ZOTA koje predlagatelj nije prihvatio, Članak 7.(8.)

oštećenika prema štetniku, ili Hrvatskom fondu za zdravstveno osiguranje (čl. 7. st. 3. ZOTA).¹⁴⁴

5.3.2. Šteta na materijalnim dobrima

Konačnim je prijedlogom zakona, u odnosu na Prijedlog, dodana nova odredba o naknadi "materijalne" štete (štete na materijalnim dobrima):¹⁴⁵ "Materijalne štete nastale uslijed uzroka navedenih u ovom Zakonu nadoknađuju se na teritoriju cijele Republike Hrvatske u obliku obnove oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno odredbama Zakona o obnovi." (čl. 8. ZOTA). Postavlja se pitanje opravdanosti spominjanja naknade štete prema Zakonu o obnovi, jer cilj i smisao Zakona o obnovi nije bilo obvezivanje države na obnovu s temelja odgovornosti za ratnu štetu ili štetu prouzročenu terorističkim aktom, već pomoć države građanima da oštećene objekte dovedu u stanje prikladno za korištenje. Pravo na obnovu ne temelji se na odgovornosti države, niti se ostvaruje na načelima naknade štete.¹⁴⁶ Štete na materijalnim dobrima se, dakle, ne naknađuju po načelu odgovornosti za štetu, već se popravljaju primjenom Zakona o obnovi, država za njih nije odgovorna, već ih samo popravljaju, na jednak način i temeljem jednakih pravila, kao i ratne štete na tim dobrima. Navedenom se odredbom direktno upućuje na primjenu Zakon o obnovi, a time isključuje primjena ne samo odredbi ZOTA, već i općih propisa o odgovornosti, za razliku od šteta na osobama na koje se, ukoliko nisu u suprotnosti s odredbama i ciljem ZOTA, primjenjuju opća pravila odštetnog prava (čl. 6. ZOTA).

¹⁴⁴ U odnosu na tekst Prijedloga zakona, u Konačnom su prijedlogu brisani osiguratelji, jer je brisan i čl. 9. Prijedloga - o zabrani osigurateljima da iz osiguranih rizika isključe štete čiju naknadu zakon regulira.

¹⁴⁵ U Konačnom prijedlogu ZOTA kao čl. 7. st. 4., a u ZOTA, uz određene dopune, to je čl. 8.

¹⁴⁶ Iz čl. 8. ZOTA bi ipak proizlazilo da je intencija zakonodavca bila naknada štete, ali putem primjene zakona koji nema veze s naknadom štete. Budući da odredba čl. 8. spada u one dodane u Konačnom prijedlogu, a mijenjane pred samo donošenje ZOTA (sve do tada, predlagatelj je jasno iskazivao stav (u Prijedlogu zakona) da Republika Hrvatska neće preuzeti odgovornost za štetu na materijalnim dobrima. Međutim, na prijedlog Ureda zastupnika Vlade Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu i Ureda za zakonodavstvo Vlade Republike Hrvatske dodana je odredba o naknadi u obliku obnove), teško da je dovoljno pažnje posvećeno pitanju koliko je upućivanje na Zakon o obnovi zaista dobro i u praksi jednostavno primjenjivo rješenje. Upućivanje na Zakon o obnovi dovodi nužno i do pitanja odgovara li država uopće za štete na materijalnim dobrima prouzročene terorističkim aktima (jer za štete koje se naknađuju Zakonom o obnovi ne odgovara). Ako se materijalno dobro dovodi do stanja prikladnog za život, boravak odnosno korištenje, moguće je da obnovom šteta bude nadoknađena samo djelomično ili uopće ne (ako oštećenje prouzročeno terorističkim aktom nije to dobro toliko oštetilo da ono nije više bilo prikladno za korištenje), ali i da bude obnovom dovedeno u bolje stanje no što je bilo prije oštećenja terorističkim aktom (npr. uništena nedovršena gradnja). S obzirom da država ne odgovara do pune naknade, niti je korisnik obnove dužan državi prema pravilima o stjecanju bez osnove vratiti iznos za koji je obnovljeno dobro dobilo na vrijednosti u odnosu na stanje koje je prethodilo oštećenju, zaključuje se da iako ZOTA izričito spominje naknađivanje, kod Zakona o obnovi nema govora o primjeni instituta naknade štete. Tako i ZRILIĆ, op. cit., str. 15.

Primjena Zakona o obnovi na štete nastale dok je na snazi bio čl. 180. bivšeg ZOO-a može u praksi izazvati niz problema: vremensko ograničenje primjene toga zakona,¹⁴⁷ kvalifikacije štetne radnje kao terorističkog akta od strane upravnih tijela,¹⁴⁸ odnos objekata obnove i objekata oštećenih ili

¹⁴⁷ Potrebno je upozoriti na činjenicu da odredba čl. 8. ZOTA nema nikakvog izričitog ograničenja primjene u smislu vremena nastanka štete na materijalnim dobrima. U obrazloženju konačnog prijedloga ZOTA navedeno je da je "ovaj članak dopunjen stavkom 4. kojim se propisuje da se materijalna šteta nastala do 3. veljače 1996. godine (do brisanja članka 180. Zakona o obveznim odnosima) nadoknađuje u obliku obnove oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno posebnom propisu – Zakonu o obnovi." Jasno je da je intencija bila da se obuhvate samo štete nastale do 3. veljače 1996. godine, ali taj datum nije ušao u tekst zakona, pa "naknađivanje" nije ograničeno na štete nastale do toga dana. Članak 8. kaže "materijalne štete nastale uslijed uzroka navedenih u ovom Zakonu", a to su uzroci tj. štetne radnje iz čl. 1. toga zakona koji također ne specificira vrijeme nastanka tih štetnih radnji, pa ni iz te odredbe ne proizlazi da se čl. 8. ne primjenjuje na štetne radnje nastale nakon 3. veljače 1996., odnosno i buduće takve radnje.

Očito je da je odgovor o vremenskom ograničenju nastanka šteta na materijalnim dobrima koje će se naknađivati nužno potražiti u Zakonu o obnovi. Taj zakon u čl. 1. propisuje da se njime uređuje obnova uništenih ili oštećenih materijalnih dobara koja su bila izložena razornim djelovanjima i posljedicama tih djelovanja od početka velikosrpske agresije, pa tijekom Domovinskog rata, do završetka mirne reintegracije. Čl. 9. Zakona o obnovi propisuje da se ratna uništenja ili oštećenja materijalnih dobara u smislu toga zakona priznaju prema Zakonu o utvrđivanju ratne štete (NN 61/91., 70/91., dalje ZURS) i mjerilu nadležne županijske komisije za popis i procjenu ratne štete. U tom bi smislu, dakle, rok za nastanak štete – kako ratne tako i one prouzročene terorističkim aktom, bio onaj koji određuje ZURS, a to je od 15. kolovoza 1990. do prestanka neprijateljstava. Međutim, kako je Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu uzrokovanu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom domovinskog rata (NN 117/03.) u čl. 3. st. 2. uz presumpciju ratne štete naveo period od 17. kolovoza 1990. do 30. lipnja 1996. godine, i to je mogući datum do kojeg bi se oštećenicima čija su materijalna dobra oštećena u terorističkom aktu moglo priznati pravo na naknadu (prema Zakonu o obnovi). Međutim, kako je brisanjem čl. 180. bivšeg ZOO-a ukinuta i pravna osnova odgovornosti Republike Hrvatske za te štete, moguće je i tumačenje da će se Zakon o obnovi zaista i primjenjivati samo na popravljane šteta prouzročenih terorističkim aktom do tog ukidanja, 3. veljače 1996. Ali, budući da za te štete Republika Hrvatska ionako ne odgovara, već ih samo popravlja, vezivanje za trenutak do kad je odgovarala nije potpuno opravdano. U svakom slučaju, smatramo da bi donošenje izričite odredbe u tom smislu bilo nužno.

¹⁴⁸ Upravna tijela, ocjenjujući dokaze izvedene u upravnom postupku, trebaju odlučiti radi li se o šteti nastaloj uslijed terorističkog akta. U svrhu primjene Zakona o obnovi, nema više potrebe razlikovanja ratne štete i štete prouzročene terorističkim aktom. Pitanje je hoće li se onim osobama čiji su zahtjevi za obnovu odbijeni zbog činjenice da se prije stupanja na snagu ZOTA Zakon o obnovi nije primjenjivao na štete nastale terorističkim aktom, priznati pravo da se o njihovim zahtjevima ponovo odlučuje i je li time što su odbijeni iz tog razloga riješeno prethodno pitanje – da se radi o terorističkom aktu. Upravni sud Republike Hrvatske u Us-8026/97, od 27.09.2000.: "Šteta koja je nastala na objektu zbog terorističkog čina nije ratna šteta (čl. 4. st. 1.)." (IO 2000/146/1z., cit. prema ZRILIĆ, op. cit., str. 18.); "Ukoliko je šteta na objektu nastala uslijed terorističkog čina, objekt ne podliježe obnovi sukladno Zakonu o obnovi, iako je oštećenje na objektu utvrđeno i zapisnikom o očevidu Komisije za procjenu ratne štete." (Upravni sud Hrvatske, Us-2300/1999, od 18. travnja 2001., Zbornik odluka 1977-2002, Narodne novine d.d., Zagreb, 2002., str. 650.-651.). S obzirom na to da o naknadi štete nastaloj jednom te istom štetnom radnjom, kojom je prouzročena i šteta na osobi i šteta na materijalnim dobrima, trebaju odlučivati i sudovi (odnosno prethodno Državno odvjetništvo) i upravna tijela u upravnom postupku, moguće je da jedna ta ista štetna radnja bude od njih različito

uništenih terorističkim aktom,¹⁴⁹ primjerenost primjene nekih pretpostavki prava na obnovu kod naknade štete prouzročene terorističkim aktom,¹⁵⁰ pitanje imaju li i pravne osobe pravo na "naknađivanje" prema Zakonu o obnovi¹⁵¹ itd. Problem je to što većina odredbi Zakona o obnovi po svojoj prirodi ni smislu nisu (odnosno ne bi trebale biti) primjenjive na štetu prouzročenu terorističkim aktom, pa je nužno da se o tim pitanjima zakonodavac izjasni.

5.4. Oštećenici, štetnik i odgovorna osoba

Oštećenicima se smatraju "*osobe kojima je šteta nanesena kao i osobe kojima je šteta uzrokovana sprječavanjem štetne radnje ili pružanjem pomoći*

kvalificirana. Koje je to tijelo čija je ocjena radi li se o terorističkom aktu ili ne, mjerodavn(ij)a? Da li činjenica da je, npr. Državno odvjetništvo zaključilo nagodbu s oštećenikom za štetu koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, znači i da je time riješeno prethodno pitanje radi li se o terorističkom aktu pa upravno tijelo to niti ne treba ocjenjivati? Što kada sudski postupak i upravni postupak budu vođeni istovremeno i u upravnom bude priznato pravo na obnovu, a u sudskom oštećenik odbijen s tužbenim zahtjevom?

¹⁴⁹ Materijalna dobra fizičkih osoba uništena ili oštećena terorističkim aktom, trebala bi ulaziti u pojam objekta obnove, pa je samo za oštećenike koji su štetu pretrpjeli na stambenim i gospodarskim zgradama jasno da imaju pravo na obnovu prema Zakonu o obnovi, a za oštećenike kojima je terorističkim aktom uništeno materijalno dobro koje nije navedeno u citiranoj odredbi jasno da pravo na obnovu nemaju. Moguće je da se kao sporno javi pitanje gospodarstva kao objekta obnove pri naknadi štete prouzročene terorističkim aktom. Što se pod gospodarstvom smatra, navedeno je primjerice, a između ostalog tu je i obrt. Kako je među objektima terorističkih akata bilo i ugostiteljskih objekata, restorana, a moguće i vozila korištenih u obavljanju obrtničke djelatnosti, biti će zanimljivo vidjeti hoće li se, u kojem opsegu i na koji način takve štete popravljati.

¹⁵⁰ Pravo na obnovu pod uvjetima iz Zakona o obnovi imaju vlasnici, suvlasnici stambenih zgrada, te zaštićeni najmprimci u stanovima u tim zgradama i vlasnici drugih uništenih ili oštećenih materijalnih dobara koji su državljani Republike Hrvatske te osobe koje su 1991. imale prebivalište u Republici Hrvatskoj (čl. 4.). Ograničavanje prava na obnovu državljanstvom, odnosno prebivalištem oštećenika ne bi se trebalo primjenjivati kada je u pitanju naknada štete prouzročene terorističkim aktom. To ne samo da nije u skladu s ranijim uređenjem prema kojem su i stranci imali pravo na naknadu štete, već ni sa međunarodnim pravilima o tom pitanju.

¹⁵¹ Budući da pravo na obnovu imaju i pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj (čl. 4. st. 2.), a da prema čl. 180. bivšeg ZOO-a nisu imale pravo na naknadu štete prouzročene terorističkim aktima, može se postaviti pitanje jesu li primjenom Zakona o obnovi na te štete dobile i pravo na obnovu koje prije donošenja ZOTA nisu imale. Intencija zakonodavca pri donošenju ZOTA sigurno nije bila proširiti popravlanje štete i na one koje ranije nisu bile obuhvaćene odgovornošću države. Ali, budući da ZOTA ne isključuje primjenu Zakona o obnovi na štete koje su uslijed u njemu navedenih uzroka pretrpjele pravne osobe, ne postoji opravdanje za njihovo isključenje. Biti će u svakom slučaju zanimljivo vidjeti što će o tom problemu reći sudska praksa. S obzirom na navedeno nepostojanje izričitih ograničenja u smislu perioda nastanka šteta i samih oštećenika kojima se šteta na materijalnim dobrima popravljaju primjenom Zakona o obnovi, jezičnim tumačenjem navedenih odredbi, dolazimo do zaključka da bi štetu nastalu terorističkim aktom izvršenim i nakon ukidanja odgovornosti Republike Hrvatske, uključujući i buduće takve akte, Republika Hrvatska trebala popravljati svim fizičkim i pravnim osobama.

žrtvama” (čl. 4. ZOTA).¹⁵² Oštećenici koji su sudjelovali u organiziranju, izvršenju, poticanju, pomaganju ili pripremanju štetne radnje, oštećenici koji su neovisno o konkretnoj štetnoj radnji pripadnici terorističke organizacije, odnosno skupine koja je uzrokovala štetu ili koji su neopravdano uskratili obavijesti važne za sprečavanje i uhićenje počinitelja nemaju pravo na naknadu štete (čl. 5. st. 1. ZOTA).¹⁵³

Osobe koje su po službenoj ili radnoj dužnosti sudjelovale u sprječavanju ili otklanjanju posljedica štetne radnje, ako im je šteta nastala uslijed sprječavanja ili otklanjanja štetne radnje, imaju pravo na naknadu štete po općim propisima (čl. 5. st. 2. ZOTA).¹⁵⁴

¹⁵² Iako koristi različite termine pri definiranju oštećenika: “nanesena” i “uzrokovana”, time se ne naglašava neka razlika među tim oštećenicima, niti se krug oštećenika sužava – to su sve osobe koje kao oštećenike definira ZOO, osim onih kojima je čl. 5. st. 1. ZOTA isključio pravo na naknadu. Navedenim je čl. 4. odgovornost države osim za slučajeve iz čl. 1. ZOTA proširena i na štete koje oštećenici pritrpe uslijed radnji sprečavanja štetne radnje ili pružanja pomoći žrtvama. Time bi država trebala biti onemogućena u uspješnom pozivanju na prouzročenje štete u stanju nužde. Tako i ZRILIĆ, op. cit., str. 20.

¹⁵³ Ovakvo određenje osoba koje su oštećene, ali nemaju pravo na naknadu, moglo bi u primjeni zakona također izazvati poteškoća zbog upotrebe pojmova koji nisu definirani i pitanje je tko i u kojem ih postupku može definirati. Tako se postavlja pitanje što je to teroristička organizacija, odnosno skupina? Može li to Državno odvjetništvo samo prosuđivati ili će o tome odluku morati donijeti sud? Potreba za posebnom odlukom u tom smislu, naravno, onemogućava ostvarenje jednog od načela naknade prema ZOTA – brzo obeštećenje. Ništa lakše za utvrditi nije niti činjenicu je li neka osoba opravdano ili neopravdano uskratila obavijest koja je važna za sprječavanje i uhićenje počinitelja. Da bi se moglo utvrditi navedene činjenice – prethodno bi bilo potrebno utvrditi tko je štetnik i proglasiti ga krivim, a što je u koliziji s odredbom da je pravo na naknadu neovisno o tome da li je štetnik utvrđen, kazneno progonjen ili oglašen krivim (čl. 3. ZOTA). Vidi: BUTOROVIĆ, DARKO, *Odgovornost za štetu Republike Hrvatske uzrokovanu terorističkim aktima i demonstracijama, nastalu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata, nastalu u bivšoj SFRJ za koju je odgovarala SFRJ, de lege ferenda*, Informator, br. 5104., od 05.02.2003., str. 8.

Prijedlog zakona propisivao je i da pravo na naknadu štete ne postoji ni ako “osobito opravdani razlozi” ukazuju da bi njezino davanje bilo u “očitoj suprotnosti s načelima morala ili pravičnosti” (čl. 5. st. 3. Prijedloga Zakona). Moramo priznati da nije bilo jasno koji bi to osobito opravdani razlozi činili naknadu štete žrtvi terorističkog akta nemoralnom ili nepravičnom. Ukoliko, naime, isključimo sve oštećenike navedene u prethodna dva stavka, ne nalazimo još neke posebne razloge koji bi dodatno opravdavali isključenje prava na naknadu. U obrazloženju navedene odredbe pozivalo se na čl. 8. st. 2. i 3. Konvencije. Iako Konvencija spominje mogućnost smanjenja ili odbijanja naknade ukoliko bi to bilo suprotno osjećaju pravde ili javnom poretku (*ordre public*) (čl. 8. st. 3. Konvencije), ovako široko postavljena i neprecizna odredba nije najbolje rješenje. Ta je odredba Konvencije oštro kritizirana i pri donošenju Smjernice. Treba, dakle, svakako pozdraviti brisanje tog stavka iz Konačnog prijedloga i ZOTA. Isto vrijedi i za odredbu prema kojoj bi strane osobe imale pravo na naknadu štete pod uvjetom uzajamnosti (čl. 6. Prijedloga Zakona), također brisanu u Konačnom prijedlogu, a na prijedlog Ministarstva za europske integracije, iz razloga što je njegova odredba u suprotnosti s čl. 3. Deklaracije UN-a, čl. 3. Europske Konvencije te Europskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda koja u čl. 6. st. 1. izričito koristi termin “svatko”. Vidi Obrazloženje, Razlike između rješenja u Konačnom prijedlogu zakona u odnosu na Prijedlog zakona.

¹⁵⁴ Prijedlog ZOTA iz siječnja 2003. godine samo je isključivao njihovo pravo na naknadu po tom zakonu, bez pozivanja na primjenu općih propisa.

Štetnici iz čl. 1. ZOTA jesu osobe koje su izvršile teroristički akt i drugi akt nasilja poduzet s ciljem teškog narušavanja javnog reda, te sudionici demonstracija i drugih oblika masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima. Osim njih, kao štetnici se u čl. 4. ZOTA javljaju i osobe koje su štetu prouzročile sprječavanjem štetne radnje ili pružanjem pomoći žrtvama. Na odgovornost štetnika iz čl. 1. ZOTA primjenjuju se opća pravila o odgovornosti za delikt. Isto vrijedi i za štetnike koji su štetu nanijeli sprječavanjem štetne radnje ili spašavanjem. Njihove radnje su štetne radnje, ali nisu protupravne i te će se osobe u pravilu moći pozivati na stanje nužde, a mogu odgovarati u slučaju postojanja prekoračenja granice stanja nužde, za onaj dio štete koji prelazi visinu štete uzrokovane u granicama postojećeg stanja nužde.¹⁵⁵

5.5. Postupak za ostvarenje prava na naknadu i zastara zahtjeva

ZOTA propisuje da obveza naknade štete “*postoji neovisno o tome je li štetnik utvrđen, kazneno progonjen ili oglašen krivim*” (čl. 3. ZOTA).¹⁵⁶ Budući da ne propisuje dodatne pretpostavke koje bi se trebale ispuniti prije podnošenja zahtjeva za naknadu, oštećenik se državi (Državnom odvjetništvu RH) može obratiti odmah, neovisno o (ne)mogućnosti naknade štete od samog štetnika ili iz drugih izvora. Ako je, ipak, namjera zakonodavca bila da država odgovara tek supsidijarno, kada i ako se oštećenik ne može obešteti na drugi način, bilo je nužno detaljno propisati kada i pod kojim pretpostavkama ima pravo tražiti naknadu od države. Ipak bi bilo u suprotnosti s “pravičnim i brzim obeštećenjem” iz čl. 2. ZOTA oštećeniku nalagati obvezu prethodnog neuspješnog pokušaja namirenja.

Zahtjev za naknadu štete oštećenik podnosi Državnom odvjetništvu Republike Hrvatske, a s njim sklopljena izvansudska nagodba ima snagu ovršne isprave (čl. 9. st. 1. i 2. ZOTA). U slučaju neprihvatanja ponude Državnog odvjetništva, odnosno ukoliko ono u roku od 60 dana ne odluči o podnesenom zahtjevu, oštećenik može svoje pravo na naknadu ostvarivati u postupku pred nadležnim sudom, koji je žuran (čl. 9. st. 3. i 4. ZOTA).

¹⁵⁵ Čl. 1052. st. 2. Novog ZOO-a, čl. 161. st. 2. bivšeg ZOO-a. O stanju nužde (krajnjoj nuždi) više vidi: GORENC, VILIM, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRiF-plus, Zagreb, 1998., str. 227.; VEDRIŠ, MARTIN, KLARIĆ, PETAR, *Gradansko pravo*, Opći dio, stvarno, obvezno i nasljedno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2000., str. 652.; VIZNER, op. cit., str. 692.-693. Država odgovara za štetu koju prouzroče obje kategorije štetnika. Ona se ne može, budući je čl. 4. izričito propisano da su oštećenici i osobe kojima je šteta nanesena sprječavanjem štetne radnje ili spašavanjem, pozivati da su te štete prouzročene u stanju nužde.

¹⁵⁶ U obrazloženju uz čl. 3. predlagatelj se poziva na st. 2. čl. 2. Konvencije, koji propisuje da naknada treba biti dana i ukoliko štetnik ne može biti procesuiran ili kažnjen. Međutim, to samo za sebe nije dovoljan argument za zauzimanje stava da se od države naknada može tražiti (i dobiti) potpuno neovisno o tome je li oštećenik prije toga pokušao i ima li još uvijek mogućnost naknadu (u potpunosti ili djelomično) ostvariti iz drugih izvora.

Državnom bi odvjetništvu Republike Hrvatske oštećenici trebali podnositi samo zahtjeve za naknadu štete koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja (štete iz čl. 7. st. 1.), dok bi zahtjeve za obnovu oštećenih ili uništenih materijalnih dobara (štete iz čl. 8.) trebali izravno podnositi upravnim tijelima nadležnim prema Zakonu o obnovi.

Čl. 11. ZOTA regulira pitanje zastare na način da ukoliko je zastarijevanje naknade štete počelo teći prije 3. veljače 1996., ono nastavlja teći nakon njegovog stupanja na snagu, a vrijeme koje je isteklo prije zaustavljanja računa se u zakonom određeni rok za zastaru. Za štete nastale nakon 3. veljače 1996. zastarijevanje počinje teći od stupanja na snagu toga Zakona.¹⁵⁷ I primjena općih pravila o zastari dovela bi do istog rezultata, jer se brisanje određenog propisa uz očekivanje donošenja novog može kvalificirati kao zakonski uzrok za zastoj zastare. Ipak nije loše izričitom odredbom otkloniti mogućnost drugačijeg tumačenja. Upravna se tijela neće baviti pitanjem zastare zahtjeva za naknadu štete jer se ona ne primjenjuje na Zakon o obnovi.

6. Zaključak

Poredbenopravna rješenja pokazuju da se odgovornost države za štetu i solidarnost s oštećenicama ne trebaju isključivati ni miješati. Zbog tradicionalno vrlo različitog pristupa odgovornosti države u pojedinim sustavima, za štetu prouzročenu terorističkim aktima neke država mogu odgovarati samo ako se dokaže gruba nepažnja njihovih organa (npr. Francuska) dok je u nekima ta odgovornost objektivna (npr. Španjolska). To, međutim, ne utječe na opseg prava priznatih sustavima državnih naknada za tu štetu. Načela solidarnosti i pravičnosti na kojima se takvi sustavi temelje nemaju nikakav utjecaj na pravila o odgovornosti države.

S obzirom na obvezu usklađenja s pravom Europske unije, Republika Hrvatska morat će solidarnost sa žrtvama izraziti prema uzoru na poredbenopravna rješenja - žrtvama nasilja zaista omogućiti brzo i pravično obeštećenje putem državnih naknada. Popravljanje šteta na načelima solidarnosti i pravičnosti (na kojima se navodno temelji odgovornost Republike Hrvatske prema ZOTA) ne spada u odštetno pravo. Jasno je da ZOTA nije propis kojim je udovoljeno obvezi postojanja sustava naknade žrtvama namjernih nasilnih kaznenih djela iz Smjernice Vijeća 2004/80, te će u biti

¹⁵⁷ Ova odredba ponavlja pravila ZOO-a o utjecaju uzroka zastoja zastarijevanja. Čl. 238. Novog ZOO-a:

“(1) Ako zastara nije mogla početi teći zbog nekoga zakonskog uzroka, ona počinje teći kad taj uzrok prestane.

(2) Ako je zastara počela teći prije nego što je nastao uzrok koji je zaustavio njezin daljnji tijek, ona nastavlja teći kad prestane taj uzrok, a vrijeme koje je isteklo prije zastoja računa se u zakonom određeni rok za zastaru.” Isto je propisivao i čl. 384. bivšeg ZOO-a.

nužno donošenje novih propisa, a po njihovu se usvajanju treba razmotriti i brisanje toga posebnog slučaja odgovornosti države koji to u svojoj suštini i nije. Država se time, naravno, ne bi oslobodila od odgovornosti za štetu prouzročenu terorističkim aktom (niti drugim kaznenim djelom), na temelju općih pravila o odgovornosti za propuste svojih organa.

Navedeno se, naravno, odnosi na buduće uređenje problema naknade štete žrtvama terorističkih akata. Za promjenu odnosa odgovornosti u odnos solidarnosti za već nastale štete nikako ne možemo naći opravdanje. Budući da je povratna primjena ZOTA i od Ustavnog suda i od Vrhovnog suda Republike Hrvatske očito prihvaćena kao nesporna, kod odlučivanja o eventualnoj "odgovornosti" Republike Hrvatske sudska će praksa tumačenjem morati prevladati niz nejasnoća i nelogičnosti sadržanih u njegovim odredbama.

Summary

LIABILITY OF THE REPUBLIC OF CROATIA FOR DAMAGES CAUSED BY A TERRORIST ACT

The article examines liability of the Republic of Croatia for damages caused by a terrorist act and presents an overview of international documents and rules related to this kind of liability in both comparative law and European Union law, that the issue of damages caused by a terrorist act do not treat as a special case of state liability for damages. The basic issues related to systems of state compensations to victims of violent acts in Member States are presented and problems deriving from their differences are pointed out. The author also warns about shortcomings of present regulation of the subject matter in the Republic of Croatia and emphasizes a need for harmonization with the European Union law.

Key words: state liability for damages, state compensation, social solidarity.

Zusammenfassung

HAFTUNG DER REPUBLIK KROATIEN FÜR SCHÄDEN, DIE WEGEN EINES TERRORISTISCHEN AKTES ENTSTANDEN SIND

In der Arbeit wird die Frage der Haftung der Republik Kroatien für Schäden, die durch eine terroristische Aktion verursacht wurden, bearbeitet und ein Überblick über internationale Dokumente und Entscheidungen im vergleichenden Strafrecht der Europäischen Union gegeben, die die Frage des Schadenersatzes an Opfer von Gewalt nicht als besonderen Fall von

Schadenshaftung eines Staates absondern. Es wird ein Überblick über die grundlegenden Fragen, die durch die Systeme staatlicher Entschädigung an Opfer von Gewalt in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union erfasst werden, gegeben und die Probleme betont, die durch deren Verschiedenheit entstehen. Es wird auf die Mängel der derzeit geltenden Regulationen in der Republik Kroatien hingewiesen und auf die Notwendigkeit deren Anpassung an das Recht der Europäischen Union.

Schlüsselwörter: Schadenshaftung, staatliche Entschädigung, gesellschaftliche Solidarität.

Sommario

RESPONSABILITÀ DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA PER DANNO CAUSATO DA ATTO TERRORISTICO

Nel lavoro si esamina la responsabilità della Repubblica di Croazia per il danno causato da un atto terroristico e si presenta una rassegna di documenti e soluzioni internazionali riguardanti questo tipo di responsabilità sia in diritto comparato che nel diritto dell'Unione Europea, le cui disposizioni non considerano la questione del danno causato da un atto terroristico come un caso speciale di responsabilità dello stato per danno. Sono presentate le regole fondamentali concernenti i sistemi statali di risarcimento a vittime di atti violenti negli Stati membri e sono illustrati i problemi derivanti dalle loro differenze. L'Autrice allerta sulle deficienze della presente regolamentazione della materia nella Repubblica di Croazia ed enfatizza il bisogno di armonizzazione con il diritto dell'Unione Europea.

Parole chiave: responsabilità per danno dello stato, risarcimento statale, solidarietà sociale.

PRIMJENA TRGOVAČKIH OBIČAJA

Antonija Zubović, dipl. iur.,
znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.711
Ur.: 31. listopada 2005.
Pr.: 1. prosinca 2005.
Izvorni znanstveni članak

Još od vremena nastanka lex mercatorie kao posebnog prava trgovaca istaknuta je važnost trgovačkih običaja u odvijanju trgovačkih transakcija. Njihova važnost kao autonomnog izvora trgovačkog prava, koja se etablirala kroz povijest, istaknuta je i u suvremenoj hijerarhiji pravnih vrela.

U radu se uređuje pitanje primjene trgovačkih običaja u Republici Hrvatskoj, poredbenim pravnim sustavima kao i u okviru međunarodne kupoprodaje robe. Za jasnije shvaćanje njihove primjene potrebno ih je razlikovati od ostalih autonomnih izvora trgovačkoga prava koje se često uključuje u pojam trgovačkih običaja. Ujedno je nužno staviti trgovačke običaje u odnos s dispozitivnim zakonskim normama te odrediti prioritet u primjeni, osobito ukoliko se radi o trgovačkim običajima koji su contra legem.

Međutim, za primjenu u praksi najnužnije je odgovoriti na pitanje njihova dokazivanja u sudskom postupku, odnosno primjenu načela iura novit curia kod trgovačkih običaja gdje je potrebno voditi računa i o pravilima parničnog postupka.

Donošenjem novog Zakona o obveznim odnosima u Republici Hrvatskoj, čije se odredbe počinju primjenjivati od 1. siječnja 2006. godine, jasnije je uređena primjena trgovačkih običaja, čime su uklonjene nejasnoće koje su proizlazile iz Zakona o obveznim odnosima preuzetog u pozitivno zakonodavstvo Republike Hrvatske 1991. godine.

Valja, međutim, naglasiti da donošenjem novog Zakona o obveznim odnosima nije u potpunosti dovršeno reguliranje trgovačkih običaja, već će biti potrebno de lege ferenda vršiti izmjene i u drugim zakonima od kojih se može istaknuti Zakon o Hrvatskoj gospodarskoj komori.

Ključne riječi: običaj, trgovački običaj, primjena, opinio necessitatis, iura novit curia, međunarodna kupoprodaja, poredbeno pravo.

1. Uvodna razmatranja

Kada govorimo o odnosima između sudionika obveznih odnosa, potrebno je prije svega naglasiti značenje načela autonomije volje ugovornih strana prema kojemu su one slobodne u uređivanju obveznih odnosa.¹ Ovdje će relevantno mjesto zauzeti autonomni izvori trgovačkog prava u koje spadaju i trgovački običaji. Međutim, potrebno je vršiti distinkciju između trgovačkih običaja i ostalih autonomnih izvora trgovačkog prava, što osobito dolazi do izražaja kod konkretne primjene u praksi.²

Pitanje primjene trgovačkih običaja potrebno je urediti u svakom nacionalnom zakonodavstvu prvenstveno zbog razloga što se radi o nekodificiranim pravilima. Međutim, unatoč toj karakteristici oni će obvezivati strane u ugovornim odnosima, na temelju čega se može vidjeti njihova važnost za sudionike obveznih odnosa.

U evoluciji trgovačkih običaja vidljivo je da su oni kroz razvoj trgovačkoga prava zauzimali sve značajnije mjesto. Stajališta starije i novije doktrine signifikantno se razlikuju. Ključno je pitanje pri primjeni trgovačkih običaja pitanje da li je u pozitivnom pravnom poretku države čije se pravo primjenjuje na konkretni ugovorni odnos usvojena objektivna ili pak subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Konzekvence koje će izazvati usvajanje prvog ili drugog pristupa značajne su za odvijanje kao i za sam razvoj trgovačkog prometa. Tako će se kod subjektivne teorije, pored okolnosti da se trgovački običaj primjenjuje, zahtijevati i da ugovorna strana zna da je dužna postupati u skladu s njime. Kod objektivne teorije samom činjenicom da trgovački običaj postoji i da se primjenjuje ugovorne strane dužne su postupati kako on nalaže. U potonjem slučaju neće biti relevantna okolnost je li ugovorna strana znala za postojanje odnosnog trgovačkog običaja.

Starija doktrina zalagala se za usvajanje subjektivne teorije, međutim praksa, kako u domaćim tako i u međunarodnim pravnim poslovima, iskristalizirala je nov pristup prema kojemu kod primjene trgovačkih običaja treba usvojiti objektivnu teoriju. Ovakvo je stajalište ispravno kada se radi o trgovcima budući da su oni kao profesionalci dužni poznavati pravila struke. S druge strane, kada se radi o ugovornim odnosima između osoba koje nisu trgovci, na njihov će se odnos primijeniti subjektivna teorija budući da oni nisu profesionalci i od njih se ne može zahtijevati poznavanje trgovačkih običaja u konkretnoj trgovačkoj struci. Navedeno stajalište doći će još više do izražaja ukoliko se radi o ugovornim odnosima između trgovaca i onih koji to nisu.

¹ BARBIĆ, J., *Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja)*, Informator, Zagreb, 1980., str. 6.

² LEDIĆ, D., *Pravna vrela trgovačkog prava u knjizi Pravo društava i trgovačko pravo – Ogledi*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2002., str. 443.

Budući da je zauzeto stajalište da je u pogledu primjene trgovačkih običaja ispravno primijeniti objektivnu teoriju, za ugovorne strane bit će relevantno odgovoriti na pitanje njihova dokazivanja u sudskom postupku osobito kada rješenje spora ovisi o postojanju i sadržaju trgovačkog običaja. U navedenom će se slučaju pored izvora koji uređuju pitanje primjene trgovačkih običaja morati voditi računa i o pravilima parničnog postupka.

2. Pojam trgovačkih običaja

Prije upuštanja u objašnjenje pojma običaja potrebno je naglasiti postojanje dva elementa u istome:

1. materijalni koji pokazuje vršenje ili nevršenje određenih radnji ili postupaka dovoljno gusto, stalno i jednolično i

2. psihološki koji se naziva *opinio iuris sive necessitatis*, tj. uvjerenje, svijest da se radi o općeobvezatnom pravilu ponašanja.³

Sukladno istaknutim elementima pravni običaji mogu se definirati kao pravila ponašanja koja su se kroz stanovito potrebno vrijeme oblikovala u društvenoj zajednici na osnovi nekog ponavljanjem utvrđenog shvaćanja, a zakonski im je propis svojom normom izravno ili neizravno dao pravni karakter.⁴

U našoj pravnoj literaturi trgovački običaj definira se kao trgovačka praksa koja je u tako širokoj primjeni da se u pravnom prometu pretpostavlja da ih sudionici poznaju i prihvaćaju, osim ako ne ugovore suprotno.⁵ A. Goldštajn definira trgovački običaj kao komercijalnu praksu koja je u tako širokoj primjeni da trgovci očekuju da će ugovorne strane postupiti u skladu s takvom praksom.⁶ V. Gorenc definira trgovački običaj na identičan način, tj. kao poslovnu praksu koja je tako proširena da je sudionici u prometu redovito uzimaju u obzir u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj grani.⁷

Unutar trgovačkih običaja doktrina razlikuje trgovačke običaje po vertikalnoj liniji i trgovačke običaje po horizontalnoj liniji. Trgovački običaji po vertikalnoj liniji obuhvaćaju sve one trgovačke običaje koji vrijede u nekoj struci ili za određenu vrstu robe, dok trgovački običaji po horizontalnoj liniji obuhvaćaju one trgovačke običaje koji su zajednički svim strukama.

Vezano za materijalni, objektivni element ima autora koji smatraju da je pretjerano zahtijevati dugu i stabilnu (*longa et diuturna*) primjenu običaja,

³ VEDRIŠ, M., KLARIĆ, P., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 21.

⁴ loc. cit.

⁵ PETROVIĆ, M., Trgovački rječnik, Masmmedia, Rijeka, 1992., str. 595-596.

⁶ GOLDŠTAJN, A., Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 152.

⁷ GORENC, V., Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRiF plus, Zagreb, 1998., str. 25-26.

što se opravdava brzim mijenjanjem društvene strukture i transformacije društvenih odnosa.⁸ Mišljenja smo da ovo stajalište treba uzeti u obzir pri primjeni trgovačkih običaja jer su odnosi među trgovcima pod utjecajem dinamičnih zbivanja na tržištu. Međutim, ipak će se kod donošenja odluke o tome postojati li određeni trgovački običaj morati brinuti o samoj primjeni, osobito ukoliko je u odnosnom pozitivnom zakonodavstvu usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja budući da se u tom slučaju psihološki element (*opinio necessitatis*) pretpostavlja. Ipak, treba imati na umu da u suvremenom prometu trgovački običaji najčešće nastaju iz proširene primjene formulara, a manje na klasičan način, tj. ponavljanjem određenih postupaka.⁹ Dakle, kod primjene trgovačkih običaja neće biti potrebno dokazati dugotrajno vršenje. Dovoljno će biti utvrditi da neki trgovački običaj postoji i da se primjenjuje.

Što se tiče drugog, psihološkog elementa, tj. svijesti o nužnosti vršenja, razlikuju se stajališta starije i novije doktrine, a to je prvenstveno povezano s pitanjem razlikovanja objektivne od subjektivne teorije primjene običaja, što će se u daljnjem tekstu detaljnije obraditi.

Starija doktrina isticala je potrebu postojanja psihološkog elementa da bi se određeno ponašanje smatralo običajem. Indikativna je u ovom pogledu odredba Općeg austrijskog građanskog zakonika (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje u tekstu OGZ) iz 1811. godine,¹⁰ gdje u § 10. stoji: "Na običaje može se imati obzir samo u onih slučajevih, gdje se zakon na njih poziva". Sukladno istaknutoj odredbi na običaj se ugovorna strana može pozvati samo ukoliko je priznat od strane države, odnosno ako ima referencu u zakonu.¹¹

I u novijoj doktrini susrećemo stajališta da su materijalno – objektivni element (*consuetudo*) i svijest o nužnosti postojanja dvije osobine koje se smatraju bitnima za prijelaz prostih običaja u običajno pravo i za njihovo priznanje od strane države.¹²

Što se tiče primjene trgovačkih običaja, potrebno je istaknuti da je u većini pozitivnih nacionalnih zakonodavstava usvojena objektivna teorija

⁸ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 155., MARUŠIĆ, S., Trgovački običaji i Zakon o obveznim odnosima: primjedbe de lege lata i prijedlozi de lege ferenda, Pravo u gospodarstvu, broj 3, 1999., str. 341., pozivajući se na stajalište PERIĆ, B., Struktura prava, Zagreb, 1994., i LUKIĆ, R., Teorija države i prava, Beograd, 1957.

⁹ GOLDŠTAJN, A., Pravo međunarodne kupoprodaje, Informator, Zagreb, 1965., str. 18.

¹⁰ Stupio je na snagu 1. siječnja 1812. godine. Patentom od 29. studenoga 1852. godine proglašen je Opći austrijski građanski zakonik u kraljevinama Ugarskoj, Hrvatskoj i Slavoniji, serbskoj Vojvodini i tamiškom Banatu, a koji se prema § 1. primjenjuje od 1. svibnja 1853. godine.

¹¹ Klub slušača prava u Zagrebu, Trgovačko pravo, Zagreb, 1935., str. 5. VUKOVIĆ, M., Obvezno pravo, knjiga I., Školska knjiga, Zagreb, 1956., str. 41., ističe da je ovakvo stajalište izraz pozitivističkog gledanja koje je išlo za tim da izvor prava bude samo ono što dolazi od zakonodavne vlasti.

¹² VISKOVIĆ, N., Država i pravo, Zagreb, 1995., str. 176.

primjene trgovačkih običaja, prema kojoj se subjektivni element (*opinio necessitatis*) pretpostavlja, na što će se u daljnjem tekstu dati detaljniji osvrt.

Nacionalni propisi, pa tako i naš Zakon o obveznim odnosima, uglavnom ne daju definiciju trgovačkih običaja. Izuzetaka je vrlo malo, poput prava SAD-a gdje se u čl. 1-205. st. 2. Jednoobraznog trgovačkog zakonika definira trgovački običaj kao “svaka praksa ili način poslovanja koji se redovito poštuje u nekom mjestu, struci ili poslovanju tako da se opravdano može očekivati da će biti poštivani u konkretnoj transakciji.”

Od dokumenata koji uređuju pitanje međunarodne kupoprodaje robe, trgovačke običaje definira Jednoobrazni zakon o sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe – ULFIS u čl. 13. st. 1. gdje stoji da se “pod izrazom običaji podrazumijeva način postupanja za koji razumne osobe istoga svojstva kad se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane redovno smatraju da se imaju primijeniti na sklapanje njihova ugovora”.

3. Razlikovanje trgovačkih običaja od drugih autonomnih izvora trgovačkoga prava

Za bolje shvaćanje pojma trgovačkih običaja potrebno ih je razlikovati od ostalih autonomnih izvora trgovačkoga prava budući da se pod pojmom trgovački običaji često podrazumijevaju svi oblici autonomnog trgovačkog prava: uzance, opći uvjeti poslovanja, klauzule i termini.

Uzance¹³ predstavljaju trgovačke običaje kodificirane od strane nadležnog državnog tijela. Kodifikacijom nadležno tijelo utvrđuje usklađenost trgovačkih običaja sa zakonom, tehnički ih sredi i sankcionira. U Republici Hrvatskoj navedena djelatnost spada pod nadležnost Hrvatske gospodarske komore. Valja, međutim, naglasiti da donošenje uzanci ne pripada u normativnu djelatnost, jer za to nije ovlašteno tijelo koje utvrđuje uzance. Slijedom toga polazi se od postojećeg stanja, pa uzance formalno ne stupaju na snagu.¹⁴ Uzance se dijele na opće¹⁵ i posebne (specijalne),¹⁶ a u slučaju njihove nesuglasnosti prednost imaju posebne uzance. Uzance ne smiju biti u suprotnosti sa *ius cogens*.¹⁷ U odnosu na trgovačke običaje nužno je istaknuti da uzance imaju prednost u primjeni, dakle primjenjuju se prije trgovačkih običaja.

¹³ Dolaze od latinske riječi “*uso*” što znači uporaba.

¹⁴ JANKOVEC, I., *Privredno pravo*, Beograd, 1981., str. 21., BABIĆ, S., *Uzance u pravnom prometu i njihova primjena u Republici Hrvatskoj*, *Pravo i porezi*, broj 10, 1997., str. 29.

¹⁵ One koje vrijede za sve vrste robe ili trgovinske struke.

¹⁶ One koje se primjenjuju u određenoj gospodarskoj grani ili struci, za pojedinu vrstu robe ili za određenu vrstu usluga.

¹⁷ U presudi Vs, II Rev-22/87, od 6. svibnja 1987., stoji: “Uzance se neće primijeniti na odnose koji su regulirani prisilnim normama Zakona o obveznim odnosima.”

Govoreći o uzancama ne može se zaobići značenje Općih uzanci za promet robom koje je donijela Glavna državna arbitraža 1954. godine,¹⁸ a koje su do donošenja Zakona o obveznim odnosima 1978. godine bile jedini izvor trgovačkog ugovornog prava u nas.¹⁹ Navedene su Uzance bile opće jer su se ograničile na one običaje koji su zajednički svim granama prometa robom, jedinstvene jer su važile na cijelom području države i potpune jer su sadržavale i pravila obveznog prava te su funkcionirale kao jedinstveni regulativi.²⁰ Prestale su vrijediti stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima 1. listopada 1978. godine, odnosno čl. 1107. st. 2. navedenoga Zakona propisano je da se “Opće uzance za promet robom neće primjenjivati poslije stupanja na snagu ovog zakona u pitanjima koja su njime regulirana.” Međutim, njihova primjena bi mogla doći u obzir u onim pitanjima koja nisu regulirana zakonom²¹ kao i kada se ugovorne strane na njih pozovu.

Opći uvjeti poslovanja (dalje u tekstu OUP) predstavljaju uvjete pod kojima neke pravne osobe posluju. Od njih je potrebno razgraničiti tipske i adhezione ugovore, iako je u praksi to vrlo teško učiniti.²² OUP imaju isti sadržaj kao i tipski ugovori, a razlikuju se po tome što predstavljaju popis ugovornih klauzula koje ugovorne strane koriste na taj način što takvi opći uvjeti čine sastavni dio ugovora, koji se obično nalazi na poleđini ugovornog formulara ili ispod potpisanoga dijela teksta. Kod tipskih ugovora ugovorne strane mogu pojedine klauzule OUP-a promijeniti onako kako to njima najbolje odgovara, dok kod adhezionih ugovora ponuditelj ne pristaje ni na kakvu izmjenu. Sukladno navedenom, kada OUP stavimo u odnos s trgovačkim običajima, prednost u primjeni imat će OUP budući da se primjenjuju na osnovi sporazuma ugovornih strana, čime su ugovorne strane isključile primjenu trgovačkih običaja za pitanja koja su uređena OUP-om.

Značenje klauzula i termina osobito dolazi do izražaja u međunarodnim trgovačkim odnosima gdje prevladava stajalište da je neučinkovito i nepotrebno detaljno regulirati svaki sastojak ugovora. Međutim, to s druge strane može dovesti do određenih problema, osobito jer će ugovorne strane

¹⁸ Objavljene su u Sl. listu FNRJ 15/54.

¹⁹ GOLDŠTAJN, A., *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, cit. str. XIII., naglašava da je to bio period od 24 godine.

²⁰ *Ibid.*, str. 160-161., ĐORĐEVIĆ, Ž. S., STANKOVIĆ, V. S., *Obligaciono pravo (Opšti deo)*, četvrto izdanje, Naučna revija, Beograd, 1986., str. 36.

²¹ U obrazloženju sudske presude Vrhovnog suda BiH, Pž 389/87, od 28. 7. 1988., stoji: “Kako Zakon o obligacionim odnosima nema odredbe o načinu zaključenja ugovora putem teleksa, ispunjeni su uvjeti predviđeni odredbama čl. 1107. st. 2. ZOO da se primijeni Opća uzanca za promet robom br. 31. st. 3. po kojoj pošiljalatelj ne može osporavati punovažnost ponude ili izjave o prihvaćanju ponude otpremljene u njegovo ime preko njegovog teleprinter-a.” Više o obrazloženju navedene presude vidjeti u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, broj 2, Sarajevo, april-juni 1989., str. 21.

²² OUP, tipski i adhezioni ugovori predstavljaju formularno pravo.

zahtijevati određenu sigurnost i izvjesnost. U tom pogledu važnu ulogu imaju klauzule i termini koji postaju sastavnim dijelom ugovora na način da se ugovorne strane na njih pozovu, odnosno uvrste ih u svoje ugovore. Dakle, izričitim pristankom ugovornih strana klauzule i termini postaju sastavni dio ugovora.

Najpoznatije klauzule u međunarodnim trgovačkim odnosima jesu INCOTERMS klauzule donesene od strane Međunarodne trgovačke komore u Parizu. Slijedom iznesenoga, ako ugovorne strane ugovore primjenu određene INCOTERMS klauzule, na taj su način isključile primjenu trgovačkog običaja koji uređuje pitanje regulirano navedenom klauzulom čiju su primjenu ugovorne strane ugovorile.²³

4. Primjena trgovačkih običaja prema subjektivnoj i objektivnoj teoriji

Da bi se ušlo u razjašnjenje problematike primjene trgovačkih običaja, potrebno je napraviti distinkciju između subjektivne i objektivne teorije primjene trgovačkih običaja. Za navedeno razgraničenje treba se osvrnuti na ranije istaknute elemente običaja:

1. materijalni, odnosno objektivni i
2. psihološki, odnosno subjektivni element.

Ključno pitanje za razlikovanje subjektivne od objektivne teorije primjene trgovačkih običaja leži u nužnosti postojanja psihološkog, odnosno subjektivnog elementa (*opinio necessitatis*).

Prema subjektivnoj teoriji, za primjenu trgovačkih običaja potrebno je da je primjena ugovorena ili da je propisana zakonom. Dakle, za njihovu primjenu zahtijeva se postojanje oba elementa. Odnosno, pored činjenice da trgovački običaj postoji i da se primjenjuje zahtijevat će se i postojanje svijesti o obvezatnosti postupanja u skladu s navedenim pravilom ponašanja. S druge strane, prema objektivnoj teoriji, trgovački običaj će se primijeniti ako nije suprotan prinudnom pravu ili drukčijem sporazumu ugovornih strana.²⁴ Dakle, ako ugovorne strane ne žele primjenu trgovačkih običaja, one to moraju izričito isključiti budući da se svijest o nužnosti postupanja u skladu s određenim trgovačkim običajem (*opinio necessitatis*) pretpostavlja.

Prema objektivnoj teoriji trgovački običaj predstavlja izvor prava u objektivnom smislu budući da predstavlja najprirodniji način izražavanja običajnoga prava na području trgovačkoga prava, a njihovu primjenu može isključiti samo *ius cogens* ili suprotna volja ugovornih strana.²⁵

²³ O odnosu INCOTERMS klauzula i trgovačkih običaja vidjeti kod PILTZ, B., INCOTERMS and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods na stranici www.20jahre.cisg-library.org/piltz1.html

²⁴ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 154.

²⁵ MARUŠIĆ, S., op. cit. str. 350.

Po starijoj doktrini, za primjenu trgovačkih običaja zahtijevalo se postojanje oba elementa: dugotrajno vršenje i *opinio necessitatis*.²⁶ Međutim, pri primjeni trgovačkih običaja zauzeto je stajalište da je dovoljno ustanoviti postojanje trgovačkog običaja, dok se psihološki element pretpostavlja, stoga nije potrebno ispitivati da li on postoji u svakom konkretnom slučaju. To je opravdano zato jer se mora brinuti o obje ugovorne strane. Dakle, ako jedna ugovorna strana pretpostavlja primjenu trgovačkog običaja jer ga zna i po njemu se ravna, ona može očekivati takvo ponašanje i od druge ugovorne strane, budući da bi došla u neravnotežan položaj prema onima koji ulaze u trgovačke odnose nedovoljno stručno.²⁷ Ukoliko bi se u odnosima među trgovcima primijenila subjektivna teorija, to postupanje ne bi bilo u skladu s načelom da su ugovorne strane dužne postupati pažnjom koja se u poslovnom prometu zahtijeva.

S druge strane, treba voditi računa o osobama koje ulaze u određeni obvezni odnos, a nisu trgovci. Ukoliko bi se na njih primijenila objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, time bi im bila nametnuta obveza poznavanja izvora prava u određenoj struci i samim time bile bi stavljene u nepovoljniji položaj, osobito ako bi ulazile u ugovorni odnos s trgovcem.

U Zakonu o obveznim odnosima iz 1978. godine,²⁸ koji je 1991. godine preuzet u pravni sustav Republike Hrvatske (dalje u tekstu ZOO/1991) prihvaćena je subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Na ovu je nelogičnost upozorio A. Goldštajn ističući da se radi o "redakcijskoj pogrešci", ali se ispravnim tumačenjem dobiva zadovoljavajuće rješenje.²⁹ Navedena je "pogreška" ispravljena čl. 12. novog Zakona o obveznim odnosima³⁰ (dalje u tekstu ZOO/2005) koji za primjenu trgovačkih običaja usvaja objektivnu teoriju koja je u skladu sa čl. 9. Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe,³¹ što će se kasnije detaljnije obraditi.

5. Odnos trgovačkih običaja prema dispozitivnim pravnim normama

Kada trgovačke običaje stavljamo u odnos sa zakonskim normama, razlikujemo situacije kada se oni odnose na pitanja koja nisu regulirana zakonom i situacije kada trgovački običaj zadire u područje koje je uređeno pravnom normom. U prvom slučaju trgovački običaji predstavljaju "dopunu

²⁶ LEDIĆ, D., op. cit. str. 445., ističe stajališta starije i novije doktrine.

²⁷ GOLDŠTAJN, A., Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima, u knjizi GOLDŠTAJN, A., BARBIĆ, J., VEDRIŠ, M., MATIĆ, Ž., Obvezno pravo, prva knjiga, II. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1979., str. 55.

²⁸ Narodne novine br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 112/99., 88/01.

²⁹ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 45.

³⁰ Narodne novine br. 35/05.

³¹ BARBIĆ, J., Novi Zakon o obveznim odnosima (čl. 1.-20.) u zborniku radova Novi Zakon o obveznim odnosima, Organizator, Zagreb, travanj 2005., str. 18.

zakonu”, odnosno oni popunjavaju pravne praznine.³² Tu govorimo o običajima *praeter legem*. Ovakav stav bio je zauzet još u Hrvatskom trgovačkom zakonu iz 1875. godine, gdje u § 1. stoji da u trgovačkim stvarima ako zakon ne sadrži odredbe, kao mjerilo služe trgovački običaji,³³ za razliku od OGZ-a koji ograničava uzimanje u obzir običaja samo u slučajevima u kojima se zakon na njih poziva (§ 10.).

Međutim, može nastati situacija da je trgovački običaj suprotan zakonskim odredbama (običaji *contra legem*). Ovdje se postavlja pitanje kakav je odnos takvih običaja s pravnim normama. Budući da su trgovački običaji sami po sebi dispozitivnog karaktera, oni ne smiju biti u suprotnosti sa *ius cogens*.³⁴ S druge strane, ako su trgovački običaji suprotni dispozitivnim odredbama, treba odgovoriti na pitanje da li trgovački običaj suprotan dispozitivnom propisu može derogirati takav propis? U većini suvremenih nacionalnih zakonodavstava trgovačkim se običajima daje prednost pred dispozitivnim pravnim normama.³⁵ A. Goldštajn takvo stajalište obrazlaže karakteristikama trgovačkih običaja: a) nastaju u poslovnoj praksi, b) po sadržaju su mnogo precizniji od zakona i c) razlikuju se po strukama (vertikalni običaji) ukoliko nisu postali zajednički svim strukama (horizontalni običaji).³⁶

Dakle, trgovački običaji kao pretpostavljena volja ugovornih strana (*lex contractus*) služe za popunjavanje praznina u ugovoru i kao osnova za tumačenje volje ugovornih strana te kao takvi imaju prednost pred dispozitivnim zakonskim odredbama. Navedeno stajalište izričito je istaknuto u čl. 9. st. 2. Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe (ULIS), gdje se u slučaju neslaganja običaja s njegovim odredbama prednost daje običajima. Različito od toga, u Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe nema izričite odredbe o primjeni običaja ako su oni suprotni odredbama Konvencije. Međutim, zauzeto je stajalište da prednost trgovačkih običaja pred Konvencijom proizlazi iz dispozitivnosti njezinih odredaba, što će se kasnije detaljnije obraditi.

³² BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, 1980.*, str. 710.

³³ § 1. glasi: “U stvarih trgovačkih, u koliko glede njih zakon ovaj ne sadržaje nikakovih ustanova, služe mjerilom običaji trgovački, a u nedostatku tih običaja imade se uporabljati opće pravo građansko.”

³⁴ Tako naš ZOO/1991 u čl. 10. propisuje: “Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva”. Navedena odredba čl. 10. ZOO/1991 odgovara čl. 2. novoga Zakona o obveznim odnosima donesenoga 2005. godine. O stajalištu sudske prakse vidjeti Ps, Pž-3353/90, od 4. 02. 1992., PSP-52/172 gdje stoji: “Bankarska garancija mora biti izdana u pisanom obliku, pa u skladu s tim i punomoć za izdavanje garancije mora biti u pisanom obliku. Poslovni običaj o ponudi i prihvatu ponude na poslovnom papiru (i potpisan od neovlaštene osobe) stoga se ne primjenjuje na bankarsku garanciju”.

³⁵ VUKMIR, B., *Lex mercatoria u novome pravnom okruženju, Pravo i porezi, broj 3, 2005.*, str. 25-26.

³⁶ GOLDŠTAJN, A., *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno, cit. str. 48.*

Sve navedeno u skladu je sa stajalištem objektivne teorije primjene trgovačkih običaja po kojoj se trgovački običaji primjenjuju mimo volje ugovornih strana, ali nikad protiv njihove volje.³⁷ Suprotno stajalište zauzeto je u čl. 1107. st. 3. ZOO/1991, kojim je prihvaćena subjektivna teorija, a koji u slučaju neslaganja trgovačkih običaja s dispozitivnim propisima prednost daje dispozitivnim zakonskim odredbama, osim ako su ugovorne strane izričito ugovorile primjenu trgovačkih običaja. Na navedenu problematiku kao i oprečna stajališta u doktrini autorica će se osvrnuti u daljnjem tekstu.

6. Načelo *iura novit curia* pri primjeni trgovačkih običaja

Budući da se pod trgovačkim običajem podrazumijeva određeni način postupanja u širokoj primjeni, pa se očekuje da će ugovorne strane postupiti na predviđeni način, postavlja se pitanje rješavanja sporova ukoliko jedna od ugovornih strana ne postupi na očekivani način. U tom slučaju ispravno je zauzeti stajalište da, budući da trgovački običaji nisu pravo koje je donio zakonodavac, za njih ne vrijedi načelo *iura novit curia*. Navedeno stajalište zauzeto je i u poredbenim pravnim sustavima.³⁸

Starija je doktrina zahtijevala suprotan pristup. Tako Stražnický tvrdi da za trgovačko običajno pravo vrijedi načelo *iura novit curia*.³⁹ Međutim, praksa je iskristalizirala suprotno stajalište.⁴⁰

Kod dokazivanja postojanja kao i sadržaja trgovačkog običaja u hrvatskom pravu treba imati na umu čl. 7. Zakona o parničnom postupku⁴¹ (dalje u tekstu ZPP), kojim je napušteno načelo istraživanja materijalne istine po službenoj dužnosti, a prema kojem je sud ovlašten utvrditi činjenice koje stranke nisu iznijele i izvesti dokaze koje stranke nisu predložile samo ako posumnja da stranke raspolažu sa zahtjevima kojima ne mogu raspolagati.⁴² Sukladno navedenoj odredbi prihvaćeno je raspravno načelo

³⁷ MARUŠIĆ, S., Zakon o obveznim odnosima i izvori prava za ugovore u privredi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj XXIII-XXIV, 1986.-1987., str. 42.

³⁸ Tako se uz komentar § 293. njemačkoga Zakona o parničnom postupku ističe da se načelo *iura novit curia* ne primjenjuje kod primjene običaja. O osvrtnu na navedeno pitanje vidjeti DIEDRICH, F., A Law of the Internet? – Attempts to Regulate Electronic Commerce, The Journal of Information, Law and Technology (JILT) http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/d

³⁹ STRAŽNICKÝ, Predavanja iz trgovačkog prava, Zagreb, 1926., str. 10.

⁴⁰ O odnosima starije i novije doktrine u pogledu načela *iura novit curia* kod primjene trgovačkih običaja vidjeti kod MARUŠIĆ, S., Poslovni (trgovački) običaji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj IX., Split, 1972., str. 109.

⁴¹ Narodne novine br. 117/03.

⁴² Prema ranijem Zakonu o parničnom postupku (NN 53/91., 91/92., 112/99.) sukladno čl. 7. st. 3. sud je bio ovlašten „izvesti i dokaze koje stranke nisu predložile“ pri čemu je jedini kriterij pri donošenju odluke suda o izvođenju takvog(ih) dokaza bila ocjena - (uvjerenje) suda:
- da su upravo određene činjenice odlučne za utvrđenje osnovanosti zahtjeva stranaka, te
- da su određeni, konkretni, dokazi – a koje stranke nisu predložile – od značaja za utvrđenje tih pravnorelevantnih činjenica.

kao dominantno i u odnosu na dokaze, na isti način kako je već u ranijem Zakonu o parničnom postupku to bilo predviđeno u odnosu na činjenice.⁴³

Dakle, prema načelu tereta dokazivanja parnična strana koja se pozvala na postojanje određenog trgovačkog običaja dužna je to i dokazati. Ona će to učiniti predlaganjem sudu izvođenje dokaza saslušanjem vještaka, stručnjaka za određena pitanja uređena odnosnim trgovačkim običajima, dostavljanjem podataka iz stručne literature, pozivanjem na arbitražnu i sudsku praksu koja je utvrdila postojanje trgovačkog običaja. U čl. 220. ZPP-a istaknuto je da će sud, iako više nema inkvizitorno ovlaštenje, odlučiti koji će se dokazi izvesti, ali samo između onih dokaza koje su predložile stranke.

Protiv svakog dokaznog sredstva može se u sudskom postupku podnijeti protudokaz bilo da trgovački običaj ne postoji, bilo da je prestao postojati.

U ovom segmentu potrebno se osvrnuti i na Zakon o Hrvatskoj gospodarskoj komori⁴⁴, koji u čl. 3. definira zadatke Hrvatske gospodarske komore (dalje u tekstu HGK), gdje između ostaloga stoji da je njen zadatak: “poduzimanje mjera za poticanje i razvijanje dobrih poslovnih običaja i poslovnog morala”. Ujedno u čl. 18. st. 1. Zakona o HGK predviđeno je da pri HGK postoji sud časti koji pored propisanoga “odlučuje o povredama dobrih poslovnih običaja u obavljanju gospodarskih djelatnosti i prometa robe i usluga u prometu robe na područje HGK”.

Povezano sa Zakonom o HGK potrebno je istaknuti da je nužno *de lege ferenda* učiniti izmjene vezano za upotrijebljene termine “dobri poslovni običaji” i “poslovni moral”, a u cilju usklađivanja s novim Zakonom o obveznim odnosima, na što će se autorica u daljnjem tekstu detaljnije osvrnuti.

7. Reguliranje običaja u međunarodnim kodifikacijama (ULFIS, ULIS i Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe)

Prvi radovi na unifikaciji međunarodne prodaje robe počeli su još 1929. godine u okviru Međunarodnog instituta za izjednačavanje privatnog prava (*UNIDROIT – The International Institute for the Unification of Private Law*) ispitivanjem mogućnosti prihvata svjetskog jedinstvenog zakona

Ujedno sukladno čl. 220. ZPP-a sud je mogao izvesti dokaze čak i ako su se stranke protivile izvođenju istih. O tome više vidjeti kod HRVATIN, B., Iznošenje i utvrđivanje činjenica te predlaganje dokaza u zborniku radova *Novine u parničnom postupku*, Inženjerski biro, Zagreb, 2003. str. 9.

⁴³ TRIVA, S., DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, VII. Izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 176., gdje ističu da će “na taj način stranke postati svjesne činjenice da isključivo od njihove volje i zalaganja ovisi u kojem će stupnju sud biti u mogućnosti ispitivati i ocjenjivati argumente na kojima one grade svoju parničnu strategiju i taktiku”.

⁴⁴ Narodne novine broj 66/91., 73/91., 77/93.

o kupoprodaji robe. Godine 1930. četvorici članova povjerenstva bio je povjeren zadatak da kao predstavnici četiriju najvažnijih sustava privatnog prava – engleskoga, francuskoga, njemačkoga i skandinavskoga – pripreme svoj prijedlog.⁴⁵ Godine 1935. Povjerenstvo je predložilo prvi nacrt. Drugi nacrt predložen je 1939. godine, koji je 1951. godine iznesen pred diplomatsku konferenciju u Haagu.⁴⁶ Godine 1956. podnesen je treći nacrt, dok je konačan prijedlog zakona iznesen 1963. godine.

Na diplomatskoj konferenciji održanoj u Haagu, od 2. do 25. travnja 1964., usvojena su dva dokumenta:

- Jednoobrazni zakon o sklapanju ugovora o međunarodnoj prodaji robe – ULFIS – *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* i

- Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe – ULIS – *Uniform Law on the International Sale of Goods*.

Svrha je Jednoobraznih zakona kreiranje dispozitivnih pravila kojima se nastojalo izmiriti interese prodavatelja i kupaca. ULFIS i ULIS sadrže identične stavove iz kojih proizlazi da se ne čini razlika između trgovačke i građanske kupoprodaje. Oba zakona će se primijeniti bez obzira na trgovački ili građanski karakter ugovornih strana ili ugovora.

Trgovački običaji uređeni su čl. 9., ULIS i člankom 13., ULFIS.

Članak 9., ULIS glasi:

“1. Strane su vezane običajima, kojima su se podvrgle izričito ili prešutno, i praksom utvrđenom između njih.

2. One su također vezane običajima za koje razumne osobe istog svojstva i u istoj situaciji kao one redovno smatraju da se imaju primijeniti na njihov ugovor. U slučaju neslaganja tih običaja s ovim zakonom, primijenit će se običaji, osim ako je suprotno ugovoreno.

3. U slučaju uporabe termina, klauzula ili formulara koji se upotrebljavaju u trgovini, oni će se tumačiti prema smislu koji im se redovno daje u zainteresiranim trgovačkim krugovima.”

ULFIS u članku 13. propisuje:

“1. Pod izrazom običaji razumije se način postupanja za koji razumne osobe istoga svojstva kad se nađu u istoj situaciji kao ugovorne strane redovno smatraju da se imaju primijeniti na sklapanje njihova ugovora.

2. U slučaju uporabe termina, klauzula ili formulara koji se upotrebljavaju u trgovini, oni će se tumačiti prema smislu koji im se redovno daje u zainteresiranim trgovačkim krugovima.”

⁴⁵ GOLDŠTAJN, A., Konvencija Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine, Informator, Zagreb, 1980., str. 8.

⁴⁶ Izbijanjem 2. Svjetskog rata prekinut je rad na unifikaciji prava zemalja članica. Međutim, 1950. godine na inicijativu nizozemske vlade nastavljen je započeti projekt te je ona drugi nacrt iz 1939. godine iznijela pred diplomatsku konferenciju održanu 1951. godine u Haagu.

Najuočljivije je u komparaciji navedenih odredbi da ULFIS u čl. 13., za razliku od zakona ULIS, a što se može reći i za većinu drugih nacionalnih kodifikacija,⁴⁷ daje definiciju običaja.⁴⁸

Vezano za istaknutu definiciju potrebno se osvrnuti na formulaciju "razumne osobe"⁴⁹ koja se spominje i u čl. 9. st. 2., ULIS.⁵⁰ U teoriji i praksi zauzeto je stajalište da navedena formulacija upućuje na primjenu objektivnog kriterija, što znači da će ugovorne strane biti vezane i onim običajima za koje nisu znale.⁵¹

U pogledu navedene formulacije iznesene su brojne kritike poglavito zbog razloga što se u navedenim dokumentima ne definira što se smatra pod "razumnom osobom", stoga to može dovesti do dvojbi i poteškoća u primjeni trgovačkih običaja. Potaknuta iznesenim kritikama radna grupa UNCITRAL-a izostavila je kriterij "razumne osobe" u tekstu Konvencije UN-a o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

Signifikantna je odredba zakona ULIS prema kojoj se u slučaju neslaganja običaja sa njegovim odredbama izričito daje prednost običajima. Međutim, dano je ovlaštenje ugovornim stranama ugovoriti suprotno. Dakle, navedena odredba kojom ugovorne strane ne daju prednost običajima mora biti izričito ugovorena.

ULFIS i ULIS ne prave razliku između međunarodnih i nacionalnih običaja. Stoga, između ugovornih strana mogu se primijeniti kako međunarodni tako i nacionalni običaji ako su ispunjeni istaknuti uvjeti iz čl. 9., ULIS i čl. 13., ULFIS.

Godine 1966. osnovana je Komisija UN za međunarodno trgovačko pravo (*UNCITRAL – The United Nations Commission on the International Trade Law*), kojoj je jedno od područja djelovanja međunarodna prodaja robe, a pod čijim okriljem je 1980. godine usvojena Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe – *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (u daljnjem tekstu Bečka konvencija).⁵² Bečka konvencija mogla je stupiti na snagu tek kada je deset

⁴⁷ Definicija običaja se osim u odredbama ULFIS može pronaći u američkom Uniform Commercial Code.

⁴⁸ GOLDŠTAJN, A., *Pravo međunarodne kupoprodaje*, cit. str. 16., ističe da je u radnoj skupini koja je radila na donošenju ULFIS bio podnesen prijedlog da se pod međunarodnim običajem smatra takav običaj koji je zajednički ugovornim stranama. Međutim, taj prijedlog nije prihvaćen.

⁴⁹ Engl. "Reasonable persons", franc. "Personnes raisonnables".

⁵⁰ Prijedlog o unošenju navedene formulacije u ULIS stavila je na Konferenciji u Hagu 1964. godine Savezna Republika Njemačka.

⁵¹ JOKELA, H., *The Role of Usages in the Uniform Law on International Sales*, *Scandinavian Studies in Law*, 1966., p. 89., ističe da je Posebna komisija (*Special Commission*) iznijela takvo stajalište još prilikom stavljanja trećeg prijedloga jednoobraznog zakona 1956. godine. BAINBRIDGE, S., *Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions*, *Virginia Journal of International Law*, 1984., p. 633.

⁵² Jedan dio članica UNCITRAL-a predlagao je daljnju ratifikaciju Haških konvencija u čijim aneksima su se nalazili Jednoobrazni zakoni, dok je drugi dio članica predlagao da se

država ratificira, prihvati, odobri ili joj pristupi, što je i ispunjeno 1. siječnja 1988. godine, kada je Bečka konvencija stupila na snagu i u bivšoj SFRJ. Notifikacijom o sukcesiji Republika Hrvatska je stranka Bečke konvencije od 8. listopada 1991. godine.

Pitanje uređenja trgovačkih običaja bilo je vrlo problematično prilikom raspravljanja o usvajanju teksta Bečke konvencije. Značajne prigovore upućivale su zemlje u razvoju koje su isticale da će prihvaćanjem Bečke konvencije njihovi subjekti u trgovačkim odnosima biti podvrgnuti trgovačkim običajima koji su u većini slučajeva nastali u razvijenim zemljama i s kojima oni nisu upoznati.

Bečka konvencija u članku 9. sadrži odredbe o trgovačkim običajima gdje stoji:

“1. Strane su vezane običajima na koje su pristale i praksom utvrđenom između njih.

2. Ako nije drukčije ugovoreno, smatra se da su strane prešutno podvrgle svoj ugovor ili njegovo sklapanje običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat i koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga uzimaju u obzir ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj struci.”

Slijedom iznesenoga, ugovorne strane podvrgavaju primjeni običaja svoj ugovor ili njegovo sklapanje. Bečka konvencija ne daje definiciju trgovačkih običaja, ali je jasna distinkcija između trgovačkih običaja i prakse utvrđene među ugovornim stranama.⁵³ Dakle, na nacionalnom će sucu ležati prosudba o tome što se smatra trgovačkim običajem, a slijedom toga na području Europske unije važnu ulogu imat će Europski sud pravde (*European Court of Justice*).

Sukladno Bečkoj konvenciji ugovorne strane mogu biti vezane trgovačkim običajima izričito ili prešutno.⁵⁴ Ukoliko su ugovorne strane izričito

odmah priđe reviziji tih zakona. Komisija je odlučila poslati upitnik svim državama članicama UN-a kako bi iznijele svoje mišljenje o ULFIS-u i ULIS-u. Najveći broj odgovora ukazivao je na potrebu revizije pa je stoga 1968. godine u Ženevi osnovana radna skupina za izradu novoga teksta. Više vidjeti kod VILUS, J., *Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, Beograd, 1980., str. 4.

⁵³ Razlika između primjene običaja i prakse je u tome što se za običaje zahtijeva izričiti ili prešutni sporazum strana, dok se za praksu to ne zahtijeva. VILUS, J., *Komentar Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe*, Informator, 1981., str. 28., ističe da se za praksu pretpostavlja da su se strane s njom složile jer su je one i stvorile. Navedeno stajalište vidjeti u slučaju pred njemačkim sudom (Landgericht) broj 11 O 61/98, od 24. studenoga 1998. (vidi stranicu www.cisgw3.law.pace.edu/cases/981124g1.html), kao i u slučaju *Sluiter Ellwood II et al. v. Blumenerdenwerk Stender GmbH* pred nizozemskim sudom od 17. ožujka 2004. godine.

⁵⁴ Ima mišljenja prema kojima se čl. 9. st. 1. Bečke konvencije odnosi na vezivanje ugovornih strana trgovačkim običajima izričitim pristankom dok čl. 9. st. 2. uređuje prešutno vezivanje trgovačkim običajima ugovornih strana. Tako SCHLECHTRIEM, P., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Clarendon Press, Oxford, 1998., p. 76., GOLDŠTAJN, A., *Trgovačko ugovorno pravo - međunarodno i komparativno*, cit. str. 46., VILUS, J., op. cit. str. 27. S druge strane, postoje mišljenja prema kojima se ugovorne

ugovorile primjenu običaja, na njih se primjenjuje čl. 9. st. 1. Bečke konvencije. Međutim, problem se pojavljuje ako ugovorne strane nisu ugovorile primjenu običaja. U tom slučaju sukladno čl. 9. st. 2. običaj će se ipak primjenjivati:

1. ako je ugovornim stranama bio poznat ili morao biti poznat;
2. ako je široko poznat u međunarodnoj trgovini;
3. ako ga redovno uzimaju u obzir ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj struci.

Postavlja se pitanje da li navedeni uvjeti moraju biti alternativno ili kumulativno ispunjeni. Iz same formulacije pravne norme teško je doći do točnog odgovora budući da je ona na svim originalnim jezicima teška i nezgrapna, što se odrazilo i kod prevođenja.⁵⁵ Međutim, u teoriji i praksi zauzeto je stajalište da navedeni uvjeti moraju biti kumulativno ispunjeni budući da samo postojanje znanja nije dovoljno.⁵⁶ Tijekom pregovora oko usvajanja teksta Bečke konvencije isticano je da su na taj način zemlje u razvoju bolje zaštićene. Bečka konvencija je, prema tome, usvojila objektivni kriterij primjene trgovačkih običaja, što je prvenstveno dokaz više da je Konvencija namijenjena međunarodnoj trgovini. S druge strane, kod komparacije sa formulacijom iz navedenih zakona ULIS i ULFIS gdje se koristi kriterij "razumne osobe", A. Goldštajn ističe da je formulacija Konvencije znatno jasnija i prihvatljivija.

Dakle, u konkretnom slučaju za primjenu trgovačkih običaja volja ugovornih strana nije relevantna, što znači da će osobe koje se tek pojavljuju na nekome tržištu (*newcomers*) morati voditi računa o svim okolnostima

strane mogu obvezati prešutno i prema čl. 9. st. 1. Dakle, razlikuju prešutan pristanak iz čl. 9. st. 1. u odnosu na onaj iz čl. 9. st. 2. obrazlažući to činjenicom da prešutni sporazum može proizaći iz određenog ponašanja ugovornih strana tijekom pregovora npr. kada se ugovorne strane ponašaju u skladu sa određenim običajem. U tom smislu BOUT, P., *Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* na stranici www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html

⁵⁵ VILUS, J., op. cit. str. 27., fusnota 52. Tekst na engleskom jeziku glasi: "The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which an international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned." Tekst na francuskom jeziku glasi: "Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée."

⁵⁶ Tako je u slučaju *Dr. S Serguuev Handelsagentur v. DAT – SCHAUB A/S*, pred Pomorskim i trgovačkim sudom u Kopenhagenu (So-og Handelsretten), Sud ispitivao da li su kumulativno ispunjeni uvjeti iz čl. 9. st. 2. te je nakon obavljenih radnji utvrdio da budući da su kumulativno ispunjeni uvjeti iz navedenog članka, primijenit će se trgovački običaj. Konkretno, radilo se o trgovačkom običaju specificiranja vrsta ribe na latinskom jeziku u međunarodnim transakcijama. U slučaju pred austrijskim sudom (Oberster Gerichtshof), broj 2 Ob 48/02a, od 27. veljače 2003., također je ispitivano kumulativno egzistiranje navedenih uvjeta. U ovom slučaju radilo se o starosti smrznute ribe.

određenog pravnog posla budući da će se na njih primijeniti trgovački običaji i u slučaju kada nisu za njih znale.⁵⁷ Ukoliko ugovorne strane ne žele biti vezane trgovačkim običajima, one njihovu primjenu moraju izričito isključiti.

Bečka konvencija govori o običajima koji su široko poznati u međunarodnoj trgovini, za razliku od međunarodnih trgovačkih običaja. Slijedom navedenoga i lokalni običaji mogu biti poznati u međunarodnoj trgovini, čime je obuhvaćena i njihova primjena.⁵⁸ Ujedno, Bečka konvencija govori o običajima u trgovačkoj struci, što bi upućivalo samo na primjenu vertikalnih običaja. Međutim, zauzeto je stajalište da običaje treba definirati što šire (*as broadly as possible*) tako da treba obuhvatiti i horizontalne običaje.⁵⁹

Što se tiče odnosa Bečke konvencije i INCOTERMS klauzula, značajno je stajalište koje je zauzeo *United States Court of Appeals*: “Bečka konvencija obuhvaća INCOTERMS klauzule kroz čl. 9. st. 2. zbog činjenice da su oni široko poznati u međunarodnoj trgovini.”⁶⁰

Za razliku od ULIS, u Bečkoj konvenciji nema izričite odredbe o primjeni običaja ukoliko su oni suprotni odredbama Konvencije. Tijekom Diplomatske konferencije o usvajanju teksta Bečke konvencije čehoslovačka delegacija stavila je prijedlog da se u navedenom slučaju daje prednost odredbama Konvencije. Međutim, takvim rješenjem samo bi oni trgovački običaji koji su kompatibilni s odredbama Bečke konvencije proizvodili učinke. Takav prijedlog nije prihvaćen i zauzeto je stajalište da prednost trgovačkih običaja pred Konvencijom proizlazi iz dispozitivnosti njezinih odredaba.⁶¹ Na taj način trgovački običaji mogu nametnuti ugovornim

⁵⁷ Na navedenu je okolnost prof. Goldštajn, kao predstavnik Jugoslavije, skrenuo pozornost još prilikom usvajanja teksta Bečke konvencije. Tu okolnost ističe i MAGNUS, U., J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN – Kaufrecht (CISG), Dreizehnte Bearbeitung, Sellier – de Gruyter, Berlin, 1994., s. 138., KAZIMIERSKA, A., *The Remedy of Avoidance under the Vienna Convention on the International Sale of Goods*, u knjizi *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1999-2000*, Kluwer Law International, 2000., p. 186.

⁵⁸ BOUT, P., op. cit. str. 6., govori o primjeni običaja određene luke, dok GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 47., ističe primjenu uobičajenih metoda za kontrolu robe.

⁵⁹ BIANCA, C. M., BONELL, M. J., *Commentary on Usages and Practices*, u knjizi *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987., p. 111., SCHLECHTRIEM, P., op. cit. p. 79.

⁶⁰ Slučaj *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos Ecuador*, United States Federal Appellate Court [5th Circuit] od 11. lipnja 2003. godine na stranici www.cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html. O navedenom stajalištu vidjeti kod FOLSOM, R., GORDON, M., SPANOGLE, J., *International Business Transactions*, Second Edition, West Group, St. Paul Minn, 2001., p. 72., kao i kod ALBÁN, J. O., *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement CISG Article 9* na stranici www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html

⁶¹ A. Goldštajn ističe da je Konvencija okvirni propis jer se primjenjuje na sve vrste prodaja i na robu svake vrste. Stoga nije moguće zauzeto stajalište da bi kod prešutnog pristanka na primjenu običaja Konvencija imala prednost pred trgovačkim običajima. To bi bilo u

stranama obveze različite od onih koje proizlaze iz Bečke konvencije.

Ukoliko bi se u nekoj zemlji pojavio problem vezan za valjanost trgovačkih običaja, tj. da li će trgovački običaj biti prihvatljiv ili ne u konkretnoj situaciji, potrebno se osvrnuti na čl. 4a. Bečke konvencije koji navedenu odluku prepušta mjerodavnom pravu.⁶²

Ovlaštenje dano nacionalnom sudu da odluči je li određeni trgovački običaj valjan ili ne, dovest će do velikih problema u postizanju cilja uniformnosti i jedinstvenosti primjene Bečke konvencije. Na ovaj će način nacionalni suci imati veliki utjecaj na sklapanje ugovora u međunarodnoj trgovini, kao i na primjenu trgovačkih običaja.

Budući da se načelo *iura novit curia* ne primjenjuje na običaje, njihovo postojanje morat će se dokazati. Ovdje će važnu ulogu imati eksperti za navedeno područje.⁶³

8. Trgovački običaji prema UNIDROIT-ovim načelima međunarodnih trgovačkih ugovora i načelima europskog ugovornog prava (PECL)

Prvi radovi na donošenju Načela međunarodnih trgovačkih ugovora (*Principles of International Commercial Contracts*, dalje u tekstu Načela) u okviru UNIDROIT započeli su još 1971. godine kada je Upravno vijeće uključilo navedenu inicijativu u program rada (*Work Program of the Institute*).⁶⁴ Međutim, tek je 1980. godine osnovana radna skupina, sastavljena od vodećih eksperata na području ugovornog prava i međunarodnog trgovačkog prava, kojoj je bio povjeren zadatak izrade nacrtu pojedinih dijelova Načela. Cilj je navedenih Načela stvoriti usklađen dijapazon pravila koja će se primjenjivati diljem svijeta bez obzira na pravnu tradiciju i ekonomske i političke uvjete zemalja u kojima će se primjenjivati.⁶⁵ Međunarodni karakter Načela istaknut je činjenicom da će se komentar istaknut uz pojedinu odredbu Načela suzdržati od upućivanja na nacionalna zakonodavstva, a sa ciljem objašnjenja porijekla i argumentaciju

suprotnosti sa nacionalnim zakonodavstvima i praksom te bi dovelo do neprebodivih teškoća. U slučaju pred austrijskim sudom, br. 2 Ob 191/98x, od 15. listopada 1998., ističe se da će se ukoliko postoji razlika između austrijskih običaja o trgovini drvom i odredbi Bečke konvencije, primijeniti običaji ukoliko su ispunjeni uvjeti iz čl. 9. st. 2. Konvencije.

(vidi stranicu: www.cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html)

⁶² BOUT govori da razlozi za neprihvatanje običaja mogu biti različiti kao npr. ako je sadržaj običaja u suprotnosti sa određenim pravnim pravilom koje egzistira u konkretnom nacionalnom zakonodavstvu.

⁶³ GOLDŠTAJN, A., *Usages of Trade and other Autonomous Rules of International Trade according to the UN (1980) Sales Convention*, u knjizi ŠARČEVIĆ, P., VOLKEN, P., *International Sale of Goods* – Dubrovnik Lectures, Oceana Publications, 1986., p. 98.

⁶⁴ Članove povjerenstva (*Steering Committee*) sačinjavali su profesori René David, Clive M. Schmitthoff i Tudor Popescu.

⁶⁵ Uvod u UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, publikacija UNIDROIT, Rome, 1994., p. viii.

ponuđenog rješenja. Iznimka je učinjena u slučaju Bečke konvencije kada je njeno pravilo doslovno⁶⁶ preuzeto u Načela.

Zbog opsežne primjene Načela iz 1994. godine javila se potreba za njihovim preispitivanjem. Prvi radovi na njihovom preispitivanju započeli su već tri godine nakon njihova donošenja.⁶⁷ Deset godina nakon donošenja prvog izdanja izdana su nova Načela (dalje u tekstu Načela–2004).

Načela–2004 za razliku od Načela iz 1994. godine imaju 185 članaka, odnosno 65 novih članaka. Komparacijom obje verzije Načela može se konstatirati da su izmjene Načela iz 1994. godine neznatne te se Načela–2004 ne mogu smatrati njihovom revizijom, već njihovom nadopunom.⁶⁸

Trgovački običaji uređeni su u čl. 1. 8. Načela iz 1994. koji glasi:

“1. Strane su vezane običajem na koji su pristale i praksom utvrđenom između njih.

2. Strane su vezane običajem koji je široko poznat i redovito poštivan u međunarodnoj trgovini od ugovornih strana u odnosnoj trgovačkoj struci, osim kada bi primjena takvog običaja bila nerazumna.”

Navedena odredba nije pretrpjela nikakve izmjene u Načelima–2004, već se zbog dodanog novog čl. 1. 8. koji uređuje nedosljedno postupanje (*Inconsistent Behavior*) sada nalazi u čl. 1. 9.

Ukoliko se izvrši usporedba s odredbom čl. 9. Bečke konvencije, može se zaključiti da oba dokumenta usvajaju ista stajališta. Tako je u Načelima kao i u Bečkoj konvenciji trgovačkim običajima dana normativna snaga. Detaljnijom analizom može se utvrditi da se u čl. 1. 9. Načela–2004 ne zahtijeva da ugovorne strane “znaju ili moraju znati” za određeni običaj da bi njime bile vezane kao što je to slučaj kod čl. 9. Bečke konvencije. Dovoljno je samo da je trgovački običaj “široko poznat i redovito poštivan u međunarodnoj trgovini od ugovornih strana u određenoj trgovačkoj struci”. Navedeno stajalište objašnjava se činjenicom da je u UNIDROIT Načelima usvojen pristup prema kojemu trgovački običaji koji su široko poznati i redovito poštivani u međunarodnoj trgovini zahtijevaju normativnu snagu neovisno od znanja ugovornih strana. Budući da su u širokoj primjeni, znanje ugovornih strana presumira se.⁶⁹ Ovakvim stajalištem proširena je primjena trgovačkih običaja, budući da je izbačen jedan od uvjeta koji se zahtijeva u Bečkoj konvenciji.

⁶⁶ Koristi se izričaj “*more or less literally*”.

⁶⁷ O tome više kod BONELL, M. J., UNIDROIT Principles 2004 – The new Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, na stranici www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/2004-1-bonell.pdf

⁶⁸ Identično stajalište ističe i VUKMIR, B., Načela međunarodnih trgovačkih ugovora 2004. prema UNIDROIT i *lex mercatoria* (I), Pravo i porezi, broj 1, 2005., str. 4.

⁶⁹ ALPA, G., A New Approach to International Commercial Contracts, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Editor: M. J. Bonell), Kluwer Law International, 1999., p. 185., ALBÁN, J. O., op. cit. www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni9.html

Analiza čl. 1. 9. Načela-2004 zahtijeva osvrt na pojam “nerazumne primjene” iz st. 2. navedenoga članka. U službenom komentaru Načela iz 1994. godine⁷⁰ stoji da razlozi za takvu primjenu mogu ležati u određenim uvjetima prema kojima jedna ili obje ugovorne strane posluju i/ili netipičnoj prirodi transakcija (*atypical nature of the transaction*).⁷¹

Jedan od ciljeva Europske unije jest ostvarenje četiri temeljne slobode: sloboda kretanja kapitala, osoba, robe i sloboda pružanja usluga. Međutim, ostvarenje navedenoga cilja povezano je s određenim problemima, a u kontekstu ugovornoga prava postavlja se pitanje pravne sigurnosti ugovornih strana kod sklapanja ugovora, stoga se u literaturi sve više govori o “europizaciji ugovornog prava” (“*Europeanization of the Contract Law*”).⁷²

Godine 1980. počeo je rad Komisije za europsko ugovorno pravo (*The Commission of European Contract Law – CECL*)⁷³ na donošenju Načela europskog ugovornog prava (*The Principles of European Contract Law*, dalje u tekstu PECL). Dio I. PECL koji se odnosi na izvršenje, neizvršenje i pravne lijekove objavljen je 1995. godine.⁷⁴ Drugo izdanje PECL objavljeno je 1999.⁷⁵ godine, a obuhvaća odredbe koje se odnose na sklapanje, valjanost, tumačenje ugovora, sastojke ugovora, ovlaštenje zastupnika da obveže svoga principala te sadrži revidiranu verziju I. Dijela PECL.⁷⁶ U ožujku

⁷⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, op. cit. p. 21.

⁷¹ U službenom komentaru Načela iz 1994. godine uz čl. 1. 8. dan je primjer nerazumne primjene. Tako će se o nerazumnoj primjeni trgovačkog običaja raditi kod primjene običaja koji egzistira u trgovini robom prema kojemu se kupac ne može pozvati na oštećenja na robu ukoliko ona nisu utvrđena od strane međunarodno priznate inspeksijske agencije – agencije za kontrolu robe (*internationally recognised inspection agency*). Kada kupac, preuzme robu u luci odredišta i jedina međunarodno priznata inspeksijska agencija – agencija za kontrolu robe koja djeluje u navedenoj luci je u štrajku, a pozivanje druge agencije iz susjedne najbliže luke bi zahtijevalo velike troškove, primjena navedenog običaja bila bi nerazumna i kupac se može pozvati na oštećenja koja je otkrio čak i ako nisu bila utvrđena od strane međunarodno priznate inspeksijske agencije – agencije za kontrolu robe.

⁷² Više o “europizaciji ugovornog prava” vidjeti kod LANDO, O., Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium na stranici www.frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm#2

⁷³ U radu Komisije bile su zastupljene sve države članice Europske unije, a rad su pratili i norveški i švicarski promatrač. Komisijom je predsjedao danski profesor Ole Lando te je poznata pod nazivom “Lando-komisija”. O sastavu i radu Komisije vidjeti kod RIEDL, K., The Work of the Lando-Commission from an alternative Viewpoint, na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclintro.html kao i kod LANDO, O., Contract law in the EU-The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law na stranici www.frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature.htm

⁷⁴ Principles of European Contract Law, Part 1., Performance, Non-performance and Remedies

⁷⁵ Principles of European Contract Law, Parts 1. and 2.

⁷⁶ Kako bi se razlikovale odredbe prve i druge verzije, promijenjen je način numeriranja članaka. U prvoj verziji između brojeva stajala je jedna točka (npr. čl. 1.101), dok je u drugoj dvotočka (npr. čl. 1:101).

2003. godine objavljen je Dio III. PECL čime je rad Komisije dovršen.⁷⁷

Odredbe PECL ne predstavljaju *ius cogens* i obuhvaćaju samo opći dio ugovornog prava. Njima se ne ulazi u detaljno rješenje konkretnog problema.

Trgovački običaji uređeni su u čl. 1:105 (prijašnji čl. 1.103) PECL gdje stoji:

“1. Strane su vezane običajem na koji su pristale i praksom utvrđenom između njih.

2. Strane su vezane običajem za koji se smatra da se općenito primjenjuje na osobe koje se nalaze u istom položaju kao ugovorne strane, osim kada bi primjena takvog običaja bila nerazumna.”

Usporedbom odredbi čl. 1:105 PECL s čl. 9. Bečke konvencije i čl. 1. 9. Načela-2004 dolazi se do zaključka da je stavak 1. identičan u svim navedenim dokumentima. Međutim, razlike se pojavljuju kod stavka 2. navedenih članaka. Pri primjeni čl. 1:105 st. 2. PECL ne postavlja se pitanje znanja ugovornih strana o postojanju trgovačkih običaja kao kod Bečke konvencije. Ujedno, kod Bečke konvencije i Načela-2004 zahtijeva se da je trgovački običaj široko poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga uzimaju u obzir ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj trgovačkoj struci. Da bi ugovorne strane bile vezane trgovačkim običajima na koje se nisu obvezale izričito sukladno čl. 1:105 st. 2. PECL potrebno je da su ispunjena dva uvjeta:

1. da se trgovački običaj općenito primjenjuje na osobe koje se nalaze u istom položaju kao ugovorne strane te

2. da primjena takvog običaja nije nerazumna.

Slijedom navedenoga, odredbama Bečke konvencije, Načela-2004. i PECL obuhvaćeni su ne samo međunarodni, već i nacionalni i lokalni običaji. Ujedno čl. 1:105 st. 2. PECL može poslužiti kao pomoć u određivanju da li je određeni običaj obuhvaćen primjenom čl. 9. st. 2. Bečke konvencije.⁷⁸

Potrebno se osvrnuti na okolnost da primjena običaja ne smije biti nerazumna, što izričito zahtijeva i čl. 1. 9. Načela-2004. U čl. 1:302 (prijašnji čl. 1.108) PECL dana je definicija onoga što se smatra razumnim (“*Reasonableness*”) gdje stoji da će se to prosuđivati prema onome što osobe koje postupaju u dobroj vjeri i koje se nalaze u istom položaju kao ugovorne strane smatraju razumnim. U ocjenjivanju što je razumno, potrebno je uzeti u obzir prirodu i svrhu (cilj) ugovora, okolnosti slučaja kao i običaje i praksu trgovine ili odnosne struke.⁷⁹

⁷⁷ Postoji stajalište prema kojemu bi opća načela ugovornog prava sadržana u sva tri djela PECL trebala sačinjavati integralni dio budućeg Europskog građanskog zakonika.

⁷⁸ CARLSEN, A., Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 CISG na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html

⁷⁹ O pojmu “*Reasonableness*” više vidjeti na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#view gdje se daje komparacija pojma navedenoga pojma u PECL i Bečkoj konvenciji.

Na kome će biti teret dokazivanja o postojanju običaja, kao i način njihova dokazivanja, ovisit će o mjerodavnom nacionalnom pravu.⁸⁰

9. *Primjena trgovačkih običaja u poredbenom pravu*

Italija

U talijanskom pravu običaji se ubrajaju u pravna vrela, što proizlazi iz čl. 1. *Codice Civile* (dalje u tekstu CCe) u kome su izričito navedeni izvori prava.⁸¹

Unutar običaja potrebno je razlikovati *usi normativi*, *usi contrattuali* (*negoziali*), *usi individuali* i *usi interpretativi*.

Usi normativi (*consuetudine*) uređeni su u čl. 8. CCe gdje stoji da su to one norme koje nisu u pisanom obliku (*non scritte*), a koje jedna društvena zajednica primjenjuje kroz duži vremenski period, isto kao norme koje imaju zakonsku snagu. Oni će se primijeniti u područjima koja nisu uređena zakonom, dakle u slučaju postojanja pravne praznine ili kada se zakon na njih poziva,⁸² kao npr. čl. 1327. CCe koji govori o predmetu prestacije. Navedeni običaji sadrže dva elementa: materijalni i psihološki element.⁸³ Dakle, ako je određeno pitanje uređeno zakonom, neće se primijeniti *usi normativi* budući da oni dolaze u primjenu tek kada se zakon na njih izričito poziva.⁸⁴ Ujedno prema čl. 8. st. 2. CCe opći akti pravnih osoba (*le norme corporative*) imaju prednost pred *usi normativi* čak i kada se zakon na njih poziva, osim ako je u općim aktima drukčije uređeno.

Usi contrattuali (*negoziali o mercantili*) predstavljaju određeno ponašanje koje se učestalo i stalno (*comunemente e costantemente*) primjenjuje u ugovornim odnosima u određenoj trgovačkoj struci. Smatraju se unesenima u ugovor, osim ako proizlazi da ih ugovorne strane nisu htjele (čl. 1340. CCe). Dakle, ukoliko ovi običaji egzistiraju, oni se primjenjuju na ugovorne strane, osim ako one izričito ili prešutno isključe njihovu primjenu.⁸⁵ Ovi

⁸⁰ LANDO, O., BEALE, H., *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000., p. 106.

⁸¹ "Sono fonti del diritto:

1. le leggi;
2. i regolamenti;
3. le norme corporative;
4. gli usi."

⁸² GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti, Obbligazioni in generale, Contratti in generale*, volume secondo, tomo primo, CEDAM, Padova, 1993., p. 149.

⁸³ Navedeno stajalište izričito je naglašeno u obrazloženju prvostupajnske presude *L.L.E.C.P. contro CREDITI S.P.A.* br. 1251 del R. G. 1999., od 13. svibnja 2002.

⁸⁴ Što izričito proizlazi iz čl. 8. CCe gdje stoji: "Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati."

⁸⁵ CIAN, G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, settima edizione,

običaji imaju prednost u odnosu na dispozitivne norme.⁸⁶ Teret dokaza o postojanju ovog običaja je na onoj stranci koja se na njega poziva. *Usi contrattuali*, za razliku od *usi normativi*, nemaju referencu u zakonu.

Usi individuali predstavljaju praksu koja se primjenjuje između određenih ugovornih strana, a koji služe za tumačenje ugovora sklopljenog među tim ugovornim stranama. Uređeni su u čl. 1362. CCe gdje stoji da se kod tumačenja (interpretacije) ugovora mora voditi računa o stvarnoj namjeri ugovornih strana iz kojeg razloga je potrebno ispitivati njihovo cjelokupno ponašanje (i prije i nakon zaključenja ugovora). Slijedom navedenoga potrebno je primijeniti teleološku metodu tumačenja ugovora.

U čl. 1368. CCe stipulirane su odredbe o *usi interpretativi*. Tako u st. 1. navedenoga članka stoji da se dvosmislene klauzule (*le clausole ambigue*) tumače prema onome što je uobičajeno u mjestu sklapanja ugovora. U st. 2. stoji da ukoliko je u ugovornom odnosu jedna ugovorna strana poduzetnik (*imprenditore*), dvosmislene klauzule tumače se sukladno onome što je uobičajeno u mjestu sjedišta poduzeća (*impresa*). Što se tiče odnosa ovih običaja i dispozitivnih normi, u teoriji postoje različita stajališta.⁸⁷

Budući da su sve navedene vrste običaja regulirane Građanskim zakonikom, u praksi je vrlo teško raditi razliku među njima. Osobito je teško povući distinkciju između *usi normativi* i *usi contrattuali*.⁸⁸

Francuska

U francuskom pravu običaji se primjenjuju na temelju članaka 1159. i 1160. *Code civile* (dalje u tekstu CC) koji se nalaze u trećoj knjizi (*Livre III – Des différentes manières dont on acquiert la propriété*), trećem naslovu (*Titre III – Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*), trećoj glavi (*Chapitre III – De l'effet des obligations*), dijelu petom (*Section 5 – De l'interprétation des conventions*) CC.⁸⁹

Čl. 1159. CC odnosi se na tumačenje ugovora gdje stoji da se ugovorne odredbe tumače u skladu s običajima određenog područja gdje je ugovor

CEDAM, Padova, 2004. p. 1281., gdje se pozivaju na slučajeve C 94/3651, C 86/436 i C 80/2583.

⁸⁶ Navedeno stajalište izričito je izneseno u presudi Cassazione Civile, III Sezione, od 29. ožujka 1999., br. 2966.

⁸⁷ Tako CIAN, G., TRABUCCHI, A., op. cit. p. 1369., ističu da postoje stajališta koja govore o prevazi *usi interpretativi* nad dispozitivnim normama, ali i stajališta koja se opiru takvoj mogućnosti.

⁸⁸ O tome više vidjeti kod MURARO, G., Prassi, *usi negoziali e usi normativi*, Rivista bimestrale de Le Nuove Leggi Civili Commentate. La nuova giurisprudenza civile commentata, Anno XV, N. 6, Novembre – Dicembre, 1999., CEDAM, Padova, p. 449-450., kao i kod FUXA SADURNY, F. R., *Gli usi normativi e gli usi negoziali* na stranici www.studiocelentano.it

⁸⁹ Odredbe o dopunjavanju ugovornih odredaba običajima nalaze se u dijelu koji se odnosi na tumačenje ugovora. Osvrt na navedeno pitanje vidjeti u Interpretation in Private Law, Scottish Law Commission, Discussion Paper No 101. p. 2-3.

sklopljen.⁹⁰ Konkretno, za tumačenje ugovora sklopljenog među ugovornim stranama relevantno će biti mjesto (*le pays*) gdje je ugovor sklopljen. Egzistiraju stajališta da je čl. 1159. CC identičan čl. 1368. talijanskog CCe, kojim se uređuju *usi interpretativi*.⁹¹

Člankom 1160. CC običajima dana je mogućnost nadopunjavati ugovorne odredbe čak i ukoliko nisu izričito naznačeni u ugovoru.⁹² Sukladno navedenim normama, običaji služe tumačenju i dopunjavanju ugovornih odredbi.⁹³

Kod konkretne primjene običaja problem se pojavljuje vezano za čl. 1160. CC, odnosno kod mogućnosti običaja nadopunjavati odredbe koje su stipulirane u ugovoru. Sudska praksa zauzela je stajalište da će određena odredba koja je uobičajena za konkretni ugovorni odnos dopuniti ugovor na temelju čl. 1160. CC samo ukoliko su ugovorne strane imale namjeru⁹⁴ primijeniti ga, ali su to propustile nenamjerno.⁹⁵ Ujedno je definirano kada će se smatrati da je određena odredba “uobičajena” za konkretni ugovorni odnos u smislu čl. 1160. CC. To će biti u slučaju:

1. kada je propust njenog ugovaranja bio nenamjeran, odnosno kada se smatra da su ugovorne strane doista htjele njenu primjenu i

2. kada se može primijeniti bez da sud nametne svoja vlastita stajališta o tome što je bila namjera ugovornih strana u njihovom ugovornom odnosu. Odnosno, treba voditi računa o stvarnoj namjeri ugovornih strana koju sud ne smije nametanjem svojih stajališta modificirati.⁹⁶

Njemačka

U njemačkom pravu razlikuju se trgovački običaji (*Handelsbräuche*) i prometni običaji (*Verkehrssitte*), pri čemu su trgovački običaji dio prometnih

⁹⁰ Čl. 1159. CC glasi: “Ce qui est ambigu s’interprète par ce qui est d’usage dans le pays où le contrat est passé.”

⁹¹ Interpretation in Private Law, Scottish Law Commission, Discussion Paper No 101, p. 11.

⁹² Čl. 1160. CC glasi: “On droit suppléer dan le contrat qui y sont d’usage, quoiqu’elles n’y soient pas exprimées”.

⁹³ Les sources actuelles du droit civil na stranici www.playmendroit.free.fr/droit_civil/sources_actuelles_du_droit_civil.htm

⁹⁴ GOBEAUX, G., BIHR, P., HENRY, X., Code Civil, Dalloz, 1997-98, str. 882., gdje se u komentaru čl. 1160. Code Civil-a ističe se značenje namjere ugovornih strana (l’intention).

⁹⁵ Slučaj pred Cour d’appel de Rouen, od 29. studenoga 1968., broj D. 1969.146 - ugovorne strane su 1957. godine sklopile ugovor prema kojemu se tužitelj, građevinar, obvezao obaviti određene poslove uz naknadu. Zbog različitih razloga, posao je dovršen tek 1967. godine kada je tužitelj tražio od naručitelja da plati višu cijenu izračunatu po metodi izračuna revizije cijene u industriji poznata kao “M.L.R. metoda”. Naručitelj je platio onu cijenu koja je bila ugovorena 1957. godine. Sud niže instance donio je presudu u korist tužitelja obrazlažući to stajalištem da se odredba o reviziji cijene primjenjuje na ugovor na temelju čl. 1160. CC. Na navedenu se presudu žalio naručitelj i žalba usvojena te je zauzeto istaknuto stajalište.

⁹⁶ BEALE, H., HARTKAMP, A., KÖTZ, H., TALLON, D., Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002., p. 583.

običaja. Prometni običaji uređeni su u § 157. i § 242. Građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch, dalje u tekstu BGB). § 157., BGB odnosi se na tumačenje ugovora gdje stoji da će se oni tumačiti u dobroj vjeri (*Treu und Glauben*) vodeći računa o prometnim običajima (*Verkehrssitte*). U § 242., BGB ugovornim stranama nametnuta je obveza postupanja u dobroj vjeri (*Treu und Glauben*) vodeći računa o prometnim običajima (*Verkehrssitte*).

Trgovački običaj uređen je u § 346. Trgovačkog zakonika (Handelsgesetzbuch, dalje u tekstu HGB) gdje stoji da se u trgovačkim transakcijama s obzirom na značenje (*die Bedeutung*) i učinak (*die Wirkung*) radnji i propusta imaju uzeti u obzir običaji i navade koje vrijede u trgovačkom prometu.⁹⁷ Dakle, trgovački običaji služe za tumačenje i dopunu volje ugovornih strana. Mjerodavni su za sve odnose među trgovcima,⁹⁸ dok se prometni običaj primjenjuje u odnosima između osoba koje nisu trgovci, obrazlažući to činjenicom da nije dopušteno osobe koje nisu trgovci vezivati trgovačkim običajima koji im nisu poznati.⁹⁹

Primjena trgovačkih običaja proizlazi iz pripadnosti određenoj profesionalnoj kategoriji ili obavljanju poslova na trgovačkom tržištu, pri čemu je neodlučno to što sadržaj trgovačkog običaja nije bio poznat ili ugovornim stranama nije bilo čak poznato postojanje takve prakse ili trgovačkog običaja.¹⁰⁰ Slijedom navedenoga, u njemačkom pravu usvojena je objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, tj. ne zahtijeva se *opinio necessitatis*.

Njemački autori spornim označavaju pitanje da li je trgovački običaj izvor prava ili nije. Međutim, prevladava stajalište da im se prizna to značenje.¹⁰¹

Dakle, prema njemačkom pravu onaj tko ne želi biti vezan trgovačkim običajima mora njihovu primjenu izričito ili prešutno isključiti budući da će ugovorne strane biti podvrgnute običajima, pa čak i onda kada nisu znale da oni postoje.¹⁰² Ovakvo stajalište u njemačkom pozitivnom pravu bilo je od

⁹⁷ "Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen."

⁹⁸ Pojam trgovca određen je par. 1. HGB. O uređenju pojma trgovac u njemačkom pravu vidjeti kod PETROVIĆ, S., *Određenje pojma trgovac (komparativno i u hrvatskom zakonodavstvu)*, Privreda i pravo, god. 31, sv. 1-2, Zagreb, travanj, 1992., str. 75-87.

⁹⁹ SCHUSTER, P., *Grundzüge des deutschen Handelsrecht u knjizi Grundzüge des deutschen Handels – und Wirtschaftsrechts*, Beck Publishers, Moscow, 1994., s. 22.

¹⁰⁰ GOLDŠTAJN, A., *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*, cit. str. 49-50., gdje se poziva na OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig, 1914., s. 386. i GIERKE, *Handelsrecht und Schifffahrtsrecht*, Berlin, 1958., s. 23. MARUŠIĆ, S., op. cit. str. 95., gdje se poziva na SCHUMANN, *Handelsrecht, Teil I*, Wesbaden, 1958., str. 24.

¹⁰¹ BAUMBACH, A., HOPT, K. J., *Handelsgesetzbuch mit GmbH&Co., Handelsklauseln, Bank – und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 31. neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003., s. 1073-1074.

¹⁰² U slučaju pred Oberster Gerichtshof broj 2 Ob 191/98x od 15. listopada 1998., izričito se iznosi stajalište da se trgovački običaji primjenjuju na ugovorne strane čak i ako one nisu znale za njihovo postojanje.

značajnog utjecaja na donošenje čl. 9. st. 2. Bečke konvencije.¹⁰³

Trgovački su običaji mjerodavni i za objašnjenje kratica i klauzula koje se upotrebljavaju u poslovnim formularima.¹⁰⁴

Engleska

U engleskom pravu potrebno je razlikovati običaj (*custom*) od trgovačkog običaja (*mercantile custom, usage, usage of trade*). Međutim, treba imati na umu da se u engleskom pravu ponekad pod pojmom *custom* podrazumijeva opći običaj koji postoji "od pamtivijeka", a ponekad označava trgovačke uzance. Razlika je u činjenici što trgovački običaji ne trebaju postojati "od pamtivijeka", za razliku od običaja (*custom*), što je predviđeno još zakonom iz 1275. godine koji je propisivao da će se smatrati da je određeni običaj (*custom*) "od pamtivijeka" ako se bude dokazao da je postojao 1189. godine.¹⁰⁵ Međutim, ovoj je odredbi u sudskoj praksi dano uže tumačenje. Konkretno, stranka koja se poziva na običaj mora dokazati da je taj običaj dugo vremena u primjeni i ukoliko uspije dokazati navedenu činjenicu, smatrat će se da je običaj postojao 1189. godine.

Od trenutka kada se postojanje trgovačkog običaja dokaže pred sudom, oni postaju dio *common law*.¹⁰⁶

Trgovački običaji uređeni su čl. 55. Sale of Goods Act (dalje u tekstu S.G.A.) gdje je propisano da kada neko pravo, obveza ili odgovornost proizlaze iz ugovora o prodaji, njihova primjena može se isključiti ili promijeniti izričitim sporazumom ugovornih strana ili praksom utvrđenom između ugovornih strana ili trgovačkim običajem koji obvezuje obje ugovorne strane.¹⁰⁷ Međutim, kod primjene ove odredbe treba uzeti u obzir Unfair Contract Terms Act iz 1977. godine koji je znatno ograničio ovlaštenje ugovornih strana na ovakvo činjenje.¹⁰⁸

¹⁰³ Vidi komentar čl. 9. Bečke konvencije u SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Mainz, Vienna, 1986., p. 41.

¹⁰⁴ BAUMBACH, A., HOPT, K. J., op. cit. s. 1082., HOPT, K. J., *Handelsvertreterrecht*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1999., s. 65.

¹⁰⁵ DAVID, R., *Uvod u privatno pravo Engleske*, Beograd, 1960., str. 77., ističe: "Zahtijevati od nekoga dokaz da je običaj na koji se poziva bio zaista primjenjivan 1189. godine, značilo bi ustvari isto što i potpuno ukinuti običaj kao izvor prava, budući da nitko nije u stanju podnijeti takav dokaz." Godina 1189. značajna je po činjenici da se je te godine Richard Lavljeg Srca popeo na englesko prijestolje.

¹⁰⁶ DAVID, R., op. cit. str. 79., ističe da su trgovačke običaje nekada osnaživali posebni sudovi uz pomoć vještaka.

¹⁰⁷ Čl. 55. S.G.A. glasi: "Where any right, duty or liability would arise under a contract of sale by implication of law, it may be negatived or varied by express agreement or by course of dealing between the parties or by usage, if the usage is such as to bind both parties to the contract."

¹⁰⁸ O tome više vidjeti kod SEALY, L. S., HOOLEY, R. J. A., *Text and Materials in Commercial Law*, Butterworths, London, Dublin and Edinburgh, 1994., p. 343.

Dakle, trgovački običaj će se primijeniti i u slučaju ako ga ugovorne strane nisu izričito spomenule.¹⁰⁹ Ako ugovorne strane ne žele njegovu primjenu, one to moraju izričito naglasiti. Ujedno, trgovački običaji ne smiju biti suprotni izričitim ugovornim odredbama, već moraju služiti ostvarenju njihove svrhe.

Da bi se trgovački običaji primijenili, oni moraju biti zakoniti (*legal*), razumni (*reasonable*), izvjesni (*certain*) i poznati (*notorious*).¹¹⁰

Sjedinjene Američke Države

U Jednoobraznom trgovačkom zakoniku SAD (*Uniform Commercial Code*, dalje u tekstu UCC)¹¹¹ koriste se pojmovi "*Course of Dealing*" i "*Usages of Trade*".¹¹² UCC je jedan od rijetkih nacionalnih propisa koji daje definiciju trgovačkih običaja. Sukladno čl. 1-205. st. 2. UCC "trgovački običaj (*Usage of Trade*) je svaka praksa ili način poslovanja koji se redovito poštuje u nekom mjestu, struci ili poslovanju tako da se opravdano može očekivati da će biti poštivani u konkretnoj transakciji."

U definiciji trgovačkih običaja stoji da se oni "redovito poštuju" (*regularity of observance*), međutim u službenom je komentaru (točka 5.) izričito istaknuto da se ne zahtijeva da trgovački običaj bude "od pamtvijeka" (*ancient or immemorial*), opći (*universal*) ili slično, već se priznaju i novi običaji i oni kojih se drži velika većina poštenih trgovaca.¹¹³

U članku 1-205. st. 3. UCC propisano je da "trgovački običaj u određenoj struci kojom se strane bave ili s kojom su upoznate ili bi trebale biti upoznate daje posebno značenje (*particular meaning*), dopunjuje (*supplement*) odnosno kvalificira (*qualify*) odredbe ugovora". Slijedom navedenoga, ukoliko su ugovorne strane pridavale određenom pojmu u ugovoru jedno značenje, a trgovački običaj mu pridaje drugo značenje sudovi će priznati kao dokaz značenje koje mu pridaje trgovački običaj.¹¹⁴

¹⁰⁹ GOLDŠTAJN, A., op. cit. 49., ističe da uključivanje trgovačkog običaja u ugovor počiva na pretpostavci da je to bila želja ugovornih strana. Isto stajalište zauzeo je i JACOBS, H., Stevens' Elements of Mercantile Law, seventh edition, Butterworths, London, 1925., p. 268.

¹¹⁰ AKROYD, R. I., EDWARDS, J. S., Sales Contractor: A system to support the production of sale goods contracts na stranici www.bileta.ac.uk/92papers/akroyd.html

¹¹¹ Prijevod Uniform Commercial Code objavio je Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966.

¹¹² Pojam "*Course of Dealing*" odgovarao bi pojmu prakse utvrđene između ugovornih strana, dok bi pojam "*Usages of Trade*" odgovarao pojmu trgovački običaji.

¹¹³ Uniform Commercial Code 1978 Official Text with Comments, Appendices 1972 and 1977 Changes in Text and Comments, West Publishing, p. 25. Vidi i HYLAND, R., Commentary on ICC Arbitration Case No. 5713 of 1989. na stranici www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hyland.html

¹¹⁴ U slučaju *Frigalimint Importing Co. v. B. N. S. International Sales Corp.*, 190 F. Supp. 116 (S. D. N. Y. 1960) postavilo se pitanje što se podrazumijeva pod pojmom "kokoši" (chicken) budući da je iz ugovora sklopljenog između stranaka u postupku proizlazila obveza prodavatelja na isporuku kokoši (chickens). Sud je zauzeo stajalište da se pod tim pojmom podrazumijevaju

Dakle, trgovački običaji prema odredbama UCC služe za tumačenje odredaba u ugovoru, ali i popunjavanje njegovih praznina.¹¹⁵ Davanje mogućnosti trgovačkim običajima da nadopunjuju praznine u ugovoru kritizirano je u literaturi.¹¹⁶ Međutim, u službenom komentaru izričito je propisano da običaj ne može biti suprotan kogentnim normama (točka 4.).

Postojanje i polje primjene trgovačkih običaja mora se dokazivati u postupku pred sudom kao i postojanje svake druge činjenice. Ujedno, ukoliko se utvrdi da je takav običaj sadržan u pisanom trgovačkom zakoniku ili sličnom pisanom izvoru, tumačenje i toga zakonika i toga izvora vrši sud. Prema odredbi čl. 1-205. st. 6. UCC neće se prihvatiti dokaz o postojanju određenog trgovačkog običaja koji predlaže jedna stranka ukoliko i dokle god o tome ne obavijesti drugu stranku na način koji, po ocjeni suda, isključuje zlorabu na štetu druge stranke. Dakle, ugovorna strana koja se poziva na trgovački običaj mora dokazati ne samo postojanje običaja, već da je i druga ugovorna strana znala za njega. Ona to može učiniti na način da dokaže da je u vrijeme sklapanja ugovora druga strana znala ili morala znati za odnosni trgovački običaj. Ovdje se potrebno osvrnuti na čl. 1-201. st. 25. UCC gdje se definira kada je osoba upoznata s nekom činjenicom.¹¹⁷ To će biti u slučaju kada:

- a) stvarno zna za nju ili
- b) je primila obavijest (*notice or notification*) o njoj ili
- c) je iz svih činjenica i okolnosti koje su joj bile poznate u konkretnom trenutku morala znati da činjenica postoji.

Dalje u istom članku stoji da “osoba zna za određenu činjenicu kada doista zna za nju”.¹¹⁸ “Otkriti” ili “saznati” ili riječi i izrazi sa sličnim značenjem više se odnose na znanje nego na razloge da se zna.

Prema čl. 1-205. st. 4. UCC izričite odredbe u ugovoru i praksa između ugovornih strana i trgovački običaji koji se primjenjuju tumačit će se da su međusobno suglasni (“*consistent*”). Međutim, ako je takvo stajalište nelogično, izričite odredbe u ugovoru imaju prevagu nad praksom između ugovornih strana i trgovačkim običajima, a praksa između ugovornih strana ima prevagu nad trgovačkim običajima. Postavlja se pitanje što se podrazumijeva pod pojmom “suglasno” (“*consistent*”).¹¹⁹ Konkretno, ako se dokazuje trgovački običaj u svrhu tumačenja odredaba u ugovoru (“*to*

mlade kokoši (young chickens) budući to proizlazi iz primjene trgovačkog običaja.

¹¹⁵ Osvrt na čl. 1-205. st. 3. vidjeti kod BAINBRIDGE, S., op. cit. p. 639.

¹¹⁶ FARNSWORTH, E. A., *Unification of Sales Law: Usage and Course of Dealing, Unification and Comparative Law in Theory and Practice: Contributions in Honor of Jean Georges Sauveplanne*, Deventer/Boston, 1984., p. 84.

¹¹⁷ “A person has notice of a fact”.

¹¹⁸ “Actual knowledge of it”.

¹¹⁹ U slučaju *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.*, 451 F.2d 3, 9 (4th Cir. 1971) Sud je izričito istaknuo da se dokaz o postojanju trgovačkog običaja neće prihvatiti kada on nije suglasan sa izričitim odredbama u ugovoru.

give a particular meaning”) slijedeći službeni komentar UCC,¹²⁰ trgovački običaj se može podnijeti kao dokaz osim ako je njegova primjena isključena “carefully negated”.¹²¹ Ovdje se potrebno osvrnuti i na odredbu čl. 2-202. gdje stoji: “Odredbe o kojima su se strane sporazumjele i pismeno ih potvrdile ili na drugi način istakle u nekom dokumentu i koji po volji strana služi kao konačno očitovanje njihovog sporazuma u pogledu pitanja navedenih u tom dokumentu, ne mogu se pobijati pozivanjem na neki raniji sporazum ili dosadašnji usmeni sporazum, ali se mogu objašnjavati i dopunjavati (*explain or supplement*):

a) praksom utvrđenom između ugovornih strana ili trgovačkim običajima ili načinom izvršenja...”

Problem se pojavljuje kod mogućnosti trgovačkih običaja da nadopunjuju odredbe ugovora na temelju čl. 1-205. st. 3. i čl. 2-202 UCC i stajališta da se trgovački običaj neće primijeniti ako je njegova primjena isključena (“carefully negated”).¹²² Analizirajući praksu sudova dolazi se do zaključka da sud od slučaja do slučaja odlučuje hoće li prihvatiti dokaz o postojanju običaja.

10. Trgovački običaji prema Zakonu o obveznim odnosima

10.1. Uređenje trgovačkih običaja u Zakonu o obveznim odnosima, iz 1991. godine

Odredbe koje reguliraju materiju trgovačkih običaja stipulirane su u čl. 21. i čl. 1107. st. 3. ZOO/1991. Čl. 21. ZOO/1991, koji nosi naslov “Primjena dobrih poslovnih običaja” glasi: “1. Sudionici u obveznim odnosima dužni su u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima.

2. Na obvezne se odnose primjenjuju uzance ako su sudionici u obveznim odnosima ugovorili njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizlazi da su njihovu primjenu htjeli.”

Čl. 1107. st. 3. “Primjena običaja” ZOO/1991 propisuje: “Ako su opće ili posebne uzance ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama ovog zakona, primjenjivat će se odredbe ovog zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primjenu uzanci odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja.”

Nužno se osvrnuti na različitu terminologiju iz istaknutih odredbi. U čl. 21. st. 1. ZOO/1991 govori se o “dobrim poslovnim običajima”, dok se u čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 koristi termin “trgovinski poslovni običaji”, što dovodi do stanovitih nejasnoća. Tako se u čl. 21. st. 1. ZOO/1991

¹²⁰ Komentar je dan uz čl. 2-202., točka 2.

¹²¹ “Unless carefully negated [trade usages] have become an element of the meaning of the words used”.

¹²² BAINBRIDGE, S., op. cit. p. 639-640., FARNSWORTH, E. A., op. cit. p. 86-88.

govori da su sudionici “dužni” postupati u skladu s “dobrim poslovnim običajima”. Pod tim terminom mogu se podrazumijevati dvije različite stvari: a) dobar poslovni običaj u smislu morala i b) dobar poslovni običaj u smislu trgovačkih običaja. S. Perović ističe da se pod “dobrim poslovnim običajima” razumijevaju određene društvene norme koje nisu pravno sankcionirane, već su usvojene u općoj svijesti jedne društvene sredine.¹²³

Ukoliko bi se pod “dobrim poslovnim običajima” podrazumijevali dobri običaji u smislu morala, potrebno se je osvrnuti i na čl. 10. ZOO/1991 koji propisuje: “Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva.” Dakle, dolazi do ponavljanja zakonskih odredbi.

S druge strane, ako bi se pod pojmom “dobri poslovni običaji” podrazumijevali trgovački običaji, pojavile bi se određene nejasnoće koje su prvenstveno povezane s izričajem “dužni su postupati” jer trgovački običaji ne mogu biti prisilne naravi.¹²⁴ Upravo zbog toga razloga pod pojmom “dobri poslovni običaji” treba podrazumijevati “dobre običaje” kao sinonim za pravila morala (*boni mores*),¹²⁵ što se može potkrijepiti i čl. 143. st. 1. ZOO/1991 gdje se predviđa ništetnost odredaba općih uvjeta ako su protivni “dobrim poslovnim običajima”, a misli se na pravila poslovnog morala jer se opći uvjeti ne moraju pridržavati trgovačkih običaja.¹²⁶

Zauzeto stajalište u skladu je sa stajalištima poredbenih zakonodavstava. Tako § 138., 817. i 826. njemačkoga BGB govori o “*die gute Sitten*”, kao i čl. 19. i 20. švicarskog Zakona o obligacijama (*Obligationenrecht*, dalje u tekstu OR). Francuski CC u čl. 1133. govori o dobrim običajima (*bonnes moeurs*), talijanski CCe u čl. 1343. govori o dobrom običaju – *buon costume*, američki UCC govori o poštivanju razumnih trgovačkih standarda o poštenom trgovačkom postupanju u čl. 1-201. st. 19., čl. 1-203 kao i čl. 2-103.

U čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 upotrebljava se termin “trgovinski poslovni običaji” za koji A. Goldštajn ističe: “Termin “trgovinski poslovni običaji” očito je redakcijska pogreška nastala vjerojatno u dilemi kod formuliranja između dosadašnjeg izraza “poslovni” i prijašnjeg “trgovački.” Dakle, termin bi trebao glasiti “trgovački običaji”.

¹²³ PEROVIĆ, S., *Obligaciono pravo I*, Beograd, 1973., str. 98.

¹²⁴ GORENC, V., op. cit. str. 25., između termina “dobri poslovni običaji” i “poslovni moral” stavlja znak jednakosti ističući: “Bilo bi nelogično i protivno čl. 10. ZOO kad bi se pod “dobrim poslovnim običajima” smatrali poslovni (trgovački) običaji, jer njihova primjena nije prema ZOO obvezatna, dapače, nisu obvezatne čak ni dispozitivne norme toga zakona”. S druge strane, GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 72., govori da čl. 21. st. 1. ZOO treba uzeti kao uputu.

¹²⁵ CIGOJA, S., *Komentar obligacijskih razmerij*, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijih, I. knjiga, Ljubljana, 1984., str. 105. PAVIĆ, Đ., *Pravni i trgovački običaji kao izvor i osnova obveznoga prava*, Hrvatska gospodarska revija, broj 2, 1997., str. 54.

¹²⁶ PETRIĆ, S., *Nevaljanost općih uvjeta ugovora u hrvatskom pravu*, Hrvatska pravna revija, broj 7, 2002., str. 32.

U čl. 21. st. 2. ZOO/1991 regulira se primjena uzanci. Tako je propisano da će se one primijeniti:

- a) ako su sudionici obveznog odnosa ugovorili njihovu primjenu ili
- b) ako iz okolnosti proistječe da su sudionici njihovu primjenu htjeli.

Zauzeto je stajalište da ono što temeljem ove odredbe vrijedi za uzance vrijedi i za trgovačke običaje budući su uzance kodificirani trgovački običaji.¹²⁷

Odredbu čl. 21. st. 2. ZOO/1991 potrebno je staviti u odnos s odredbom čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 prema kojoj će se u situaciji kada su trgovački običaji suprotni dispozitivnim normama primjenjivati dispozitivne norme, osim ako su ugovorne strane izričito ugovorile primjenu trgovačkih običaja. Navedena je odredba u suprotnosti s odredbom čl. 21. st. 2. ZOO/1991. Osim toga, stajalište čl. 1107. ZOO/1991 u izričitoj je suprotnosti s čl. 18. ZOO/1991 koji uređuje ponašanje u izvršavanju obveza i ostvarivanju prava prema pravilima struke i običajima.

Pravnom normom čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 izričito je usvojena subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Međutim, egzistiraju stajališta prema kojima se navedena odredba odnosi na zatečeno stanje, tj. na one trgovačke običaje koji su postojali do stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima, 1. listopada 1978. godine. Prema takvom stajalištu trgovački običaji koji nastanu poslije stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima primjenjivali bi se ne samo onda kada su ugovorne strane njihovu primjenu izričito ugovorile, već i onda kada iz okolnosti proizlazi da su njihovu primjenu htjele.¹²⁸ A. Goldštajn ističe da je u pitanju redakcijska greška te da je potrebno ispravnim tumačenjem doći do zadovoljavajućeg rješenja.

Ukoliko bi se doista prihvatilo stajalište da je za primjenu trgovačkih običaja potrebna izričita volja ugovornih strana, to bi dovelo do određenih teškoća u praksi prvenstveno jer ugovorne strane prilikom sklapanja ugovora nisu u mogućnosti predvidjeti sve moguće situacije. One će stoga računati na primjenu trgovačkih običaja u popunjavanju praznina u ugovoru. Zahtijevanjem izričitog ugovaranja trgovačkih običaja kao uvjeta za njihovu primjenu na posredan bi način bio usporen razvoj gospodarstva kojemu su trgovački običaji kao autonomni izvori prava nužni za popunjavanje ugovornih praznina koji će egzistirati čak i ukoliko ugovorne strane nisu ugovorile njihovu primjenu.

¹²⁷ GOLDŠTAJN, A., op. cit. str. 45. i 71., MARUŠIĆ, S., Zakon o obveznim odnosima i izvori prava za ugovore u privredi, cit. str. 42., GORENC, V., op. cit. str. 26., BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit. str. 710.

¹²⁸ Takvo stajalište zauzeto je u komentaru čl. 1107. Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine u BLAGOJEVIĆ, B. T., KRULJ, V., op. cit. str. 711-712.

10.2. Uređenje trgovačkih običaja u novom Zakonu o obveznim odnosima

Bez obzira na okolnost što je tumačenjem ZOO/1991 zauzeto stajalište da je za primjenu trgovačkih običaja usvojena objektivna teorija, iz odredbe čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 izričito proizlazi da se za primjenu trgovačkih običaja zahtijeva postojanje oba elementa. Konkretno, pored činjenice da trgovački običaj postoji i da se primjenjuje, zahtijeva se i postojanje svijesti o obvezatnosti postupanja u skladu s navedenim pravilom ponašanja (*opinio iuris sive necessitatis*). Dakle, u ZOO/1991 usvojena je subjektivna teorija u najčistijem obliku (trgovački običaj mora biti izričito ugovoren).

Ovakav stav suprotan je objektivnim načelima primjene trgovačkih običaja, a koja su usvojena u gotovo svim zemljama svijeta kao i međunarodnim regulativima koji uređuju pitanja međunarodne trgovine.

Značajna je okolnost da je do stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima 1. listopada 1978. godine i u našoj zemlji bila usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja. U uzanci br. 2. Općih uzanci za promet robom ispod naslova "Slučajevi u kojima se primjenjuju Opće uzance" bilo je propisano:

"1. Ove uzance primjenjuju se kada su stranke pristale na njihovu primjenu.

2. Smatra se da su stranke pristale na primjenu ovih uzanci u poslovima u kojima je, za slučaj spora, propisana ili ugovorena nadležnost državne arbitraže, ukoliko iz ugovora ne proistječe da su stranke isključile njihovu primjenu."¹²⁹

St. 2. uzance br. 2. nije se odnosio na obvezne odnose u koje su ulazile osobe koje nisu trgovci jer u pogledu njihovih poslova nije bila "za slučaj spora propisana ili ugovorena nadležnost državne arbitraže". Konkretno, pravila se razlikovala da li su sudionici obveznih odnosa (ugovorne strane) trgovci međusobno kada se presumirao njihov pristanak za primjenu uzanci, osim ako su njihovu primjenu isključili u ugovoru. Za ostale sudionike u obveznim odnosima nije vrijedila ova presumpcija, već je za primjenu uzanci bilo potrebno da je oni ugovorom predvide.¹³⁰

Godine 1978. donošenjem Zakona o obveznim odnosima situacija je u pogledu primjene trgovačkih običaja znatno promijenjena, što se opravdavalo činjenicom da Zakon pozitivno uređuje osnove obveznih odnosa i ugovorne i druge obvezne odnose u prometu robe i usluga. Temeljem takvog stajališta čl. 1107. st. 2. Zakona propisano je da se "Opće uzance za promet robom

¹²⁹ BUKLJAŠ, I., VIZNER, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1979., str. 2957., ističu da je citirano pravilo vrijedilo i za posebne uzance izuzev Lučke uzance koje su se primjenjivale samo u slučaju ako su njihovu primjenu ugovorne strane ugovorile.

¹³⁰ BUKLJAŠ, I., VIZNER, B., op. cit. str. 2958., ĐORĐEVIĆ Ž. S., STANKOVIĆ, V. S., op. cit. str. 36-37.

neće primjenjivati poslije stupanja na snagu ovog zakona u pitanjima koja su njime regulirana.” Njihova primjena bi mogla doći u obzir u onim pitanjima koja nisu regulirana Zakonom o obveznim odnosima¹³¹, kao i kada se ugovorne strane na njih pozovu.¹³²

Novi Zakon o obveznim odnosima, donesen u veljači 2005. godine, unosi značajne izmjene u uređenju primjene trgovačkih običaja u odnosu na raniji zakon. Čl. 12. ZOO/2005 razlikuje uvjete za primjenu običaja u obveznim odnosima: a) između trgovaca i b) između osoba koje sve nisu trgovci (između netrgovaca ili između netrgovaca i trgovaca).¹³³

Kada govorimo o obveznim odnosima među trgovcima¹³⁴ prema čl. 12. st. 1. ZOO/2005, na njih će se primijeniti trgovački običaji čiju primjenu su ugovorili i praksa koju su međusobno razvili. Navedena odredba odraz je subjektivne teorije u primjeni trgovačkih običaja. Međutim, st. 2. istoga članka propisao je da će u istim obveznim odnosima u primjenu doći i oni trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu. Dakle, navedenom odredbom izričito je usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja koja je usvojena u gotovo svim suvremenim pozitivnim zakonodavstvima. Prihvatanjem takvog stajališta odredbe Zakona o obveznim odnosima usklađene su s čl. 9. Bečke konvencije koja se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao izvor hrvatskog prava za međunarodnu kupoprodaju robe, a čija je stranka Republika Hrvatska od 8. listopada 1991. godine. Takav pristup opravdan je jer je riječ o profesionalcima od kojih

¹³¹ Vps, Pž-331/81, od 02. 6. 1981., i Pž-1926/81, od 30. 3. 1982., PSP-20/169 i Pž-1219/86, od 13. 5. 1987., PSP-34/161. stoji: “Uzanca 21. Općih uzanci za promet robom, kojom se regulira ponuda i prihvata ponude izjavom neovlaštene osobe na poslovnom papiru, utvrđuje općeprihvaćeni poslovni običaj, pa se primjenjuje u poslovnom prometu i nakon donošenja ZOO-a”. O uvjetima koji moraju biti ispunjeni da bi se primijenila uzanca br. 21. više vidjeti u predmetu pred Privrednim sudom Hrvatske Pž-2473/91, od 18. svibnja 1993., dostupno u Zbirci odluka hrvatskih trgovačkih sudova, broj 1., Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Zagreb, 1994., str. 31.

¹³² U presudama Vs, Rev-455/85, od 18. travnja 1985.; II Rev-91/84, od 16. travnja 1985.; Rev-93/85, od 18. travnja 1985.; Rev-1491/85, od 09. listopada 1985., sud je ustvrdio: “Rješavajući, naime, pitanje mjerodavnog prava posebno s obzirom na odredbu čl. 1107. st. 2. i 3. ZOO-a, ovaj sud cijeni kako nema smetnje da se Opće uzance za promet robom, čiju su primjenu stranke izričito ugovorile, primijene na obvezni odnos, imajući na umu subjekte obveznog odnosa kao i to da iz tumačenja odredbe čl. 1107. st. 2. i 3. ZOO-a proizlazi da se nakon stupanja na snagu ZOO-a Opće i posebne uzance, čiju su primjenu stranke ugovorile, neće primjenjivati ako su u suprotnosti sa strogim odredbama tog zakona.”

¹³³ BARBIĆ, J., op. cit. str. 19. VUKMIR, B., *Lex mercatoria* u novome pravnom okruženju, cit. str. 22-23. KAČER, H., Novi Zakon o obveznim odnosima – početak ili nastavak, kraj ili..., Hrvatska pravna revija, broj 4, 2005., str. 33. POGARČIĆ, Z., Što donosi novi Zakon o obveznim odnosima, Pravo i porezi, broj 3, 2005., str. 4.

¹³⁴ O uređenju pojma trgovca u hrvatskom pravu vidjeti PARAC, Z., Trgovac – tko je i tko bi mogao (trebao) biti, Pravo u gospodarstvu, broj 6, studeni 2001., str. 97-125., gdje se osvrće na odredbe čl. 1. i 2. Zakona o trgovačkim društvima i čl. 25. st. 2. ZOO/1991 te PETROVIĆ, S., op. cit. str. 75-87., gdje daje prikaz pojma trgovca u poredbenom i hrvatskom pravu.

se očekuje da poznaju izvore prava u svojoj struci, a što je u skladu i s obvezom iz čl. 10. ZOO/2005 gdje stoji da su sudionici u obveznom odnosu dužni u ispunjenju obveze iz svoje profesionalne djelatnosti postupati s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka). Ujedno čl. 12. st. 3. ZOO/2005 riješena je problematika odnosa trgovačkih običaja prema dispozitivnim propisima. Za razliku od čl. 1107. st. 3. ZOO/1991 koji prednost daje dispozitivnim normama u odnosu na trgovačke običaje u slučaju postojanja razlika među njima, čl. 12. st. 3. ZOO/2005 propisuje da se trgovački običaji primjenjuju i ako su suprotni dispozitivnom propisu. Navedenim stajalištem hrvatsko zakonodavstvo uskladilo se sa suvremenim shvaćanjima odnosa trgovačkih običaja i dispozitivnih zakonskih odredaba.

S druge strane, razlikujemo odnose među ostalim sudionicima obveznih odnosa, odnosno odnose među osobama koje sve nisu trgovci. U tim odnosima primijenit će se običaji kad je njihova primjena ugovorena ili zakonom propisana (čl. 12. st. 4. ZOO/2005). Ovdje je zadržana subjektivna teorija primjene običaja, što je i opravdano jer se radi o osobama koje nisu profesionalci i od kojih se neće očekivati poznavanje svih izvora u određenoj struci. Zaštita netrgovaca potrebna je osobito kad ulaze u obvezni odnos s trgovcima. Bez njihove volje ne može im se nametnuti primjena trgovačkih običaja.¹³⁵

Potrebno je naglasiti da je novim čl. 12. ZOO/2005 uklonjena dvojba vezana za terminologiju iz ZOO/1991. Tako se sada govori o "trgovačkim običajima" i "običajima".

Značajno je da se na obvezni odnos između trgovaca primjenjuje praksa koju su međusobno razvili. Dakle, radi se o praksi između točno određenih sudionika obveznih odnosa. Ta je praksa sastavni dio ugovora i primjenjuje se prije uzanci i trgovačkih običaja, što je u skladu sa Bečkom konvencijom i stajalištima u poredbenim pravnim sustavima.

Kada govorimo o uređenju trgovačkih običaja u novom ZOO/2005, ne može se zaobići izmjena koja je učinjena novim čl. 14. st. 2. ZOO/2005, prema kojemu da bi se radilo o trgovačkom ugovoru, nije više potrebno da se ugovor sklapa između dva trgovca u obavljanju djelatnosti koje čine predmet poslovanja njih obojice ili je u vezi s njihovim obavljanjem, već je dovoljno da je takav ugovor sklopljen u okviru djelatnosti koje čine predmet poslovanja barem jednoga od njih ili je u vezi s obavljanjem tih djelatnosti. Navedenom odredbom znatno je prošireno područje primjene posebnih odredbi zakona koje vrijede za trgovačke ugovore i druge pravne poslove trgovaca.¹³⁶

¹³⁵ BARBIĆ, J., op. cit. str. 19., gdje ističe: "Drugo je kad zakon, što ZOO čini na više mjesta, propisuje primjenu običaja, jer se time upućuje svakog sudionika u obveznom odnosu da će se primijeniti običaj, čime se isključuje iznenađenje i nalaže da primjeni dužnu pažnju kako bi saznao postoji li kakav običaj koji uređuje obvezni odnos u kojem sudjeluje."

¹³⁶ BARBIĆ, J., op. cit. str. 18. CRNIĆ, I., MATIĆ, J., *Novi Zakon o obveznim odnosima*, Organizator, 2005., str. 7.

Navedene odredbe novog ZOO/2005 počet će se primjenjivati 1. siječnja 2006. godine.

11. Zaključna razmatranja

Trgovački običaji predstavljaju važan izvor trgovačkoga prava. To je još više naglašeno kada je u pravnom poretku prihvaćena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, što je učinjeno novim Zakonom o obveznim odnosima. Time su se uklonile dvojbe i nejasnoće koje su proizlazile iz Zakona o obveznim odnosima preuzetim u pravni sustav Republike Hrvatske 1991. godine, a koji je usvojio subjektivnu teoriju primjene trgovačkih običaja. Značajna je činjenica da se je na teritoriju Republike Hrvatske do stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima, 1. listopada 1978. godine, primjenjivala objektivna teorija primjene trgovačkih običaja, a na temelju uzance br. 2. Općih uzanci za promet robom.

Prema stajalištima usvojenim novim zakonom neće se postavljati pitanje znanja kontrahenata, koji su sve trgovci, o postojanju trgovačkog običaja kao i njegovom sadržaju, već će na temelju same pripadnosti određenoj profesionalnoj kategoriji biti obvezani postupati onako kako nalaže trgovački običaj. Međutim, kada govorimo o osobama koje nisu trgovci one ne mogu biti vezane trgovačkim običajima na isti način kao i trgovci. Na njih će se u hrvatskom pravu primijeniti subjektivna teorija primjene trgovačkih običaja, dakle bit će nužno da ugovorna strana doista zna za postojanje odnosnog trgovačkog običaja. Navedeno stajalište novoga Zakona o obveznim odnosima u cijelosti je usklađeno s čl. 9. Bečke konvencije,¹³⁷ a koji je u suglasju sa stajalištima zakona ULFIS i ULIS.

Kada kompariramo istaknuta stajališta novoga Zakona o obveznim odnosima s uređenjem trgovačkih običaja u Načelima međunarodnih trgovačkih ugovora koji su doneseni u okviru UNIDROIT, vidimo da oba akta usvajaju objektivnu teoriju primjene trgovačkih običaja. Isto stajalište usvojeno je i u Načelima europskog ugovornog prava (PECL).

Potrebno se osvrnuti na uređenje trgovačkih običaja u poredbenim pravnim sustavima budući da kolizijska pravila mogu uputiti na primjenu stranoga prava, pa tako i norme kojom se uređuje pitanje primjene trgovačkih običaja. S obzirom na iznesena stajališta u poredbenim pravnim sustavima vidljivo je da je u većini usvojena objektivna teorija primjene trgovačkih običaja. Dakle, hrvatsko pravo i u tom pogledu jednako je

¹³⁷ Budući da je Republika Hrvatska stranka Bečke konvencije od 8. listopada 1991., ona će se primijeniti kada ugovorne strane imaju sjedište na teritorijima različitih država ukoliko su je ratificirale obje države sudionice poslovnog odnosa ili ukoliko pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu prava jedne od država koje su prihvatile Konvenciju. O uvjetima za primjenu Bečke konvencije detaljnije vidjeti u obrazloženju presude Trgovačkog suda u Rijeci br. IX-P-1607/2000-23, od 29. ožujka 2001.

stajalištima poredbenih pravnih sustava, što će osobito biti od značenja za konkretnu primjenu u praksi, osobito ukoliko doista postoji mogućnost primjene stranoga prava.

Donošenjem Zakona o obveznim odnosima bit će nužno mijenjati i druge zakone pozitivnog pravnog poretka Republike Hrvatske. Konkretno, kada govorimo o trgovačkim običajima, ističe se potreba mijenjanja Zakona o Hrvatskoj gospodarskoj komori, a vezano za korištene termine “dobri poslovni običaji” i “poslovni moral” u čl. 3. i čl. 18. istaknutoga Zakona.

Summary

APPLICATION OF TRADE USAGES

Ever since the emergence of *lex mercatoria* as a specific law of tradesmen, the importance of trade usages in commercial transactions has been pointed out. Their importance as autonomous sources of commercial law developed throughout history and is reflected in contemporary hierarchy of sources of law.

The article discusses issues of application of trade usages in the Republic of Croatia, in comparative legal systems and within international trade of goods. In order to fully understand their application, it is important to draw the line between trade usages and other autonomous sources of commercial law that are often categorized as trade usages. At the same time, it is necessary to place them in proper relation with non-mandatory legal norms and to establish priority in application, especially in case of trade usages that are *contra legem*.

However, the most important thing for their application is the issue of proving their existence in court procedure, i.e., application of principle *iura novit curia* in relation to trade usages; in these cases it is necessary to take into consideration the relation with rules of civil procedure.

The new Law on Obligations, applied in the Republic of Croatia since January 1st, 2006, clarifies application of trade usages removing several uncertainties that derived from the ex-Yugoslav Law on Obligations, adopted in the Croatian legal system in 1991.

Nevertheless, the author emphasizes that the new Law on Obligations does not remedy all existing shortcomings in relation to trade usages; several other laws need to be amended, one of these being the Law on the Croatian Chamber of Commerce.

Key words: *usages, trade usages, application, opinio necessitatis, iura novit curia, international trade, comparative law.*

Zusammenfassung

ANWENDUNG VON HANDELSBRÄUCHEN

Schon seit der Entstehungszeit des *lex mercatorie* wurde die Wichtigkeit von Handelsbräuchen bei der Abwicklung von Geschäftstransaktionen betont. Deren Wichtigkeit als autonome Quelle des Handelsrechts, das sich durch die Geschichte hindurch etabliert hat, wird auch in der zeitgenössischen Hierarchie der Rechtsquellen betont.

In der Arbeit wird die Frage der Anwendung von Handelsbräuchen in der Republik Kroatien durch vergleichende Rechtssysteme sowie im Rahmen des internationalen Verkaufs von Waren betrachtet. Um ihre Anwendung besser zu verstehen ist es nötig, sie von anderen autonomen Quellen des Handelsrechts zu unterscheiden, die oft unter dem Begriff Handelsbräuche genannt werden. Gleichermassen ist es notwendig, Handelsbräuche in Beziehung zu dispositiven Gesetzesnormen zu setzen sowie die Priorität in der Anwendung zu bestimmen, besonders wenn es sich um Handelsbräuche *contra legem* handelt.

Für die Anwendung in der Praxis ist es allerdings am nötigsten auf die Frage ihres Nachweises in einem Gerichtsverfahren zu antworten bzw. die Anwendung des Prinzips *iura novit curia* als Handelsbräuche wobei es notwendig ist, auch den Regeln des Gerichtsverfahrens Rechnung zu tragen.

Mit der Verabschiedung des neuen Gesetzes über Schuldverhältnisse in der Republik Kroatien, dessen Bestimmungen seit dem 1. Januar 2006 angewandt werden, ist die Anwendung von Handelsbräuchen klarer geregelt, womit die Unklarheiten behoben sind, die sich aus dem Gesetz über verbindliche Beziehungen, das 1991 in die positive Gesetzgebung Kroatiens übernommen wurde, beseitigt wurden.

Es muss allerdings betont werden, dass mit der Verabschiedung des neuen Gesetzes über Schuldverhältnisse die Regelung der Handelsbräuche nicht gänzlich beendet wurde, sondern es nötig wird *de lege ferenda* auch in anderen Gesetzen Änderungen vorzunehmen, wobei das Gesetz über die kroatische Wirtschaftskammer besonders hervorgehoben werden muss.

Schlüsselwörter: *Gepflogenheit, Handelsbräuche, Anwendung opinio necessitatis, iura novit curia, internationaler Verkauf, vergleichendes Recht.*

Sommario

APPLICAZIONE DEGLI USI COMMERCIALI

Fin da quando è emersa la *lex mercatoria* come una specifica legge dei commercianti è stata evidenziata l'importanza degli usi commerciali nelle transazioni commerciali. La loro importanza come fonti autonome di diritto commerciale si è sviluppata attraverso la storia e si è riflessa nell'attuale gerarchia delle fonti delle norme.

Nel lavoro si discutono le questioni applicative degli usi commerciali nella Repubblica di Croazia, in sistemi giuridici comparati e all'interno del commercio internazionale di merci. Al fine di comprendere pienamente la loro applicazione, è importante disegnare la linea tra gli usi commerciali e altre autonome fonti di diritto commerciale che spesso sono catalogate come usi commerciali. Allo stesso tempo, è necessario collocarli nella corretta relazione con le norme giuridiche non obbligatorie e stabilire la priorità nell'applicazione, particolarmente nel caso degli usi commerciali che sono *contra legem*.

Tuttavia, l'aspetto più importante per la loro applicazione è la questione della prova della loro esistenza nella procedura giurisdizionale, ovvero l'applicazione del principio *iura novit curia* riguardo gli usi commerciali, dove è necessario prendere in considerazione la relazione con le regole della procedura civile.

La nuova Legge sui rapporti obbligatori, vigente nella Repubblica di Croazia dall'1 gennaio 2006, chiarisce l'applicazione degli usi commerciali rimuovendo numerose incertezze che derivavano dalla precedente Legge sui rapporti obbligatori, adottata nella legislazione positiva della Repubblica di Croazia nell'anno 1991.

Ciononostante occorre evidenziare che la nuova Legge sui rapporti obbligatori non rimedia a tutte le deficienze esistenti rispetto agli usi commerciali, poiché numerose altre leggi necessitano di essere emendate, una delle quali è la Legge sulla Camera di commercio di Croazia.

Parole chiave: *uso, uso commerciale, applicazione, opinio necessitatis, iura novit curia, compravendita internazionale, diritto comparato.*

IZVRŠAVANJE OVLASTI I DUŽNOSTI GLEDE POSEBNOGA DIJELA NEKRETNINE

Dr. sc. Vlado Belaj, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.238.3
Ur.: 21. prosinca 2005.
Pr.: 17. siječnja 2006.
Pregledni znanstveni članak

Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine tema je ovoga rada, a ono se razlikuje od ovlasti i dužnosti glede cijele nekretnine. Ovlasti i dužnosti na posebnom dijelu nekretnine posebno su značajne stoga što etažni vlasnik upravlja tim posebnim dijelom i izvršava sve vlasničke ovlasti i dužnosti kao da je taj posebni dio samo njegovo vlasništvo. On može, ako nije drukčije određeno, činiti s tim dijelom što hoće te svakoga drugoga iz toga isključiti.

Neke od ovlasti suvlasnika glede posebnoga dijela nekretnine ujedno predstavljaju i dužnosti za drugoga suvlasnika te između njih postoji čvrsta povezanost i isprepletenost. S druge pak strane postoje i dužnosti koje nisu izražene ovlašću drugoga suvlasnika.

Prava suvlasnika nekretnine ograničavaju se uspostavom etažnoga vlasništva jer na određenim, posebnim dijelovima nekretnine, pojedini suvlasnici stječu isključiva vlasnička prava. Iako je pravo vlasništva najšire stvarno pravo koje osigurava gotovo apsolutne ovlasti vlasniku glede neke stvari, ni ono nije neograničeno jer se prigodom izvršavanja vlasničkih ovlasti moraju poštovati prava drugih. To se poglavito odnosi na prava etažnih vlasnika na stanu ili drugoj prostoriji na kojima je uspostavljeno vlasništvo posebnih dijelova nekretnine.

Ključne riječi: *ovlasti etažnoga vlasnika, dužnosti etažnoga vlasnika, etažno vlasništvo, posebni dio nekretnine.*

1. Uvod

Etažno vlasništvo ili vlasništvo posebnoga dijela nekretnine¹ vrlo je složen pravni institut. Ono u sebi uključuje brojna međusobna prava i obveze vlasnika pojedinih dijelova nekretnine glede zemljišta, zajedničkih dijelova nekretnine te posebnih dijelova nekretnine. Stoga i ne treba čuditi postojanje određene rezerviranosti spram njega u mnogim razdobljima pravne povijesti. Prava i obveze ili, bolje rečeno, ovlasti i dužnosti etažnih vlasnika, koji su ujedno i suvlasnici, gotovo nigdje nisu tako snažno isprepleteni kao što je to kod etažnoga vlasništva. Složena pravna, ali i faktična zajednica koja nastaje među suvlasnicima uspostavom etažnoga vlasništva inkorporira u sebi veliku mogućnost nastanka sporova. Stoga istraživanje ovlasti, ali s time neminovno povezano, i dužnosti suvlasnika, pokušaj je pronalaženja odgovora na brojna složena pitanja čije rješavanje doprinosi mogućnosti i kvaliteti mirnoga suživota suvlasnika u zajednici koja nastaje uspostavom etažnoga vlasništva.

Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine tema je ovoga rada, a ono se razlikuje od ovlasti i dužnosti glede cijele nekretnine. Ovlasti i dužnosti na posebnom dijelu nekretnine posebno su značajne stoga što etažni vlasnik ili, kako se još može nazvati, suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, upravlja tim posebnim dijelom i izvršava sve vlasničke ovlasti i dužnosti kao da je taj posebni dio samo njegovo vlasništvo. On može, ako nije drukčije određeno, činiti s tim dijelom što želi te svakoga drugoga iz toga isključiti.

¹ Više o etažnom vlasništvu vidjeti u Gavella, N. - Josipović, T. - Gliha, I. - Belaj, V. - Stipković, Z.: "Stvarno pravo", urednik Gavella, N., Informator, Zagreb, 1998., str. 532.-591.; Vedriš, M. - Klarić, P.: "Gradansko pravo", Zagreb, 2003., str. 254.-265.; Belaj, V.: "Pravna priroda etažnog vlasništva na temelju analize inozemnih pravnih sustava", Pravni vjesnik, br. 1-4/1993., str. 5.-15.; Belaj, V.: "Stjecanje etažnog vlasništva", Privreda i pravo, br. 11-12/1993., str. 908.-912.; Belaj, V.: "Izgradnja novog sustava prava vlasništva na posebnim dijelovima zgrade u Republici Hrvatskoj", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3/1994., str. 219.-235.; Belaj, V.: "Novine u uređenju etažnog vlasništva u Republici Hrvatskoj", Pravo u gospodarstvu, br. 7-8/1996., str. 634.-652.; Belaj, V.: "Uređenje etažnog vlasništva", Informator, br. 4456. od 20. studenoga 1996., str. 12.-14.; Belaj, V.: "Uspostava vlasništva posebnoga dijela nekretnine (etažnoga vlasništva) prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2/1997., str. 101.-126.; Belaj, V.: "Prestanak etažnog vlasništva (vlasništva posebnog dijela nekretnine)", Pravo i porezi br. 10/1999., str. 3.-5.; Josipović, T.: "Uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine", Pravo i porezi, br. 6/2001., str. 34.-38.; Simonetti, P.: "Pravna priroda etažnog vlasništva u nacionalnom i komparativnom pravu", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1994., 15., str. 25.-35.; Kačer, H.: "Uspostava etažnog vlasništva i isključenje prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima", Godišnjak 5. s XIII. tradicionalnog savjetovanja "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse", Opatija, 4.-6. studenoga 1998., str. 89.-130.; Ružička, B.: "Etažno vlasništvo novosagrađenih građevina", Pravo i porezi, br. 10/1998., str. 22.-27.; Sarvan, D.: "Etažno vlasništvo", Pravo i porezi, br. 9/1999., str. 50.-60.

I u austrijskom pravu postoji suvlasništvo cijele zgrade i zemljišta s time da suvlasnici imaju pravo isključivoga korištenja i samostalnoga raspolaganja posebnim dijelom nekretnine na kojem imaju stambeno vlasništvo. Stambeno vlasništvo koje pripada isključivo određenom suvlasniku zgrade predstavlja određeno ograničenje prava vlasništva ostalih suvlasnika nekretnine. Troškove suvlasničke nekretnine snose suvlasnici razmjerno udjelu koji imaju u stambenom vlasništvu, a prihodi od stanova i poslovnih prostorija pripadaju nositeljima stambenoga vlasništva.²

Prava suvlasnika nekretnine ograničavaju se uspostavom etažnoga vlasništva jer na određenim, posebnim dijelovima nekretnine pojedini suvlasnici stječu isključiva vlasnička prava. Danas se govori o posebnim dijelovima nekretnine s obzirom na načelo pravnoga jedinstva nekretnine (*superficies solo cedit*) po kojem je nekretnina prije svega zemljište i sve ono što je trajno s njime spojeno. Ranije se upotrebljavao i naziv posebni dio zgrade jer je to bilo sukladno nazivlju iz bivšega Zakona o vlasništvu na dijelovima zgrada³ koji je ranije uređivao etažno vlasništvo u nas. Međutim, i danas se u praksi, ali i u nekim propisima upotrebljava pojam zgrada. Zgrada je vrsta građevine namijenjena za stambene ili poslovne potrebe. Iako opća definicija zgrade ne postoji, moguće je na temelju različitih zakonskih određenja pod tim pojmom smatrati građevinu koja u pravilu obuhvaća više stanova ili više poslovnih prostorija. Osnovne su vrste zgrade stambena i poslovna. Stambena zgrada, prema općem shvaćanju, podrazumijeva cjelinu koja se sastoji od najmanje tri stana. Naime, treba razlikovati stambenu zgradu od obiteljske kuće koju Zakon o gradnji⁴ definira kao građevinu stambene namjene na zasebnoj čestici s najviše dva stana, koja nema više od podruma i tri nadzemne etaže namijenjene stanovanju. Poslovna zgrada je zgrada namijenjena obavljanju poslovne djelatnosti ako se pretežitim dijelom i koristi u tu svrhu. U različitim, kako onima na snazi, tako i bivšim propisima, te u različitim pravnim disciplinama spominju se i sljedeće vrste zgrada: etažna, neetažna, gospodarska, diplomatska, konzularna, poljoprivredna, obiteljska stambena zgrada itd. Zgradom se međutim ne mogu smatrati građevine poput mostova, cesta, tunela, brana i sl. Zgrada je prema načelu jedinstvenosti nekretnine sastavni dio zemljišta osim ako je sa zemljištem povezana radi neke prolazne namjene ili je pravno odvojena od zemljišta (npr. pravom građenja).

Iako je pravo vlasništva najšire stvarno pravo koje osigurava gotovo apsolutne ovlasti vlasniku glede neke stvari, ni ono nije neograničeno jer se prigodom ostvarivanja vlasničkih ovlasti moraju poštovati prava drugih. To se poglavito odnosi na prava etažnih vlasnika na stanu ili drugoj prostoriji

² Usp. Koziol, H. – Welser, R.: “Grundriß des bürgerlichen Rechts”, Band II., Wien, 1991., str. 57. – 60.; Brunner, H. G.: “Das Wohnungseigentum”, Das Recht des modernen Wohnens, Band II., Teil 2., Wien, 1976. str. 29.

³ Narodne novine, br. 52/73.

⁴ Narodne novine, br. 175/03. i 100/04.

na kojima je uspostavljeno vlasništvo posebnih dijelova nekretnine jer su ona još i više ograničena nego kod mnogih drugih viševlasničkih zajednica s obzirom da se radi ne samo o pravno nego i stvarno vrlo složenoj zajednici.

Ovlasti i dužnosti suvlasnika glede posebnoga dijela nekretnine uređene su Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (u nastavku ZV).⁵ Tako suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine (etažni vlasnik) ima određena prava, odnosno ovlasti glede svoga posebnoga dijela nekretnine, a to su: pravo na stjecanje vlasništva svih plodova i drugih koristi od posebnoga dijela nekretnine, osim ako oni na nekom posebnom pravnom temelju ne pripadaju komu drugomu,⁶ ovlast iznajmiti ili dati u zakup posebni dio nekretnine (cijeli ili njegov dio odnosno dijelove) ne tražeći za to odobrenje ostalih suvlasnika ako nije što drugo ugovoreno i upisano u zemljišnoj knjizi⁷ te ovlast izvršiti prepravke u stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji, uključujući i promjenu namjene, i to ne tražeći odobrenje od ostalih suvlasnika, ali u skladu s građevinskim propisima i o svome trošku.⁸

Određene ovlasti suvlasnik ima i glede zahtjeva za popravljem štete, odnosno u vezi s opasnosti od nastanka štete, a to su: ovlast tražiti naknadu imovinske štete koju pretrpi na svome posebnom dijelu u vezi s održavanjem zajedničkih dijelova nekretnine,⁹ ovlast tražiti popravljane štete u vezi s promjenama koje je izvršio drugi suvlasnik ili suvlasnici,¹⁰ kao i ovlast tražiti primjereno osiguranje ako s obzirom na okolnosti prijeti ozbiljna opasnost da će nastati šteta zbog onoga što u izvršavanju ili prekoračenju ovlasti glede nekretnine poduzima ili je već poduzeo pojedini suvlasnik bez suglasnosti svih ostalih.¹¹

Neke od ovlasti suvlasnika glede posebnoga dijela nekretnine ujedno predstavljaju i dužnosti za drugoga suvlasnika te između njih postoji čvrsta povezanost i isprepletenost. S druge pak strane postoje i dužnosti koje nisu izražene ovlašću drugoga suvlasnika. Inače dužnosti suvlasnika na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine jesu: dužnost održavanja,¹² dužnost odgovarati za štetu nastalu zbog nebrige ili neodržavanja posebnoga dijela nekretnine koja može biti pojedinačna ili solidarna,¹³ dužnost omogućiti pristup i uporabu svoga posebnoga dijela nekretnine ako je to potrebno za održavanje zajedničkih

⁵ Narodne novine, br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00. i 114/01.

⁶ Proizlazi iz čl. 79. st. 2. ZV-a.

⁷ Proizlazi iz čl. 81. st. 1. ZV-a.

⁸ Proizlazi iz čl. 82. ZV-a.

⁹ Proizlazi iz čl. 80. st. 3. ZV-a.

¹⁰ Proizlazi iz čl. 82. st. 4. ZV-a.

¹¹ Proizlazi iz čl. 83. st. 1. ZV-a.

¹² Proizlazi iz čl. 80. ZV-a.

¹³ Proizlazi iz čl. 80. st. 2. ZV-a.

dijelova nekretnine,¹⁴ dužnost odgovarati za štetu koju je učinio ostalim suvlasnicima prigodom izvršavanja promjena na svome posebnom dijelu nekretnine,¹⁵ dužnost naknade imovinske štete onom etažnom vlasniku koji je tu štetu pretrpio zbog toga što je omogućio pristup i uporabu svoga posebnoga dijela radi održavanja zajedničkih dijelova nekretnine,¹⁶ dužnost davanja primjerenoga osiguranja kada se za to ispune uvjeti¹⁷ te, na koncu, dužnost snošenja svih javnih obveza i tereta u vezi s vlasništvom svoga posebnoga dijela nekretnine.¹⁸

O svim spomenutim ovlastima i dužnostima suvlasnika glede posebnoga dijela nekretnine pobliže u nastavku ovoga rada.

2. Izvršavanje suvlasnikovih ovlasti glede posebnoga dijela nekretnine

2.1. Ovlast stjecanja vlasništva plodova i drugih koristi od posebnoga dijela nekretnine

Ovlast stjecanja vlasništva plodova i drugih koristi svakako je temeljna, a proizlazi iz činjenice postojanja isključivih vlasničkih prava suvlasnika na posebnom dijelu nekretnine (stanu, poslovnom prostoru i sl.). Tako "suvlasniku na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine pripadaju svi plodovi i druge koristi od toga dijela, ako oni na nekom posebnom pravnom temelju ne pripadaju komu drugomu" (čl. 79, st. 2. ZV-a).¹⁹ Dakle, svi plodovi, a ovdje se radi isključivo o civilnim plodovima, na primjer, u vidu najamnine ili zakupnine, pripadaju etažnom vlasniku. Ostali suvlasnici nemaju pristupa stjecanju vlasništva nad tim plodovima, a to pogotovo nemaju treće osobe. Međutim, moguće je da postoji određeni pravni temelj po kojem će plodovi i druge koristi od posebnoga dijela pripasti nekoj drugoj osobi. Potreban je određeni pravni posao ili eventualno sudska odluka, odnosno određena zakonska odredba da bi plodovi pripali nekom drugom, a ne etažnom vlasniku. Kao primjer može se navesti davanje određene poslovne prostorije u podzakup čime dio plodova stječe i podzakupnik. Nadalje, svakako je moguće da se i sam etažni vlasnik odrekne plodova i drugih koristi i daruje ih određenoj osobi ili ih eventualno zamijeni za neka druga prava. Svakako ne treba zanemariti ni mogućnost da i sudsom odlukom ili na temelju zakona, u

¹⁴ Proizlazi iz čl. 80. st. 3. ZV-a.

¹⁵ Proizlazi iz čl. 82. st. 4. ZV-a.

¹⁶ Proizlazi iz čl. 80. st. 3. ZV-a.

¹⁷ Proizlazi iz čl. 83. ZV-a.

¹⁸ Proizlazi iz čl. 84. st. 1. ZV-a.

¹⁹ Ova je odredba izvedena iz opće odredbe o vlasnikovim pravima koja je sadržana u članku 30. stavak 1. ZV-a, a glasi: "Pravo vlasništva je stvarno pravo na određenoj stvari koje ovlašćuje svoga nositelja da s tom stvari i koristima od nje čini što ga je volja te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima i zakonskim ograničenjima".

određenim slučajevima, bude utvrđeno da će plodovi i druge koristi pripasti nekom drugom, a ne etažnom vlasniku.

Osim plodova ZV spominje i druge koristi koje bi, također, mogle nastati ne samo temeljem pravnoga posla nego i zakona i sudske odluke. Druge koristi koje bi mogle pripasti suvlasniku na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo posebnoga dijela nekretnine mogu biti, na primjer, različite nagrade, odštete, povlaštene zajmovi i slično.

Odredba po kojoj suvlasniku pripada vlasništvo na plodovima i drugim koristima od posebnoga dijela nekretnine sama je po sebi razumljiva jer ako je uspostavljeno etažno vlasništvo na nekom posebnom dijelu nekretnine, tada ono osigurava svome nositelju isključiva prava na tome dijelu. Ipak i u nekim je inozemnim propisima, kao na primjer u austrijskom Zakonu o stambenom vlasništvu,²⁰ i izričito naglašeno da prihodi od stanova i poslovnih prostorija pripadaju njihovim vlasnicima, dakle nositeljima stambenoga vlasništva.

2.2. Ovlast iznajmiti ili dati u zakup posebni dio nekretnine

Etažnom vlasniku pripada i ovlast davanja posebnoga dijela nekretnine u najam ili zakup. Sličnost ugovora o najmu i ugovora o zakupu postoji stoga što im je povijesni temelj nastanka u istom ugovoru - ugovoru o uporabi.²¹ U praksi je ugovor o najmu ograničen na neplodonosne stvari, a ugovor o zakupu na plodonosne stvari. Kao najčešći predmet najma pojavljuju se upravo stambeni objekti iznajmljeni u svrhu stanovanja, dok se kao najčešći predmet zakupa pojavljuju različite nekretnine - poslovne prostorije, poljoprivredna i druga zemljišta i slično. Dok kod najma postoji samo uporaba, dotle kod zakupa postoji korištenje, što podrazumijeva šire ovlasti, odnosno uporabu i mogućnost ubiranja plodova.²² Tako se, na primjer, poslovne prostorije uvijek daju u zakup jer se obavljanjem određene poslovne djelatnosti ostvaruje za zakupnika i određena dobit, odnosno stječu se određeni plodovi.

²⁰ Wohnungseigentumsgesetz – WEG (1975. g.).

²¹ Opći građanski zakonik u paragrafu 1090. određuje pojam ugovora o uporabi u smislu da je to “pogodba kojom se daje kome poraba kakve stvari nepotrošne za neko vrijeme, i za određenu cijenu”. Kriterij je razlikovanja između najma i zakupa prema građanskom zakoniku (par. 1091.) sljedeći: “Ako se stvar, koja je dana u uporabu, može uporabiti a da se dalje ne obrađuje, tad pogodba uporabna jest pogodba o najmu; ali ako se stvar može uživati samo marljivošću i trudom, zove se pogodba zakupna”.

²² I u njemačkom pravu, primjerice, postoji razlika između pojmova *Miete* i *Pacht* (par. od 535. do 580. Njemačkog građanskog zakonika iz 1896. g., uređuju *Miete*, a par. od 581. do 597. *Pacht*). Tako pod pojmom *Miete* treba podrazumijevati uporabu nepolodonosne stvari, što bi moglo odgovarati našem pojmu ugovora o najmu, i odnosi se na zgrade za stanovanje, dok pod pojmom *Pacht* treba podrazumijevati korištenje plodonosnih stvari što bi se moglo usporediti s pojmom ugovora o zakupu u nas.

Ipak je razlika između najma i zakupa, u spomenutom smislu relativna. Ako bi se, primjerice, sklopio ugovor o podnajmu stana, najmoprimec bi mogao od podnajmoprimeca ostvarivati određene civilne plodove. Doduše, ugovor o podnajmu mogao bi se sklopiti samo uz suglasnost najmodavca, ali je uz tu pretpostavku svakako moguć u praksi.

“Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine ovlašten je taj dio, cijeli ili pojedine njegove dijelove, iznajmiti ili dati u zakup, ne tražeći za to odobrenje ostalih suvlasnika, ako nije što drugo ugovoreno i upisano u zemljišnoj knjizi.”²³ Odnose između suvlasnika na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine i osoba koje njegov posebni dio rabe ili iskorištavaju kao stanari, najmoprimeci, zakupnici i slično, uređuju odnosna pravila obveznoga prava, ako nisu uređeni posebnim zakonom.²⁴ I u nekim je inozemnim propisima koji uređuju etažno vlasništvo izričito propisano da etažni vlasnici imaju pravo iznajmljivati i davati u zakup stanove i druge posebne dijelove nekretnine.²⁵

Etažni vlasnici imaju glede iznajmljivanja i davanja u zakup posebnoga dijela nekretnine potpunu samostalnost odlučivanja etažnoga vlasnika, osim ako bi, na primjer, međuvlasničkim ugovorom bilo predviđeno nešto drugo ili upisano u zemljišnu knjigu, što je moguće u već ranije spomenutom slučaju kada prodavatelj, a to je vlasnik zemljišta, odnosno nositelj prava građenja koji je podijelio svoje pravo vlasništva na suvlasničke dijelove i pritom sa svakim od tih dijelova uspostavio etažno vlasništvo, odredi kako će se upravljati nekretninom, i to bude upisano u zemljišnoj knjizi. Suvlasnici mogu, na primjer, ugovoriti da se posebni dijelovi nekretnine neće moći davati u zakup za obavljanje određenih vrsta poslovnih djelatnosti jer bi to moglo remetiti mir ili im na drugi način smetati. Odnose između etažnoga vlasnika i najmoprimeca, zakupnika i drugih uređuju odnosna pravila obveznoga prava, a tu osim Zakona o obveznim odnosima²⁶ valja spomenuti i Zakon o najmu stanova,²⁷ Zakon o zakupu i prodaji poslovnoga prostora²⁸ i Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.²⁹

Kada je riječ o načinu izvršavanja ovlasti uporabe, odnosno korištenja posebnoga dijela nekretnine, valja spomenuti o kojim se mogućim načinima radi. Stan može rabiti, odnosno poslovni prostor koristiti sam etažni vlasnik uključujući svakako i članove njegovoga obiteljskoga kućanstva. Ako je

²³ Čl. 81. st. 1. ZV-a.

²⁴ Proizlazi iz čl. 81. st. 2. ZV-a.

²⁵ Npr. u njemačkom Zakonu o stambenom vlasništvu iz 1951. godine (Wohnungseigentumsgesetz, § 13.).

²⁶ Narodne novine, br. 35/05.

²⁷ Narodne novine, br. 91/96., 48/98. i 66/98.

²⁸ Narodne novine, br. 91/96., 124/97. i 174/04.

²⁹ Narodne novine, br. 92/96., 39/99. i 80/02. i 81/02.

stan u neposrednom posjedu neke druge osobe, a ne etažnoga vlasnika, odnosno članova njegovoga obiteljskoga kućanstva, tada će to biti temeljem sklopljenoga ugovora o najmu stana. Kada pak poslovni prostor koristi druga osoba, a ne etažni vlasnik tada će biti sklopljen ugovor o zakupu poslovnoga prostora. Stan može biti u neposrednom posjedu neke druge osobe i temeljem osobne služnosti stanovanja (*habitatio*) ili temeljem ugovora o dosmrtnom uzdržavanju.

2.3. Ovlast izvršiti prepravke u stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji

Etažnom vlasniku pripada i ovlast da obavlja određene promjene stanja, odnosno prepravke u stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji. "Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine ovlašten je, ne tražeći za to odobrenje od ostalih suvlasnika, u skladu s građevinskim propisima o svome trošku izvršiti prepravke u stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji, uključujući i promjenu namjene, ako se pridržava sljedećih pravila:

- promjena ne smije prouzročiti oštećenje zgrade i drugih dijelova nekretnine, a ni povredu onih interesa ostalih suvlasnika koji zaslužuju zaštitu; osobito ne smije prouzročiti povredu vanjskoga izgleda zgrade, ni opasnost za sigurnost osoba, zgrade ili drugih stvari,

- ako bi za promjenu bilo potrebno zadrijeti u zajedničke dijelove nekretnine, to je dopušteno samo ako je takva promjena uobičajena ili služi važnom interesu vlasnika posebnoga dijela, inače je svaki suvlasnik može zabraniti; ali ne može zabraniti postavljanje vodova za svjetlo, plin, energiju, vodu i telefon i sličnih uređaja, a ni postavljanje radijskih ili televizijskih antena, potrebnih prema stanju tehnike, ako nije moguć ili nije odobren priključak na postojeću antenu,

- radi promjena na svome dijelu nije dopušteno zadrijeti u one dijelove nekretnine koji su kao posebni dio u vlasništvu drugoga suvlasnika bez njegova odobrenja; ali taj će ipak morati trpjeti ono u vezi s tuđim prepravkom čime se bitno i trajno ne povređuje njegovo pravo na posebnom dijelu, a i ono što je umjesno kad se pravedno odvagnu svi interesi,

- vlasnik posebnoga dijela koji provodi promjene na svome dijelu dužan je dati primjerenu naknadu drugomu čija je prava time povrijedio i kad je taj bio dužan trpjeti tu povredu".³⁰

Ova se pravila mogu svesti na sljedeće: 1. promjena ne smije prouzročiti oštećenje zgrade i drugih dijelova nekretnine, kao ni povredu interesa ostalih suvlasnika koji zaslužuju zaštitu; 2. ako bi za promjenu bilo potrebno zadrijeti u zajedničke dijelove nekretnine, to je dopušteno samo ako je takva promjena uobičajena ili služi važnom interesu vlasnika posebnoga dijela,

³⁰ Čl. 82. st. 1. ZV-a.

inače je svaki suvlasnik može zabraniti; 3. radi promjena na svome dijelu nije dopušteno zadrijeti u one dijelove nekretnine koji su kao posebni dio u vlasništvu drugoga suvlasnika bez njegova odobrenja; i 4. vlasnik posebnoga dijela koji provodi promjene na svome dijelu dužan je dati primjerenu naknadu drugomu čija je prava time povrijedio i kad je taj bio dužan trpjeti tu povredu. Pod navedenim uvjetima moguće je izvršiti prepravke u stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji, uključujući i promjenu namjene i bez traženja odobrenja od ostalih suvlasnika ako je to u skladu s građevinskim propisima. Podrazumijeva se da svaki suvlasnik može podnijeti tužbu sudu sa zahtjevom za prestankom promjena stanja ako se promjene ne obavljaju sukladno pravilima iz članka 82. st. 1. ZV.

U članku 82. st. 2. ZV određuje da ako je za promjenu namjene potrebna dozvola vlasti, drugi suvlasnici koji tu promjenu moraju trpjeti nisu ovlašteni uskratiti svoj pristanak kad je on potreban. To je u skladu s odredbom članka 82. st. 1. ZV-a koji određuje da se promjene mogu, ako su ispunjeni svi potrebni uvjeti, vršiti i ne tražeći odobrenje od ostalih suvlasnika. Dakle, ako je, na primjer, etažni vlasnik dobio građevinsku dozvolu za obavljanje promjena, ostali suvlasnici neće smjeti uskratiti svoj pristanak, a ako bi to ipak učinili, odgovaraju za štetu koju bi prouzročili svojom uskratom. To se, međutim, dešava samo u onim slučajevima kod kojih se etažni vlasnik pridržavao pravila pod kojima se mogu obavljati promjene stanja.

Ono što je propisano za promjene stanja stanova i drugih samostalnih prostorija vrijedi i za sve sporedne dijelove koji su njihovi pripatci (otvoreni balkoni, terase, podrumске ili tavanske prostorije, kućni vrtovi i drugo), a ove se odredbe primjenjuju i u slučaju prijenosa sporednih dijelova koji služe jednom stanu odnosno prostoriji na drugi stan odnosno prostoriju.³¹

2.4. Ovlast tražiti naknadu imovinske štete koju suvlasnik pretrpi na svome posebnom dijelu u vezi s održavanjem zajedničkih dijelova nekretnine

Etažni vlasnik ima i ovlast zahtijevati naknadu imovinske štete u svezi s održavanjem zajedničkih dijelova nekretnine. "Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine dužan je dopustiti pristup u stan, odnosno prostoriju i njihovu uporabu, ako je to potrebno za održavanje zajedničkih dijelova nekretnine; imovinsku štetu koju u svezi s time pretrpi dužni su mu primjereno naknaditi suvlasnici solidarno".³² Suvlasnik svakako mora omogućiti pristup u svoj stan, a i određenu uporabu svoga posebnoga dijela nekretnine ako je to nužno za održavanje zajedničkih dijelova zgrade. Međutim, ako bi pri tome nastala imovinska šteta, etažni bi vlasnik mogao potraživati naknadu

³¹ Proizlazi iz čl. 82. st. 3. ZV-a.

³² Čl. 80. st. 3. ZV-a.

od suvlasnika solidarno. Naknada štete može se tražiti od svih suvlasnika, odnosno svi su je suvlasnici dužni podmiriti, međutim, ako bi makar jedan od suvlasnika namirio cijeli iznos predviđene odštete etažni bi vlasnik time bio namiren, a ostali bi suvlasnici bili u obvezi spram onoga suvlasnika koji je naknadio štetu u cijelosti. Nije određeno da li su iznosi koje moraju namiriti suvlasnici jednaki ili su razmjerni veličini suvlasničkoga dijela, što treba tumačiti ipak u prilog kriterija veličine suvlasničkoga dijela jer je to temeljno mjerilo i za sve druge odnose između suvlasnika.

Također bi se moglo postaviti pitanje da li svi suvlasnici moraju sudjelovati u podmirivanju štete, pa i u slučaju kada jedan dio suvlasnika uopće ne koristi određene zajedničke dijelove na kojima je trebalo obaviti određeni zahvat koristeći se pri tome nečijim posebnim dijelom. Moguće je, na primjer, da u zgradi postoji nekoliko odvojenih ulaza tako da određene zajedničke dijelove ne koriste svi suvlasnici već samo neki od njih. To bi eventualno moglo dovesti do zahtjeva onih suvlasnika koji se zbog određenih razloga uopće ne služe tim zajedničkim dijelovima da ne sudjeluju u naknadi imovinske štete koju je etažni vlasnik pretrpio u svezi s održavanjem tih zajedničkih dijelova nekretnine. S obzirom da ZV ne razlikuje zajedničke dijelove koji služe svim etažnim vlasnicima od onih koji služe samo nekima od njih, ovu odredbu treba tumačiti na način da su svi suvlasnici dužni sudjelovati u naknadi imovinske štete etažnom vlasniku u svezi s održavanjem zajedničkih dijelova nekretnine jer u konačnici svi su oni suvlasnici i tih dijelova, bez obzira da li ih rabe ili ne.

2.5. Ovlast tražiti popravljanje štete u svezi s promjenama koje je izvršio drugi suvlasnik ili suvlasnici

Sljedeća ovlast koju ima etažni vlasnik jest zahtijevati popravljanje štete u svezi s promjenama koje je izvršio drugi suvlasnik ili suvlasnici. Za svu štetu koju drugi suvlasnici pretrpe u svezi s promjenama koje je izvršio suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine, ako je nisu bili dužni trpjeti, odgovara im taj suvlasnik, a više suvlasnika odgovaraju za tu štetu solidarno.³³ Već je ranije spomenuto u kojim se slučajevima smatra da je suvlasnik dužan trpjeti promjene koje je izvršio etažni vlasnik. Tako je, primjerice, suvlasnik dužan trpjeti uobičajene promjene kao i one koje služe važnom interesu suvlasnika, a poglavito ako se radi o postavljanju vodova za plin, energiju, vodu i slično. Osim toga suvlasnik je dužan trpjeti promjene ako se tuđom prepravkom bitno i trajno ne povređuje njegovo pravo na posebnom dijelu. Ipak konačnu odluku o tome da postoji odgovornost za štetu, donosi u slučaju spora sud vodeći računa prije svega o tome da li

³³ Proizlazi iz čl. 82. st. 4. ZV-a.

su suvlasnici bili dužni trpjeti određene promjene. I samo pitanje dužnosti trpljenja promjena, i pored određenih zakonskih odredaba, u konačnici ovisi o diskrecionoj ocjeni suda nakon što se uzmu u obzir sve okolnosti.

2.6. Ovlast tražiti primjereno osiguranje

Etažnom vlasniku glede svoga posebnoga dijela nekretnine pripada i ovlast zahtijevati primjereno osiguranje, što je uređeno člankom 83. ZV-a. Ako s obzirom na okolnosti prijeti ozbiljna opasnost da će nastati šteta zbog onoga što u izvršavanju ili prekoračenju ovlasti poduzima ili je već poduzeo glede nekretnine pojedini suvlasnik bez suglasnosti svih ostalih, svaki od suvlasnika cijele nekretnine ovlašten je od njega zahtijevati primjereno osiguranje. Osnovni je uvjet da bi se moglo zahtijevati primjereno osiguranje da prijeti ozbiljna opasnost da će nastati šteta, a osim toga radi se o radnjama koje se obavljaju bez suglasnosti svih suvlasnika, čak štoviše radnja koja se poduzima nije utemeljena na nekoj zakonskoj odredbi. To doduše, ne mora odmah značiti da se radi o nedopuštenoj radnji, ali je ipak riječ o radnji čije dopuštenje za izvođenje nije utemeljeno na zakonskoj osnovi. Naime, poduzimanje bilo čega što je suvlasnik po zakonu dužan ili ovlašten obaviti, ne može biti uvjetovano davanjem osiguranja.

ZV ne određuje konkretne oblike primjerenoga osiguranja, te je moguće zaključiti kako će toj svrsi poslužiti svaki prikladan oblik osiguranja vjerovnikovoga potraživanja. Kao možda najprikladniji oblik primjerenoga osiguranja sa stajališta suvlasnika može se javiti polog gotova novca ili vrijednosnica. U tome smislu može se osnovati založno pravo na pravu ili eventualno na pokretnoj stvari. Najčešće će to biti založno pravo na pravu o kojem će biti riječi u nastavku.

Dobrovoljno založno pravo na pravu osniva se temelju pravnoga posla. Na temelju pravnoga posla kojemu je cilj osnivanje založnoga prava na određenom pravu radi osiguranja namirenja određene tražbine iz vrijednosti zaloga osniva se dobrovoljno založno pravo njegovim izvođenjem pripadanja prava koje se njime opterećuje, a na način određen zakonom. Način osnivanja dobrovoljnoga založnoga prava na pravu ovisi o tome o kakvom se subjektivnom imovinskom pravu radi. Cesija je čin kojim se prenosi pravo radi osiguranja³⁴ i na temelju kojega nastaje dobrovoljno založno pravo na pravu ako se radi o osnivanju založnoga prava na zalagodavčevoj tražbini. O cesiji treba obavijestiti dužnika (cesusa) jer od trenutka kada njemu stigne notifikacija, postoji založno pravo na tražbini. Inače, založno pravo može se osnovati na različitim tražbinama koje se mogu sastojati od činidbe davanja (npr. novca ili neke druge stvari) ili tražbina može biti

³⁴ O prijenosu prava radi osiguranja vidjeti i Ruždjak, J. M.: "Novela Ovršnog zakona (2005.) – sudjelovanje javnih bilježnika u ovrsi; sporazum o osiguranju tražbine prijenosom stvari odnosno prava", Pravo i porezi, br. 10/2005., str. 3-9.

sadržana u vrijednosnom papiru. No bez obzira o kakvoj se tražbini radi, dužnik je obvezan nakon što je tražbina cedirana na založnoga vjerovnika, svoju obvezu ispuniti samo i jedino založnom vjerovniku.

Dobrovoljno založno pravo na vrijednosnim papirima koji glase na donositelja osniva se jednako kao i na pokretnim stvarima, odnosno predajom toga papira založnom vjerovniku radi osiguranja. Ako vrijednosni papir glasi na ime, tada se dobrovoljno založno pravo osniva također cesijom, odnosno ustupom tražbine. Dužnik od trenutka kada je obaviješten o ustupu tražbine može dug ispuniti jedino založnom vjerovniku koji je ovlašten primiti ispunjenje. Međutim, založni se vjerovnik može namiriti iz ustupljene tražbine tek ako se ispune pretpostavke za namirenje, a do tada mora čuvati ono što je primio.

Na vrijednosnim papirima koji glase po naredbi dobrovoljno se založno pravo osniva založnim indosamentom. Indosament je pisano očitovanje o prijenosu prava inkorporiranoga u vrijednosnom papiru po naredbi, razlikuje se od založnoga indosamenta jer se ovim potonjim pravo prenosi samo radi zalaganja. Založni indosament, naime, ipak ograničava založnoga vjerovnika jer se on iz prenesenoga prava može namiriti tek kada se ispune pretpostavke za namirenje, a do tada mora očuvati preneseno pravo. Kod običnoga indosamenta pravo je preneseno u pravilu bez ograničenja i stjecatelj njime može odmah raspolagati. Međutim, založno pravo na pravu utjelovljenom u vrijednosnom papiru po naredbi može se prenijeti ne samo založnim indosamentom nego i cesijom uz obvezu obavještavanja dužnika.

Založno pravo na pravu može se osnovati i na koristima od autorskoga prava³⁵, dionicama, patentima, udjelima u trgovačkom društvu i slično. Postavlja se pitanje kojim se činom prenose ta prava radi osiguranja s obzirom da ZV nije odredio način prijenosa tih prava na založnoga vjerovnika, nego je odredio da se ona prenose na način predviđen za prijenos tih prava, osim ako što drugo nije određeno zakonom. Kada je riječ, na primjer, o dionicama, one bi se u načelu mogle prenijeti predajom u posjed založnoga vjerovnika, odnosno jednako kao i pokretne stvari. Međutim, ovdje treba uzeti u obzir odredbe posebnoga zakona, a to je Zakon o tržištu vrijednosnih papira.³⁶ Prema tom zakonu "obveza izdavatelja vrijednosnoga papira na isplatu glavnice i kamata može biti osigurana založnim pravom na nekretninama i vrijednosnim papirima, vrijednost kojih ne smije biti manja od ukupne obveze izdavatelja iz svih osiguranih vrijednosnih papira".³⁷ Kod ostalih prava, ako predaja nije moguća, zato što ne postoje u tjelesnom obliku ili zbog bilo kojega drugoga razloga, čini se da će biti dovoljna odredba u pravnom poslu, odnosno založnom ugovoru, prema kojoj će

³⁵ U članku 43. st. 1. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (Narodne novine, br. 167/03.) stoji: "Autorsko pravo ne može biti predmet ovrhe. Predmet ovrhe mogu biti samo koristi stečene korištenjem autorskog djela, ako ovim Zakonom nije drukčije određeno".

³⁶ Narodne novine, br. 84/02.

³⁷ Čl. 113. st. 1. Zakona o tržištu vrijednosnih papira.

založni vjerovnik imati pravo namirenja iz založenoga prava, pod određenim pretpostavkama, ako mu tražbina koju ima prema založnom vjerovniku ne bude o dospijeću namirena.

Ako netko prenese svome vjerovniku radi osiguranja tuđe subjektivno imovinsko pravo, time ne nastaje založno pravo. "Subjektivna prava nisu materijalne naravi, pa kako nisu vidljiva to nema niti potrebe za zaštitom povjerenja u prometu takvim pravima. Zato – u pravilu – nema stjecanja založnoga prava na subjektivnom pravu od osobe koja nije nositelj toga prava koje zalaže".³⁸ To, međutim, ne vrijedi za pokretnine jer "ako je vlasnik 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".³⁹ Ova se odredba na odgovarajući način primjenjuje i na stjecanje dobrovoljnoga podzaložnoga prava kad je vjerovnik dobio tu stvar u zalog bez pristanka založnoga vjerovnika čija tražbina osigurava taj zalog. Za razliku od ostalih subjektivnih imovinskih prava, pravo koje je inkorporirano u vrijednosnom papiru na donositelja djeluje na određeni način kao pokretnina te je moguće da nastane založno pravo i bez pristanka vlasnika toga papira, ali pod uvjetom da su ispunjene pretpostavke kao kod stjecanja prava vlasništva od nevlasnika.

I na koncu, vezano uz dobrovoljno založno pravo na pravu prenesenom radi osiguranja treba spomenuti mogućnost upisa koju predviđa novi Zakon o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima.⁴⁰ "U upisnik se mogu upisivati i dobrovoljna založna prava te prijenos prava vlasništva radi osiguranja na pokretninama i pravima trećih osoba (stvarnopravni dužnik) radi osiguranja tražbina vjerovnika prema njegovom osobnom dužniku".⁴¹ Dakle, upis dobrovoljnoga založnoga prava na pravu nije obvezatan, te nema konstitutivno značenje, ali svakako da prije svega založni vjerovnik može imati interes da se provede ovakav upis. Ako je osiguranje na određenom predmetu upisano na temelju sporazuma stranaka, protivniku osiguranja odnosno dužniku nije dopušteno dovoditi u pitanje pravo koje je predlagatelj osiguranja odnosno vjerovnik stekao pozivajući se na to da u vrijeme zasnivanja prava nije bio vlasnik stvari ili nositelj prava, odnosno da nije bio ovlašten imatelj dionice, udjela

³⁸ Gavella, N. i dr., op. cit. str. 860.

³⁹ Čl. 317. st. 1. ZV-a.

⁴⁰ Zakon je objavljen u Narodnim novinama, br. 121/05. od 17. listopada 2005., stupio je na snagu osmoga dana od objave u Narodnim novinama, a počinje se primjenjivati nakon šest mjeseci od dana njegova stupanja na snagu.

⁴¹ Čl. 6. st. 4. Zakona o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima.

ili poslovnoga udjela. Međutim, spomenuto ne utječe na pravo protivnika osiguranja odnosno dužnika da zbog mana volje ili iz drugoga razloga pobija sporazum na temelju kojega je stvorena osnova za upis.⁴²

Založno pravo na pravu osnovano radi osiguranja etažnoga vlasnika zbog ozbiljne opasnosti od nastanka štete može se javiti i u obliku sudskoga i javnobilježničkoga dobrovoljnoga založnoga prava na pravu. ZV uređuje samo osnivanje sudskoga dobrovoljnoga založnoga prava na pravu dok je javnobilježničko dobrovoljno založno pravo⁴³ uređeno odredbama Ovršnoga zakona.⁴⁴ "Sudsko založno pravo na pravima osniva se dobrovoljno na temelju založnoga ugovora koji, u obliku sudskoga zapisnika o sporazumu stranaka da založnim pravom osiguraju određene tražbine, one sklope pred sudom u postupku osiguranja novčane tražbine. Zakonske odredbe koje uređujući sudski postupak osiguranja novčanih tražbina određuju postupak i pravne učinke sporazuma stranaka o osiguranju tražbina zalogom pokretnih i nepokretnih stvari, na odgovarajući se način primjenjuju i na davanje u zalog prava".⁴⁵ Na temelju sporazuma stranaka osniva se sudsko založno pravo na način koji određuju zakonske odredbe o ovrsi i prisilnom osiguranju za osnivanje prisilnoga založnoga prava na pravu.

ZV nije spomenuo konkretne oblike primjerenoga osiguranja, što se može ocijeniti dobrim jer se oblici zaštite prava vjerovnika neprekidno izgrađuju i usavršavaju tako da bi u suprotnom to vjerojatno dovelo u budućnosti do potrebe njegove izmjene. S druge pak strane, nabranje oblika primjerenoga osiguranja moglo bi se tumačiti i ograničavanjem suvlasnikovih prava jer u konačnici primjereno je svako ono osiguranje koje takvim smatra sam suvlasnik koji ga zahtijeva.

O zahtjevu za davanjem osiguranja odlučuje sud u izvanparničnom postupku, ako nije što drugo propisano, ili ako se u svezi s onim što je suvlasnik poduzeo ili poduzima već vodi neki drugi postupak u kojem je moguće odrediti davanje primjerenoga osiguranja. Takav drugi postupak mogu pokrenuti suvlasnici, na primjer, posjedovnom ili vlasničkom tužbom kojom traže prestanak izvršavanja radnji koje glede nekretnine poduzima pojedini suvlasnik. Svakako da bi se ovdje radilo o parničnom postupku u okviru kojega bi se, također, moglo dati primjereno osiguranje što bi dovelo

⁴² Proizlazi iz čl. 20. Zakona o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima.

⁴³ O sudskom i javnobilježničkom dobrovoljnom založnom pravu na pravu vidjeti u Dika, M.: Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka, *Zakonitost*, br. 9-10/1991., str. 1028-1031; Dika, M.: Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, *Novo ovršno i stečajno pravo*, Zagreb, 1996., str. 75-98; Ruždjak, J. M.: Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Savjetovanje XII. (Opatija), Zagreb, 1997., *Godišnjak* 4.

⁴⁴ Mogućnost osnivanja sudskoga i javnobilježničkoga dobrovoljnoga založnoga prava na pravu stvorena je tek stupanjem na snagu Ovršnoga zakona (*Narodne novine*, br. 57/96., 29/99., 173/03., 194/03., 151/04. i 88/05.).

⁴⁵ Čl. 313. st. 1. i 2. ZV-a.

i do prestanka protivljenja ili barem onemogućavanja protivljenja ostalih suvlasnika izvođenju određenih radnji glede nekretnine od kojih prijeti ozbiljna opasnost po nastanak štete. Sud bi pri odlučivanju o zahtjevu za davanjem primjerenoga osiguranja imao riješiti i pitanje oblika osiguranja, pri čemu bi trebalo voditi računa o tome postoji li eventualno sporazum suvlasnika o obliku primjerenoga osiguranja, te o svim drugim relevantnim okolnostima kao što su, primjerice, konkretne mogućnosti suvlasnika koji poduzima radnju, interesi svih suvlasnika, prijedlog suvlasnika o obliku osiguranja ako je izražen u zahtjevu i slično.

3. Izvršavanje suvlasnikovih dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine

3.1. Dužnost održavanja

Dužnost održavanja svakako je temeljna dužnost koju etažni vlasnici imaju glede svojega posebnoga dijela nekretnine.⁴⁶ Održavanje se može odnositi na posebni dio nekretnine na kojem je uspostavljeno etažno vlasništvo, ali i na zajedničke dijelove i uređaje zgrade na kojima postoji suvlasništvo. Inače, održavanje znači izvršavanje određenih poslova radi očuvanja vrijednosti posebnoga dijela nekretnine, odnosno nekretnine kao cjeline. "Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine dužan je za taj stan, odnosno drugu samostalnu prostoriju, te za njima namijenjene uređaje, osobito svjetlovodne, plinovodne, vodovodne, toplovodne i sanitarne naprave, kao i sve druge pripatke toga posebnoga dijela brinuti se i tako ih održavati da drugim suvlasnicima ne nastane nikakva šteta".⁴⁷ Ovdje se na generalan način uređuje dužnost održavanja koja predstavlja jednu opću dužnost čije neizvršavanje ili neuredno izvršavanje može dovesti do stvaranja dodatnih, posebnih dužnosti u vidu odgovornosti za štetu. Neizvršavanje temeljne dužnosti, a to je dužnost održavanja, ali eventualno i ostalih dužnosti o kojima će u nastavku biti riječi, može pod određenim okolnostima dovesti i do isključenja pojedinoga suvlasnika iz suvlasničke zajednice.⁴⁸ Nabrojene

⁴⁶ O dužnosti održavanja vidjeti i Belaj, V.: "Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu)", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2000., str. 191.-217.

⁴⁷ Čl. 80. st. 1. ZV-a.

⁴⁸ Isključenje iz suvlasničke zajednice mogu kod etažnoga vlasništva iz zakonom propisanih razloga zahtijevati većina ili manjina suvlasnika u odnosu na pojedinoga suvlasnika. Suvlasnici su dužni postupati obzirno prema ostalim suvlasnicima nekretnine na kojoj je uspostavljeno etažno vlasništvo jer se u protivnom može zahtijevati isključenje iz suvlasničke zajednice. Razlikuju se dva oblika isključenja: 1. isključenje na zahtjev većine i 2. isključenje na zahtjev manjine. Razlozi za isključenje iz suvlasničke zajednice na zahtjev većine, dakle suvlasnika koji imaju većinu suvlasničkih dijelova, su: 1. ako suvlasnik ne udovoljava dužnostima koje proizlaze iz zajednice; 2. ako dijelove nekretnine rabi na način koji šteti ostalim suvlasnicima, i

su i konkretne vrste uređaja i naprava od kojih prijeti povećana opasnost od nastanka štete, no ovdje treba naglasiti kako se radi samo o onim uređajima i napravama koje su u svezi s određenim posebnim dijelom nekretnine te utvrditi gdje je granica kod koje ovakvi pripatci postaju zajednički dijelovi, pa i odgovornost za njihovo održavanje prestaje biti briga samo jednoga etažnoga vlasnika, nego to postaje u odnosu na sve ili samo neke suvlasnike.

Svaki je suvlasnik, kao što je vidljivo, dužan održavati svoj posebni dio nekretnine, međutim, to ne podrazumijeva obročne mjesečne izdatke kao kod održavanja zajedničkih dijelova i uređaja. Takvo je održavanje sporadično i svaki ga etažni vlasnik poduzima prije svega zbog vlastitoga interesa, a tek posredno i zbog zajedničkih interesa svih suvlasnika. Drukčije je kod održavanja zajedničkih dijelova nekretnine jer je za to potrebno posebno izdvajati novčana sredstva za zajedničku pričuvu.⁴⁹

I u inozemnim pravnim uređenjima etažnoga vlasništva dužnost održavanja temeljna je zadaća. Tako se, primjerice, u francuskom pravu⁵⁰ međusobni odnosi suvlasnika uređuju ugovorom, no ugovorne strane moraju voditi računa o onim odredbama zakona koje nalažu da se korištenje posebnih dijelova nekretnine obavlja na neškodljiv način za ostale suvlasnike i zgradu kao cjelinu. Svaki suvlasnik snosi troškove održavanja svoga posebnoga dijela, a glede troškova održavanja zajedničkih dijelova zgrade vrijedi sporazum stranaka, a kao osnovica uzima se veličina stana ili drugoga posebnoga dijela. I u njemačkom pravu vlasnici stanova imaju obvezu održavanja dijelova zgrade koji se nalaze u njihovom isključivom vlasništvu, ali i onih dijelova koji se nalaze u zajedničkom vlasništvu, ovisno o veličini svoga udjela.⁵¹

3. ako svojim ponašanjem učini tegobnim zajedničko stanovanje ostalim suvlasnicima ili počini teže kažnjivo djelo protiv imovine, morala ili tjelesne cjelovitosti kojega od suvlasnika. O tužbi za isključenje sud odlučuje u parničnom postupku. Isključenje nema karakter izvlaštenja već je oblik razvrgnuća suvlasničke zajednice civilnom diobom, a provodi se prodajom na javnoj dražbi.

⁴⁹ Zajednička pričuva je namjenski vezana zajednička imovina suvlasnika nekretnine, a namijenjena je za pokriće troškova održavanja i poboljšavanja nekretnine te za otplaćivanje zajma za pokriće tih troškova. Zajednička pričuva ima karakter zajedničkoga vlasništva svih suvlasnika nekretnine. Dužnost stvaranja i uplaćivanja novčanih sredstava u zajedničku pričuvu imaju etažni vlasnici koji su ujedno i suvlasnici. Zajedničku pričuvu tvore novčani doprinosi koje su suvlasnici uplatili na temelju odluke donesene većinom suvlasničkih dijelova, odnosno odluke koju je na zahtjev nekoga suvlasnika donio sud s obzirom na predvidive troškove i uzimajući u obzir imovinsko stanje svih suvlasnika. Promjena u osobi suvlasnika ne utječe na plaćanje doprinosa u zajedničku pričuvu jer on nije osobne prirode nego je vezan uz suvlasnički dio. Stvaranje, odnosno doprinošenje zajedničkoj pričuvi razmjerno svojim suvlasničkim dijelovima jedna je od dužnosti suvlasnika glede cijele nekretnine.

⁵⁰ Usp. Givord, F.: "Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements", Voirin. P.: "Melanges", Paris, 1967., str. 284.

⁵¹ Usp. Schwab, K. H. – Prütting, H.: "Sachenrecht", München, 1997., str. 275.-278.; Bärmann, J.: "Wohnungseigentum", München, 1991., Wieling, H. J.: "Sachenrecht", Berlin – Heidelberg, 1997., str. 701.- 710.

3.2. Dužnost suvlasnika da odgovara za štetu koja je nastala zbog nebrige ili neodržavanja posebnoga dijela nekretnine

Svaki suvlasnik ima i dužnost odgovarati za štetu koja je nastala zbog nebrige, odnosno neodržavanja posebnoga dijela nekretnine, koja može biti pojedinačna ili solidarna. O tome postoji odredba da za svu štetu koju drugi suvlasnici pretrpe u svezi s izvršavanjem dužnosti održavanja, ili zbog njezina neizvršavanja, odgovara im onaj suvlasnik čija je to bila dužnost održavanja, a ako je to bila dužnost više suvlasnika, oni odgovaraju za tu štetu solidarno.⁵² To je posebna, dodatna dužnost u svezi s održavanjem svojega posebnoga dijela koja se pojavljuje ako se ne izvršava ili se neuredno izvršava temeljna dužnost etažnoga vlasnika - dužnost održavanja svojega posebnoga dijela nekretnine.

3.3. Dužnost omogućiti pristup i uporabu posebnoga dijela nekretnine ako je to potrebno za održavanje zajedničkih dijelova nekretnine

U članku 80. stavku 3. ZV-a spominje se dužnost etažnoga vlasnika da dopusti pristup u svoj stan ako je to potrebno za održavanje zajedničkih dijelova nekretnine. Etažni vlasnik ima osim dužnosti održavanja svojega dijela nekretnine i dužnosti glede održavanja zajedničkih dijelova te zbog općega interesa mora dopustiti pristup i uporabu svojega stana.

3.4. Dužnost suvlasnika da odgovara za štetu koju je učinio ostalim suvlasnicima prigodom izvršavanja promjena na svome posebnom dijelu nekretnine

U članku 82. stavku 4. ZV-a stoji da suvlasnik odgovara za štetu (više suvlasnika odgovara za tu štetu solidarno) koju pretrpe ostali suvlasnici u svezi s promjenama koje je izvršio taj suvlasnik na svojem posebnom dijelu, ako ostali suvlasnici nisu bili dužni trpjeti tu štetu. Smatra se da je suvlasnik dužan trpjeti određene promjene ako su one uobičajene ili služe važnom interesu etažnog vlasnika, a poglavito ako se radi o postavljanju vodova za plin, vodu i slično, zatim ako se tuđom prepravkom bitno i trajno ne povređuje njegovo pravo na posebnom dijelu. Ipak konačnu odluku o tome da postoji odgovornost za štetu donosi u slučaju spora sud vodeći računa prije svega o tome da li su suvlasnici bili dužni trpjeti određene promjene. I samo pitanje dužnosti trpljenja promjena i pored određenih konkretnih odredaba ZV-a o tome, u konačnici ovisi o diskrecijskoj ocjeni⁵³ suda nakon što se uzmu u obzir sve okolnosti.

⁵² Proizlazi iz čl. 80. st. 2. ZV-a.

⁵³ Diskrecijska ocjena je pravo tijela vlasti izvršiti slobodan izbor između mogućih postupaka i radnji u zakonom propisanom okviru. Postoji npr. u upravnom postupku pri čemu tijela

Na koncu se postavlja pitanje da li sve ili samo neke spomenute slučajeve odgovornosti za štetu treba prosuđivati prema kriteriju subjektivne ili eventualno objektivne odgovornosti. Svakako da će odgovor na to važno pitanje dati sudska praksa koja će se glede toga izgrađivati u nas slijedom primjene ZV-a, no nije suvišno ukazati i na određena stajališta dosadašnje sudske prakse. Prema jednom stajalištu izraženom u našoj sudskoj praksi "odgovornost vlasnika posebnoga dijela zgrade za štetu koju je vršeci popravke na svome posebnom dijelu, nanio zajedničkim dijelovima zgrade ili posebnom dijelu drugoga vlasnika temelji se na objektivnom načelu".⁵⁴ Izgleda ipak da je u ovom slučaju odgovornost vlasnika posebnoga dijela prestrogo utvrđena te da bi bilo primjerenije koristiti subjektivni kriterij odgovornosti za štetu nanесenu drugim dijelovima na kojima nije uspostavljeno vlasništvo toga posebnoga dijela nekretnine. Naime, postavlja se pitanje na temelju čega utvrditi da postoji objektivna odgovornost za štetu kada to zakonom nije propisano ni ranije, a ni sada, a "stan kao dovršeni dio građevinske cjeline namijenjen za stanovanje nije opasna stvar".⁵⁵ Ipak u svakom konkretnom slučaju sud treba ispitati nije li sama radnja na temelju koje je došlo do nastanka određene štete opasna, odnosno spada li u opasne djelatnosti, te samim time može biti temeljem objektivne odgovornosti za štetu.

3.5. Dužnost naknade imovinske štete etažnom vlasniku koji je štetu pretrpio zbog toga što je omogućio pristup i uporabu svoga posebnoga dijela radi održavanja zajedničkih dijelova nekretnine

Etažni vlasnik ima dužnost, kao što je već spomenuto, omogućiti pristup i uporabu svoga posebnoga dijela nekretnine radi održavanja zajedničkih dijelova nekretnine. Ako bi tom prigodom, dakle pri obavljanju različitih radova na zajedničkim dijelovima nekretnine, pretrpio imovinsku štetu, ostali suvlasnici dužni su je solidarno naknaditi na primjeren način. ZV izričito spominje imovinsku štetu kako bi se izbjegle dvojbe da li u ovom slučaju i neimovinska šteta može biti predmetom potraživanja etažnoga vlasnika.

uprave kod donošenja upravnih akata po vlastitom nahodanju biraju između dvije ili više mogućnosti ono rješenje koje im se čini najsvrsishodnijim. U širem se smislu diskrecijskom ocjenom može smatrati pravo različitih subjekata da po vlastitom nahodanju donesu određenu odluku ili rješenje u zakonskim okvirima.

⁵⁴ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Gž-913/67., od 3. kolovoza 1967.; Žuvela, M.: "Vlasničkopravni odnosi", Zagreb, 1996., str. 547.

⁵⁵ Vrhovni sud Hrvatske, Rev-441/87., od 9. rujna 1987., PSP-38/76.

3.6. Dužnost davanja primjerenoga osiguranja

Osim što etažnom vlasniku glede svoga posebnoga dijela nekretnine pripada ovlast zahtijevati primjerenoga osiguranje, svaki etažni vlasnik ima i dužnost davanja primjerenoga osiguranja. Ova je dužnost povezana ako s obzirom na okolnosti prijete ozbiljna opasnost da će nastati šteta zbog onoga što u izvršavanju ili prekoračenju ovlasti poduzima ili je već poduzeo glede nekretnine taj suvlasnik bez suglasnosti svih ostalih. Tada je svaki od suvlasnika cijele nekretnine ovlašten od njega zahtijevati primjerenoga osiguranje. Osnovni uvjet da bi se moglo zahtijevati primjerenoga osiguranje jest da prijete ozbiljna opasnost da će nastati šteta, a osim toga radi se o radnjama koje se obavljaju bez suglasnosti svih suvlasnika, čak štoviše radnja koja se poduzima nije utemeljena na nekoj zakonskoj odredbi.

Već je ranije spomenuto da se kao najprikladniji oblik primjerenoga osiguranja sa stajališta suvlasnika pojavljuje polog gotova novca ili vrijednosnica. Međutim, na čemu će konkretno biti ostvareno primjerenoga osiguranje, ovisi od suvlasnika koji je dužan dati to osiguranje.

Pojam primjerenoga osiguranje spominje se i u članku 86. ZV-a koji uređuje poslove redovite uprave, ali se to odnosi na osiguranje cijele nekretnine i treba ga jasno razlikovati od primjerenoga osiguranja koje je dužan dati pojedini suvlasnik, a ne svi zajedno. Naime, primjerenoga osiguranje nekretnine u pravilu podrazumijeva osiguranje kod osiguravajućega društva⁵⁶ od različitih rizika koji prijete nekretnini kao cjelini (npr. potres i sl.), a čiji uzrok doduše može biti i u pojedinom posebnom dijelu nekretnine (npr. požar). "Posebni je problem nepostojanje odgovarajućih osiguranja od odgovornosti upravitelja zgrada s obzirom na to da njihova odgovornost prema suvlasnicima zgrada nije izvanugovornoga već ugovornoga karaktera pa ukoliko ne postoji osiguranje upravo ove ugovorne odgovornosti, nema adekvatne garancije da će upravitelj naknaditi štetu koju svojim radom ili propustom nanese suvlasnicima zgrade".⁵⁷ Pojam primjerenoga osiguranje nekretnine spada u poslove redovite uprave.⁵⁸

⁵⁶ Više o tome u članku Dobrić, S.: "Osiguranje suvlasničke nekretnine prema odredbama ZV", *Osiguranje*, br. 9/2005., str. 37. – 43.

⁵⁷ Dobrić, S., op. cit., str. 41. i 42.

⁵⁸ Kod etažnoga vlasništva u poslove redovite uprave cijelom nekretninom ubrajaju se: 1. redovito održavanje zajedničkih dijelova i uređaja nekretnine, uključujući i građevne promjene nužne radi održavanja, 2. stvaranje primjerenoga zajedničke pričuve za predvidive buduće troškove, 3. uzimanje zajmova radi pokrića troškova održavanja koji nisu pokriveni pričuvom, a potrebni su za obavljanje poslova urednoga održavanja koji se ponavljaju u razmacima duljim od jedne godine, 4. primjerenoga osiguranje nekretnine, 5. imenovanje i opoziv zajedničkoga upravitelja, 6. određivanje i promjene kućnoga reda, 7. iznajmljivanje i davanje u zakup kao i otkazivanje stanova i drugih samostalnih prostorija nekretnine glede kojih nije uspostavljeno etažno vlasništvo.

3.7. Dužnost snošenja svih javnih obveza i tereta u svezi s vlasništvom svoga posebnoga dijela nekretnine

I konačno, etažni vlasnik ima dužnost snošenja svih javnih obveza i tereta u svezi s vlasništvom svoga posebnoga dijela nekretnine. "Suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo određenoga posebnoga dijela nekretnine održava taj dio o svome trošku te snosi sve javne obveze i terete u svezi s vlasništvom toga dijela, ako nije što drugo zakonom određeno. Kad dužnik obveze na povremena davanja za komunalne usluge u svezi s uporabom nekog posebnoga dijela nekretnine (naknade zbog trošenja električne energije, plina, toplinske energije, odvoza otpada i sl.) nije neka druga osoba, suvlasnik na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo toga posebnoga dijela nekretnine duuguje te naknade dobavljačima odnosno davateljima usluga".⁵⁹ Dakle, sve javne obveze i terete kao i obveze na povremena davanja za komunalne usluge snosi etažni vlasnik glede svoga posebnoga dijela, što je i logično s obzirom da se njega može smatrati isključivim vlasnikom posebnoga dijela nekretnine na kojem je uspostavljeno vlasništvo posebnoga dijela u njegovu korist. Javne obveze mogu se, primjerice, ticati poreza na vlasništvo, a tereti namirenja hipoteke.

Ako je dužnik obveze na povremena davanja za komunalne usluge u svezi s uporabom nekoga posebnoga dijela nekretnine osoba koja taj posebni dio nekretnine rabi ili iskorištava na temelju najma, zakupa ili drugoga ugovora sa suvlasnikom na čijem je suvlasničkom dijelu uspostavljeno vlasništvo toga posebnoga dijela, taj suvlasnik jamči dobavljaču za ispunjenje te obveze.⁶⁰ Kao dužnik toga duga javlja se osoba koja rabi ili iskorištava posebni dio nekretnine na temelju najma, zakupa ili drugoga ugovora (na primjer posudbe), a etažni vlasnik jamči da će u slučaju da dužnik ne plati taj dug, on izvršiti plaćanje.

4. Zaključak

Složena pravna zajednica koja nastaje uspostavljanjem etažnoga vlasništva uključuje brojna međusobna prava i obveze vlasnika pojedinih dijelova nekretnine glede zemljišta, zajedničkih dijelova nekretnine te posebnih dijelova nekretnine. Upravo postojanje određenih ovlasti (prava) i dužnosti omogućava funkcioniranje ove zajednice. Izvršavanje pojedinih dužnosti svih etažnih vlasnika, ali i konzumiranje određenih prava, omogućuje normalno stanovanje ili obavljanje drugih aktivnosti (namjena) u pojedinim posebnim dijelovima nekretnine.

⁵⁹ Čl. 84. st. 1. i 2. ZV-a.

⁶⁰ Proizlazi iz čl. 84. st. 3. ZV-a.

Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine treba razlikovati od ovlasti i dužnosti glede cijele nekretnine. Ovlasti i dužnosti na posebnom dijelu nekretnine posebno su značajne stoga što etažni vlasnik upravlja tim posebnim dijelom i izvršava sve vlasničke ovlasti i dužnosti kao da je taj posebni dio samo njegovo vlasništvo. On može, ako nije drukčije određeno, činiti s tim dijelom što hoće te svakoga drugoga iz toga isključiti. Međutim, s obzirom da je taj posebni dio samo jedan dio jedne te iste nekretnine, korištenje ili uporaba toga posebnoga dijela mora biti naročito obazrivo s obzirom na prava ostalih suvlasnika.

Ovlasti etažnoga vlasnika glede posebnoga dijela nekretnine može se svrstati u one koje se ostvaruju redovito i često, a tu spadaju: pravo na stjecanje vlasništva svih plodova i drugih koristi od posebnoga dijela nekretnine, osim ako oni na nekom posebnom pravnom temelju ne pripadaju komu drugomu, ovlast iznajmiti ili dati u zakup posebni dio nekretnine te ovlast izvršiti prepravke u stanu ili drugoj samostalnoj prostoriji, uključujući i promjenu namjene, i to ne tražeći odobrenje od ostalih suvlasnika, ali u skladu s građevinskim propisima i o svome trošku.

Od spomenutih ovlasti treba razlikovati određene ovlasti koje suvlasnik ima glede zahtjeva za popravljanjem štete, odnosno u vezi s opasnosti od nastanka štete, jer one su na izvjestan način izvanredne i mogu se sporadično pojavljivati ili ih, što je još češće, suvlasnik nikada neće ni izvršiti.

Neke od ovlasti suvlasnika glede posebnoga dijela nekretnine ujedno predstavljaju i dužnosti za drugoga suvlasnika te između njih postoji čvrsta povezanost i isprepletenost. Od dužnosti je svakako najznačajnija dužnost održavanja svoga posebnoga dijela jer njezino neizvršavanje povlači i druge dužnosti (npr. dužnost odgovarati za štetu koja je nastala zbog nebrige ili neodržavanja posebnoga dijela nekretnine).

Literatura

1. Bärmann, J.: "Wohnungseigentum", München, 1991.
2. Belaj, V.: "Izgradnja novog sustava prava vlasništva na posebnim dijelovima zgrade u Republici Hrvatskoj", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3/1994.
3. Belaj, V.: "Novine u uređenju etažnog vlasništva u Republici Hrvatskoj", Pravo u gospodarstvu, br. 7-8/1996.
4. Belaj, V.: "Pravna priroda etažnog vlasništva na temelju analize inozemnih pravnih sustava", Pravni vjesnik, br. 1-4/1993.
5. Belaj, V.: "Prestanak etažnog vlasništva (vlasništva posebnog dijela nekretnine)", Pravo i porezi br. 10/1999.
6. Belaj, V.: "Stjecanje etažnog vlasništva", Privreda i pravo, br. 11-12/1993.
7. Belaj, V.: "Upravljanje i održavanje nekretnina u etažnom vlasništvu (uvid u praksu)", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2000.
8. Belaj, V.: "Upravljanje suvlasničkom stvarju prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima", Pravni vjesnik, br. 1-4/1998.

9. Belaj, V.: "Uređenje etažnog vlasništva", Informator, br. 4456. od 20. studenoga 1996.
10. Belaj, V.: "Uspostava vlasništva posebnoga dijela nekretnine (etažnoga vlasništva) prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima", Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2/1997.
11. Brunner, H. G.: "Das Wohnungseigentum", Das Recht des modernen Wohnens", Band II., Teil 2., Wien, 1996.
12. Dika, M.: "Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbine na temelju sporazuma stranaka", Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996.
13. Dika, M.: "Sudsko osiguranje potraživanja na temelju sporazuma stranaka", Zakonitost, br. 9-10/1991.
14. Dobrić, S.: "Osiguranje suvlasničke nekretnine prema odredbama ZV", Osiguranje, br. 9/2005.
15. Gavella, N. – Josipović, T. – Gliha, I. – Belaj, V. – Stipković, Z.: "Stvarno pravo", Zagreb, 1998.
16. Givord, F.: "Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements", Voirin, P.: "Melanges", Paris, 1967.
17. Josipović, T.: "Uspostava vlasništva posebnog dijela nekretnine", Pravo i porezi, br. 6/2001.
18. Kačer, H.: "Uspostava etažnog vlasništva i isključenje prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima", Godišnjak 5. s XIII. tradicionalnog savjetovanja "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse", Opatija, 4.-6. studenoga 1998.
19. Koziol, H. – Welser, R.: "Grundriß des bürgerlichen Rechts", Band II., Wien, 1991.
20. Ružička, B.: "Etažno vlasništvo novosagrađenih građevina", Pravo i porezi, br. 10/1998.
21. Ruždjak, J. M.: "Novela Ovršnog zakona (2005.) – sudjelovanje javnih bilježnika u ovrsi; sporazum o osiguranju tražbine prijenosom stvari odnosno prava", Pravo i porezi, br. 10/2005.
22. Ruždjak, J. M.: "Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbine na temelju sporazuma stranaka", Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Savjetovanje XII, (Opatija), Zagreb, 1997., Godišnjak 4.
23. Sarvan, D.: "Etažno vlasništvo", Pravo i porezi, br. 9/1999.
24. Schwab, K. H. – Prütting, H.: "Sachenrecht", München, 1997.
25. Simonetti, P.: "Pravna priroda etažnog vlasništva u nacionalnom i komparativnom pravu", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 15/1994.
26. Vedriš, M. – Klarić, P.: "Građansko pravo", Zagreb, 2003.
27. Wieling, H. J.: "Sachenrecht", Berlin – Heidelberg, 1997.
28. Žuvela, M.: "Vlasničkopravni odnosi", Zagreb, 1996.
29. Žuvela, M.: "Vlasničkopravni odnosi – Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima – Zakon o zemljišnim knjigama", Zagreb, 2004.

Summary

PERFORMANCE OF RIGHTS AND OBLIGATIONS ON A SEPARATE PART OF REAL ESTATE

The topic of this article is performance of rights and obligations on a separate part of real estate that differ from rights and obligations related to the whole of real estate. Rights and obligations on a separate part of real estate have special importance due to the fact that a flat owner disposes of this separate part and performs all the ownership rights and obligation as if that part were in his sole ownership. He may, unless agreed otherwise, do with this part whatever he wishes and, at the same time, exclude everyone else from this use.

Some of the rights of a co-owner on separate part of real estate represent obligations for other co-owners; the two are closely connected and interwoven. On the other hand, there are obligations that are not coupled with rights of other co-owners.

Rights of real estate co-owners are limited by flat ownership since individual co-owners acquire exclusive ownership rights on certain, separate parts of real estate. Although the right to ownership is the most extensive property right that enables almost absolute rights on the object of ownership, it is nevertheless not unlimited since owner, in performing his ownership rights, has to respect rights of others. This principle is in particular applicable to rights of flat owners on flat or any other premises that are subject to legal regime of ownership on separate parts of a real estate.

Flat owners have certain rights on their separate part of real estate, such as: right of ownership on all fruits and other benefits deriving from the separate part; right to rent or lease; right to perform modifications on the separate part; right to compensation of material damage suffered in relation to maintenance of co-owned parts of real estate: right to demand reparation of damage caused by modifications performed by any other co-owner, and right to adequate security if in the given circumstances the serious danger of damaging exists.

Flat owners have also certain obligations related to their separate part of real estate: obligation to maintain the separate part; responsibility for damage occurred due to their negligence or failure to maintain the separate part; obligation to enable access and use of separate part if this is necessary for maintenance of co-owned parts of real estate; responsibility for damage caused to other co-owners in performing modifications of the separate part; responsibility for damage caused to any other individual flat owner who enabled access and use of his separate part for maintenance and reparation of damage on co-owned parts of real estate caused by modifications;

obligation to provide adequate security; and all the public obligations and burdens related to ownership of the separate part of real estate.

Key words: rights of flat owner, obligations of flat owner, flat ownership, separate part of real estate.

Zusammenfassung

AUSFÜHRUNG VON BEFUGNISSEN UND PFLICHTEN HINSICHTLICH EINES BESONDEREN TEILS VON IMMOBILIEN

Ausführung von Befugnissen und Pflichten hinsichtlich eines besonderen Teils von Immobilien ist das Thema dieser Arbeit und unterscheidet sich von Befugnissen und Pflichten hinsichtlich der gesamten Immobilie. Befugnisse und Pflichten bei einem besonderen Teil der Immobilie sind besonders wichtig weil der Stockwerkeigentümer diesen besonderen Teil verwaltet und seine Eigentümer-Befugnisse und – Pflichten so verrichtet als sei dieser besondere Teil nur sein Eigentum. Er kann, wenn es nicht anders festgelegt ist, mit diesem Teil machen was er will sowie alle anderen davon ausschließen.

Einige der Befugnisse des Miteigentümers bedeuten hinsichtlich des besonderen Teils der Immobilie gleichzeitig auch Pflichten für den zweiten Miteigentümer, so dass unter ihnen eine feste Verbindung und Verflechtung besteht. Andererseits bestehen aber auch Pflichten, die nicht durch Befugnisse des anderen Miteigentümers zum Ausdruck kommen.

Die Rechte des Miteigentümers einer Immobilie sind durch die Herstellung des Stockwerkeigentums begrenzt, denn für bestimmte besondere Teile der Immobilie erwerben einzelne Miteigentümer exklusive Eigentumsrechte. Obwohl das Eigentumsrecht das weiteste Sachenrecht ist, das so gut wie absolute Befugnisse des Eigentümers hinsichtlich einiger Sachen sichert, ist auch dieses Recht nicht unbegrenzt, denn anlässlich der Ausführung der Befugnisse des Eigentümers müssen auch die Rechte anderer geachtet werden. Dies bezieht sich besonders auf die Rechte der Stockwerkeigentümer auf eine Wohnung oder andere Räume, für die das Eigentum besonderer Teile der Immobilie erworben wurde.

Stockwerkeigentümer haben bestimmte Befugnisse hinsichtlich ihres besonderen Teiles der Immobilie und zwar: das Recht auf Erwerb des Eigentums aller Früchte und anderer Nutzen aus dem besonderen Teil der Immobilie, den besonderen Teil der Immobilie zu vermieten oder zu verpachten, Verbesserungen an ihm vorzunehmen, in Verbindung mit der Instandhaltung des gemeinsamen Teils der Immobilie Schadensersatz für entstandenen Schaden zu verlangen, die Verbesserung der Schäden in Verbindung mit Veränderungen, die anderer Miteigentümer vorgenommen

hat, sowie eine dafür angemessene Haftung zu verlangen, wenn hinsichtlich der Umstände die ernsthafte Gefahr droht, dass Schaden entstehen wird.

Stockwerkeigentümer haben auch bestimmte Pflichten hinsichtlich ihres besonderen Teils und zwar: ihren besonderen Teil in Stand zu halten, für Schaden zu haften, der durch Leichtsinn oder Nichtinstandhaltung des besonderen Teils der Immobilie entstanden sind, Zugang und Nutzung ihres besonderen Teils der Immobilie zu ermöglichen, wenn dies für die Instandhaltung des gemeinsamen Teils der Immobilie nötig ist, für Schäden zu haften, die für die anderen Miteigentümer durch Veränderungen an dem besonderen Teil der Immobilie entstanden sind, demjenigen Stockwerkeigentümer Vermögensschaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten hat, dass er Zugang und Nutzung seines besonderen Teils zur Instandhaltung des gemeinsamen Teils der Immobilie ermöglicht hat, eine angemessene Haftung zu bieten sowie alle öffentlichen Verpflichtungen und Belastungen hinsichtlich des Eigentums ihres besonderen Teils der Immobilie zu tragen.

Schlüsselwörter: Befugnisse eines Stockwerkeigentümers, Pflichten eines Stockwerkeigentümers, Stockwerkeigentum, besonderer Teil einer Immobilie.

Sommario

ESERCIZIO DI DIRITTI E DOVERI RIGUARDANTI UNA SINGOLA PARTE DI IMMOBILE

Il tema di questo lavoro è l'esercizio dei diritti e i doveri riguardanti una singola parte di immobile, che differiscono dai diritti e i doveri concernenti l'insieme dell'immobile. Diritti e doveri riguardanti una singola parte di immobile hanno un'importanza particolare dovuta al fatto che il proprietario di un appartamento dispone di questa singola parte ed esercita tutti i diritti e i doveri di proprietario come se quella parte fosse nella sua sola proprietà. Egli può, se non concordato diversamente, fare con questa parte qualunque cosa voglia e al tempo stesso escludere chiunque altro dal suo uso.

Alcuni diritti del comproprietario della singola parte di un immobile rappresentano doveri per gli altri comproprietari, in quanto i due sono strettamente connessi e intrecciati. Dall'altra parte ci sono poi doveri che non sono collegati con diritti di altri comproprietari.

I diritti dei comproprietari di immobili sono limitati dalla proprietà dell'appartamento poiché il singolo comproprietario acquista i diritti di proprietà esclusiva su alcune, particolari delle parti dell'immobile. Sebbene il diritto di proprietà sia il più esteso diritto reale che consente diritti quasi assoluti sull'oggetto della proprietà, non è illimitato poiché nell'esercizio dei suoi diritti di proprietà il proprietario deve rispettare i diritti degli altri. Questo principio è applicabile in particolare ai diritti dei proprietari

di un appartamento sull'appartamento o qualsiasi altra pertinenza che sia soggetta al regime giuridico della proprietà riguardante singole parti di un immobile.

I proprietari di immobili hanno determinati diritti sulla loro parte di immobile, e cioè sono: il diritto di proprietà di tutti i frutti o altri utili derivanti dalla singola parte, il diritto di dare in locazione o locazione finanziaria, il diritto di eseguire modifiche sulla singola parte, il diritto al risarcimento del danno materiale sofferto in relazione alla manutenzione delle parti dell'immobile in comproprietà, il diritto a domandare il risarcimento del danno causato dalle modifiche eseguite da qualunque altro comproprietario, e il diritto a un'adeguata assicurazione qualora nelle circostanze date esista un serio pericolo di danno.

I proprietari di immobili hanno altresì determinati doveri correlati alle loro singole parti di immobile: il dovere di mantenere la singola parte, la responsabilità per danno dovuto alla loro negligenza o insufficienza nella manutenzione della singola parte, il dovere di consentire l'accesso e l'uso della singola parte qualora sia necessario per la manutenzione delle parti dell'immobile in comproprietà, la responsabilità per danno causato ad altri comproprietari nell'esecuzione di modifiche della singola parte, la responsabilità per danno causato a qualunque altro proprietario di appartamento individuale che ha consentito l'accesso e l'uso della sua singola parte per la manutenzione e il risarcimento del danno su parti dell'immobile in comproprietà causato da modifiche, il dovere di stipulare un'adeguata assicurazione, e tutti i doveri e gli oneri collettivi correlati alla proprietà della singola parte di un immobile.

***Parole chiave:** diritti del proprietario di appartamento, doveri del proprietario di appartamento, proprietà di appartamento, singola parte di immobile.*

NOVI ZAKON O ZASTUPANJU U PODRUČJU PRAVA INDUSTRIJSKOG VLASNIŠTVA – KORAK NAPRIJED ILI NATRAG?

Dr. sc. Jozo Čizmić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.77/.78
Ur.: 27. prosinca 2005.
Pr.: 25. siječnja 2006.
Pregledni znanstveni članak

Hrvatski sabor donio je 14. travnja 2005. godine Zakon o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva ("Narodne novine", br. 54/05.), koji je stupio na snagu 5. svibnja 2005. godine, a počeo se primjenjivati od 1. kolovoza 2005. godine. Njegovim donošenjem zakonodavac je nastojao stvoriti nužni temelj, koji je u tom trenutku bio objektivno moguć i izvediv, s namjerom da se Republika Hrvatska što više približi standardima koji vrijede u Europskoj uniji u ovom području. Uz povijesni i poredbeni prikaz instituta zastupanja na području prava industrijskog vlasništva, autor se u radu kritički osvrće na odredbe Zakona o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva, te posebno ukazuje na odredbe koje drži prijepornim, nepreciznim i proturječnim drugim propisima s područja industrijskog vlasništva.

Ključne riječi: *patentni zastupnik, zastupnik za žigove, industrijsko vlasništvo.*

1. Uvod - pojam i poslovi patentnog zastupnika

1. Zaštita industrijskog vlasništva¹ od velike je važnosti kako za vlasnika (tvorca) nove ideje, tehničkog rješenja, znaka razlikovanja i sl., tako i za

¹ "Industrijsko vlasništvo" međunarodno je prihvaćeni tehnički termin za subjektivno pravo koje se odnosi na izume, tehnička unapređenja, robne i uslužne žigove, modele i uzorke, oznake podrijetla proizvoda. Sadržaj pojma "industrijsko vlasništvo" najpotpunije je određen odredbom članka 1., točke 2 Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva iz 1883. godine, po kojoj zaštita industrijskog vlasništva ima za predmet patente, modele za iskorišćivanje, industrijske uzorke ili modele, tvorničke ili trgovačke žigove, uslužne žigove, trgovačko ime i oznake ili imeua podrijetla, te suzbijanje nelojalne konkurencije. Podrobnije o industrijskom vlasništvu kod ČIZMIĆ, J. – ZLATOVIĆ, D., *Komentar Zakona o žigu*, Zagreb, 2002., str. 1.-8.

svaku državu, jer predstavlja značajnu komponentu nacionalnog bogatstva i nacionalne kulture. Zato je i razumljivo da uživa višestruku pravnu i institucijsku zaštitu.²

U svakoj zemlji postoji državni (upravni) organ kojemu se podnose, odnosno predaju zahtjevi za zaštitu prava iz područja industrijskog vlasništva. U Republici Hrvatskoj to je Državni zavod za intelektualno vlasništvo (dalje – **DZIV**). Izradba zahtjeva (prijava) za zaštitu prava iz područja industrijskog vlasništva, kao i provođenje postupka zaštite, složen je zadatak. Propisi, doduše, uređuju postupak stjecanja zaštite, te oblik i sadržaj zahtjeva (prijava) kojima se inicira taj postupak. Ali sama činjenica postojanja zakonske regulative na području prava industrijskog vlasništva nije dovoljna da potencijalnim titularima tih prava osigura optimalnu zaštitu. Ma kako bili nezadovoljni brojem podnesenih prijava, još je poraznije da je veliki broj prijava sačinjen nestručno. Autori novih rješenja često nisu u stanju (zbog financijskih razloga ili nedovoljnoga tehničkog znanja), izraditi kvalitetnu prijavu patenata, žiga ili industrijskog oblička.³ Zbog složenosti ove materije nužno je postojanje i sustavno osposobljavanje stručnjaka koji temeljito poznaju pravo industrijskog vlasništva. Naime, iako izumitelji i drugi vlasnici (tvorci) novih ideja, koji su hrvatski državljani, mogu sami neposredno zaključivati sve pravne poslove i poduzimati druge radnje u svezi sa zaštitom svojih prava, moguće je da to u njihovo ime čini i druga ovlaštena osoba - **patentni zastupnik**. Angažiranje patentnog zastupnika nije obvezno, ali je poželjno, jer “ovlašteni i osposobljeni patentni zastupnik može osloboditi klijenta od glavobolje koju bi prouzročila neprimjerena zaštita prava iz područja industrijskog vlasništva”.⁴ Patentni zastupnik pripadnik je male skupine stručnjaka na području patentnog i srodnih grana prava, koje se uobičajeno označavaju sintagmom “industrijsko vlasništvo”.⁵ Pod pojmom “patentni zastupnik” misli se na osobu upisanu u registar ovlaštenih zastupnika koji vodi nadležno tijelo, odnosno na pravnu osobu koja, u skladu s odredbama zakona, obavlja poslove patentnog zastupnika.⁶

² O tome više kod ČIZMIĆ, J., *Republika Hrvatska u Svjetskoj organizaciji za intelektualno vlasništvo - WIPO*, Privreda i pravo, vol. 31, 1992., br. 11.-12., str. 713.

³ Vidi *Od ideje do profita*, Zagreb, 1998., str. 26.

⁴ Usp. *A Guide to Patents*, Minister of Supply and Services, Canada 1991., str. 8. Za razliku od stranih državljana koji ne mogu sami sebe zastupati u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja, državljani Republike Hrvatske nisu obvezni angažirati zastupnika. Međutim, kako se radi o pravno-stručnim poslovima u postupku zaštite, koji zbog moguće nestručnosti, neznanja ili propusta prijavitelja vode k mogućem gubitku ili neostvarivanju velikih financijskih sredstava, ipak se preporuča angažirati samo registriranog prijavitelja. *Od ideje do profita*, Zagreb 1998., str. 58.

⁵ Vidi *Industrial Designs, Copyright and Patent Agents*, Issued by Chartered Institute of Patent Agents, London 1992., str. 2.

⁶ Usp. *Patent Act*, 1992., No 11, The Stationery Office, Dublin 1992, sec. 94/3.

Patentni zastupnik **bavi se** uglavnom rješavanjem svih pravnih i tehničkih problema iz područja industrijskog vlasništva, u okvirima određenima nacionalnim propisima, a posebno: izradbom zahtjeva (prijava) za zaštitu prava iz područja industrijskog vlasništva i provođenjem postupka zaštite i upisa u odgovarajući registar; davanjem savjeta u slučajevima koji se tiču prava industrijskog vlasništva, uključujući nepošteno tržišno natjecanje (neloyalnu konkurenciju), licencije, know-howa, transfera tehnologije; zastupanjem u sudskim sporovima iz svih područja industrijskog vlasništva.⁷ Odnos između patentnog zastupnika i klijenta povjerljive je prirode.

Svi nacionalni zakoni iz područja industrijskog vlasništva uređuju i zastupanje na području zaštite industrijskog vlasništva. Zastupanje je specifično i zbog toga što se njime na tome području bave djelatnici dviju komplementarnih struka - pravne i tehničke. Zastupanje u stvarima industrijskog vlasništva uređuju i neke multilateralne konvencije.

2. Patentni zastupnici trebaju biti osposobljeni za pružanje usluga i savjeta o svim aspektima zaštite novih intelektualnih tvorevina bilo da je u pitanju novi izum, znak razlikovanja⁸ ili problem koji uključuje i više od

⁷ Tako A. de ELZABURU, *Patent Agents - Their Role*, BLTC/19, para. 6, podatak kod *Background Reading Material on Intellectual Property*, WIPO 1988., str. 319.

⁸ **Znakovi razlikovanja** proizvoda su svaka oznaka proizvoda, pa i sama tvrtka ako se koristi kao robni znak, neovisno o tome jesu li zaštićeni ili nisu u smislu zaštite prava industrijskog vlasništva. Izraz "znaci razlikovanja" preuzet je iz francuskog prava i predstavlja njegov doslovni prijevod - "*signes distinctives*". Prema odredbama prethodnog Zakona o industrijskom vlasništvu ("Narodne novine", br. 53/91., 19/92. i 26/93., dalje - **ZIV**), izum se štiti patentom, a znakovi razlikovanja (novi oblici tijela, slike i crteži, robni i uslužni znakovi i geografski/zemljopisni nazivi proizvoda) štite se, i to: novi oblici tijela, slike i crteži - modelom odnosno uzorkom (industrijskim dizajnom); robni i uslužni znakovi - robnim odnosno uslužnim žigom; geografski nazivi proizvoda - oznakom podrijetla proizvoda (**ZIV**, članak 2.). Dakle, prema odredbama **ZIV**-a, znaci razlikovanja su prava industrijskog vlasništva, a, kako smo vidjeli, to su žigovi, modeli i uzorci (industrijski dizajn) i oznake podrijetla proizvoda, kojima se ukazuje na podrijetlo proizvoda. Njima se identificiraju proizvod i proizvođač. Žig je tipični i najistaknutiji znak razlikovanja. Ova pozitivno-pravna sistematizacija industrijskog vlasništva na izume, s jedne strane, i na znakove razlikovanja kao generičkom oznakom za modele, uzorke, žigove i oznake podrijetla, s druge strane, predstavljala je posebnost bivšeg jugoslavenskog prava, kao i prava zemalja koje su preuzele taj zakon, kao što je to, uz manje izmjene, bila uradila i Republika Hrvatska. Naime, pregledom inozemnih propisa i međunarodnih ugovora lako je utvrditi da niti jedan od njih ne pravi podjelu prava industrijskog vlasništva na patente i znakove razlikovanja kao primjerice naš **ZIV**. Tako je, primjerice, i Zakon o industrijskom vlasništvu Republike Makedonije ("Službeni vesnik na RM", br. 52/91.), u okviru prava industrijskog vlasništva obuhvaćao patente, modele, uzorke robe i uslužne žigove i oznake podrijetla proizvoda na način da ih je svrstavao u dvije skupine - patente i na znakove razlikovanja (*signes distinctives*). Usp. AČIMOVSKA-POLENAK, BUČKOVSKI, DABOVIĆ-ANATSASOVSKA: *Neka razmatranja o rješenjima Zakona o industrijskom vlasništvu Republike Makedonije*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", god. 31., br. 1-2, 1994., str. 92. Opravdanje za navedenu podjelu mogli bi naći u sličnosti ovih kategorija, pa i iz samog sadržaja zakonskih odredbi proizlazi da su mnoga pitanja koja se odnose na modele, uzorke, robne i uslužne žigove pa i oznake podrijetla proizvoda, regulirana jedinstvenim ili različitim odredbama, ali na isti ili

jednog od ovih fenomena. Za stručnjake koji se bave poslovima patentnog zastupnika u inozemstvu najčešće se upotrebljava naziv "patent agent", a, u zavisnosti od okolnosti u pojedinim zemljama, i "patent attorney", "industrial property agent", odnosno samo "attorney".⁹

U nekim zemljama poslovima zaštite žigova bave se specijalizirani stručnjaci - "**trade marks agents**". Zaštita i uporaba žiga složeno je pravno

sličan način. Tako, svi znaci koji služe za obilježavanje i razlikovanje robe moraju biti različiti od već postojećih znakova za obilježavanje robe i moraju, po svojim vanjskim obilježjima, biti novi u gospodarskom prometu, i razlikovati se od ostalih znakova - uvjet distinktivnosti. Odatle i sam naziv "znaci razlikovanja" i "pravo znakova razlikovanja". Drugi uvjet koji svi znaci za obilježavanje robe moraju ispunjavati jest njihova primjenjivost u gospodarskom prometu - industrijskoj ili zanatskoj proizvodnji, domaćoj radinosti, trgovinskom prometu i uslužnoj djelatnosti. Treći uvjet koji je zajednički za modele, uzorke, robne i uslužne žigove jest da ovi znaci predstavljaju rezultate stvaralačkog rada svojih autora. Da bi uživali pravnu zaštitu, znaci razlikovanja moraju sadržavati izvorna estetska rješenja, a ne preuzeta rješenja već poznata u svijetu dizajna, robnih i uslužnih simbola. Treba napomenuti da kod oznaka podrijetla prozoda kreativnost i maštovitost autora nemaju važnosti, jer je oznaka uvjetovana njegovim geografskim podrijetlom. Kako znakovi razlikovanja ukazuju na podrijetlo proizvoda, a uvjet za zaštitu modela i uzorka nije razlikovanje proizvođača, te budući da se modelom i uzorkom štiti novi vanjski oblik, odnosno njegove estetske, tehničke ili slobodne značajke, držimo da modeli i uzorci nisu znakovi razlikovanja nego kreacije. Tako npr. odredbe meksičkog, kineskog ili japanskog zakona s područja industrijskog vlasništva definiraju model i uzorak kao kreaciju, a ne znak. Jednako stajalište prisutno je i u pravnoj teoriji i sudskoj praksi gospodarski najrazvijenijih zemalja (SAD, Italija, Francuska, Španjolska itd.), koje model i uzorak definiraju kao kreaciju, za razliku od žiga kao "tipičnog" znaka razlikovanja. U francuskom pravu npr., pravo industrijskog vlasništva dijeli se u tri skupine: pravo industrijskih kreacija koje obuhvaća patente i industrijske modele i uzorke; pravo znakova razlikovanja kojim se uređuje materija žigova i oznaka podrijetla proizvoda; pravo o suzbijanju neloyalne utakmice. Ova se podjela temelji na dva kriterija: stvaralački rad i vremenska ograničenja trajanja pravne zaštite. Pravo industrijskog vlasništva obuhvaća rezultate stvaralačkog rada (pa i uzorke) čija je pravna zaštita vremenski ograničena, za razliku od žigova i oznaka podrijetla, čija pravna zaštita nije vremenski ograničena i gdje stvaralaštvo nije u toj mjeri zastupljeno.

Niti u jednoj odredbi ZIV-a ne ističe se zahtjev distinktivnosti, pa je svrstavanje industrijskih modela i uzoraka u kategoriju znakova razlikovanja potrebno tretirati kao upravno-tehnički potez. Uzorci i modeli ne služe za obilježavanje i razlikovanje robe u prometu, nego su oni kreacije. Ipak, u nekim slučajevima uzorak i model mogli bi biti znakovi razlikovanja, jer se ponekad vanjskim oblikom tijela može postići i tehnički i uporabni efekt. Na taj način model može svojim oblikom, a uzorak svojim izgledom, individualizirati proizvod razlikujući ga od drugog proizvoda iste ili slične vrste.

⁹ Primjerice, u SAD-u, za razliku od većine drugih zemalja, najveći broj osoba koje se profesionalno bave poslovima zaštite prava iz područja industrijskog vlasništva upravo su "*patent attorneys*". Patent agents i patent attorneys moraju imati školsku naobrazbu društvene ili tehničke struke, kao i položen ispit iz područja patentnog prava kod Patentnog ureda (Patent Office). Patent attorneys, ali ne i patent agents, također moraju imati i pravnu naobrazbu i položen uobičajeni stručni ispit iz područja prava u bilo kojoj od država. Patentni agent ovlašten je baviti se poslovima zaštite prava iz područja industrijskog vlasništva kod Patentnog ureda. Ali patent agent ne može zastupati klijente u drugim pravnim predmetima, ili pred sudom. Naprotiv, patent attorney ovlašten je obavljati sve poslove kao i patent agent, a može također i zastupati klijente u svim pravnim predmetima pred svim državnim (upravnim) organima, federalnim i državnim sudovima. Usp. GLAZIER, S., *Guide to US Patents for Foreign Companies*, International Business Lawyer, June 1993., vol. 21, No 6, str. 280.

područje u kojemu se ponekad javljaju problemi za čije je rješavanje potrebno posebno znanje, pa je u interesu podnositelja zahtjeva za zaštitu žiga, odnosno vlasnika žiga, konzultirati i angažirati ovlaštenog *trade mark* agenta.¹⁰ *Trade mark* agent obavlja slične poslove za vlasnika žiga kao i patentni agent za vlasnika izuma. U nekim zemljama obje skupine aktivnosti obavljaju patentni agenti, a u nekim su zemljama te dvije profesije odvojene. *Trade mark* agenti katkad su zaposleni u poduzećima kao djelatnici pravne službe, ali u najvećem broju slučajeva djeluju samostalno, te zastupaju klijente (poduzeća) prilikom postupka registriranja žiga ili održavanja trajanja žiga, licencije žiga, sprječavanja povrede žiga te pružaju savjete klijentu u nekim ili svim slučajevima kada je to od koristi klijentu.¹¹

Poslovima zastupnika u nekim zemljama bave se ili su se bavile i posebne institucije državnog ili poludržavnog karaktera, kao npr., "Danubia" u Mađarskoj, "PolSERVICE" u Poljskoj, "Utrin" u bivšoj Čehoslovačkoj, a u nekim zemljama poslove zastupanja na području prijave inozemnih izuma i znakova razlikovanja vode i komore.¹²

3. Temeljni je zadatak patentnog zastupnika pružati profesionalne usluge zainteresiranim klijentima.¹³ Patentni zastupnik savjetuje klijenta kako zaštititi izume ili znakove razlikovanja, izrađuje pisani zahtjev za priznanje prava čija se zaštita traži i vodi postupak prijave kod nadležnog tijela, savjetuje klijenta glede iskorišćivanja njegova prava, a posebno kod ugovora o licenciji.¹⁴ Patentni zastupnik mora poznavati i pratiti domaće i inozemne (međunarodne) propise iz područja prava industrijskog vlasništva da bi u svakom trenutku mogao obavljati složene poslove patentnog zastupnika kao, primjerice: savjetovati klijenta da li i kada zatražiti zaštitu prava; utvrditi je li vjerojatno da će se za navedeno pravo steći zaštita; ukazati treba li štititi prava i izvan zemlje (i u kojim zemljama), posebno radi stjecanja prioriteta

¹⁰ Usp. *Trade Marks Act 1963. - General Information concerning the Registration of Trade Marks*, Dublin 1992., str. 2., i *Trade Marks, Registered Trade Marks and Patent Agents*, The Chartered Institute of Patent Agents, London 1992., str. 2.

¹¹ Među ostalim, *trade mark agent* posebno je pozvan obavljati ove poslove: - savjetuje klijenta kod izbora novih žigova najprikladnijih za njegovo poslovanje; - bavi se problemima koji mogu nastati zbog različitih okolnosti tijekom postupka registriranja žiga kao što su, npr., primjedbe od strane nadležnog organa ili prigovori trećih koji smatraju da su im prava ugrožena ili povrijeđena; - utvrđuju ozbiljnost razloga za (ne)licenciranje žiga, te glede toga savjetuju vlasnika žiga; - poduzimaju za svoje klijente najbrže i najsvrsishodnije zakonske mjere protiv osoba koje neovlašteno uporabljaju iste ili slične žigove. Vidi KIMURA, S., *The Role and Tasks of a Trademark Attorney*, (1984) 8 *Intellectual Property in Asia and the Pacific*, pp. 38, str. 45.

¹² Vidi detaljnije kod ČIZMIĆ, J., *Patentni zastupnik*, "Pravo i porezi", god. VIII, 1999, br. 9, str. 33.-38.

¹³ Tako A. de ELZABURU, o. c., str. 319. Klijente patentnog zastupnika mogli bismo općenito podijeliti u tri skupine: individualne klijente, poduzeća i inozemne klijente.

¹⁴ Vidi kod *Inventions, Patents and Patent Agents*, The Chartered Institute of Patent Agents, London 1992., str. 2.

ili mogućnosti ustupanja licencije i *know-how*; obaviti odgovarajuću pretragu (tzv. rešerš) dokumentacije kod nadležnog tijela kako domaćih, tako i inozemnih prijavi u cilju utvrđivanja stanja tehnike; izraditi pisani zahtjev za priznanje prava čija se zaštita traži i obavljati sve poslove u postupku prijavljivanja tih prava pri nadležnom tijelu;¹⁵ pratiti rok važenja patenata i znakova razlikovanja radi njihove obnove i plaćanja pristojbi; ulagati prigovore i zatražiti stavljanje izvan snage već važećih patenata i znakova razlikovanja trećih osoba u zemlji i inozemstvu, ukoliko je to utemeljeno; savjetovati i zastupati klijente tijekom pregovora ili prigodom zaključivanja ugovora o licenciji, *know-how* i drugih zaštićenih i nezaštićenih prava ponuditelja i dr. Osobito složeni poslovi patentnog zastupnika odnose se na vođenje postupka pred sudovima glede sporova koji mogu nastati u svezi s iskorišćavanjem i/ili zaštitom prava iz područja industrijskog vlasništva.

4. Uz patentne zastupnike u praksi se javljaju i dvije skupine osoba čija su znanja i stručnost nužni na području zaštite industrijskog vlasništva - **patentni inženjeri i pravnici u gospodarstvu**. U praksi je katkad teško razgraničiti poslove koje obavljaju patentni zastupnici od poslova patentnih inženjera i pravnika u gospodarstvu. Naime, i patentni inženjer i pravnik u gospodarstvu obavljaju na određeni način poslove zastupanja, dok, s druge strane, poduzeće može angažirati patentnog zastupnika da obavlja poslove pravnika u gospodarstvu ili patentnog inženjera, a da on pri tome ne bude istovremeno i zaposlenik toga poduzeća.

4.1. Patentni inženjeri su stručnjaci tehničkog profila koji imaju posebne kvalifikacije i ovlaštenja za rad na poslovima zastupanja i zaštite industrijskog vlasništva.¹⁶ Iako je zaštita industrijskog vlasništva pretežito pravni posao, za uspješno obavljanje tog posla potrebni su i stručnjaci tehničke struke.¹⁷ Prije svega zbog tehničkog karaktera izuma, tehničkog

¹⁵ Nadležno tijelo u pravilu će komunicirati samo sa zastupnikom navedenim u zahtjevu (prijavi) za zaštitu prava iz područja industrijskog vlasništva, odnosno zastupnikom kojega je nositelj prava izabrao. Nositelj prava (klijent) može uvijek zamijeniti zastupnika i o tome izvijestiti nadležno tijelo.

¹⁶ Tako i približe kod BUKLJAŠ, I., *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb, 1965., str. 80.

¹⁷ Zakon o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, bivše SFR Jugoslavije (Službeni list SFRJ, br. 34/81. i 3/90.), u članku 172.a, predviđao je mogućnost da se u registar zastupnika, odnosno osoba koje se bave zastupanjem u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja, upišu i osobe koje imaju završen "tehnički fakultet" i položen poseban stručni ispit u Saveznom zavodu za patente. Po našem mišljenju, takva je odredba u temelju imala nedostatak jer je isključivala mogućnost da patentni inženjeri postanu sve one osobe koje imaju fakultetske diplome, npr., iz područja kemije, fizike, biologije, iako se bave znanstvenim područjima koja su vrlo bliska tehničkim znanostima i koja se dopunjuju. Ova je nelogičnost "ispravljena" odredbama Zakona o industrijskom vlasništvu Republike Hrvatske. Naime, Republika Hrvatska preuzela je Zakon o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja kao republički zakon (Narodne novine, br 53/91.), te je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti

unapređenja i dijelom modela. Područje industrijskog vlasništva ima u osnovi interdisciplinarni karakter, pa u nekim svojim dijelovima uključuje problematiku čije razumijevanje ponekad nadilazi stručne mogućnosti pravnika. Patentni inženjeri imaju pravo upisati se u registar ovlaštenih stručnjaka - zastupnika koji vodi nadležno tijelo, te otvoriti samostalni ured za poslove zaštite industrijskog vlasništva.¹⁸ Osobito važno područje rada patentnog inženjera jest pretraživanje podataka o prijavljenim i registriranim pravima iz područja prava industrijskog vlasništva (tzv. rešerš), na temelju dokumentacije nadležnog tijela, dokumentacijskih baza specijaliziranih međunarodnih institucija, osobne baze podataka i stručne literature.¹⁹ Neovlaštena uporaba već zaštićenih prava mogla bi inače izazvati sudske sporove i negativni financijski učinak. Na temelju prethodnog pretraživanja i dokumentacije pribavljene od strane prijavitelja, patentni inženjer izrađuje opis izuma, odnosno industrijskog dizajna (modela ili uzorka). Mogli bismo kazati da je to, uz izradbu patentnog zahtjeva, najvažniji dio posla patentnog inženjera. U praksi je sudjelovanje patentnog inženjera od velike važnosti i pri procjeni kojoj vrsti prava iz područja industrijskog vlasništva pripada određeni izum ili znak razlikovanja, odnosno treba li se štititi kao izum, tehničko unapređenje, industrijski dizajn ili izum, ili i jedno i drugo.²⁰

4.2. Problematika industrijskoga vlasništva zadire u skoro sva područja poslovanja poduzeća. Kako se radi o multidisciplinarnoj problematici, nužno je i angažiranje stručnjaka i timova stručnjaka različitih profila. Kadrovi

izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao republički zakon (Narodne novine, br. 19/92.), odredbama članka 9., točke 2, proširila krug osoba iz članka 172.a i na "druge osobe, državljane Republike Hrvatske, koje imaju završen... fakultet iz različitih znanstvenih područja koja pripadaju prirodnim, tehničkim i biotehničkim znanstvenim oblastima i poseban stručni ispit položen pri DZIV".

¹⁸ U tom je smislu bila i odredba ZIV-a, čl. 172a. st. 2., t. 2. i 3.

¹⁹ Tako se, primjerice, u informaciji o poslovanju ureda za industrijsko vlasništvo "DIDAK PATENT" iz Zagreba, navodi da ured pruža usluge on line pretrage baza patentnih i stručnih informacija... i pruža snažnu informatičku podršku u pristupanju tehničkom i pravnom aspektu svjetskog patentnog fonda... pribavljanjem patentnih i stručnih informacija iz baza podataka: WPI/WPIL, INPADOC/INPANEW, Legal Status, US Patents, JAPIO, Chinapats, UK Trademarks, CLAIMS, INSPEC, COMPENDEX, CORROSION, METADEX, Supertech i drugih. Na taj način osigurava se nužan i dovoljan okvir za kreiranje ispravne strategije na planu industrijskog vlasništva, jer pruža mogućnost: - pretrage patenata prema područjima tehnike definiranim klasama međunarodne klasifikacije patenata i/ili ključnim riječima poradi uvida u opseg i sadržaj svjetskog patentnog fonda, - pretrage pri izradbi patentnih prijava poradi utvrđivanja patentibilnosti izuma, - pretrage poradi osiguranja patentne čistoće vlastitih rezultata razvitka od povrede tuđih patentnih prava, - pretrage patenata prema zemljama zaštite, firmama (prijaviteljima, izumiteljima, datumima prijava i objava, patentnim obiteljima), - ispisa pravnih statusa patenata i sažetaka patentnih spisa, - statističke pretrage poradi izradbe prognoze razvitka pojedinih područja tehnike, kao i poradi otkrivanja i upoznavanja konkurencije, patentnih aktivnosti u pojedinim zemljama i područjima tehnike.

²⁰ Podrobnije o patentnom inženjeru kod TEOFILOVIĆ, M., *Mesto i uloga patentnog inženjera u privredi*, "Bilten JUZIS", 1989., br. 7, str. 33.-39.

predstavljaju jedan od osnovnih čimbenika proizvodnje, tehnološkog razvitka i ukupnog napretka društva.²¹ Stoga se drži vrlo značajnim da se u svim elementima cjelovitog društvenog sustava racionalnom korištenju kadrovskih potencijala dade posebna važnost.²² Iako je ZIV obvezivao poduzeća da potiču inventivni rad i pružaju raznovrsnu pomoć inventivnim djelatnicima (arg. ZIV, čl. 6.), a držimo da su te njegove odredbe još uvijek na snazi,²³ u većini poduzeća²⁴ ne postoji osoba (ili služba) koja bi se profesionalno bavila promicanjem i organiziranjem inventivne djelatnosti. Inače, funkcije i zadaci stručnih službi za inventivnu djelatnost složeni su i raznovrsni. Poslovi ovih službi obuhvaćaju širi krug tehničkih, pravnih, ekonomskih, financijskih, upravnih i drugih zadataka. Upravo poradi toga u tim je službama nužno zaposliti stručnjake različitih profila, a ponajprije **diplomiranoga inženjera i diplomiranoga pravnika**. U većini poduzeća ovi poslovi nisu sustavno uređeni ili ih obavljaju nedovoljno stručne osobe. Štoviše, u velikom broju poduzeća nema nikog tko se bavi, bilo osoba ili služba, poticanjem, animiranjem, organiziranjem, evidentiranjem i predlaganjem promicanja inventivne djelatnosti. I ona poduzeća koja imaju takve službe, rijetko unutar tih službi imaju zaposlene obrazovane stručnjake za zaštitu industrijskog vlasništva, već se tim poslovima najčešće bave pravne i druge službe kojima to nije osnovna djelatnost.²⁵ Zato i nije neočekivano da naša poduzeća često čak ne štite ni svoje nazive (tvrtke), znakove razlikovanja za svoje proizvode i usluge, zaključuju nepovoljne

²¹ O kadrovima za rad u stručnoj službi za inventivnu djelatnost, podobnije kod ANTANASIJEVIĆ, A., *Stručna služba za inovatorsku djelatnost*, Sarajevo, 1978. godine.

²² Vidi MIKULIĆ, J., *Racionalno korištenje kadrovskih potencijala u funkciji tehnološkog razvoja i inovacija*, članak u Zborniku radova sa savjetovanja "Obrazovanje u funkciji inventivnog rada i tehnološkog razvoja", Zagreb, 1987., str. 119.

²³ Treba napomenuti da je ZIV-om (bilo) sustavno uređeno cjelokupno područje industrijskog vlasništva, te da ZIV sadrži i odredbe kojima se **ne uređuju izravno** patenti, tehnička unapređenja, žigovi, modeli i uzorci, pa držimo **na njih se i ne odnose** odredbe čl. 95. Zakona o patentima, čl. 59. Zakona o žigu, čl. 57. Zakona o industrijskom obličju, te čl. 34. Zakona o zemljopisnim oznakama podrijetla proizvoda i usluga, a prema kojima početkom njihove primjene prestaju važiti pojedine odredbe ZIV-a koje se odnose na patente, tehnička unapređenja, žigove, modele i uzorke, te zaštitu oznaka podrijetla proizvoda. Svakako radi se o odredbama ZIV-a kojima se uređuju neka pitanja koja su od značaja za pravo industrijskog vlasništva. Spomenuli bi samo odredbe koje se odnose na obvezu poticanja stvaralačkog rada (ZIV, čl. 6. i 7.), te odredbe koje se odnose na aktivnosti i ustroj DZIV-a (ZIV, čl. 17-19.). Podrobnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Jesu li stupanjem na snagu novih zakona iz područja industrijskog vlasništva u potpunosti ukinute odredbe Zakona o industrijskom vlasništvu?*, "Hrvatska gospodarska revija", XLVIII, 1999., br. 11, str. 79-85.

²⁴ Radi lakšeg praćenja teksta pod sintagmom "**poduzeća**" mislimo na trgovačka društva, obrte, udruge i druge pravne osobe koje u svom poslovanju na bilo koji način dolaze u doticaj s industrijskim vlasništvom.

²⁵ Na dosadašnji tehnološki razvitak i odnos prema inovacija, između ostaloga, značajan utjecaj je imalo i neracionalno korištenje kadrovskih potencijala. O racionalnom ili neracionalnom korištenju kadrovskih potencijala ovisi da li ćemo imati dobru ili lošu tehnologiju, zastarjelu ili suvremenu tehniku, te hoćemo li imati proizvode koji mogu zadovoljiti međunarodne standarde.

ugovore o transferu tehnologije, zbog čega dolaze u izrazitu ekonomsku i tehnološku ovisnost o davatelju tehnologije i sl.

Dok su poslovi patentnog zastupnika najčešće ograničeni na postupanje pri zaštiti prava iz područja industrijskog vlasništva, djelokrug poslova **pravnik u privredi (gospodarstvu)** pokriva znatno veće područje.²⁶ Poslove pravnik koji u poduzeću radi na poslovima stjecanja i zaštite industrijskog vlasništva možemo podijeliti u dvije skupine.²⁷

4.2.1. U prvom redu on obavlja poslove koji su u svezi s postupcima koje vodi nadležni patentni ured (kod nas DZIV) ili sudovi. U tome dijelu praktično i nema razlike između poslova patentnog zastupnika i pravnik u poduzeću. Tako bi pravnik morao: - zastupati poduzeće u sudskim sporovima iz svih područja industrijskog vlasništva;²⁸ - savjetovati poslodavca treba li i kada zatražiti zaštitu prava; - utvrditi je li vjerojatno da će se za navedeno pravo steći zaštita; - ukazati treba li štiti prava i izvan zemlje (i u kojim zemljama), posebno radi stjecanja prava prvenstva ili mogućnosti ustupanja licencijske i *know-how*; - obaviti odgovarajuću pretragu (tzv. rešerš) kod nadležnog patentnog ureda ili u drugim bazama podataka, kako domaćih, tako i inozemnih prijava, u cilju utvrđivanja stanja tehnike; - izraditi pisani zahtjev za priznanje prava čija se zaštita traži i obavljati sve poslove u postupku prijavljivanja tih prava kod nadležnog patentnog ureda, - pratiti rok važenja patenata i znakova razlikovanja radi njihove obnove i plaćanja pristojbi; - ulagati prigovore i zatražiti stavljanje izvan snage već važećih patenata i znakova razlikovanja trećih osoba u zemlji i inozemstvu, ukoliko je to utemeljeno; - savjetovati i zastupati poduzeće tijekom pregovora ili prigodom zaključivanja ugovora o licencijske, *know-how* i drugih zaštićenih i nezaštićenih prava poduzeća i dr.

4.2.2. Druga skupina poslova, međutim, specifična je za pravnik u poduzeću i odnosi se na uređivanje odnosa glede obavljanja inventivne djelatnosti u poduzeću. Kao najznačajnije aktivnosti na tom području mogli bismo navesti:

- izradbu akata poduzeća o inventivnom radu i usklađivanje akata poduzeća s propisima na snazi iz područja industrijskog vlasništva (primjerice izrada općeg akta o kolektivnom/zajedničkom žigu ili pravilnika o poslovnoj tajni, tehničkom unapređenju i sl.). Jedna je od temeljnih pretpostavki za razvitak inventivne djelatnosti uspostavljanje odgovarajuće

²⁶ Usp. ASAMURA, K., *Administration of a Patent Attorney's Office, Patent Policy and Management in an Enterprise*, (1985)10 Intellectual Property in Asia and the Pacific, pp. 11, 16-17.

²⁷ Vidi ČIZMIĆ, J., *Pravnici u gospodarstvu i poslovi stjecanja, prometa i zaštite industrijskog vlasništva*, "Pravo u gospodarstvu", 38, 1999, br. 5, str. 747.-779.

²⁸ Tako A. de ELZABURU: *o. c.*, podatak kod *Background Reading Material on Intellectual Property*, WIPO, 1988., str. 319.

pravne regulative, što je svakako jedan od zadataka pravnika.²⁹ Svako poduzeće mora svojim općim aktima riješiti sva pitanja svoga poslovanja, a u okviru toga i planiranje na području industrijskog vlasništva. Planiranje inventivne djelatnosti u poduzećima zavisi od veličine poduzeća, predmeta poslovanja, mogućnosti stvaranja inovacija, plasman na domaćem i inozemnom tržištu i sl. Na području industrijskog vlasništva planove bi izrađivala poduzeća u svim granama gospodarstva, bez obzira na veličinu. Od veličine poduzeća mogao bi zavisiti organizacijski oblik rada i potreba organiziranja posebnih patentnih službi, ali ne i bit rješenja problema. Planiranje na području industrijskog vlasništva širi je pojam od planiranja na drugim područjima jer, uz industrijsko vlasništvo, predstavlja splet ekonomike, tehnike, znanosti, prava. Ako ne postoji posebna služba koja bi se bavila planiranjem na području industrijskog vlasništva, tu bi obvezu trebao preuzeti pravnik, ili poslovodni organ/menadžer.³⁰

- formiranje stručnih službi za promicanje inventivnog rada.³¹ Funkcije i zadaci stručnih službi za inventivnu djelatnost složeni su i raznovrsni. Poslovi ovih službi obuhvaćaju širi krug tehničkih, pravnih, ekonomskih, financijskih, upravnih i drugih zadataka. Upravo poradi toga u tim je službama nužno zaposliti stručnjake različitih profila, a ponajprije diplomiranoga pravnika i diplomiranoga inženjera.

- poticanje stvaralačkog rada, pružanje stručne pomoći inventivnim djelatnicima, izobrazba djelatnika koji bi mogli doći u dodir s poslovima iz područja industrijskog vlasništva.³² Jedno od prava, a i obveza, poduzeća jest poticanje stvaralaštva.³³ Poduzeća i druge pravne osobe obvezne su trajno poticati stvaralački odnos radnika prema radu u svrhu stalnog poboljšanja materijalne osnove njihovog i cjelokupnoga rada, razvitkom novih i poboljšanjem postojećih proizvoda, postupaka proizvodnje i organizacije

²⁹ Usp. FRID, Z., *Zakonske norme kao okvir razvoja inventivnog rada*, članak u zborniku radova sa savjetovanja "Inventivni rad u funkciji ekonomskog i društvenog preobražaja", Zagreb, 1989., str. 81.

³⁰ "Svaki inovator sanja o rukovoditelju koji će ga razumijeti, podržati i omogućiti da njegove ideje, inovacije i unapređenja iz svijeta koncepcija, elaborata, patenata ili inovacija krenu u svijet prakse i realizacije". SRIČA, V., *Inventivni menadžer*, "IN - glasnik inovatora", god. 2, 1995., br. 3, str. 4. O tome kakav treba biti inventivni menadžer, potanje u knjizi SRIČA, V., *Inventivni menadžer*, Zagreb, 1994.

³¹ Vidi KOSI, B., *Uloga kadrovske funkcije u stvaranju uvjeta za kreativni rad, pronalazaštvo i inovacije*, članak u Zborniku radova sa savjetovanja "Obrazovanje u funkciji inventivnog rada i tehnološkog razvoja", Zagreb, 1987.

³² Usp. POLJAK, V., *Uloga nastave u razvoju inventivnog rada*, članak u Zborniku radova sa savjetovanja "Obrazovanje u funkciji inventivnog rada i tehnološkog razvoja", Zagreb, 1987. i SRIČA, V., *Znanstveno-tehnički progres i društveno-ekonomski razvoj*, članak u Zborniku radova sa savjetovanja "Obrazovanje u funkciji inventivnog rada i tehnološkog razvoja", Zagreb, 1987., str. 5-12.

³³ O pravima i obvezama poduzeća na polju inventivne djelatnosti potanje kod ANTANASIJEVIĆ, A. - NIKOLIĆ, S., *Stručna služba za inovatorsku djelatnost*, Rijeka - Sarajevo, 1978., str. 21.-28.

rada (v. ZIV, članak 6.). U tom bi smislu poduzeća trebala, primjerice, donijeti opći akt o nagrađivanju izumitelja i autora; osigurati potrebna sredstva; ustrojiti posebnu službu za poslove s područja industrijskog vlasništva. Posebno bi u poduzećima trebalo poticati organiziranje izumitelja i autora te stimulirati njihov rad,

- vođenje evidencije registriranih patenata i znakova razlikovanja radi održavanja njihova važenja (plaćanja pristojbi),

- suradnju s patentnim inženjerom, zastupnikom i sl. **Patentni inženjeri** su, naime, stručnjaci tehničkog profila koji imaju posebne kvalifikacije i ovlaštenja za rad na poslovima zastupanja i zaštite industrijskog vlasništva.³⁴ Iako je zaštita industrijskog vlasništva pretežito pravni posao, za uspješno obavljanje tog posla potrebni su i stručnjaci tehničke struke. Prije svega zbog tehničkog karaktera izuma, tehničkog unapređenja i dijelom modela/dizajna. Područje industrijskog vlasništva ima u osnovi interdisciplinarni karakter, pa u nekim svojim dijelovima uključuje problematiku čije razumijevanje ponekad nadilazi stručne mogućnosti pravnika.³⁵

II. Donošenje Zakona o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva

Iako na razini Europske unije ne postoji jedinstven propis koji bi vrijedio za područje zastupanja u stjecanju, raspolaganju i zaštiti prava industrijskog vlasništva, svaka od zemalja članica ima riješeno ovo važno pitanje. Takav standard očekivao se i od Republike Hrvatske. Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju i Privremenim sporazumom o trgovinskim i s njima povezanim pitanjima s Europskom unijom, Republika Hrvatska se obvezala do ožujka 2005. godine zajamčiti razinu zaštite prava intelektualnog, industrijskog i trgovačkog vlasništva sličnu onoj koja postoji u Europskoj uniji.³⁶

U tom smislu Hrvatski sabor donio je 14. travnja 2005. Zakon o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva ("Narodne novine", br. 54/05., dalje – **ZZPIV**), koji je stupio na snagu 5. svibnja 2005., a počeo se primjenjivati od 1. kolovoza 2005. (arg. ZZPIV, čl. 24.).

Donošenjem ZZPIV-a zakonodavac je nastojao stvoriti nužni temelj, koji je u tom trenutku bio objektivno moguć i izvediv, s namjerom da se Republika Hrvatska što više približi standardima koji vrijede u Europskoj uniji u ovom području. U usporednoj analizi promotrena su načela i uvjeti za zastupanje propisani u Europskoj patentnoj konvenciji i Uredbi o žigu Zajednice, koji su jedinstveni, supranacionalni propisi, koji vrijede za

³⁴ Vidi BUKLJAŠ, I., *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb, 1965., str. 80.

³⁵ O patentnim zastupnicima i zastupanju na području industrijskog vlasništva potanje kod ČIZMIĆ, J., *Patentni zastupnik*, "Privreda i pravo", 33, 1994, br. 1-2, str. 69-80.

³⁶ Usp. *Obrazloženje* Konačnog prijedloga Zakona o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva, Zagreb, veljača 2005. (dalje – **KPZZPIV**), str. 9.

sve članice Europske unije.³⁷ Usporedna analiza obuhvaćala je pregled načina rješenja za sljedeća pitanja: Opća načela za zastupanje; Tko može biti ovlašten zastupnik u području prava industrijskog vlasništva?; Koje uvjete mora ispunjavati ovlašten registrirani zastupnik u području prava industrijskog vlasništva?; Na koji način može djelovati ovlašten registrirani zastupnik u području prava industrijskog vlasništva? Gdje se polaže ispit za ovlaštenog zastupnika u području prava industrijskog vlasništva?.³⁸ Uz izvršene usporedne analize stranog zakonodavstva, razmatrana je i trenutna situacija u Republici Hrvatskoj o ovom pitanju.³⁹

III. Hrvatski propisi do donošenja ZZPIV-a

Do donošenja ZZPIV-a na zastupanje u području prava industrijskog vlasništva primjenjivale su se odredba članka 172.a ZIV-a, koji je po svom sadržaju bio ponajviše terminološki i jezično usklađeni preuzeti Zakon o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja bivše SFR Jugoslavije,⁴⁰ na koji se pozivaju svi hrvatski zakoni iz područja

³⁷ U tom je pogledu izvršena usporedna analiza zakonskih tekstova koji se odnose na pitanje zastupanja u području prava industrijskog vlasništva za sljedeće zemlje: Njemačka, Austrija, Mađarska, Slovenija, Češka, Estonija, Litva, Danska i Finska. Polazilo se od stajališta da treba analizirati ovo pitanje kako u pravnim sustavima država s dugom tradicijom u ovom području (Njemačka, Austrija), tako i sa sustavima država koje su najnovije članice Europske unije, te država koje su veličinom relevantne populacije usporedive s Republikom Hrvatskom. Držalo se da je u ovom trenutku teško izravno primijeniti iskustva Njemačke i Austrije jer one imaju institucije koje funkcioniraju dulje vrijeme i uređen sustav kao cjelinu, a s kojim naš sustav nije kompatibilan da bi se mogao izravno primijeniti. Primjenjiva su osnovna načela koja mora ispunjavati propis ovakvog značaja i to je bila glavna nit vodilja u stvaranju prijedloga ZZPIV-a. Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 9.-10.

³⁸ Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 9.-10.

³⁹ U tom smislu utvrđeno je sljedeće činjenično stanje: **a)** u Registar zastupnika koji vodi Državni zavod za intelektualno vlasništvo upisane su osobe koje su ispunjavale uvjete iz članka 172.a Zakona o industrijskom vlasništvu (prvi upis izvršen je 18. 12. 1992., a posljednji 5. 5. 2004.), bez ikakvog polaganja stručnog ispita, koje su mogle na temelju valjane punomoći obavljati poslove zastupanja u svim predmetima koji se tiču svih prava industrijskog vlasništva (patenti, žigovi, industrijski dizajn); **b)** u trenutku izrade konačnog prijedloga ZZPIV-a, u Registru zastupnika bilo je upisano 62 zastupnika od kojih 39 obavljaju poslove zastupanja u manje od 100 predmeta iz svih područja industrijskog vlasništva. U svrhu prikaza što realnije situacije navodi se, kao primjer, prvi zastupnik na listi koji obavlja poslove zastupanja u 6.980 predmeta, drugi u 4.998 predmeta, treći u 2.915, četvrti u 2.527, peti u 2.450 predmeta te se poslije toga vidi značajniji pad u broju predmeta osoba koje se bave profesionalnim zastupanjem u ovom području. Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 9.-10.

⁴⁰ Prema odredbi čl. 16. Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja ("Službeni list SFR Jugoslavije", br. 34/81., 3/90., 20/90., dalje - ZZITUZR), strane pravne i fizičke osobe morale su u postupku pred domaćim sudovima i organima uprave svoja prava iz ZZITUZR-a ostvarivati preko punomoćnika koji se bavio zastupanjem u obliku zanimanja i koji je bio domaća pravna osoba ili državljanin SFRJ. Pravna osoba i odgovorna osoba u pravnoj osobi, koja bi se neovlašteno bavile zastupanjem stranih pravnih i fizičkih osoba, mogle su se kazniti novčanom kaznom za privredni prijestup (arg. ZZITUZR, čl. 173.).

industrijskog vlasništva, usklađeni s pravnom stečevinom Europske unije i u primjeni od 1. siječnja 2004. godine, kada govore o pitanju zastupanja.⁴¹

1. Nakon osamostaljenja u Republici Hrvatskoj donesen je **Zakon o preuzimanju Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao republički zakon** ("Narodne novine", br. 53/91., dalje - **ZPZZITUZR**), kojeg je Sabor Republike Hrvatske donio na sjednicama Vijeća udruženog rada 26. lipnja 1991., Vijeća općina 26. lipnja 1991. i Društveno-političkog vijeća 26. lipnja 1991., a kojim se ZZITUZR preuzima i primjenjuje u Republici Hrvatskoj kao republički zakon (ZPZZITUZR, čl. 1.). Usto, savezni propisi doneseni za izvršenje ZZITUZR-a preuzeti su i primjenjivali su se u Republici Hrvatskoj kao republički propisi, ako su bili u suglasnosti s Ustavom Republike Hrvatske i spomenutim ZPZZITUZR-om (ZPZZITUZR, čl. 2.).

2. Potom je u Republici Hrvatskoj donesen **Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao republički zakon** ("Narodne novine", br. 19/92., dalje - **ZIDZZITUZR RH**), kojeg je Sabor Republike Hrvatske donio na sjednicama Vijeća udruženog rada 26. ožujka 1992. Vijeća općina 26. ožujka 1992. i Društveno-političkog vijeća 26. ožujka 1992. Posebno je značajno napomenuti da je odredbom čl. 1. ZIDZZITUZR RH propisano da se ZZITUZR mijenja naziv i od tada glasi - Zakon o industrijskom vlasništvu (ZIV). Što se zastupanja tiče, odredbom čl. 9. ZIV-a, u čl. 172a. ZIV-a stavci 2. i 3. mijenjali su se i nakon toga u glasili: "U registar iz stavka 1. ovoga članka mogu se

ZZITUZR nije sadržavao posebne odredbe o tome tko se i pod kojim uvjetima mogao baviti zastupanjem u području industrijskog vlasništva. Zbog toga je odredbom čl. 71. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja ("Službeni list SFR Jugoslavije", br. 3/90. i 20/90., dalje - ZIDZZITUZR), u ZZITUZR-u iza čl. 172. dodano novo poglavlje XI. (Zastupanje) i čl. 172.a., prema kojemu fizičke i pravne osobe koje se bave zastupanjem u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja moraju biti upisane u registar zastupnika koji vodi Zavod (mislilo se na bivši Savezni zavod za patente), a u navedeni registar mogli su se upisati: a) fizičke osobe koje imaju završen pravni ili tehnički fakultet, pravosudni odnosno specijalistički ispit i poseban stručni ispit položen u Saveznom zavodu za patente iz područja koje se uređuje ZZITUZR-om, odnosno b) pravne osobe koje zapošljavaju najmanje jednu osobu sa završenim pravnim i jednu osobu sa završenim tehničkim fakultetom i koje ispunjavaju uvjete navedene pod a). Naime, držalo se da se kod zastupanja u području industrijskog vlasništva radi o specifičnoj problematici jer zastupanje u toj materiji pretpostavlja dvije komplementarne kompetencije - pravnu i tehničku, te je stoga trebalo propisati uvjete za bavljenje tim poslom (Tako u *Obrazloženju ZIDZZITUZR*, čl. 71. Vidi "Bilten JUZIS", 1987., br. 2, str. 79.). Također je bilo predviđeno da će pobliže propise o upisu u registar patentnih zastupnika donijeti Savezno izvršno vijeće.

⁴¹ Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 9.

upisati: 1) odvjetnici upisani u imenik Odvjetničke komore Hrvatske s posebnim stručnim ispitom položenim pri Zavodu; 2) druge fizičke osobe, državljani Republike Hrvatske, koje imaju završen pravni fakultet ili fakultet iz različitih znanstvenih područja koja pripadaju prirodnim, tehničkim i biotehničkim znanstvenim oblastima i poseban stručni ispit položen pri Zavodu; 3) pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, koje zapošljavaju najmanje jednu osobu iz točke 2. ovoga stavka. Poblizhe propise o polaganju posebnog stručnog ispita i o upisu u registar iz ovoga članka donijet će Vlada Republike Hrvatske.” Kao što je sam predlagatelj tvrdio, razlozi za ovu izmjenu bili su praktične prirode. Držalo se da tada u Hrvatskoj nije bilo dovoljno osoba s položenim posebnim stručnim ispitom iz područja industrijskog vlasništva, pa je ova izmjena bila nužna da bi se većem broju osoba omogućilo da se u prijelaznom razdoblju pojave u ulozi zastupnika u postupku pred tadašnjim Republičkim zavodom za industrijsko vlasništvo. U tadašnjim okolnostima bilo je nužno osloniti se na osobe koje su raspolagale određenim zajamčenim kvantumom pravnog znanja s ovog područja, a to su bili odvjetnici te drugi pravnici odnosno osobe sa završenim tehničkim fakultetom, koje su položile određene stručne ispite.⁴² Vrijedi napomenuti i da je ZIDZZITUZRRH odredbom čl. 14. bilo predviđeno kako će se posebni stručni ispit položen do 8. listopada 1991. kod Saveznog zavoda za patente bivše SFRJ priznati kao ispit položen pred Republičkim zavodom za industrijsko vlasništvo.

Usto, odvjetnici upisani u imenik Odvjetničke komore Hrvatske i druge fizičke osobe državljani Republike Hrvatske koje su imale završen pravni fakultet ili fakultet iz različitih znanstvenih područja koja pripadaju prirodnim, tehničkim i biotehničkim znanstvenim oblastima dok nije stupio na snagu ZIDZZITUZRRH, te koje su četiri godine uzastopno radile na poslovima zaštite industrijskog vlasništva u poduzećima i drugim pravnim osobama, iako nisu položile poseban stručni ispit, mogli su se u roku od šest mjeseci po stupanju na snagu provedbenih propisa o polaganju posebnog stručnog ispita, upisati u registar zastupnika koji je vodio Republički zavodom za industrijsko vlasništvo, pod uvjetom da naknadno pred njim polože navedeni posebni stručni ispit. Ako u roku od dvije godine od stupanja na snagu “poblizih propisa o polaganju posebnog stručnog ispita i o upisu u registar zastupnika” navedene osobe ne bi položile pred Republički zavodom za industrijsko vlasništvo posebni stručni ispit, bilo je propisano da će se brisati iz registra zastupnika.

Gledajući unatrag, lako je utvrditi da navedeni “poblizhi propisi o polaganju posebnog stručnog ispita i o upisu u registar zastupnika” nisu doneseni do danas, te da ovaj uvjetni “privremeni upis” *de facto* postoji i opstoji 13 godina.

⁴² Usp. *Obrazloženje ZIDZZITUZRRH*, str. 8.

3. ZIV je predstavljao kodifikaciju različitih prava industrijskog vlasništva (patenti, žigovi, modeli i uzorci, zemljopisne oznake podrijetla), što je od samog početka primjene izazivalo brojne poteškoće, ponajprije zbog toga što je tekst ZIV-a bio nepregledan, nedostatan jasan, a neka su zakonska rješenja bila pravno nedorečena. Usto, ZIV je stvaran na temeljima ondašnjeg socijalističkog samoupravnog sustava, odnosno na načelima dogovorne ekonomije. Jasno je da stoga nije odgovarao aktualnom i budućem gospodarskom sustavu Republike Hrvatske. Tekst ZIV-a sadržavao je i nazivlje koje više nije odgovaralo aktualnoj društvenoj i ekonomskoj zbilji ili nije bilo pisano hrvatskim jezikom.⁴³ Stoga se nastojalo donošenjem novih hrvatskih zakona s područja industrijskog vlasništva 1999. godine, utemeljenim na načelima slobodnog tržišta, privatnog vlasništva i poduzetništva, te donošenjem podzakonskih provedbenih akata, sve spomenute nedostatke zamijeniti suvremenim rješenjima koja bi pridonosila gospodarskom razvitku Republike Hrvatske, kako na domaćem, tako i na međunarodnom planu.⁴⁴

Zakon o patentima ("Narodne novine", br. 78/99.) donesen je 30. lipnja 1999. a stupio je na snagu 31. srpnja 1999. Primjenjivao se je od 1. siječnja 2000. Danom početka primjene ovoga zakona, prestale su važiti odredbe ZIV-a u dijelu koji se odnosi na patente i tehnička unapređenja, osim odredaba o povjerljivim izumima (ZIV, čl. 104.-110.) i **zastupanja** (čl. 172a.), koje se trebalo primjenjivati do donošenja posebnog propisa (Zakon o patentima, čl. 95.).

Zakon o žigu ("Narodne novine", br. 78/99., 127/99.) donesen je 30. lipnja 1999. a stupio je na snagu 31. srpnja 1999. godine. Primjenjivao se je od 1. siječnja 2000. godine. Danom početka primjene ovoga zakona prestale su važiti odredbe ZIV-a u dijelu koji se odnosio na žigove, osim odredaba o **zastupanju** (ZIV, čl. 172a.), koje je trebalo primjenjivati do donošenja posebnog propisa (Zakon o žigu, čl. 59.). Treba napomenuti da je odredbom čl. 45. bilo propisano da DZIV treba voditi registar zastupnika. Usto, propisano je da će se posebnim propisima odrediti opća načela zastupanja i posebni uvjeti na temelju kojih fizičke ili pravne osobe koje nemaju prebivalište ili stvarno i djelatno poslovno sjedište na teritoriju Republike Hrvatske mogu ostvarivati prava iz Zakona o žigu u postupku pred sudovima i tijelima uprave preko ovlaštenih zastupnika (Zakon o žigu, čl. 48.).

Zakon o industrijskom obličju ("Narodne novine", br. 78/99.) donesen je 30. lipnja 1999. a stupio je na snagu 31. srpnja 1999. Primjenjivao se je od 1. siječnja 2000. Danom početka primjene ovoga zakona, prestale su važiti odredbe ZIV-a u dijelu koji se odnosio na modele i uzorke, osim odredaba o **zastupanju** (ZIV, čl. 172a.), koje su se trebale primjenjivati do donošenja

⁴³ Vidi *Izvjješća Hrvatskog sabora*, br. 245, str. 17.-20.

⁴⁴ Usp. ČIZMIĆ, J. - ZLATOVIĆ, D., *Komentar Zakona o žigu*, Zagreb, 2002., str. 482.

posebnog propisa (Zakon o industrijskom obličju, čl. 57.). Odredbom čl. 45. bilo je propisano da DZIV treba voditi registar zastupnika. Kao i u Zakonu o žigovima, bilo je propisano da će se posebnim propisima odrediti opća načela zastupanja i posebni uvjeti na temelju kojih fizičke ili pravne osobe koje nemaju prebivalište ili stvarno i djelatno poslovno sjedište na teritoriju Republike Hrvatske mogu ostvarivati prava iz Zakona o žigu u postupku pred sudovima i tijelima uprave preko ovlaštenih zastupnika (Zakon o industrijskom obličju, čl. 48.).

Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga ("Narodne novine", br. 78/99) donesen je 30. lipnja 1999. a stupio je na snagu 31. srpnja 1999. Primjenjuje se od 1. siječnja 2000. Danom početka primjene ovoga zakona, prestaju važiti odredbe ZIV-a u dijelu koji se odnosi na zaštitu oznaka podrijetla proizvoda, osim odredaba o zastupanju (ZIV, čl. 172a.) koje se primjenjuju do donošenja posebnog propisa (Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga, čl. 34.). Odredbom čl. 11. st. 3. bilo je propisano **da strane osobe mogu poduzimati radnje pred DZIV-om samo preko ovlaštenih zastupnika** upisanih u poseban registar koji vodi DZIV.

U okviru cjelovite reforme zakonodavnog temelja prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj, donesen je i **Zakon o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova** ("Narodne novine", br. 78/99). Spomenuti Zakon donesen je 30. lipnja 1999. a stupio je na snagu 31. srpnja 1999. Primjenjivao se je od 1. siječnja 2000. Ova djelatnost nije do tada bila pravno uređena vrijedećim hrvatskim zakonodavstvom o industrijskom vlasništvu, niti je Hrvatska u tom području na međunarodnoj razini preuzela bilo kakve obveze. Treba napomenuti da se na odredbe o zastupanju trebalo primjenjivati odgovarajuće odredbe Zakona o patentima (Zakon o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova, čl. 22.).

Donesenim zakonima konačno se u potpunosti uspostavio hrvatski sustav industrijskog vlasništva.⁴⁵ Možemo kazati da su se tada prvi put u Republici

⁴⁵ O aktivnostima Republike Hrvatske na području međunarodnog prava industrijskog vlasništva i o međunarodnim izvorima prava industrijskog vlasništva potanje kod CEROVAC, K., *Zaštita intelektualnog vlasništva u okviru Urugvajске runde multilateralnih pregovora o trgovini*, "Hrvatski patentni glasnik", 2, 1995., br. 6, str. 1441.-1444.; ČIZMIĆ, J., *Konvencija o europskome patentu*, "Pravo u gospodarstvu", god. 36, 1997., br. 4, str. 714.-724.; ČIZMIĆ, J., *Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva*, "Pravo u gospodarstvu", god. 33, br. 9.-10, rujanj-listopad 1994., str. 648.-658.; ČIZMIĆ, J., *Republika Hrvatska u Svjetskoj organizaciji za intelektualno vlasništvo - WIPO*, "Privreda i pravo", 31, 1992., br. 11.-12, str. 713.-721.; ČIZMIĆ, J., *Sporazum o suradnji na području patenata*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu", god. 36, 1999, br. 1-2, str. 259.-268.; KOPČIĆ, N., *Republika Hrvatska pristupila Ugovoru o suradnji na području patenata, PCT (Patent Cooperation Treaty)*, "Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva", 5, 1998., br. 2.; MIMICA, N., *Republika Hrvatska i Svjetska trgovinska organizacija (WTO)*, članak u zborniku sa savjetovanja "Vanjskotrgovinsko, devizno i carinsko poslovanje, posebno u poslovanju s inozemstvom u sustavu PDV-a", Opatija 1998.; MRKŠA, S., *GATT, GATS I TRIPS - prvi temelji svjetske trgovine*, "Pravo i porczy", VI, 1997., br. 6.; STILIN, V., *Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1994., br. 2-3, str. 223.-230.

Hrvatskoj vlastitim zakonima uređivala pitanja iz područja industrijskog vlasništva na način kako su ona uređena u drugim zemljama s tržišnim gospodarstvom u Europi i svijetu.⁴⁶ Novi zakoni uveli su niz novih rješenja, poštujući bitne promjene u organizaciji gospodarskoga i pravnog sustava Republike Hrvatske nakon osamostaljenja. Nova zakonska regulativa bila je koncipirana tako da jamči maksimum kakvoće, suvremenosti rješenja te kompatibilnosti sa zahtjevima hrvatskoga gospodarskog sustava i s dokazanim sustavima u svijetu. Donošenjem spomenutih zakona Republika Hrvatska svrstala se među države koje dosežu najveći stupanj poštivanja i zaštite industrijskog vlasništva, te je tako ostvarila jedan od bitnih preduvjeta za učinkovitu gospodarsku i kulturnu suradnju s visoko razvijenim zemljama.⁴⁷

4. Zbog pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji uskoro se pokazalo nužnim **dodatno terminološki i sadržajno uskladiti** hrvatske propise iz područja industrijskog vlasništva s pravnom stečevinom Europske unije na tom području. U tom smislu doneseni su 2003. godine novi zakoni u području industrijskog vlasništva.

Hrvatski sabor na sjednici 15. listopada 2003. donio je **Zakon o patentu** ("Narodne novine", br. 173/03.), koji je stupio na snagu 8. studenoga 2003., a primjenjuje se od 1. siječnja 2004. Danom početka primjene ovoga Zakona prestale su važiti odredbe prethodnog Zakona o patentima ("Narodne novine", br. 78/99. i 32/02.), osim odredbe članka 95. u dijelu koji se odnosi na zastupanje, koja se i dalje primjenjuje do donošenja posebnog zakona (Zakon o patentu, čl. 116.), odnosno koja se primjenjivala do početka primjene ZZPIV-a dana 1. kolovoza 2005. (arg. ZZPIV, čl. 23. i 24.). Usto, odredbom čl. 4. propisano je da pravnu ili fizičku osobu koja nema sjedište, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište na teritoriju Republike Hrvatske, u postupku pred DZIV-om **mora zastupati zastupnik** upisan u Registar zastupnika pri DZIV-u.

Hrvatski sabor na sjednici 15. listopada 2003. donio je **Zakon o žigu** ("Narodne novine", br. 173/03.), koji je stupio na snagu 8. studenoga 2003., a primjenjuje se od 1. siječnja 2004. Danom početka primjene ovoga Zakona prestale su važiti odredbe prethodnog Zakona o žigu ("Narodne novine", br. 78/99. i 127/99.), osim odredbe o zastupanju (arg. članak 59.) koja se i dalje primjenjuje do donošenja posebnoga propisa Zakon o žigu, čl. 84.), odnosno koja se primjenjivala do početka primjene ZZPIV-a dana 1. kolovoza 2005. (arg. ZZPIV, čl. 23. i 24.). Odredbom čl. 65. st. 3. propisano

⁴⁶ Potanje kod RAFEINER, O., *Stanje i razvitak zaštite industrijskog vlasništva u Europi s naglaskom na zbivanja u Srednjoj i istočnoj Europi*, "Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva", 4, 1997., br. 5.

⁴⁷ Usp. i detaljnije kod KOPČIĆ, N., *Novim zakonima do suvremenog sustava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1994, br. 2-3, str. 219.-222.

je da u postupku povodom prigovora na međunarodnu registraciju žiga DZIV, u skladu s Madridskim sporazumom ili Protokolom, treba nositelju međunarodne registracije žiga dostaviti obavijest o privremenom odbijanju na temelju prigovora i pozivati ga da imenuje **zastupnika** koji u roku od četiri mjeseca od datuma obavijesti o odbijanju mora DZIV-u dostaviti punomoć o zastupanju. Primjerak prigovora treba dostaviti zastupniku nakon podnošenja punomoći o zastupanju. Rok za očitovanje na prigovor jest 60 dana od dana primitka primjerka prigovora od strane zastupnika. Isto tako, u postupcima povodom zahtjeva za proglašavanje međunarodne registracije žiga ništavom i zahtjeva za opoziv međunarodne registracije žiga DZIV treba obavijestiti nositelja međunarodne registracije žiga o podnesenom zahtjevu i pozvati ga da imenuje zastupnika koji u neproduživom roku od 60 dana od dana primitka poziva mora DZIV-u dostaviti punomoć o zastupanju. Primjerak zahtjeva dostavlja se zastupniku nakon podnošenja punomoći o zastupanju. Rok za očitovanje na zahtjev jest 60 dana od dana primitka primjerka zahtjeva od strane zastupnika (Zakon o žigu, čl. 67.). Nadalje, odredbom čl. 74. propisano je da fizičke ili pravne osobe koje nemaju prebivalište ili stvarno i djelatno industrijsko ili trgovačko sjedište u Republici Hrvatskoj mogu ostvarivati prava iz ovoga Zakona u postupcima pred DZIV-om **samo preko ovlaštenih zastupnika**, te da će se opća načela zastupanja i posebni uvjeti na temelju kojih te osobe mogu ostvarivati prava iz Zakona o žigu urediti posebnim propisima.

Hrvatski sabor na sjednici 15. listopada 2003. donio je **Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga** ("Narodne novine", br. 173/03.), koji je stupio na snagu 8. studenoga 2003., a primjenjuje se od 1. siječnja 2004. Danom početka primjene ovoga Zakona prestao je važiti Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga ("Narodne novine", br. 78/99.), osim odredbe o zastupanju (članak 14.), koja se i dalje primjenjuje do donošenja posebnog zakona (Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga, čl. 58.), odnosno koja se primjenjivala do početka primjene ZZPIV-a dana 1. kolovoza 2005. (arg. ZZPIV, čl. 23. i 24.). Odredbom čl. 14. propisano je da strane pravne i fizičke osobe koje nemaju sjedište, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište na teritoriju Republike Hrvatske mogu poduzimati radnje pred DZIV-om samo preko **ovlaštenih zastupnika** upisanih u poseban registar kod DZIV-a, a isto pravilo vrijedi i za državljane Republike Hrvatske koji nemaju prebivalište ili uobičajeno boravište na teritoriju Republike Hrvatske.

Hrvatski sabor na sjednici 15. listopada 2003. donio je i **Zakon o zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda** ("Narodne novine", br. 173/03.), koji je stupio na snagu 8. studenoga 2003., a primjenjuje se od 1. siječnja 2004. Prema odredbi čl. 23. ovoga Zakona, odredbc Zakona o patentima koje se odnose na **zastupanje**, primjenjuju se na odgovarajući način i na topografije poluvodičkih proizvoda koje su predmet uređivanja Zakona o zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda.

Hrvatski sabor na sjednici 15. listopada 2003. godine donio je **Zakon o industrijskom dizajnu** ("Narodne novine", br. 173/03.), koji je stupio na snagu 8. studenoga 2003. godine, a primjenjuje se od 1. siječnja 2004. godine. Danom početka primjene ovoga Zakona prestale su važiti odredbe Zakona o industrijskom obličju ("Narodne novine", broj 78/99. i 127/99.), osim odredbe o zastupanju iz članka 57. navedenoga Zakona, koja se primjenjuje do donošenja posebnog zakona (Zakon o industrijskom dizajnu, čl. 60.), odnosno koja se primjenjivala do početka primjene ZZPIV-a dana 1. kolovoza 2005. (arg. ZZPIV, čl. 23. i 24.). Odredbom čl. 51. Zakona o industrijskom dizajnu određeno je da strane pravne i fizičke osobe koje nemaju sjedište, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište u Republici Hrvatskoj mogu ostvarivati prava iz ovoga Zakona u postupku pred DZIV-om samo putem **zastupnika** koji su u skladu s posebnim propisima upisani u registar zastupnika koji se vodi pri DZIV-u.

5. Kako su se, do donošenja ZZPIV-a, na području zastupanja *de facto* i *de iure* i dalje primjenjivale relevantne odredbe ZIV-a, treba ponoviti da je ZIV, u članku 172.a, određivao koje se osobe (fizičke i pravne), i uz koje uvjete, mogu baviti zastupanjem u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja i kao takve biti upisane u registar zastupnika koji vodi DZIV. Tako su se poslovima zastupnika u području prava industrijskog vlasništva mogli baviti odvjetnici upisani u imenik Hrvatske odvjetničke komore i druge fizičke osobe, državljani Republike Hrvatske, koji su imali završen pravni fakultet ili fakultet iz različitih znanstvenih područja koja pripadaju prirodnim, tehničkim i biotehničkim znanstvenim oblastima, uz uvjet da su te osobe imale poseban stručni ispit položen pri DZIV-u.⁴⁸ Važno je napomenuti da je, do donošenja pobližih propisa o patentnim zastupnicima,⁴⁹ omogućen **privremeni upis** u registar zastupnika koji vodi DZIV osobama koje su do 2. travnja 1992. četiri godine uzastopce radile na poslovima zaštite industrijskog vlasništva u poduzećima i drugim pravnim osobama, iako nisu položile poseban stručni ispit.⁵⁰ Ovo je bilo od osobita značenja stoga što

⁴⁸ Poblize propise o polaganju posebnog stručnog ispita trebala je donijeti Vlada Republike Hrvatske. Osobama koje su do 8. listopada 1991. godine položile pred Saveznim zavodom za patente bivše SFRJ poseban stručni ispit, taj se ispit **priznavao** kao ispit položen pred DZIV-om. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao republički zakon („Narodne novine“, br. 19/22.), čl. 14.

⁴⁹ Mislilo se na odgovarajući novi zakon o zastupanju na području industrijskog vlasništva, uredbu o upisu u registar zastupnika što ga vodi DZIV, pravilnik o načinu polaganja posebnog stručnog ispita za osobe koje se bave zastupanjem u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja, kao i program stručnog ispita.

⁵⁰ Vidi Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja, koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao republički zakon („Narodne novine“, br. 19/92.), čl. 14., st. 2.

su inozemne fizičke i pravne osobe svoja prava iz područja industrijskog vlasništva mogle ostvarivati pred domaćim sudovima i organima uprave samo pomoću ovlaštenoga zastupnika (upisanog u registar zastupnika kod DZIV-a), koji su državljani Republike Hrvatske ili domaće pravne osobe.⁵¹ Zastupanjem u predmetima stjecanja i održavanja prava na patent, žig, model i uzorak, mogli su se, kao osnovnom djelatnošću, baviti i samostalni uredi, odnosno pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, uz uvjet da su zapošljavale najmanje jednu osobu upisanu u registar zastupnika koji vodi DZIV.⁵² Sigurno je bilo, a i sada je, poželjno da takve pravne osobe imaju i više zaposlenih osoba koje raspolažu stručnim znanjima iz područja industrijskog vlasništva.^{53, 54}

Treba dodatno napomenuti kako se odredbe o zastupanju u ranijem ZIV-u nisu nalazile samo u posebno istaknutoj odredbi čl. 172.a ZIV-a, nego i u **odredbi čl. 16. ZIV-a**.⁵⁵ Tako je tom odredbom čl. 16. ZIV-a bilo određeno da strane fizičke i pravne osobe, koje glede zaštite prava iz područja industrijskog vlasništva uživaju ista prava kao i domaće pravne i fizičke osobe u skladu sa ZIV-om, važećim hrvatskim propisima, međunarodnim konvencijama i ugovorima koji obvezuju Republiku Hrvatsku, odnosno primjenom načela reciprociteta (uzajamnosti), mogle su ostvarivati svoja prava pred sudovima u Republici Hrvatskoj samo preko punomoćnika koji se bavio zastupanjem u obliku zanimanja i koji je bio domaća pravna osoba ili hrvatski državljanin. Iako to nije bilo eksplicite propisano odredbama

⁵¹ Prema podacima DZIV-a, u tom su razdoblju strane prijave za zaštitu prava iz područja industrijskog vlasništva bile znatno brojnije negoli domaće i sudjelovale su gotovo s dvije trećine zaprimljenih zahtjeva. Podatak u članku *Stranci dolaze*, Vjesnik od 6. srpnja 1993., str. 11.

⁵² V. ZIV, čl. 172a. st. 2. t. 3.

⁵³ Tako je i ZIV, do stupanja na snagu izmjena i dopuna objavljenih u "Narodnim novinama" br. 19/92., propisivao da se poslovima zastupanja u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja mogu baviti pravne osobe koje zapošljavaju najmanje jednu osobu sa završenim pravnim i jednu osobu sa završenim tehničkim fakultetom, a koja je upisana u registar koji vodi DZIV.

⁵⁴ Slične odredbe o patentnim zastupnicima mogu se naći i u odgovarajućim zakonima drugih zemalja. Tako, npr., u *Irskoj* poslove patentnog zastupnika (patent agent) može obavljati bilo koja osoba koja ima prebivalište u toj ili drugoj državi ako je tako propisano, koja obavlja poslovnu djelatnost na području Irske, koja ima naobrazbu i profesionalne kvalifikacije u skladu s propisanim uvjetima, te koja je platila propisanu pristojbu i koja je upisana u registar patentnih zastupnika. Usp. *Patent Act 1992.*, sec. 107(1). Potrebnu naobrazbu i potrebne profesionalne kvalifikacije, kao i visinu pristojbe propisuje Vlada, odnosno nadležno ministarstvo. Patent ACT 1992., sec. 109(1). U *Južnoj Africi* poslove patentnog zastupnika (patent agent) može obavljati svaka osoba s prebivalištem u toj zemlji, koja je položila propisani stručni ispit, platila pristojbu i koja je upisana u registar patentnih agenata. V. *Patent Act*, No 57 of 1978., sec. 109(1). Poslove patentnog odvjetnika (patent attorney) može obavljati i upisati se u odgovarajući registar i svaka druga osoba koja je ovlaštena obavljati poslove odvjetnika u Južnoj Africi, ako položi stručni ispit i plati propisane pristojbe. *Ibid.*, sec. 20(3).

⁵⁵ O zastupanju na području industrijskog vlasništva potanje kod ČIZMIĆ, J., *Zastupanje na području zaštite industrijskog vlasništva*, "Informator", br. 4255. od 17. 12. 1994., str. 6.-7. i ČIZMIĆ, J., *Patentni zastupnik*, "Privreda i pravo", 33, 1994, br. 1-2, str. 68.-80.

zakona donesenih 1999. godine, držimo da su se odredba čl. 59. Zakona o žigu, čl. 95. Zakona o patentima, čl. 57. Zakona o industrijskom obličju i čl. 34. Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga trebale odnositi i na čl.16. ZIV-a, jer se radilo o odredbi o zastupanju, pa se ista također trebala do daljnjega primjenjivati isto kao i odredba čl. 172.a ZIV-a. Prema tome, držimo da u postupku pred domaćim sudovima strane pravne ili fizičke osobe nisu mogle svoja prava iz područja industrijskog vlasništva ostvarivati preko punomoćnika koji je strani državljanin. Ukoliko je, pak, inozemna stranka pokrenula sudski postupak neposredno, smatramo da je sud morao upozoriti na kogentnu obvezu zastupanja preko domaće pravne osobe ili zastupnika hrvatskog državljanina, odnosno mogao je toj stranci postaviti privremenog zastupnika prema odredbama članka 84.-86. ZPP-a.⁵⁶

Treba napomenuti da je ZIV-om sustavno (bilo) uređeno cjelokupno područje industrijskog vlasništva, te da ZIV sadrži i **odredbe kojima se ne uređuju izravno patenti, tehnička unapređenja, žigovi, modeli i uzorci**, pa držimo ni na njih se ne odnose odredbe čl. 59. Zakona o žigu, čl. 95. Zakona o patentima, čl. 57. Zakona o industrijskom obličju i čl. 34. Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga, a prema kojima su početkom njihove primjene prestale važiti pojedine odredbe ZIV-a koje se odnose na patente, žigove, industrijsko obličje i zemljopisne oznake proizvoda i usluga. Svakako radilo se o odredbama ZIV-a kojima su se uređivala neka pitanja koja su bila od bitnog značenja za pravo industrijskog vlasništva. Spomenuli bismo samo odredbe koje se odnose na obvezu poticanja

⁵⁶ **Privremeni zastupnik** morao bi odmah kontaktirati inozemnu stranku radi dobivanja punomoći. Ipak, inozemna stranka ne bi bila dužna privremenom zastupniku dati zastupničku punomoć, već da bi sudjelovala u sudskom postupku, može opunomoćiti nekog drugog domaćeg ovlaštenog zastupnika. Posebno se pitanje postavljalo glede mogućnosti određivanja privremenog zastupnika pravnoj osobi. Starija sudska praksa negativno se određivala glede ovog pitanja smatrajući da pravnoj osobi nije moguće postaviti privremenog zastupnika (v. odluku Višeg privrednog suda Hrvatske, Pž- 1290/88., od 10. 5. 1988., PSP 32/88, br. 185., s tr. 141.). Potreba da se zaštite prava i interesi pravnih osoba koje nisu u stanju same se za njih brinuti, dovela je do toga da se i pravna teorija, a i novija judikatura afirmativno određuju spram ovog problema, što je posebice inicirano raznim sporovima domaćih pravnih osoba s pravnim osobama čije je sjedište u Jugoslaviji, a koje su uslijed izvanrednih događaja izazvanih ratom nedostupne sudu. Ovom pozitivnom pristupu pogodovala su i nastojanja sudova da pruže zaštitu domaćim osobama u takvim situacijama, jer bi prekid postupka značio u stvari uskratru pravne zaštite hrvatskim državljanima, odnosno domaćim pravnim osobama. Postavljanje privremenog zastupnika nije vezano samo za poziciju stranih pravnih osoba kada su one od suda prostorno odsječene ili kad im je sjedište u državama s kojima nemamo uspostavljene diplomatske i druge odnose, posebice one u pružanju međunarodne pravne pomoći, nego i u drugim situacijama kada su štetnici nedostupni sudu. Naime, nije rijedak slučaj da povrede prava iz područja industrijskog vlasništva čine tzv. mali poduzetnici (*one man enterprise*) koji u momentu pokretanja sudskog spora postaju nedostupni sudu, odnosno boravište im se ne može odrediti, pa je jedan od modaliteta brze pravne zaštite titulara prava i određivanje privremenog zastupnika tuženiku. Vidi detaljnije ZPP, čl. 84.-86. Usp. GRBIN, I., *Zakon o parničnom postupku sa sudskom praksom, bilješkama, napomenama, priložima i abecednim kazalom*, Zagreb, 2005., str. 86.-88.

stvaralačkog rada (ZIV, čl. 6. i 7.), te odredbe koje se odnose na aktivnosti i ustroj DZIV-a (ZIV, čl. 17.-19.), a za koje vjerujemo da bi i dalje trebale ostati u primjeni. Među ostalim, DZIV korisnicima pruža niz usluga koje su **u svezi sa zaštitom prava iz područja industrijskog vlasništva**. DZIV je tako dužan poduzećima i drugim zainteresiranim pravnim i fizičkim osobama učiniti dostupnom svoju dokumentaciju i informacije o stanju tehnike i o pravima kojima se štite izumi i znakovi razlikovanja (ZIV, članak 18.).⁵⁷ DZIV je dužan, u suradnji s gospodarskim komorama, pridonositi razvoju dokumentacijskih fondova i stručnom osposobljavanju regionalnih centara za tehničko-tehnološke informacije, specijaliziranih organizacija za zaštitu izuma i znakova razlikovanja i službi za inovacije u poduzećima i drugim pravnim osobama (ZIV, članak 18.a).⁵⁸

IV. Područje primjene ZZPIV-a

1. Pariška konvencija odredbom čl. 2. st. 3. ostavlja državama članicama (Unije za zaštitu industrijskog vlasništva) mogućnost da nacionalnim propisima o industrijskom vlasništvu urede, među ostalim, i zastupanje u postupku pred nacionalnim uredima.⁵⁹ U tom smislu ZZPIV-om se propisuju uvjeti za obavljanje poslova zastupanja u području prava industrijskog vlasništva pred DZIV-om, postupak upisa u Registar ovlaštenih zastupnika (u daljnjem tekstu - **Registar**), uvjeti za upis u Registar, brisanje iz Registra i osnivanje Komore zastupnika u području prava industrijskog vlasništva (u daljnjem tekstu - **Komora**) (ZZPIV, čl. 1.).⁶⁰

2. Već nakon razmatranja čl. 1. ZZPIV-a, držimo da njegovim donošenjem nisu u potpunosti ostvareni svrha/*ratio* i cilj donošenja takvog zakona, odnosno: **a/** nije se u potpunosti uredilo zastupanje u području prava industrijskog vlasništva; **b/** nije se osiguralo stručno i kvalitetno zastupanje domaćih i inozemnih subjekata u predmetima iz područja industrijskog vlasništva na razini koja je nužna (i uobičajena u svijetu) u

⁵⁷ Potanje o tome kod BIHAR, Ž., *Vještina pretraživanja patentnih informacija*, "Hrvatski patentni glasnik", 3, 1996., br. 5, str. 1371.-1376.; BLAŽEVIĆ, B., *Europski sustav patentnih informacija i dokumentacije*, "Informator", br. 4398.-4399, 1. i 4. 5. 1996.; BUBANKO-ŽIGER, K. - KRŽAK, M., *Ispitivanje sličnosti verbalnih znakova*, "Hrvatski patentni glasnik", 3, 1996., br. 2, str. 557.-562.; BUBANKO-ŽIGER, K. - MAŽIBRADA, T. - AKRAP, I. - JOVETIĆ, Z., *Informatički sustav u procesu priznanja patenata u Državnom zavodu za patente Republike Hrvatske*, "Hrvatski patentni glasnik", 2, 1995., br. 5, str. 1097.-1110.

⁵⁸ Šire kod ČIZMIĆ, J., *Industrijsko vlasništvo kao okvir za poticanje i planiranje na području inventivne djelatnosti*, "Slobodno poduzetništvo", VI, 1999. br. 21-22, str. 183.-188.

⁵⁹ O tome i o Pariškoj konvenciji detaljnije kod ČIZMIĆ, J., *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*, Split, 1998., str. 225.-233.

⁶⁰ Usp. *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 12.

ovako specifičnim, složenim i visokospecijaliziranim predmetima; c/ neke su odredbe ZZPIV-a u suprotnosti s drugim propisima (nacionalnim i međunarodnim).

Naime, tumačenjem odredbe čl. 1. ZZPIV-a nedvojbeno se može zaključiti da se njime uređuje **samo** problematika zastupanja pred DZIV-om, što je nelogično, ako ništa drugo onda zbog toga jer sadržaj ZZPIV-a ne odgovara njegovu nazivu. U najmanju ruku trebalo bi izmijeniti naziv ovoga zakona u "Zakon o zastupanju pred Državnim zavodom za intelektualno vlasništvo", iako smo uvjerenja da je naziv dobar, a da bi trebalo promijeniti (dopuniti) sadržaj ZZPIV-a. Sadržaj instituta "zastupanja u području prava industrijskog vlasništva" daleko je širi od zastupanja u postupku pred DZIV-om. Pri izradi Nacrta i usvajanja ovakvog sadržaja ZZPIV-a nije se uvijek imalo na umu da je područje, odnosno djelokrug poslova zastupanja u području prava industrijskog vlasništva znatno širi od aktivnosti pripreme i vođenja postupka stjecanja nekog od prava iz područja industrijskog vlasništva pred DZIV-om. Tako se patentni zastupnik (pod ovom sintagmom mislimo na sve vrste zastupnika u području prava industrijskog vlasništva) treba baviti rješavanjem svih pravnih i tehničkih problema iz područja industrijskog vlasništva, u okvirima određenima nacionalnim propisima, a posebno: **davanjem savjeta** u slučajevima koji se tiču prava industrijskog vlasništva, uključujući neloyalnu konkurenciju, licencije, *know-how*, transfer tehnologije; **zastupanjem u sudskim sporovima** iz svih područja industrijskog vlasništva. Patentni zastupnik usto mora **poznavati i pratiti domaće i inozemne (međunarodne) propise** iz područja prava industrijskog vlasništva. Ovako širok spektar poslova patentnog zastupnika treba imati na umu i pri **određivanju programa stručnog ispita** za patentnog zastupnika u koji treba uključiti prethodno organizirano izučavanje (praktični rad) i naknadnu provjeru znanja iz svih područja i poslova kojima se (u inozemstvu) uobičajeno bave patentni zastupnici.

Treba se podsjetiti da su Zakon o patentu, Zakon o žigu, Zakon o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga, te Zakon o industrijskom dizajnu, svi iz 2003. godine, do donošenja ZZPIV-a ostavljali na snazi odredbe o zastupanju na području prava industrijskog vlasništva iz prethodnih Zakona o žigu, Zakona o patentima, Zakona o industrijskom obličju i Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga, iz 1999. godine. Primjerice, odredbom čl. 59. prethodnog Zakona o žigu bila je predviđena i dalja primjena odredaba o zastupanju iz preuzetoga ZIV-a (čl. 172.a), koje su se pak odnosile na "zastupanje u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja". Dakle, **nigdje se nije spominjalo samo zastupanje pred DZIV-om**. Dapače, prethodni Zakon o žigu u čl. 48. izričito je propisivao da će se posebnim propisom urediti **opća načela zastupanja** i posebni uvjeti na temelju kojih stranke mogu ostvarivati prava iz Zakona (a jedno od njih je i sudska zaštita) u **postupku pred sudovima** i tijelima uprave. O širokom području djelovanja

patentnih i žigovnih zastupnika koje treba urediti ovakvim Zakonom, svjedoči i program ispita za patentne zastupnike u drugim zemljama, koji traži daleko šira znanja od onih koja bi bila dostatna samo za zastupanje u postupku pred nadležnim tijelom/DZIV-om. Uostalom, da se radi samo o uređenju postupka zastupanja pred DZIV-om, to (bi) se moglo urediti i podzakonskim propisom (Uredbom, Pravilnikom).

Predlagatelj ZZPIV-a je ovako "suženo" uređenje zastupanja na području prava industrijskog vlasništva pokušao (po nama neuspješno) "opravdati" tvrdnjom da bi šire uređenje ovoga područja "zahtijevalo intervenciju u bit drugih propisa, odnosno pravnog sustava kao cjeline", te je procjenjeno da je "u ovom trenutku to optimalno rješenje za stanje u Republici Hrvatskoj".⁶¹ Dakle, razlog za necjelovito uređenje ovoga područja ne leži u promišljeno zauzetom stajalištu i ocjeni da je takvo rješenje najbolje, primjereno potrebama gospodarske prakse i međunarodnog gospodarskog prometa, nego je očito da je ovakvo rješenje posljedica nedostatka vremena za potpuno ispunjenje obveze prema međunarodnoj zajednici, nespremnosti da se ovo pitanje riješi sustavno, cjelovito i kvalitetno, te da je posljedica kompromisa prema nekim strukturama društva i profesijama.

3. Intencija ovako "suženog" uređenja instituta zastupanja u području prava industrijskog vlasništva dovela je i do toga da su iz teksta ZZPIV-a izostavljena neka područja/instituti za koja držimo da bi svakako trebala biti uređena takvim zakonom. Primjerice, izostavljene su nepotrebno **kaznene/prekršajne odredbe** i možda odredbe o **tarifi usluga** patentnih i žigovnih zastupnika (o načinu i kontrolnim mehanizmima njezina određivanja), a mislimo da bi trebale biti sadržane i odredbe o tzv. **patentnim uredima**, jer raslojavanjem i segmentarnom izobrazbom zastupnika za patentne i žigovne zastupnike, jedino bi patentni uredi u kojima bi radili i patentni zastupnici (inženjeri) i žigovni zastupnici mogli strankama pružiti cjelovitu i kvalitetnu uslugu. Držimo također da je u prijelaznim odredbama trebalo definirati status osoba koje su **položile ispit za patentnog zastupnika** pred bivšim Saveznim zakonom za patente, odnosno osoba koje su položile takav ispit u nekoj drugoj državi (nostrifikacija, priznanje). Suprotno, u tekstu ZZPIV-a sadržane su odredbe o postupku za upis u Registar zastupnika (ZZPIV, čl. 8.-16.), za koje držimo da je primjerenije da se urede podzakonskim propisom, točnije pravilnikom koji bi donio nadležni ministar ili ravnatelj DZIV-a.

⁶¹ Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 11.

V. Opće načelo o zastupanju

1. Fizičke i pravne osobe koje nemaju prebivalište ili poslovno sjedište na teritoriju Republike Hrvatske moraju imenovati zastupnika u području prava industrijskog vlasništva koji će ih zastupati tijekom cijelog postupka pred DZIV-om, osim ako drukčije nije propisano međunarodnim ugovorima koji obvezuju Republiku Hrvatsku (ZZPIV, čl. 2.).

Navedeni čl. 2. ZZPIV-a sadržava odredbu o obvezi stranih osoba koje nemaju prebivalište (fizičke osobe) ili poslovno sjedište (pravne osobe) na teritoriju Republike Hrvatske da imenuju zastupnika u području prava industrijskog vlasništva. Ovakav pristup vidljiv je kao rješenje u većini zemalja EU-a, a propisan je i člankom 133. stavak 2. Europske patentne konvencije. U nekim slučajevima stranka na koju se odnosi ovaj članak ne mora imenovati zastupnika za poduzimanje određenih radnji u postupku, ali to mora proizlaziti iz potpisanih međunarodnih ugovora koji obvezuju Republiku Hrvatsku, primjerice Ugovora o patentnom pravu (Patent Law Treaty – PLT).⁶²

2. Držimo da je odredba čl. 2. ZZPIV-a u suprotnosti s odredbom čl. 3. t. 2. ZZPIV-a, te da se nepotrebno “preklapa” s odredbama članak 74. st. 1. Zakona o žigu, čl. 51. Zakona o industrijskom dizajnu i čl. 4. Zakona o patentu, koje također uređuju problematiku zastupanja stranih osoba.

Naime, odredbom čl. 23. ZZPIV-a propisuje se da danom početka njegove primjene prestaju važiti (odnosno prestale su važiti 1. kolovoza 2005.) **samo** odredbe čl. 116. Zakona o patentu (“Narodne novine“, br. 173/03.), čl. 84. Zakona o žigu (“Narodne novine“, br. 173/03.), čl. 58. Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga (“Narodne novine“, br. 173/03.) i čl. 60. Zakona o industrijskom dizajnu (“Narodne novine“, br. 173/03.), u dijelu koji se odnosi na zastupanje (ZZPIV, čl. 23.). *A contrario*, i dalje su na snazi: **a/** odredbe članak 74. st. 1. Zakona o žigu prema kojima fizičke ili pravne osobe koje nemaju prebivalište ili stvarno i djelatno industrijsko ili trgovačko sjedište u Republici Hrvatskoj mogu ostvarivati prava iz toga Zakona u postupcima pred DZIV-om **samo** putem ovlaštenih zastupnika; **b/** odredbe čl. 14. st. 1. Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga, prema kojima strane pravne i fizičke osobe koje nemaju sjedište, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište na teritoriju Republike Hrvatske mogu poduzimati radnje pred DZIV-om **samo** preko ovlaštenih zastupnika upisanih u poseban registar DZIV-a; **c/** odredbe čl. 51. Zakona o industrijskom dizajnu, prema kojima strane pravne i fizičke osobe koje nemaju sjedište, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište u Republici

⁶² Tako *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 12.

Hrvatskoj mogu ostvarivati prava iz toga Zakona u postupku pred DZIV-om **samo** pomoću zastupnika koji su u skladu s posebnim propisima upisani u registar zastupnika, koji se vodi pri DZIV-u.

S druge strane, ZZPIV u odredbi čl. 3. t. 1. definira “**ovlaštene zastupnike**” kao fizičke i pravne osobe koje su **upisane u Registar** zastupnika koji vodi DZIV, pod uvjetima i na način propisan ovim Zakonom, a “zastupnici koji su u skladu s posebnim propisima upisani u registar zastupnika, koji se vodi pri Zavodu” mogu biti samo osobe koje su **položile stručni ispit za zastupnike** (arg. ZZPIV, čl. 5.), pa to svakako nisu odvjetnici iz t. 2. čl. 3. ZZPIV-a. Drugim riječima, prema odredbama spomenutih zakona, odvjetnici koji nisu položili stručni ispit za (patentnog ili žigovnog) zastupnika **ne smiju zastupati inozemne subjekte u postupku pred DZIV-om**, pa je odredba čl. 3. st. 2. ZZPIV-a u suprotnosti s navedenim odredbama tih zakona.

Ispravnost našeg stajališta može potvrditi i nedavna izmjena odredbe čl. 4. Zakona o patentu, prema kojoj je pravnu ili fizičku osobu koja nema sjedište, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište na teritoriju Republike Hrvatske, u postupku pred DZIV-om **morao zastupati zastupnik upisan u Registar zastupnika pri DZIV-u**. Kako je vjerojatno zakonodavac utvrdio da je ova odredba u suprotnosti s odredbom čl. 3. st. 2. ZZPIV-a, odredba čl. 4. Zakona o patentu izmijenjena je odredbom čl. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o patentu (“Narodne novine”, br. 87/05.), na način da sada pravnu ili fizičku osobu koja nema sjedište, odnosno prebivalište ili uobičajeno boravište na teritoriju Republike Hrvatske, u postupku pred DZIV-om mora zastupati zastupnik upisan u Registar zastupnika pri DZIV-u, **ako zakonom pitanje zastupanja nije određeno drukčije**. Držimo da bi se sada moglo tumačiti da odvjetnici, nakon ove izmjene, mogu zastupati inozemne subjekte u postupku pred DZIV-om, ali samo u predmetima iz područja patentnog prava. Takvo bi se tumačenje moglo “provući” da kojim slučajem i izmijenjena odredba čl. 4. Zakona o patentu i odredba čl. 3. st. 2. ZZPIV-a nisu u suprotnosti s odredbom čl. 2. ZZPIV-a! Dakle, ne samo da su odredbe ZZPIV-a suprotne odredbama spomenutih zakona iz područja industrijskog vlasništva, nego su suprotstavljene i same sebi. Naime, odredbom čl. 2. ZZPIV propisuje da fizičke i pravne osobe koje nemaju prebivalište ili poslovno sjedište na teritoriju Republike Hrvatske **moraju imenovati “zastupnika u području prava industrijskog vlasništva”** koji će ih zastupati tijekom cijelog postupka pred DZIV-om, osim ako drukčije nije propisano **međunarodnim ugovorima** koji obvezuju Republiku Hrvatsku (dakle, ne spominje se “ako nije drukčije propisano zakonom”). Kako prema odredbi čl. 4. i 5. ZZPIV-a, odvjetnici (koji nisu položili stručni ispit) nisu “zastupnici u području prava industrijskog vlasništva”, onda temeljem odredbe čl. 2. ZZPIV-a ne smiju ni zastupati inozemne subjekte u postupcima pred DZIV-om. **Odvjetnici se, dakle, temeljem odredbe st. 2. čl. 3. ZZPIV-a mogu baviti zastupanjem u postupcima pred DZIV-om, ali prema odredbama čl. 4. i 5. ZZPIV-a nemaju status zastupnika u području prava industrijskog vlasništva**. Stoga je čl. 3. st. 2. ZZPIV-a u

suprotnosti s odredbom čl. 2. ZZPIV-a, svakako samo u slučaju zastupanja inozemnih subjekata u postupku pred DZIV-om od strane odvjetnika.

Na temelju izloženog razvidno je da odvjetnici ne smiju zastupati inozemne subjekte u postupku pred DZIV-om. U najboljem slučaju moglo bi se tumačiti da odvjetnici smiju pred DZIV-om zastupati domaće subjekte, a, ako se želi postići da odvjetnici smiju zastupati i inozemne subjekte, trebalo bi izmijeniti odredbe spomenutih zakona, pa i samoga ZZPIV-a.

VI. Obavljanje poslova zastupanja pred DZIV-om

1. Prava industrijskog vlasništva su po svojoj pravnoj naravi privatno-pravnog karaktera, ali svaka država mora osigurati uvjete da se ta prava mogu kvalitetno ostvarivati, osobito zbog toga što strane osobe koje nemaju prebivalište ili poslovno sjedište na teritoriju određene zemlje u pravilu moraju imati ovlaštenog zastupnika za zastupanje u području prava industrijskog vlasništva i samo preko njega mogu obavljati radnje tijekom cijelog postupka.

Ovlašteni zastupnik je onaj zastupnik koji je upisan u Registar zastupnika koji se vodi pri nadležnom državnom tijelu, a u Republici Hrvatskoj to je DZIV.⁶³

Prema odredbi čl. 3. ZZPIV-a, **zastupanjem u postupcima pred DZIV-om mogu se baviti:**

a) fizičke i pravne osobe koje su upisane u Registar zastupnika koji vodi DZIV (u daljnjem tekstu - ovlašteni zastupnici), pod uvjetima i na način propisan ZZPIV-om,

b) odvjetnici upisani u imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore ili odvjetnička društva upisana u imenik odvjetničkih društava Hrvatske odvjetničke komore.⁶⁴

Odredba čl. 3. toč. 2. ZZPIV-a prema kojoj se zastupanjem u postupcima pred DZIV-om mogu baviti i odvjetnici upisani u imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore, odnosno odvjetnička društva upisana u imenik odvjetničkih društava Hrvatske odvjetničke komore, novina je u odnosu na rješenja koja su predlagana u Prijedlogu Zakona o zastupanju u području industrijskog vlasništva iz listopada 2004. godine.⁶⁵ Bit promjene

⁶³ Usp. *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 9.

⁶⁴ Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 12.

⁶⁵ "(1) Zastupanjem u postupcima pred Zavodom mogu se baviti fizičke i pravne osobe koje su upisane u Registar zastupnika koji vodi Zavod (u daljnjem tekstu: ovlašteni zastupnici), pod uvjetima i na način propisan ovim Zakonom.

(2) Ovlašteni zastupnici u području prava industrijskog vlasništva jesu: 1. patentni zastupnici; 2. zastupnici za žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga, i topografiju poluvodičkih proizvoda (u daljnjem tekstu: zastupnici za žigove)". *KPZZPIV*, čl. 3.

je u tome da sada ZZPIV razlikuje dvije skupine osoba koje se mogu baviti zastupanjem u postupcima pred Zavodom, a to su: "ovlašteni zastupnici" koji se upisuju u Registar ovlaštenih zastupnika koji vodi DZIV, te "odvjetnici odnosno odvjetnička društva" kojima se pravo zastupanja priznaje na temelju Zakona o odvjetništvu ("Narodne novine", br. 9/94., dalje – **ZO**) te nisu u obvezi polagati stručni ispit i upisivati se u Registar ovlaštenih zastupnika.⁶⁶

2. I nadalje smo uvjerenja da nitko ne bi smio biti oslobođen dužnosti polaganja ispita za patentnog ili žigovnog zastupnika (pa ni odvjetnici). Opću obvezu polaganja ispita za patentnog zastupnika držimo opravdanom jer: je to u skladu s Rješenjem Ustavnog suda RH U-I- 684/1994. i U-I- 505/1998., od 8. srpnja 1999. ("Narodne novine", br. 80/99.);⁶⁷ a to je u

⁶⁶ Na sjednici Hrvatskoga sabora, održanoj 1. prosinca 2004. godine, raspravljano je o Prijedlogu Zakona o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva. U pisanom obliku dostavljeni su jedino amandmani Kluba zastupnika HSP-a, dok su se ostale primjedbe i prijedlozi razmatrali iščitavanjem stenograma sa saborske sjednice od 1. prosinca 2004. Slijedom navedenog, prihvaćen je amandman HSP-a, koji je ujedno bio i glavna primjedba drugih klubova zastupnika ili pojedinačno izraženih mišljenja zastupnika, a odnosio se na bezuvjetno pravo zastupanja odvjetnika u svim postupcima koji se vode pred Zavodom. U nešto preuređenom tekstu Konačnog prijedloga Zakona članak 3. je preformuliran na način da je propisano tko se može baviti poslovima zastupanja, te je točkom 2. istog stavka definirano da to mogu biti "odvjetnici upisani u imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore ili odvjetnička društva upisana u imenik odvjetničkih društava Hrvatske odvjetničke komore". Posljedica takvog rješenja je da odvjetnici neće imati nikakvih obveza glede polaganja stručnog ispita, jer se na njih ne odnose odredbe iz Konačnog prijedloga Zakona, s obzirom na to da im se pravo na zastupanje temelji na Zakonu o odvjetništvu. Stavak 2. članka 3. iz Prijedloga Zakona postao je članak 4. tako da su se svi kasniji brojevi članaka pomaknuli za jedan, te sada Konačni prijedlog Zakona ima ukupno 24 članka, umjesto 23 članka. Kako bi se i odvjetnicima i odvjetničkim društvima upisanim u imenik Hrvatske odvjetničke komore omogućilo da budu upisani u Registar ovlaštenih zastupnika, člancima 5. i 6. Konačnog prijedloga zakona predviđa se da se mogu upisati u Registar ovlaštenih zastupnika, pod uvjetima koje predviđa ovaj zakon. *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 15.-16.

⁶⁷ Naime, Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti odredaba članka 172.a stavka 2. točke 1. Zakona o industrijskom vlasništvu ("Narodne novine", broj 53/91., 19/92., 61/92. i 26/93.), kojeg je podnio Dragutin Hamilton, odvjetnik iz Karlovca.

U odnosu na prijedlog za ocjenu ustavnosti odredbe članka 172.a stavka 2. točke 1. Zakona o industrijskom vlasništvu, **Ministarstvo uprave** navodilo je da ne nalazi razloge zbog kojih bi osporena odredba bila u nesuglasju s Ustavom, dodajući da s obzirom na specifičnost i složenost područja industrijskog vlasništva, propisivanje polaganja ispita iz tog područja može imati samo pozitivan učinak na neposredno ostvarivanje prava stranaka u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja. **Državni zavod za intelektualno vlasništvo** (nastavno: Zavod), u svom stručnom mišljenju o podnesenim prijedlozima, između ostalog, navodio je da provodeći postupak u svezi s ostvarivanjem pravne zaštite izuma i znakova razlikovanja, Zavod postupa po odredbama Zakona o industrijskom vlasništvu, te po odredbama odgovarajućih provedbenih pravilnika. U svim postupovnim pitanjima koja nisu uređena Zakonom o industrijskom vlasništvu, Zavod postupa sukladno odredbama ZUP-a. Ističu nužnost različitog reguliranja pojedinih pitanja postupka priznanja prava industrijskog vlasništva u odnosu na

skladu s rješenjima iz međunarodnih konvencija i poredbenog prava jer se radi o specifičnim i visoko stručnim poslovima za čije se obavljanje znanja mogu steći samo polaganjem ispita za patentnog zastupnika. Pravo industrijskog vlasništva ne proučava se sustavno na (pravnim i drugim) fakultetima, nije dio programa niti jednog drugog specijalističkog strukovnog ispita, pa ni pravosudnog ispita. Uostalom, polaganje dodatnih ispita i nakon položenog pravosudnog ispita nužno je i za obavljanje nekih drugih profesija, primjerice kod javnih bilježnika.

Posljedice rješenja da neke profesije (odvjetnici, ZZPIV, čl. 3. st. 2.) mogu zastupati stranke u postupcima pred DZIV-om i bez položenog stručnog ispita i upisa u Registar ovlaštenih zastupnika, odnosno posljedice odredbe čl. 1. ZZPIV-a prema kojoj se njime uređuje samo zastupanje u postupku pred DZIV-om, a ne i zastupanje u cijelom području industrijskog vlasništva, kao što bi trebalo i kao što sugerira naziv ZZPIV-a, dovest će,

ZUP, zbog specifičnosti materije, te zbog međunarodnih ugovora sklopljenih radi unifikacije i harmonizacije osnovnih instituta prava industrijskog vlasništva, te pojedinih postupovnih pitanja u svezi s priznavanjem predmetnih prava, a koji obvezuju Republiku Hrvatsku. Glede prijedloga za ocjenu ustavnosti odredbe članka 172.a stavak 2. točke 1. ZIV-a, DZIV je isticao i sljedeće: "Imajući u vidu odredbu članka 27. Ustava Republike Hrvatske kojom je propisano da odvjetništvo kao samostalna i neovisna služba osigurava građanima pravnu pomoć u skladu sa zakonom, te odredbu članka 7. stavka 1. Zakona o odvjetništvu, prema kojoj su odvjetnici dužni pružati pravnu pomoć savjesno, sukladno Ustavu Republike Hrvatske, zakonima, statutu i drugim općim aktima Komore te Kodeksu odvjetničke etike, proizlazi zaključak da se način i uvjeti pružanja pravne pomoći mogu urediti posebnim zakonima u odgovarajućim pravnim područjima". DZIV je ukazivao i na odredbe članaka 69. i 70. Zakona o odvjetništvu kojima se utvrđuje mogućnost specijalizacije odvjetnika za pojedina pravna područja kao i uvjeti za priznanje specijalnosti. Navodio je i neke primjere propisivanja posebnih uvjeta za zastupanje u pojedinim postupcima, te zaključuje da se osporena odredba članka 172.a stavka 2. točka 1. Zakona o industrijskom vlasništvu ne može dovesti u pitanje s aspekta ustavnosti, nego bi, naprotiv, osporenu odredbu trebalo tumačiti u smislu osiguranja pružanja što kvalitetnije pravne pomoći fizičkim i pravnim osobama u predmetnom specifičnom i složenom pravnom području. Ukazivao je i na činjenicu da na međunarodnoj razini postoje propisi sa sadržajem sličnim osporenoj odredbi. Slijedom iznijetog, smatraju da osporena odredba nije u nesuglasju s Ustavom Republike Hrvatske.

Na temelju navedenog, **Ustavni sud** je riješio da Prijedlog nije utemeljen. Osporavana odredba članka 172.a stavak 2. točka 1. Zakona o industrijskom vlasništvu, po ocjeni Suda, nije u neskladu s odredbom članka 27. Ustava Republike Hrvatske. U odnosu na prijedlog za ocjenu ustavnosti odredbe članka 172.a stavak 2. točka 1. Zakona o industrijskom vlasništvu, potrebno je navesti da je odredbom članka 27. Ustava propisano da odvjetništvo kao samostalna i neovisna služba, osigurava građanima pravnu pomoć u skladu sa zakonom. Iz te ustavne odredbe kao i odredbe članka 7. stavka 1. Zakona o odvjetništvu, prema kojoj su odvjetnici dužni pružati pravnu pomoć savjesno, sukladno Ustavu Republike Hrvatske, zakonima, statutu i drugim općim aktima Komore te Kodeksu odvjetničke etike, proizlazi zaključak **da se način i uvjeti pružanja pravne pomoći mogu urediti posebnim zakonima u odgovarajućim pravnim područjima. Stoga, imajući u vidu navedene odredbe kao i činjenicu da je područje industrijskog vlasništva specifično i složeno pravno područje, može se zaključiti da je svrha propisivanja polaganja posebnog ispita za zastupanje u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja, osigurati pružanje što kvalitetnije pravne pomoći fizičkim i pravnim osobama u tom složenoj pravnom području, te osporena odredba nije u nesuglasju s Ustavom.**

držimo, do pravne nesigurnosti, brojnih nelogičnosti i većih dvojbi u praksi, posebno kod inozemnih stranaka.

Tako, primjerice, *de lege lata* patentni/žigovni zastupnik s položenim stručnim ispitom, koji štoviše može biti diplomirani pravnik i imati položen pravosudni ispit, ne smije zastupati stranke pred sudom, pa ni u predmetima iz područja industrijskog vlasništva koje je vodio ili vodi pred DZIV-om i u kojima je najbolje upućen u meritum spora, jer je to u suprotnosti s odredbama čl. 5. st. 1. ZO-a i odredbama čl. 89.a Zakona o parničnom postupku.⁶⁸ S

⁶⁸ Hrvatski sabor na sjednici održanoj 14. srpnja 2003. godine donio je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", br. 117/03., dalje - **Novela**), koji je stupio na snagu 1. prosinca 2003. godine (Novela, čl. 287.). Najznačajnijom izmjenom/novinom koju je uvela Novela na području zastupanja stranaka putem punomoćnika, držimo rješenje iz čl. 45. Novela. Naime, sukladno odredbi čl. 45. Novela, iza čl. 89. ZPP-a dodaje se novi članak 89.a koji glasi: "Stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, ako zakonom nije drugačije određeno.

Stranku može kao punomoćnik zastupati osoba koja je s njome u radnom odnosu, ako je potpuno poslovno sposobna.

Stranku kao punomoćnik može zastupati srodnik po krvi u pravoj liniji, brat, sestra ili bračni drug – ako je potpuno poslovno sposoban i ako se ne bavi nadripisarstvom."

Kao što sam predlagatelj tvrdi, prigodom noveliranja instituta punomoćnika pošlo se od dvaju načelnih stavova. Prvo, da svaka stranka može sama voditi u svoje ime svaki parnični postupak, dakle da ne postoji obvezatno zastupanje od strane kvalificiranih punomoćnika – odvjetnika (Svakako, zbog kolizije interesa stranka ne bi mogla zastupati svog parničnog protivnika, a zbog istog razloga ista osoba ne može biti punomoćnik i tužitelj i tuženika i u takvom je slučaju sud ovlašten uskratiti pravo zastupanja takvom punomoćniku. Usp. TRIVA, S. – BELAJEC, V. – DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 262. Vidi i odluku Vrhovnog suda BiH, br. 64/69., "Zbirka sudskih odluka" (dalje – **ZSO**)- 2/71-141. Isti punomoćnik ne bi mogao zastupati ni suparničare ako su im interesi suprotni. Punomoćnik ne bi u istoj parnici mogao biti svjedok ili umješač), te, drugo, da stranke kao punomoćnici smiju zastupati u pravilu samo odvjetnici (Vidi Uvod Prijedloga Novela). Bitnim ograničenjem mogućnosti da treće osobe kao punomoćnici zastupaju stranke trebalo bi se suzbiti zastupanje stranaka po nadripisarima (Usp. *Obrazloženje* Prijedloga Novela uz čl. 45.). Iznimka od pravila da stranku kao punomoćnik može zastupati samo odvjetnik, predviđena je, među ostalim, za zaposlenike kao punomoćnike. Što se zastupanja stranaka (pravni osoba, obrtnika i sl.) od strane osoba koje su s njome u **radnom odnosu** tiče, ZPP ne uvjetuje pravo na zastupanje trajanjem radnog vremena, odnosno ne pravi razliku između radnog odnosa u punome radnom vremenu i za nepuno radno vrijeme (v. Zakon o radu, čl. 30. i 31.), niti između radnog odnosa na određeno ili neodređeno vrijeme. Na temelju odredbe čl. 89.a st. 2. ZPP-a moglo bi se zaključiti da stranke, pored tzv. korporacijskih pravnika, smiju kao punomoćnici zastupati i druge osobe koje su s njome u radnom odnosu, svakako ako su potpuno poslovno sposobne. Prema mišljenju I. Crnića, u praksi bi sud trebao zatražiti da takav punomoćnik dokaže da je u radnom odnosu sa strankom čiji je punomoćnik, odnosno da je sa strankom u zakonom određenom stupnju srodstva, za što bi bila i dovoljna izjava stranke na ročištu da je riječ o zakonom propisanom stupnju srodstva. Pribavljanju isprava kojima bi se dokazao radnopravni status punomoćnika, odnosno stupanj srodstva, trebalo bi pribjegavati tek u slučaju kada bi protivna stranka tome prigovorila ili zahtijevala da se to pitanje raspravi (Tako i detaljnije kod CRNIĆ, I., *Postupak u parnicama iz radnih odnosa*, rad u knjizi CRNIĆ, I. – DIKA, M. – GRBIN, I. – HRVATIN, B. – JELČIĆ, O. – SESSA, Đ. – ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 310.). Još jedna iznimka tiče se zastupanja u **parnicama iz radnih odnosa**. Naime, prema odredbi čl. 252. Novela, iza čl. 434. ZPP-a dodaje se novi članak 434.a, prema kojemu radnika u radnim sporovima mogu zastupati osobe zaposlene u sindikatu ili u udruzi sindikata čiji su oni članovi (ZPP, čl. 434.a st. 1.). Drugim riječima, u parnicama iz radnog odnosa nakon 1.

druge strane, stranku može zastupati odvjetnik s daleko manje saznanja o konkretnom predmetu i daleko manjim poznavanjem prava industrijskog vlasništva. Iako bi strogim tumačenjem odredbe čl. 3. st. 2. ZPPIV-a trebalo držati da samo odvjetnici mogu zastupati stranke pred DZIV-om, držimo da će u praksi takve usluge pružati i njihovi vježbenici (arg. ZO, čl. 8.), za koje je očekivati da imaju još manja teorijska i praktična saznanja i iskustva na području industrijskog vlasništva od ovlaštenog zastupnika (koji, vidjeli smo, teoretski može biti pravnik, s položenim pravosudnim ispitom i petogodišnjim radnim iskustvom na području industrijskog vlasništva). Da ne govorimo da stranku može kao punomoćnik zastupati i osoba koja je s njome u radnom odnosu, ako je potpuno poslovno sposobna, koja ne mora nužno ni biti diplomirani pravnik (arg. ZPP, čl. 89.a st. 2.), a to ne smije ovlaštenu patentni/žigovni zastupnik. Isto tako, patentni/žigovni zastupnik s položenim stručnim ispitom, koji je diplomirani pravnik, koji ima položen pravosudni ispit i petogodišnje radno iskustvo na poslovima iz područja prava industrijskog vlasništva ne može sastavljati ugovore ni druge obrasce za stranke, ako nisu izravno vezani uz postupak pred DZIV-om, niti može o tome davati pravne savjete jer je to u suprotnosti s odredbama čl. 5. Zakona o odvjetništvu. Primjerice, ovlaštenu patentni zastupnik ne bi smio, nakon što je za stranku ishodio patentnu zaštitu njegova izuma, za stranku sastaviti ugovor o licenciji toga istog patenta.

Inozemne stranke po analogiji očekuju da ovlaštenu patentni zastupnici smiju i da su osposobljeni pružati im sve vrste usluga na području prava industrijskog vlasništva, a ne da moraju za istu uslugu pored patentnog zastupnika angažirati i odvjetnika (primjerice, sastavljanje patentne prijave

prosinca 2003. godine radnika ne može zastupati osoba na temelju toga što je u radnom odnosu u sindikatu ako radnik ujedno nije i član sindikata (Vidi u tom smislu i stajalište J. S. 3-3/1. od 12. studenoga 2003., objavljeno u rubrici "VI – MI", "Informator", br. 5191. od 6. prosinca 2003. godine, str. 23.). Naravno, radnika kao punomoćnik može zastupati i punomoćnik po srodstvu iz čl. 89.a st. 3. ZPP-a. Usto, poslodavca može u postupku u parnicama iz radnih odnosa kao punomoćnik zastupati osoba koja je u radnom odnosu u udruzi poslodavaca čiji je on član ili u udruzi poslodavaca više razine u koju je udružena udruga poslodavaca čiji je on član (ZPP, čl. 434.a st. 2.). Time se proširuje krug osoba koje smiju zastupati poslodavca u parnicama iz radnih odnosa jer, vidjeli smo, poslodavca mogu zastupati i sve osobe koje su s njim u radnom odnosu, ako su potpuno poslovno sposobne (v. ZPP, čl. 89.a st. 2.). Treba kazati kako ovaj drugi stavak nije bio predviđen u Prijedlogu Novele, nego je unesen u konačni tekst Novele tek na prijedlog Hrvatske udruge poslodavaca. Svoj prijedlog Hrvatska udruga poslodavaca temeljila je na činjenici da Zakon o radu daje mogućnost utemeljenja udruge radnika i poslodavaca pod jednakim uvjetima (Zakon o radu, "Narodne novine" br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01., dalje – ZR, glava XIX.). Štoviše, čl. 163. ZR-a određuje ista prava zastupanja pred sudom i za sindikat i za udrugu poslodavaca pa kod odredaba o punomoćnicima ne bi trebalo u povoljniji položaj stavljati samo jednog socijalnog partnera – sindikat (Vidi *Primjedbe na Prijedlog izmjena i dopuna Zakona o parničnom postupku* Hrvatske udruge poslodavaca od 22. srpnja 2002. godine. str. 2.-3.). Svakako, udruge mogu zastupati samo svoje članove i to uz njihov pristanak, a punomoćnici - osobe zaposlene u sindikatima i u udruzi poslodavaca – moraju se pred sudom legitimirati na temelju punomoći (Tako i pitanje o tome kod CRNIĆ, I., *Komentar Zakona o radu sa sudskom i upravnom praksom i priložima*, Zagreb, 1999., str. 358.-359.).

i ugovora o licenci patenta). Spomenuti ZIV i svi noviji zakoni iz područja industrijskog vlasništva predviđali su mogućnost da patentni zastupnici u pravilu smiju obavljati sve poslove zastupanja na području industrijskog vlasništva.

Držimo da bi zbog navedenog trebalo ukinuti ili redefinirati odredbu čl. 3. st. 2. ZZPIV-a. Eventualno bismo mogli držati opravdanom tako formuliranu odredbu čl. 3. st. 2. ZZPIV-a prema kojoj bi se poslovima zastupanja pred DZIV-om mogli baviti **odvjetnici koji su prijavili specijalizaciju iz područja industrijskog vlasništva**. Naime, sukladno odredbi čl. 69. ZO-a, odvjetnik može zahtijevati od HOK-a da mu se prizna specijalnost u određenoj oblasti prava. Smatrat će se da ispunjava uvjete za priznanje specijalnosti odvjetnik koji je najmanje pet godina s uspjehom obavljao pravne poslove u oblasti industrijskog vlasništva, odnosno čiji radovi na temelju kojih je u području industrijskog vlasništva stekao znanstveni stupanj magistra prava ili doktorat pravnih znanosti ili čiji drugi objavljeni radovi predstavljaju značajniji prilog unapređenju pravne znanosti ili prakse (arg. st. 4.).

Odvjetnici su temeljem odredbe čl. 3. st. 2. ZZPIV-a ovlašteni zastupati stranke u postupku pred DZIV-om i bez položenog, odnosno položenih stručnih ispita za patentne i žigovne zastupnike te upisa u registar ovlaštenih zastupnika. Usto, odvjetnici su ovlašteni zastupati stranke u području industrijskog vlasništva u postupku pred sudovima i drugim tijelima, te sastavljati obrasce i podneske na temelju odredaba Zakona o odvjetništvu, Zakona o parničnom postupku i drugih relevantnih propisa. Drugim riječima, odvjetnici nemaju nikakvog razloga izlagati se neugodnostima pripremanja i polaganja stručnog ispita za zastupnika, te nepotrebno trošiti vrijeme i znatna financijska sredstva vezana za polaganje toga ispita, kad isti učinak (pravo na zastupanje) mogu ostvariti i bez toga. Kada se uzme u obzir da je najveći dio zastupnika privremeno upisanih u registar pri DZIV-u upravo iz reda odvjetnika (prema stanju na dan 20. listopada 2005. godine, od 77 registriranih zastupnika bilo je 57 odvjetnika), a od preostalih zastupnika-neodvjetnika dobar dio ima već položen ispit za patentnog zastupnika, ostaje otvoreno pitanje tko će uopće polagati ispit za ovlaštenog zastupnika? Štoviše, s obzirom na propisane uvjete za stjecanja prava na polaganje stručnog ispita, ostaje otvorenim i pitanje tko će uopće imati uvjete za pristupiti polaganju stručnog ispita?

VII. Ovlašteni zastupnici u području prava industrijskog vlasništva

Prema odredbi čl. 4. ZZPIV-a, ovlašteni zastupnici u području prava industrijskog vlasništva jesu: 1. patentni zastupnici; 2. zastupnici za žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga, te topografiju poluvodičkih proizvoda (dalje - **žigovni zastupnici**).

Naziv zastupnici za žigove, odnosno žigovni zastupnici upotrebljava se za zastupanje u području svih drugih prava industrijskog vlasništva, osim patenata.⁶⁹

Držimo da **ne treba praviti razliku** između patentnog zastupnika i zastupnika za žigove, i to iz sljedećih razloga:

a/ uvjeti da bi netko mogao biti patentni zastupnik (ZZPIV, čl. 5. st. 1.) i zastupnik za žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga, i topografiju poluvodičkih proizvoda (ZZPIV, čl. 5. st. 2.), gotovo su identični;

b/ dodatnu zabunu mogla bi izazvati činjenica da patentni zastupnik može zastupati stranke u svim postupcima u svezi sa zaštitom prava industrijskog vlasništva, a to valjda uključuje i zastupanje na području žigova, industrijskog dizajna, oznaka zemljopisnog podrijetla i oznaka izvornosti proizvoda i usluga te topografija poluvodičkih proizvoda. *A contrario*, zastupnik za žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga, i topografiju poluvodičkih proizvoda ne bi mogao zastupati stranke u patentnim stvarima. Nije jasno znači li to, s obzirom na odvojene programe za polaganje ispita, da bi patentni zastupnik morao polagati ispit po oba programa kako bi mogao zastupati stranke i u odnosu na žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga, i topografiju poluvodičkih proizvoda.

Zato držimo da uopće ne bi trebalo razdvajati ove stručnjake ni po nazivu, ni po djelokругu poslova, ni po programu ispita, jer osobe koje se bave poslovima zastupanja na području industrijskog vlasništva **trebaju biti svestrano osposobljeni, kompletni stručnjaci**.

Ako bi se, pak, ostalo na stajalištu da je gore navedena podjela nužna, napominjemo da bi **poslove zastupanja na području topografije poluvodičkih proizvoda trebalo, po prirodi stvari, dati u nadležnost patentnom zastupniku**, a ne zastupniku za žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga, i topografiju poluvodičkih proizvoda. Naime, zakonodavcu je trebalo biti poznato da je izvoriste prava topografija poluvodičkih proizvoda u patentnom pravu, a ne u pravu tzv. znakova razlikovanja. Ovo je nepoznavanje dovelo do toga da je ovako formulirana odredba čl. 5. ZZPIV-a u suprotnosti je s odredbom čl. 23. Zakona o zaštiti poluvodičkih proizvoda koja u pogledu zastupanja na području topografija poluvodičkih proizvoda (i ne samo na tom području) **izričito upućuje na primjenu odredaba Zakona o patentima**,⁷⁰ pa bi i zaštitu topografija poluvodičkih proizvoda trebalo dati u nadležnost patentnim, a ne žigovnim zastupnicima. Nije naodmet napomenuti da

⁶⁹ Tako *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 13.

⁷⁰ Mislimo da je u čl. 23. Zakona o zaštiti poluvodičkih proizvoda došlo do pogrešnog pozivanja na Zakon o patentima koji je prestao važiti stupanjem na snagu Zakona o patentu, pa je trebalo stajati - Zakona o patentu.

i Zakon o patentu uređuje izravno neka pitanja iz područja topografije poluvodičkih proizvoda (primjerice, kod izdavanja prisilne licencije za poluvodičke tehnologije, Zakon o patentu, čl. 68. st. 7.), što sve upućuje na neraskidive sveze topografije poluvodičkih proizvoda s patentnim pravom, a ne pravom znakova razlikovanja. *De lege lata*, zanimljivo bi bilo vidjeti što bi se dogodilo kad bi osoba koja nije sigurna ima li njezina kreacija značajke izuma ili topografije, željela istovremeno pokušati ostvariti i jednu i drugu zaštitu (zbog prava prvenstva). Hoće li za isti predmet (kreaciju) morati angažirati dva zastupnika?

VIII. Uvjeti za upis u registar ovlaštenih zastupnika koji vodi DZIV

Odredbom čl. 5. ZZPIV-a utvrđeni su uvjeti kojima mora udovoljavati osoba koja se želi baviti poslovima zastupanja za patente i znakove razlikovanja.

Tako **patentni zastupnik** može biti:

1. fizička osoba koja ima hrvatsko državljanstvo i prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske, završen diplomski sveučilišni studij iz tehničkih ili prirodnih znanosti i koja je pred DZIV-om položila stručni ispit za patentnog zastupnika;

2. fizička osoba koja ima hrvatsko državljanstvo i prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske koja ima završen diplomski sveučilišni studij iz područja različitog od tehničkih ili prirodnih znanosti, koja ima radno iskustvo na poslovima stjecanja i održavanja prava industrijskog vlasništva od najmanje pet godina, stečeno nakon završetka studija i koja je pred DZIV-om položila stručni ispit za patentnog zastupnika;

3. odvjetnik upisan u imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore koji je pred DZIV-om položio stručni ispit za patentnog zastupnika ili odvjetničko društvo koje zapošljava takvog odvjetnika ili s njime surađuje na temelju drugoga ugovornog odnosa;⁷¹

4. pravna osoba sa sjedištem u Republici Hrvatskoj koja zapošljava najmanje jednu osobu koja udovoljava uvjetima iz točke 1. ili 2. ovoga stavka ili s takvom osobom surađuje na temelju drugoga ugovornog odnosa i koja obavlja poslove zastupanja pred DZIV-om kao svoju registriranu djelatnost.

⁷¹ U raspravi predlagatelj je usvojio primjedbu u pogledu ispunjavanja uvjeta za patentne zastupnike i zastupnike za žigove od strane odvjetničkih društava i drugih pravnih osoba. Primjedba je prihvaćena na način da je obveza odvjetničkih društava i pravnih osoba da zapošljavaju „stručne osobe“ (propisana u članku 5. stavku 1. točki 3. i 4. i stavku 2. točki 2. i 3. Konačnog prijedloga zakona) ublažena na način da je odredba dopunjena propisivanjem da odvjetnička društva i druge pravne osobe mogu s takvim „stručnim osobama“ surađivati i temeljem drugog ugovornog odnosa osim ugovora o radu. *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 16.

Zastupnik za žigove može biti:

1. fizička osoba koja ima hrvatsko državljanstvo i prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske, završen diplomski sveučilišni studij i koja je pred DZIV-om položila stručni ispit za zastupnika za žigove,

2. odvjetnik upisan u imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore koji je pred DZIV-om položio stručni ispit za zastupnika za žigove ili odvjetničko društvo koje zapošljava takvog odvjetnika ili s njime surađuje na temelju drugog ugovornog odnosa,

3. pravna osoba sa sjedištem u Republici Hrvatskoj koja zapošljava najmanje jednu osobu koja udovoljava uvjetima iz točke 1. ovoga stavka ili s takvom osobom surađuje na temelju drugoga ugovornog odnosa i koja obavlja poslove zastupanja pred DZIV-om kao svoju registriranu djelatnost.⁷²

Značajna je **novost** u odnosu na dosadašnju situaciju uvođenje razlike u potrebnim uvjetima između ovlaštenog patentnog zastupnika i ovlaštenog zastupnika za žigove. Držalo se da je izrada patentne prijave i njezino uređivanje i prilagođavanje tijekom postupka ispitivanja puno složeniji i tehnički zahtjevniji posao od pisanja bilo koje druge prijave iz područja prava industrijskog vlasništva, te se u tom smislu moralo osigurati da ovlašteni patentni zastupnici mogu udovoljiti potrebnim uvjetima za pružanje što kvalitetnije usluge.⁷³

Usto, u pogledu stručne spreme, zastupanjem u području patenata kao ovlašteni zastupnik može se baviti samo ona fizička osoba koja ima završen diplomski sveučilišni studij iz područja tehničkih ili prirodnih znanosti. Dodatno je, u ispunjavanje ostalih uvjeta, ostavljena mogućnost upisa u registar zastupnika za patente i fizičkim osobama koje imaju završen diplomski sveučilišni studij iz drugih znanstvenih područja, te, kumulativno, stručno radno iskustvo u trajanju od najmanje pet godina na poslovima zaštite prava industrijskog vlasništva ostvareno nakon završetka studija, a prije stupanja na snagu ZZPIV-a.

Zakonodavac je ovakav pristup držao uobičajenim pri donošenju propisa koji na bitno različit način uređuju zatečeno stanje i koji je kao takav

⁷² Zanimljivo je kako je prijedlog Kluba zastupnika HSP-a da se u članku 4. (sada 5.) stavku 2. Prijedloga zakona briše točka 3. (amandman III.) ocijenjen neprihvatljivim je jer bi se time uskratilo pravo bavljenja poslovima zastupanja pravnim osobama, koje mogu dokazati sposobnost bavljenja ovim poslovima posredno, preko uvjeta kojima može udovoljiti samo fizička osoba (uvjeti glede stručne spreme, stručnog ispita i sl.). Namjera predlagatelja amandmana vjerojatno se odnosila na stavak 3. istog članka Prijedloga zakona kojim se propisivalo da patentni zastupnik može zastupati u svim postupcima koji se vode pred DZIV-om, a koji je predlagatelj izbrisao. Brisanjem navedenog stavka sadržajno je zapravo usvojen amandman III. bez potrebe posebnog navođenja teksta označenog kao članak 4.a amandmana III., a koji se upravo odnosi na propisivanje u kojim postupcima poslove zastupanja obavljaju patentni zastupnici, a u kojima postupcima zastupnici za žigove. Obrazloženje KPZZPIV-a, str. 16.

⁷³ Tako u *Obrazloženju* KPZZPIV-a, str. 11.

primijenjen u većini zemalja čiji sustavi su usporedno analizirani, a osobito u odnosu na pravila Europske patentne organizacije o zastupanju pred Europskim patentnim uredom. Nadalje se držalo da Republika Hrvatska, kao dio svoje politike pridruživanja u EU, želi postati i punopravnom članicom Europske patentne organizacije (EPO) s kojom je potpisala Ugovor o suradnji i proširenju, te da je na tom putu u srpnju 2004. godine ostvaren značajan napredak stjecanjem statusa promatrača u Upravnom vijeću EPO-a. Smatra se da će nakon ostvarivanja punopravnog članstva, DZIV dostaviti ovjerenu listu ovlaštenih patentnih zastupnika koji time stječu pravo izravnog upisa na listu europskih patentnih zastupnika bez obveze udovoljavanja tzv. Europskim kvalifikacijskim uvjetima (praksa tzv. "grandfathering").⁷⁴ Postavlja se pitanje hoće li Republika Hrvatska dostaviti i ovjerenu listu registriranih odvjetnika, odnosno odvjetnika upisanih u imenik odvjetnika pri HOK-u, kako bi time i oni stekli pravo izravnog upisa na listu europskih patentnih zastupnika bez obveze udovoljavanja tzv. europskim kvalifikacijskim uvjetima? Držimo da neće (smjeti) jer članice mogu dostaviti samo ovjerenu listu **ovlaštenih patentnih zastupnika**, a to prema odredbama čl. 3., 4. i 5. ZZPIV-a, svakako nisu odvjetnici. Ovo je dodatni argument našoj tvrdnji da odvjetnici neće moći zastupati strane osobe u postupku pred DZIV-om bez polaganja ispita za patentnog zastupnika i upisa u Registar ovlaštenih zastupnika.

Sukladno odredbi čl. 5. st. 1. toč. 2. ZZPIV-a, patentni zastupnik može biti fizička osoba koja ima hrvatsko državljanstvo i prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske, koja ima završen diplomski sveučilišni studij iz područja različitog od tehničkih ili prirodnih znanosti, koja ima radno iskustvo na poslovima stjecanja i održavanja prava industrijskog vlasništva od najmanje pet godina, stečeno nakon završetka studija i koja je pred DZIV-om položila stručni ispit za patentnog zastupnika. Držimo da bi trebalo dopustiti mogućnost upisa u Registar ovlaštenih patentnih zastupnika i onim osobama koje imaju završen diplomski sveučilišni studij iz područja različitog od tehničkih ili prirodnih znanosti (primjerice pravni ili ekonomski fakultet), **iako nemaju radno iskustvo na poslovima stjecanja i održavanja prava industrijskog vlasništva od najmanje pet godina**. Prema sadašnjem rješenju iz čl. 5. st. 1. točke 2. ZZPIV-a, bojimo se da osoba koja se tek želi početi baviti zastupanjem na području prava industrijskog vlasništva, točnije patentne zaštite, i u tom smislu položi ispit za patentnog zastupnika, neće se moći upisati u registar ovlaštenih patentnih zastupnika jer nema pet godine radnog iskustva, a s obzirom da se poslovima zastupanja na području prava industrijskog vlasništva mogu baviti samo patentni zastupnici i odvjetnici (arg. ZZPIV, čl. 3.), neće ni moći steći radno iskustvo u trajanju od pet godina jer pravo na obavljanje djelatnosti zastupnika (čime bi mogla steći potrebno radno iskustvo) imaju

⁷⁴ Usp. *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 11.

samo zastupnici upisani u Registar ovlaštenih patentnih zastupnika. Time je stvoren začarani krug iz kojeg se treba izbaviti usklađivanjem pojedinih odredaba ZZPIV-a, a držimo prije svega ukidanjem propisanog radnog iskustva na poslovima stjecanja i održavanja prava industrijskog vlasništva od najmanje pet godina, jer ono nije predviđeno niti za osobe iz točke 1. st. 1. čl. 5 ZZPIV-a, koje imaju završen diplomski sveučilišni studij iz tehničkih ili prirodnih znanosti. Uostalom, držimo da će ispit za patentnog zastupnika biti tako koncipiran, odnosno da bi ga **trebalo koncipirati na način da kandidati prođu teorijsku nastavu i praktičnu obuku** te da bi nakon položenog završnog ispita morali biti spremni za kvalitetno zastupanje stranaka i bez propisanog petogodišnjeg radnog iskustva na poslovima stjecanja i održavanja prava industrijskog vlasništva. Dodatno napominjemo da navedeno radno iskustvo nije uvjet za upis u Registar ovlaštenih zastupnika žigovnim zastupnicima (vidi ZZPIV, čl. 5. st. 2.).

IX. Stručni ispiti

Stručni ispiti za patentnog i žigovnog zastupnika polažu se pred **ispitnom komisijom** u DZIV-u. Sastav ispitne komisije, postupak polaganja ispita te odvojeni programi ispita za patentne zastupnike i zastupnike za žigove uređuju se pravilnikom koji donosi ministar nadležan za rad DZIV-a (ZZPIV, čl. 6.), a ispitnu komisiju imenuje ravnatelj DZIV-a (ZZPIV, čl. 6. st. 2.).

Za sve osobe koje zahtijevaju upis u Registar ovlaštenih zastupnika u području prava industrijskog vlasništva propisano je da su obvezne položiti stručni ispit.⁷⁵ Dakle, nitko od ovlaštenih zastupnika nije oslobođen od obveze polaganja stručnog ispita, ali je ostavljen prijelazni rok od dvije godine u kojem svi zastupnici upisani u Registar mogu obavljati poslove zastupanja kao i do sada. Istekom dvogodišnjeg roka iz Registra će se brisati sve one osobe koje ne budu ispunjavale sve propisane uvjete iz ZZPIV-a.⁷⁶

X. Punomoć

Odredbama čl. 7. ZZPIV-a uređuju se pitanja u pogledu **punomoći** zastupnika.⁷⁷

Svoje ovlaštenje za zastupanje punomoćnik, pa tako i patentni i žigovni zastupnik, može izvoditi iz različitih građanskopravnih odnosa zasno-

⁷⁵ Vidi *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 13.

⁷⁶ Usp. *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 11-12.

⁷⁷ Postupak pred DZIV-om je upravni postupak pa bi kod punomoći trebalo primjenjivati i odgovarajuće odredbe Zakona o općem upravnom postupku ("Narodne novine", br. 53/91. i 103/96., dalje – ZUP, v. čl. 57.-63.). Međutim, pitanja u svezi s punomoći nisu u ZUP-u u potpunosti regulirana pa bi na pitanja koja se odnose na punomoć, a nisu određena ZZPIV-om i ZUP-om, trebalo na odgovarajući način primjenjivati odredbe ZPP-a (arg. ZUP, čl. 61. st. 3.).

vanih između njega i stranke. Pravo na zastupanje temelji se na ugovoru (privatnopravnom odnosu), koji ima svoju vanjsku i javnopravnu manifestaciju izraženu kroz **punomoć**.⁷⁸ U pravilu će to biti ugovor o nalogu (mandatu),⁷⁹ čak i kad je u osnovi toga ugovora ugovor o radu, službi ili djelu. Naime, ako je zastupnik stranke osoba koja je s njome u radnom odnosu, tada je ona eventualno po osnovi radnog odnosa dužna zastupati stranku, ali svoje ovlaštenje na zastupanje izvodi iz ugovora kojim ju se na to ovlašćuje - ugovora o mandatu. U nekim slučajevima bi se zapravo moglo raditi o složenim pravnim odnosima koji bi osim elemenata ugovora o radu ili službi imali i elemente ugovora o zastupanju.⁸⁰ Ovlaštenje za zastupanje kojim se legitimira prema trećima zastupnik dobiva u obliku punomoći. Zastupnik radnje u postupku (pred DZIV-om) poduzima u ime i za račun stranke (neposredno zastupanje).⁸¹

Zastupnici stranku u postupku zastupaju na temelju sadržaja i opsega pisane punomoći (ZZPIV, čl. 7. st. 1.). DZIV bi morao biti dužan uzimati u obzir punomoć od momenta kad mu je podnesena.

Punomoć se može odnositi na **jednu ili više prijava ili registracija** ili, ako je tako naznačeno u samoj punomoći, na **sve postojeće i buduće prijave ili registracije**, a punomoć koja se odnosi na sve prijave ili registracije istoga opunomoćitelja je **opća punomoć** (ZZPIV, čl. 7. st. 2. i 3.). Dakle, punomoć može biti opća, što podrazumijeva da je zastupnik opunomoćen poduzimati sve radnje i u svim predmetima opunomoćitelja koji se vode pred DZIV-om, odnosno može se odnositi na pojedinačne predmete ili na samo pojedine aktivnosti u postupku (npr. samo za plaćanje troškova za održavanje patenta) za koje ga je stranka ovlastila.⁸²

Stranka u punomoći može **ograničiti** ovlasti zastupnika na točno određene radnje koje je zastupnik opunomoćen poduzimati u postupku pred DZIV-om (ZZPIV, čl. 7. st. 4.). Punomoć na temelju koje zastupnik može **povući prijavu ili opozvati registraciju** mora sadržavati izričito odobrenje stranke (ZZPIV, čl. 7. st. 5.). U protivnom navedene pravne radnje zastupnika ne bi proizvele pravni učinak.⁸³

⁷⁸ Vidi ŠUMANOVIĆ, M., *Punomoćnici*, rad u knjizi CRNIĆ, I. – DIKA, M. – GRBIN, I. – HRVATIN, B. – JELČIĆ, O. – SESSA, Đ. – ŠUMANOVIĆ, M., "Novote u parničnom postupku", Zagreb, 2003., str. 143.

⁷⁹ V. Zakon o obveznim odnosima, "Narodne novine", br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99., dalje – ZOO, čl. 749.-770.

⁸⁰ Tako DIKA, M. – ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000. (dalje – DIKA-ČIZMIĆ), str. 176.

⁸¹ Potanje kod ČIZMIĆ, J., *Punomoćnik u parničnom postupku – novo uređenje*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", vol. 25, 2004., br. 1, str. 123.-165.

⁸² Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 13.

⁸³ U tom je smislu i odluka Upravnog suda, U- 7293/72., od 19. veljače 1973., objavljena kod DUPELJ, Ž. – TURČIĆ, Z., *Komentar Zakona o općem upravnom postupku sa sudskom praksom, primjerima, napomenama, abecednim kazalom pojmova i prilozima*, Zagreb, 2000., str. 140.

Pravilnost punomoći DZIV je dužan ispitivati po službenoj dužnosti.⁸⁴ Osobu koja u podnesku koji je podnijela DZIV-u tvrdi da je opunomoćeni zastupnik stranke, a DZIV u vrijeme primitka podneska ne posjeduje propisanu punomoć, DZIV će pozvati da u roku od dva mjeseca dostavi **urednu punomoć**. Ako ta osoba u ostavljenom roku ne podnese DZIV-u propisanu punomoć, DZIV će navedeni podnesak zaključkom odbaciti (ZZPIV, čl. 7. st. 6.).⁸⁵

DZIV treba voditi **registar općih punomoći** (ZZPIV, čl. 7. st. 7.). Ako bi u navedeni registar bilo upisano više općih punomoći izdanih od strane istog opunomoćitelja, važeća bi trebala biti opća punomoć s najkasnijim datumom izdavanja (ZZPIV, čl. 7. st. 8.).

Stranka je ovlaštena **opozvati** punomoć u svako vrijeme (arg. ZPP, čl. 99. st. 1.). Takvo rješenje odgovara i općem pravilu obveznoga prava da vlastodavac može po svojoj volji suziti ili opozvati punomoć, čak i ako se ugovorom odrekao toga prava (v. čl. 92. st. 1. ZOO-a).⁸⁶ Time se ne dira u eventualno pravo zastupnika da traži naknadu time nastale štete (ZOO, čl. 92. st. 3.). Pri tome bi stranka trebala biti dužna navesti ime novoga zastupnika ili izvijestiti DZIV da će nadalje sama štititi svoje interese, te da se ubuduće sva priopćenja šalju na njezinu adresu. Zastupnik je, u načelu, ovlašten također **otkazati** punomoć u svako vrijeme (arg. ZPP, čl. 99. st. 1.), ali je poslije otkaza punomoći dužan još mjesec dana obavljati radnje za osobu koja mu je izdala punomoć ako je potrebno da od nje otkloni štetu koja bi u to vrijeme mogla nastati (ZPP, čl. 99. st. 4.). Da bi mogao zaštititi prava stranke, zastupnik bi, dakle, i nakon otkaza uvjetno zadržavao to svojstvo mjesec dana. Zbog povrede te svoje dužnosti zastupnik bi stranci odgovarao za naknadu eventualne štete. Ova obveza zastupnika prestaje svakako ranije ako stranka angažira drugog zastupnika ili ako izjavi da joj pomoć dotadašnjeg zastupnika nije više potrebna,⁸⁷ a to bi, primjerice, mogla manifestirati i angažiranjem novoga zastupnika.⁸⁸ Opoziv i otkaz punomoći morali bi se **priopćiti** DZIV-u, i to, držimo, u pisanoj formi (arg. ZPP, čl. 99. st. 2.). Nakon opoziva ili otkaza punomoći DZIV bi trebao izravno komunicirati sa strankom, odnosno njezinim novim zastupnikom. Opoziv i otkaz pravno djeluju prema DZIV-u tek od trenutka kad su mu priopćeni, pa bi tek nakon priopćenja DZIV bio dužan komunicirati izravno sa strankom ili drugim njezinim zastupnikom, odnosno tek će nakon toga

⁸⁴ Vidi BORKOVIĆ, I., *Upravno pravo*, Zagreb, 2002., str. 422.

⁸⁵ Tako i DUPELJ, Ž. – TURČIĆ, Z., *Komentar Zakona o općem upravnom postupku sa sudskom praksom, primjerima, napomenama, abecednim kazalom pojmova i prilogima*, Zagreb, 2000., str. 162., a u tom je smislu i odluka Upravnog suda, Us- 4601/78., od 14. ožujka 1979. objavljena na istoj stranici.

⁸⁶ Usp. ZUGLIA, S., *Građanski postupak FNRJ*, Zagreb, 1957., str. 242.

⁸⁷ Tako CRNIĆ, I., *Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici u parničnom postupku*, "Informator", br. 4682. od 20. siječnja 1999., str. 7. Vidi i GAJOVIĆ, J., *Građansko procesno pravo – sa komentarom*, Beograd, 2000., str. 71.

⁸⁸ Usp. DIKA-ČIZMIĆ, str. 188.

biti dužan uskratiti zastupniku pravo na poduzimanje radnji, osim ako ne ocijeni da je to potrebno da bi se od stranke otklonila šteta (arg. ZPP, čl. 99. st. 4.).

XI. Stjecanje i gubitak prava na obavljanje djelatnosti ovlaštenog zastupnika

1. Stjecanje prava na obavljanje djelatnosti ovlaštenog zastupnika

Pravo na obavljanje djelatnosti ovlaštenog zastupnika na teritoriju Republike Hrvatske **stječe se** upisom u Registar (ZZPIV, čl. 8.).

Iz odredbe čl. 8. ZZPIV-a, ali i iz cijele glave II. ZZPIV-a, nije razvidno vode li se odvojeni registri patentnih zastupnika i zastupnika za žigove, industrijski dizajn, oznake zemljopisnog podrijetla i oznake izvornosti proizvoda i usluga i topografiju poluvodičkih proizvoda. Tumačenje odredbe čl. 8. ukazivalo bi na jedinstveni registar, a odredbe čl. 5. i 6. ZZPIV-a na potrebu osnivanja/postojanja odvojenih registara. Vjerujemo da će to pitanje biti uređeno Pravilnikom.

2. Postupak upisa u Registar

Postupak upisa u Registar **pokreće se podnošenjem zahtjeva** za upis u Registar (ZZPIV, čl. 9. st. 1.).

Zahtjevu za upis u Registar prilažu se dokazi o ispunjavanju uvjeta za patentnog, odnosno žigovnog zastupnika (v. ZZPIV, čl. 5. st. 1. i 2.), te dokaz o plaćenju upravnoj pristojbi i naknadi troškova postupka upisa u Registar. O zahtjevu za upis u Registar DZIV odlučuje rješenjem, protiv kojega nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor u roku od 30 dana od dana primitka rješenja (ZZPIV, čl. 9. st. 2. i 3.).

U odnosu na rješenja iz Prijedloga ZZPIV-a, predlagatelj je usvojio primjedbu iz saborske rasprave glede obveze produljenja upisa u Registar svake godine. Naime, u usvojenom tekstu ZZPIV-a odustalo se je od rješenja iz članka 9. stavka 5. Prijedloga ZZPIV-a kojim su ovlašteni zastupnici bili dužni produljivati važenje upisa u Registar svake godine i pri tome plaćati pripadajuću pristojbu. Prihvaćeni su i određeni prijedlozi nomotehničke ili izričajne naravi koji su predloženi na sjednici, a bili su predlagatelju prihvatljivi.⁸⁹

3. Donošenje odluke o zahtjevu za upis u Registar

DZIV donosi rješenje o upisu u Registar ako su ispunjeni uvjeti svi ZZPIV-om propisni uvjeti (v. ZZPIV, čl. 5. st. 1. ili 2.). Ako, pak, zahtjev za

⁸⁹ Tako u *Obrazloženju* KPZZPIV-a, str. 16.

upis u Registar ne sadrži dokaze o ispunjavanju uvjeta iz čl. 5. st. 1. ili 2. ZZPIV-a, DZIV treba pozvati podnositelja zahtjeva da dostavi odgovarajuće dokaze u roku od 30 dana od dana primitka poziva (ZZPIV, čl. 10. st. 1. i 2.).

Ako podnositelj zahtjeva koji ne sadrži dokaze o ispunjavanju uvjeta iz čl. 5. st. 1. ili 2. ZZPIV-a ne postupi po pozivu DZIV-a, on treba donijeti zaključak o odbacivanju zahtjeva za upis u Registar (ZZPIV, čl. 10. st. 3.).

DZIV je dužan obaviti upis u Registar bez odgađanja, ako utvrdi da je zahtjev za upis osnovan (ZZPIV, čl. 10. st. 4.).

4. Pristojbe i naknade troškova upisa u Registar

Odredbom čl. 11. ZZPIV-a propisano je plaćanje **upravnih pristojbi i naknade troškova** za upis u Registar.⁹⁰

Upravna pristojba i naknada troškova postupka plaćaju se kako za upis u Registar, tako i za ponovni upis u Registar. Ako upravne pristojbe i troškovi postupka za upis u Registar, odnosno za ponovni upis u Registar ne budu plaćene, DZIV treba donijeti zaključak o odbacivanju zahtjeva (ZZPIV, čl. 11. st. 1. i 2.).

Iznosi upravnih pristojbi i naknada troškova postupka propisani su posebnim propisima. Točnije, **Zakonom o upravnim pristojbama u području prava intelektualnog vlasništva** ("Narodne novine", br. 64/00. i 160/04., dalje - ZUPPPIV) uređuje se plaćanje upravnih pristojbi za radnje u postupcima za priznanje i održavanje prava industrijskog vlasništva u vrijednosti prema Zakonu o patentu, Zakonu o žigu, Zakonu o industrijskom dizajnu, Zakonu o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga i Zakonu o zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda, pa među ostalim i u postupcima upisa u registar zastupnika u području prava industrijskog vlasništva (ZUPPPIV, čl. 1.). Navedene pristojbe plaćaju se u visini određenoj Tarifom upravnih pristojbi koja je sastavni dio ZUPPPIV-a. Prema Tarifi, za zahtjev za upis u registar zastupnika plaća se pristojba u iznosu od 500, 00 kuna (Tar. Br. 6.1.), a za zahtjev za produženje upisa u registar, za jednu godinu plaća se pristojba u iznosu od 300, 00 kuna (Tar. Br. 6.2.). Usto, odredbom čl. 1. **Uredbe o naknadama za posebne troškove i troškove za pružanje informacijskih usluga državnog zavoda za intelektualno vlasništvo** ("Narodne novine", br. 86/00., 89/00., 187/04.) uređuje se plaćanje posebnih troškova i troškova informacijskih usluga za radnje u postupcima za priznanje i održavanje prava industrijskog vlasništva u vrijednosti prema Zakonu o patentu, Zakonu o žigu, Zakonu o industrijskom dizajnu, Zakonu o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga i Zakonu o zaštiti topografija

⁹⁰ Vidi detaljnije *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 14.

poluvodičkih proizvoda, pa i u postupcima upisa u registar zastupnika u području prava industrijskog vlasništva. Pripadajućom *Tarifom posebnih troškova i troškova za pružanje informacijskih usluga*, propisano je da kod zastupanja u području prava industrijskog vlasništva za stručni ispit za zastupnika plaća pristojba u iznosu od 4. 000, 00 kuna, a za popravni ispit za zastupnika 2. 500, 00 kuna (Tar. Br. 6.1.). Za upis u registar zastupnika plaća se pristojba u iznosu od 5. 000, 00 kuna (Tar. br. 6.2.).⁹¹

5. Podaci o statusnim promjenama koje se upisuju u Registar

Odredbama čl. 12.-16. ZZPIV-a propisani su podaci koji se upisuju u Registar zastupnika, kako bi zainteresirana javnost u svakom trenutku bila jasno i točno obaviještena o bitnim činjenicama vezanim uz pravni status osobe upisane u Registar ili brisane iz Registra.⁹²

5.1. Podaci koji se upisuju u Registar

Sukladno odredbi čl. 12. ZZPIV-a, u Registar se upisuju sljedeći podaci: **1.** registarski broj ovlaštenog zastupnika; **2.** za fizičke osobe: ime i prezime, prebivalište, zanimanje; **3.** za pravne osobe: tvrtka, sjedište, podaci o fizičkim osobama koje zadovoljavaju uvjete za zastupanje pred DZIV-om; **4.** datum upisa u Registar; **5.** datum upisa promjene u Registar; **6.** datum brisanja upisa u Registar; **7.** datum ponovnog upisa u Registar.

5.2. Brisanje iz Registra

Prema odredbi čl. 13. st. 1. ZZPIV-a, ovlašteni zastupnik briše se iz Registra u sljedećim slučajevima: **1.** na vlastiti zahtjev; **2.** ako nastupi smrt ili poslovna nesposobnost; **3.** ako izgubi hrvatsko državljanstvo; **4.** ako više nema prebivalište odnosno sjedište na području Republike Hrvatske; **5.** ako je osuđen na bezuvjetnu kaznu zatvora dulju od šest mjeseci; **6.** ako pravna osoba više ne zapošljava niti jednu fizičku osobu koja ima hrvatsko državljanstvo i prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske, završen diplomski sveučilišni studij iz tehničkih ili prirodnih znanosti i koja je pred DZIV-om položila stručni ispit za patentnog zastupnika (ZZPIV, čl. 5. st. 1. t. 1.) ili fizičku osobu koja ima hrvatsko državljanstvo i prebivalište na teritoriju Republike Hrvatske koja ima završen diplomski sveučilišni studij iz područja različitog od tehničkih ili prirodnih znanosti, koja ima radno iskustvo na poslovima stjecanja i održavanja prava industrijskog vlasništva od najmanje pet godina, stečeno nakon završetka studija i koja je pred

⁹¹ O pristojbama u području prava industrijskog vlasništva detaljnije kod ZLATOVIĆ, D., *Upravne pristojbe u području intelektualnog vlasništva*, "Slobodno poduzetništvo", god. VII., br.19., 2000., str. 141.-146.

⁹² *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 14.

DZIV-om položila stručni ispit za patentnog zastupnika (ZZPIV, čl. 5. st. 1. t. 2.), niti s njome surađuje na temelju drugoga ugovornog odnosa, te ako odvjetničko društvo više ne zapošljava odvjetnika upisanog u imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore koji je pred DZIV-om položio stručni ispit za patentnog, odnosno žigovnog zastupnika ili odvjetničko društvo koje zapošljava takvog odvjetnika ili s njime surađuje na temelju drugoga ugovornog odnosa (ZZPIV, čl. 5. st. . t. 3. i st. 2. t. .); 7. ako pravna osoba više ne obavlja poslove zastupanja pred DZIV-om kao svoju registriranu djelatnost.

Komora zastupnika u području prava industrijskog vlasništva obvezna je, DZIV-u dostaviti obavijest o činjenicama relevantnim za brisanje zastupnika iz registra nastalim bez njegove volje, odnosno o razlozima iz st. 1. toč. 2.-7. čl. 13. ZZPIV-a (ZZPIV, čl. 13. st. 2.).

Kad se ispune navedeni uvjeti za brisanje zastupnika iz Registra, DZIV treba donijeti rješenje o brisanju iz Registra, protiv kojega nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor u roku od 30 dana od dana primitka rješenja (ZZPIV, čl. 13. st. 3.).

5.3. Ponovni upis u Registar

Ovlašteni zastupnik koji je brisan iz Registra može biti ponovno upisan u Registar ako to sam zatraži pisanim putem od DZIV-a te ako podnese dokaze da razlozi koji su doveli do njegova brisanja iz Registra više ne postoje i ako usto dostavi DZIV-u dokaz o plaćenju upravnoj pristojbi i naknadi troškova postupka (ZZPIV, čl. 14. st. 1.). Ako utvrdi da su ispunjeni svi navedeni uvjeti, DZIV bi morao donijeti rješenje o ponovnom upisu u Registar (ZZPIV, čl. 14. st. 2.).

5.4. Upis promjena

U Registar se upisuju sve promjene podataka vezane za registarski broj ovlaštenog zastupnika; ime i prezime, prebivalište, zanimanje, odnosno tvrtku, sjedište zastupnika, podatke o fizičkim osobama koje zadovoljavaju uvjete za zastupanje pred DZIV-om; datum upisa u Registar; datum upisa promjene u Registar; datum brisanja upisa u Registar; datum ponovnog upisa u Registar (v. ZZPIV, čl. 12.), i to na temelju podnesenog zahtjeva za upis promjene (ZZPIV, čl. 15. st. 1.).

Zahtjevu za upis promjene prilažu se dokazi o nastaloj promjeni. O zahtjevu za upis promjene DZIV odlučuje zaključkom. Ovlašteni zastupnik dužan je zahtjev za upis promjene podnijeti bez odgađanja, a najkasnije 30 dana od nastanka promjene (ZZPIV, čl. 15. st. 2.-4.).

5.5. Objava podataka iz Registra

Podaci o promjenama koje se upisuju u Registar (v. ZZPIV, čl. 12.) objavljuju se u službenom glasilu DZIV-a, kao i upisi svih promjena u Registru (ZZPIV, čl. 16.).

Službene listove/glasila, odnosno biltene izdaju svi patentni uredi u svijetu. U velikom broju slučajeva u istom su listu obuhvaćena sva područja industrijskog vlasništva, kao što je slučaj i s "Hrvatskim glasnikom intelektualnog vlasništva", službenim glasilom DZIV-a. Prihvaćanjem Pariške konvencije, najstarijega i najznačajnijeg instrumenta međunarodne zaštite svih prava iz područja industrijskog vlasništva, Republika Hrvatska obvezala se, između ostalog, izdavati službeno periodično glasilo u kojemu će se redovito objavljivati imena nositelja dobivenih patenata, s kratkim opisom zaštićenih izuma te reprodukcije svih zaštićenih žigova (Pariška konvencija, čl. 12.). Zbog dobro poznate situacije u Republici Hrvatskoj bilo je razumljivo i određeno kašnjenje s pojavom prvoga broja glasila, koji je izašao iz tiska 30. travnja 1994. Izdavač časopisa je DZIV. "Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva" (u daljnjem tekstu - **Glasnik**) je službeno glasilo DZIV-a i pokriva cjelokupno područje industrijskog vlasništva. Temeljni zadatak Glasnika, nametnut spomenutim odredbama Pariške konvencije, redovito je objavljivanje prijava patenata, dodijeljenih patenata, registriranih žigova, zaštićenog industrijskog dizajna, proizvoda sa zaštićenim zemljopisnim podrijetlom i topografija poluvodičkih proizvoda. Nesumnjiva je važnost tih informacija za poslovnu i razvojnu politiku svakoga gospodarskog subjekta. Usto, Glasnik je i stručno-informativni časopis, otvoren i za suradnike izvan DZIV-a. Tako se u dijelu časopisa pod nazivom Industrijsko vlasništvo objavljuju znanstveni i stručni radovi, pregledni članci, osvrti, prikazi domaćih i inozemnih stručnih publikacija, najave domaćih i inozemnih stručnih skupova i osvrti s već održanih, društvene vijesti i oglasi vezani uz tematiku s područja industrijskog vlasništva. Sigurno je da su informacije i podaci sadržani u Glasniku od velike pomoći svim subjektima koji u obavljanju svoje djelatnosti dolaze u dodir s industrijskim vlasništvom u najširem smislu riječi, a osobito podnositeljima zahtjeva za stjecanje prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj.

XII. Komora zastupnika u području prava industrijskog vlasništva

Poglavlje III. ZZPIV-a odnosi se na obvezno udruživanje zastupnika u Komoru zastupnika u području prava industrijskog vlasništva (dalje – **Komora**), kao samostalnu i neovisnu organizaciju koja treba regulirati stručna i etička pitanja te druga zajednička pitanja bitna za obavljanje poslova zastupanja (primjerice pitanja zastupničke tarife, obveznog profesionalnog osiguranja itd.).⁹³

⁹³ Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 12.

1. Udruživanje u Komoru

Sukladno odredbi čl. 17. st. 1. ZZPIV-a, ovlaštene zastupnici **obvezno** se udružuju u Komoru, kao samostalnu i neovisnu organizaciju sa svojstvom pravne osobe.

Ministarstvo znanosti, obrazovanja i športa, kao ministarstvo koje je nadležno za nadzor nad radom DZIV-a, prati rad Komore i u tu svrhu može od Komore zatražiti odgovarajuća izvješća i podatke, vodeći ipak računa o samostalnosti i neovisnosti Komore (ZZPIV, čl. 17. st. 2.).

U praksi je puno puta dokazano da je gotovo lakše stvoriti izum negoli ga dokazati ili dobiti odgovarajuću zaštitu i naknadu. Nepoznavanje prava industrijskog vlasništva i nedostatak stručnih kadrova zasad su prepreka djelotvornijem rješavanju problema iz područja industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj. Industrijski razvijene zemlje vrlo su rano spoznale značenje zaštite industrijskog vlasništva i bogatstvo koje ono donosi, kao i nužnost sustavne pripreme stručnjaka koji poznaju pravo industrijskog vlasništva i imaju temeljita znanja o korištenju sustava patentnih i drugih tehničko-tehnoloških i znanstvenih informacija. Zato te zemlje imaju i razvijene sustave prava industrijskog vlasništva, kao i usavršene pravno-institucijske oblike međunarodne suradnje na tome području. Kako u Republici Hrvatskoj trenutačno ne postoji sustavno obrazovanje stručnjaka iz područja industrijskog vlasništva, stručnjaci koji se bave poslovima patentnog zastupnika uglavnom su sami proučavali ovu materiju i svojim entuzijazmom stekli spoznaje o značenju zaštite industrijskog vlasništva. Na današnjem stupnju razvitka znanosti i tehnike društvena je nužnost proučavanja i promicanje pravnih disciplina koje proučavaju pravo industrijskog vlasništva i autorsko pravo. No, koliko nam je poznato, one se kao samostalne pravne discipline tek od nedavno nalaze u programima nekih pravnih fakulteta u Republici Hrvatskoj kao izborni predmeti, a ne postoje u programima tehničkih i srodnih fakulteta.

Posebnu ulogu u obrazovanju i praktičnom usavršavanju stručnjaka navedenog profila morao bi imati DZIV, svakako u najužoj suradnji s pravnim fakultetima, udrugama koje se bave intelektualnim vlasništvom, a nakon osnivanja i početka rada Komore, prvenstveno s Komorom.⁹⁴ Uostalom, ZZPIV svojom odredbom čl. 17. st. 3. izričito i predviđa da bi **Komora trebala surađivati s DZIV-om u svim pitanjima vezanim uz zastupanje u području prava industrijskog vlasništva**. Držimo, ipak, da je odredba

⁹⁴ Sličan specijalistički tečaj u bivšoj SFRJ organizirao je i provodio Savez inženjera i tehničara Jugoslavije u suradnji sa: Jugoslavenskim udruženjem za zaštitu intelektualne svojine, Saveznim zavodom za patente, Pravnim fakultetom u Kragujevcu i Tehničkim fakultetom u Zrenjaninu. Tečaj je pružao polaznicima, diplomiranim pravnicima i inženjerima svih struka, stručna znanja za obavljanje poslova iz područja industrijsko vlasništva, potrebnih prije svega za rad u privredi, te ih je tako osposobljavao za obavljanje djelatnosti patentnih zastupnika, odnosno patentnih inženjera.

navedenog st. 3. čl. 17. ZZPIV-a pomalo nes(p)retno formulirana. Kao prvo, iz riječi "suraduje" nije potpuno jasno predstavlja li suradnja s DZIV-om za Komoru dužnost ili preporuku. Drugo, ne vidimo zašto bi Komora morala surađivati, odnosno surađivala s DZIV-om "**u svim pitanjima vezanim uz zastupanje u području industrijskog vlasništva**", pa, primjerice, i u svezi određivanjem tarife i drugim poslovima koji nisu izravno vezani za postupak pred DZIV-om.

Komora sa svoje strane treba utvrditi pravila profesionalnog ponašanja i postupanja svojih članova, štititi njihove interese i pridonositi njihovom stručnom usavršavanju.

Važno je napomenuti i to da se velik broj **nacionalnih udruženja patentnih zastupnika** u svijetu⁹⁵ bavi i proučavanjem prava industrijskog vlasništva s ciljem promicanja nacionalnog zakonodavstva na tome području, pa nadležni vladini organi često traže mišljenje nacionalnih udruženja kada se pripremaju reforme propisa. Štoviše, članovi nacionalnih udruženja patentnih zastupnika najčešće su i članovi komisija osnovanih radi donošenja prijedloga reformi prava industrijskog vlasništva. Smatramo da ne postoji zapreka da se takva praksa udomaći i u našem pravu.

Sljedeći korak mogao bi i trebao bi biti pristupanje nacionalnog udruženja (ili individualnih članova) u neko od međunarodnih i/ili regionalnih udruženja patentnih zastupnika. Jedno je od vodećih udruženja stručnjaka iz područja prava industrijskog vlasništva *The International Association for the Protection of Intellectual Property* (franc. *Association internationale pour la protection de la propriété industrielle*, skr. **AIPPI**, i tako u daljnjem tekstu). AIPPI je osnovana 1897. godine sa sjedištem u Zürichu, Švicarska. Udrugu sačinjavaju članovi nacionalnih i regionalnih skupina, ali i individualni članovi koji obavljaju poslove i profesionalne aktivnosti u zemljama u kojima nisu osnovana nacionalna ili regionalna udruženja AIPPI-a.⁹⁶ AIPPI je osnovana s ciljem da: ukazuje na potrebu zaštite intelektualnog vlasništva; uspoređuje i proučava propise na snazi kako bi promicala zaštitu intelektualnog vlasništva i osigurala unifikaciju prava; radi na donošenju međunarodnih konvencija koje se odnose na zaštitu intelektualnog vlasništva; tiska publikacije, organizira periodične kongrese s ciljem razvijanja diskusije i donošenja zaključaka o spornim pitanjima iz područja industrijskog vlasništva i sl.^{97, 98}

⁹⁵ Ovdje bismo spomenuli samo jedno od najstarijih nacionalnih udruženja patentnih zastupnika - *The Chartered Institute of Patent Agents*, osnovano u Londonu 1882. godine.

⁹⁶ Individualnim članovima pridaje se veliki značaj, a posebno sucima i pravnim znanstvenicima. Prema podacima od 1. 1. 1993. godine AIPPI je imala 6418 članova, od čega su 117 bili individualni članovi iz 27 zemalja, a ostali članovi u članstvo su uključeni preko AIPPI-jevih nacionalnih udruženja u 45 zemalja. Podatak kod *Organization and Membership of AIPPI*, AUPPI, Zurich, 1991., str. 4.

⁹⁷ Usp. *Statutes AIPPI*, article 2.1 i 2.2.

⁹⁸ Detaljnije o AIPPI kod NOVAKOVIĆ, B., *Međunarodno udruženje za zaštitu industrijske svojine (AIPPI) i revizija Pariške konvencije za zaštitu industrijske svojine*, "Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu", šk. god. 1982/1983., 1984., str. 115.-125.

Ne manje značajno međunarodno udruženje stručnjaka praktičara na području industrijskog vlasništva je i *The International Federation of Industrial Property Attorney's* (franc. *Federation internationale des conseils on propriete industrielle*, skr. **FICPI**, i tako u daljnjem tekstu). FICPI je osnovana 1906. godine u Baselu u Švicarskoj sa svrhom da: promiče međunarodnu suradnju između stručnjaka koji se bave privatnom praksom na području industrijskog vlasništva; osigura razmjenu informacija i uspostavi i uskladi poslovne odnose svojih članova; štiti dignitet članova i temeljna pravila struke (profesije), kao i druge interese svojih članova; daje stručna mišljenja u svezi s najnovijim prijedlozima nacionalnih i međunarodnih propisa i sl. Iako je osnovana u Europi, danas su u članstvo uključena i nacionalna udruženja iz Afrike, Amerike, Australije i Azije, kao i individualni članovi iz zemalja u kojima ne postoji nacionalno udruženje.

Jedno od regionalnih udruženja praktičara iz područja industrijskog vlasništva jest *Union of European Practitioners in Industrial Property*, osnovano u Bruxellesu 1961. godine. Temeljni je cilj udruge proučavanje problema koji se odnose na zaštitu industrijskog vlasništva, kao i zaštitu poslovanja članova udruženja na području Europe.

U Europi također postoji i regionalna udruga stručnjaka koji se bave zaštitom industrijskog vlasništva, ali ne u vidu privatne prakse, već kao djelatnici poduzeća - *The European Federation Agents of Industry in Industrial Property* (FEMPI). Slična organizacija postoji i u SAD-u - *The Associate Corporate Patent Counsel*. Regionalna udruga patentnih zastupnika postoji i u Aziji - *The Asian Patent Attorneys Association* (APAA), a članovi su mu i patentni zastupnici iz Australije i Japana.⁹⁹

2. Ustroj i akti Komore

ZZPIV-om je predviđeno da tijela Komore budu: Skupština, Upravni odbor, Izvršni odbor, predsjednik i druga tijela utvrđena Statutom Komore, a njihovo ustrojstvo, nadležnost, sastav, način izbora, prava i dužnosti trebala bi se uređivati Statutom i drugim općim aktima Komore (ZZPIV, čl. 18.).

Tako bi Skupština Komore trebala donijeti Statut Komore i Kodeks zastupničke etike, koje bi trebalo objaviti u "Narodnim novinama", a ostale akte Komora bi donosila u skladu sa svojim Statutom (ZZPIV, čl. 19.).

Dok su troškovi postupka zaštite prava iz područja industrijskog vlasništva kod DZIV-a unaprijed određeni zakonom ili drugim propisima, naknada (nagrada) za rad zastupnika u području prava industrijskog vlasništva nije određena, već je predmet dogovora zastupnika i klijenta prije početka izradbe prijave, odnosno pružanja drugih usluga. Poslovi u svezi

⁹⁹ Podrobnije kod ZLATOVIĆ, D., *Zastupanje u području prava industrijskog vlasništva*, "Hrvatska pravna revija", god. V., 2005., br. 7-8, str. 97.-98.; ČIZMIĆ, J., *Patentni zastupnik*, "Privreda i pravo", 33, 1994., br. 1-2, str. 68.-80.

sa zaštitom izuma i znakova razlikovanja iznimno su složeni i zahtijevaju posebnu obradu i odgovarajuće stručnjake, pa je i prirodno da su i troškovi takvog rada visoki. Visinu naknade propisuje svaki patentni zastupnik, u načelu prema složenosti i opsegu poslova. U nizu zemalja u inozemstvu patentni zastupnici usvojili su jedinstvene tarife, posebno za zastupanje inozemnih prijavitelja.¹⁰⁰

Što se tiče **tarife usluga patentnih i žigovnih zastupnika** prema kojoj bi naplaćivali svoje usluge, nju bi trebalo odrediti i vjerojatno će biti određena aktom Komore. Svakako bi ovlašteni zastupnici u svom radu morali primjenjivati tako određenu tarifu. Međutim, prema odredbi čl. 3. st. 2. ZZPIV-a, i odvjetnici upisani u imenik odvjetnika Hrvatske odvjetničke komore mogu zastupati stranke u postupcima pred DZIV-om. Pri tome bi odvjetnici svoje usluge trebali naplaćivati sukladno tarifi koju utvrđuje i donosi Hrvatska odvjetnička komora (arg. Zakon o odvjetništvu, čl. 18. st. 1.), a to svakako očekuju i njihovi klijenti kad ih angažiraju. Potpuno je jasno da će na ovaj način u praksi doći do neželjenih situacija i pravne nesigurnosti, jer će za istu uslugu (primjerice, sastavljanje patentne prijave) stranke plaćati različite honorare i naknade punomoćnicima, zavisno od toga jesu li se obratili odvjetniku ili ovlaštenom zastupniku. Nemamo nikakvih dvojbi o tome da se tarifa ne uređuje zakonskim odredbama, nego to mora biti u nadležnosti pojedinih komora, ali je ZZPIV-om trebalo riješiti vjerojatni navedeni dualitet tarifnih usluga na području zastupanja u pravu industrijskog vlasništva, kao i moguće druge načelne dvojbe vezane uz honorare/nagrade odvjetnika i honorare zastupnika.

XIII. Prijelazne i završne odredbe

Odredbom čl. 20. st. 1. ZZPIV-a propisano je da zastupnici koji su do stupanja na snagu ZZPIV-a bili upisani u Registar koji vodi DZIV, moraju udovoljiti svim uvjetima propisanim ZZPIV-om u roku od dvije godine od dana njegova stupanja na snagu, dakle do 5. svibnja 2007. U protivnom, brisat će se iz Registra.¹⁰¹ Navedeni je rok ostavljen da bi se zastupnici mogli

¹⁰⁰ Tako, primjerice, tarifu za zastupanje inozemnih prijavitelja u Austriji donosi Austrijska komora patentnih zastupnika (*Oesterreichische Patentanwaltskammer*), u Njemačkoj tarifu također donosi Komora (*Patentanwaltskammer*), u Australiji The Institute of Patent of Australia itd.

¹⁰¹ Treba napomenuti da predlagatelj nije prihvatio prijedlog Kluba zastupnika HSP-a, sadržan u tekstu amandmana IV., a koji se odnosio na presumpciju da se zastupnici koji su upisani u Registar na dan donošenja ZZPIV-a trebaju smatrati zastupnicima koji ispunjavaju sve uvjete predviđene ZZPIV-om, zbog toga što se procijenilo da polaganje stručnog ispita mora biti obveza za sve osobe koje će biti upisane kao "ovlašteni zastupnici", osobito zato što će postojati programske razlike između ispita koje će biti obvezni položiti ovlašteni zastupnici za patente i ispita koje će biti obvezni položiti ovlašteni zastupnici za žigove, pa je i predviđeno da zastupnici upisani u Registar moraju udovoljiti svim uvjetima propisanim ZZPIV-om uz uvjet

pripremiti za polaganje stručnog ispita i izvršiti organizacijsku prilagodbu s obzirom na novopostavljene uvjete iz ZZPIV-a.¹⁰²

Osobama koje su, pak, od dana stupanja na snagu ZZPIV-a do početka njegove primjene, dakle od 5. svibnja 2005. do 1. kolovoza 2005., podnijele zahtjev za upis u Registar u skladu s odredbama čl. 9. ZZPIV-a, a koje nisu položile ispit za patentnog zastupnika ili zastupnika za žigove (v. ZZPIV, čl. 5.), DZIV bi trebao odobriti privremeni upis u Registar (ZZPIV, čl. 20. st. 3.), uz dužnost da stručni ispit za patentnog, odnosno žigovnog zastupnika polože u roku od dvije godine od stupanja na snagu ZZPIV-a, dakle najkasnije do 5. svibnja 2007. U protivnom, i ovi zastupnici koji su privremeno upisani u Registar, ako u propisanom roku ne polože stručni ispit brisat će se iz Registra (ZZPIV, čl. 20. st. 4. i 5.). Dakle, radi se o osobama koje ispunjavaju sve ostale propisane uvjete, osim položenog stručnog ispita.¹⁰³

Komoru (zastupnika u području prava industrijskog vlasništva) su zastupnici dužni osnovati najkasnije u roku od dvije godine od dana stupanja na snagu ZZPIV-a, dakle najkasnije do 5. svibnja 2007. (ZZPIV, čl. 21.). Uzimajući u obzir činjenicu da Komoru mogu osnovati zastupnici upisani u Registar zastupnika koji vodi DZIV, što podrazumijeva prethodno ispunjenje svih uvjeta propisanih ZZPIV-om, utvrđen je, dakle, krajnji rok do kada su zastupnici u obvezi osnovati Komoru, a to je dvije godine od stupanja na snagu ZZPIV-a.¹⁰⁴

Potrebno je da ministar znanosti obrazovanja i športa, kao ministar nadležan za rad DZIV-a, donese pravilnik kojim se uređuje sastav ispitne komisije, postupak polaganja ispita te odvojeni programi ispita za patentne zastupnike i zastupnike za žigove (v. ZZPIV, čl. 6. st. 1.), u roku od 6 mjeseci od stupanja na snagu ZZPIV-a, dakle najkasnije do 5. studenoga 2005. (ZZPIV, čl. 22.).¹⁰⁵

Danom početka primjene ZZPIV-a, 1. kolovoza 2005., prestale su važiti odredbe članka 116. Zakona o patentu ("Narodne novine", br. 173/03.), članka 84. Zakona o žigu ("Narodne novine", br. 173/03.), članka 58. Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga ("Narodne novine", br. 173/03.) i članka 60. Zakona o industrijskom dizajnu ("Narodne novine", br. 173/03.) u dijelu koji se odnosi na zastupanje (ZZPIV, čl. 23.).

ZZPIV je **stupio na snagu** osmoga dana od dana objave u "Narodnim novinama", dakle dana 5. svibnja 2005., a **primjenjuje se** od 1. kolovoza

polaganja stručnog ispita u roku od dvije godine i mogućnosti privremenog upisa u Registar. Vidi *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 16.-17.

¹⁰² Usp. *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 14.

¹⁰³ Vidi *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 14.

¹⁰⁴ Tako *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 14-15.

¹⁰⁵ Usp. *Obrazloženje* KPZZPIV-a, str. 15.

2005. (ZZPIV, čl. 24.).¹⁰⁶ Kao dan početka primjene ZZPIV-a određen je 1. kolovoza 2005., zbog utvrđenog roka za donošenje pravilnika o polaganju stručnih ispita. Kako se tim pravilnikom rješavaju najvažnija pitanja procjene stručne osposobljenosti osobe za obavljanje zastupanja u području prava industrijskog vlasništva, program ispita i način polaganja ispita moraju biti dobro promišljeni i provedeni kako bi dali željeni rezultat. Procijenjeno je da je rok od 6 mjeseci minimalni rok da bi se cijeli koncept polaganja stručnih ispita dobro osmislio i zatim stvorile realne pretpostavke za kvalitetnu provedbu ovog postupka.¹⁰⁷

Summary

NEW LAW ON AGENCY RELATED TO INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS - STEP FORWARD OR BACKWARD?

The Croatian parliament has on April 14th, 2005 enacted the Law on Agency Related to Industrial Property Rights (Official Gazette no. 54/05) that entered into force on May 5th, 2005 and its application commenced on August 1st, 2005. The Law presents an effort of legislature to create the necessary basis, which was in that moment objectively possible and feasible, for as close as possible harmonization of the Croatian rules with the European standards in this field. Offering historical and comparative overview of the institute of agency related to industrial property rights, the author critically examines provisions of the Law, emphasizing those provisions that he evaluates as disputable, imprecise and contradictory with other regulations existing in the field of industrial property.

Key words: *patent agents, trade marks agents, industrial property.*

¹⁰⁶ Treba napomenuti da predlagatelj u raspravi o KPZZPIV-a nije prihvatio prijedlog Kluba zastupnika HSP-a koji se odnosio na članak 23. iz Prijedloga Zakona u smislu da početak primjene ZZPIV-a bude pomaknut na 1. siječnja 2006. godine, jer je na saborskoj sjednici bilo i drukčijih mišljenja u smislu skraćivanja roka koji je trebao biti 1. lipnja 2005. godine. S obzirom na tako nastalu situaciju, predlagatelj je zastupao stajalište da bi ZZPIV trebao biti u primjeni od 1. kolovoza 2005. godine. *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 17.

¹⁰⁷ Vidi *Obrazloženje KPZZPIV-a*, str. 15.

Zusammenfassung

DAS NEUE GESETZ ÜBER VERTRETUNG IM RECHTSGEBIET INDUSTRIEEIGENTUM – EIN SCHRITT VORWÄRTS ODER ZURÜCK?

Das kroatische Parlament hat am 14. April 2005 das Gesetz über Vertretung im Rechtsgebiet Industrieigentum ("Narodne novine", Nr. 54/05.) verabschiedet, das am 5. Mai 2005 in Kraft trat und seit dem 1. August 2005 auch angewandt wird. Mit seiner Verabschiedung hat der Gesetzgeber sich bemüht, eine notwendige Grundlage zu schaffen, so wie sie in dem Moment objektiv möglich und realisierbar war, mit der Absicht die Republik Kroatien so nahe wie möglich an die Standards, die in der Europäischen Union auf diesem Gebiet gelten, heranzuführen. Neben einer geschichtlichen und vergleichenden Darstellung des Instituts Vertretung im Rechtsgebiet Industrieigentum betrachtet der Autor die Bestimmungen des betreffenden Gesetzes kritisch und weist besonders auf die Bestimmungen hin, die er für strittig, ungenau und gegenüber anderen Vorschriften aus dem Bereich des Industrieigentums für widersprüchlich hält.

Schlüsselwörter: Vertreter für Patente, Vertreter für Warenzeichen, Industrieigentum.

Sommario

NUOVA LEGGE SULLA RAPPRESENTANZA NEL CAMPO DEL DIRITTO DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE – PASSO AVANTI O INDIETRO?

Il Parlamento croato ha approvato il 14 aprile 2005 la Legge sulla rappresentanza nel campo del diritto della proprietà industriale (*Narodne Novine*, n. 54/2005), che è entrata in vigore il 5 maggio 2005 e iniziata ad applicarsi l'1 agosto 2005. La Legge rappresenta uno sforzo del legislatore di creare la base necessaria, che è stata oggettivamente possibile e fattibile in quel momento, per una tanto prossima quanto realizzabile armonizzazione delle disposizioni croate con gli standards europei in questo campo. Accanto all'offerta di una rassegna storica e comparata dell'istituto della rappresentanza nel campo del diritto della proprietà industriale, l'Autore esamina criticamente le disposizioni della Legge, evidenziando quelle norme che valuta come discutibili, imprecise e contraddittorie rispetto alle altre regolamentazioni esistenti nel campo della proprietà industriale.

Parole chiave: rappresentante di brevetto, rappresentante di marchio, proprietà industriale.

OSIGURANJE TRAZBINA PRIJENOSOM PRAVA VLASNIŠTVA I PRIJENOSOM PRAVA – NEKA OTVORENA PITANJA

Dr. sc. Eduard Kunštek, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.952.2
347.736

Ur.: 30. siječnja 2006.

Pr.: 20. veljače 2006.

Pregledni znanstveni članak

U ovom radu obrađuje se dio problematike u svezi s osiguranjem tražbina prijenosom prava vlasništva i prijenosom prava nakon zadnjih izmjena i dopuna hrvatskog Ovršnog zakona 2005. godine. Premda izvjesne dvojbe glede položaja vjerovnika (predlagatelja osiguranja) i dužnika (protivnika osiguranja) i dalje postoje, one neće predstavljati prepreku za širu primjenu ovoga načina osiguranja tražbina, osobito u bankarskoj praksi. Zbog toga autor pozdravlja i smatra korisnim najnovije izmjene i dopune Ovršnog zakona.

Ključne riječi: *osiguranje, fiducijarni prijenos, posjed, ovrha, učinci stečaja.*

1. Uvodne napomene

Ovršni zakon¹ jedan je od onih propisa koji se često mijenja, što neminovno izaziva brojne rasprave.² S druge strane, ove promjene katkad dovode do dvojbi u hrvatskoj judikaturi i onih situacija koje nisu poželjne u pravno

¹ Ovršni zakon (Narodne novine 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03., 151/04. i 88/05). U nastavku će se za cjelokupni tekst navedenog zakona koristiti kratica OZ uz navođenje godine ako se radi o tekstu koji prema zadnjim izmjenama i dopunama ne važi, ali je bio na snazi u toj godini. Prilikom upućivanja na određene odredbe pojedinih zakona o izmjenama i dopunama toga zakona koristit će se kratica ZIDOZ uz navođenje godine u kojoj su takve izmjene i dopune izvršene.

² Za sustavniji pregled zadnjih izmjena Ovršnog zakona vidi zbornik radova *Novela Ovršnog zakona iz 2005.* (opća redakcija Mihajlo Dika), Zagreb, 2005.

uređenoj državi, napose do onih koje izazivaju nesigurnost pravnih subjekata glede njihova pravnog položaja. Tijekom proteklog desetljeća promjene prvobitnog teksta OZ uglavnom su bile inspirirane traženjem optimalnih rješenja glede odnosa između subjekata u ovršnom postupku i postupku osiguranja. Drugim riječima, pokušavalo se, manje ili više uspješno, poboljšati položaj vjerovnika (ovrhovoditelja, predlagatelja osiguranja), a da se istovremeno u dovoljnoj mjeri zaštite i interesi dužnika (ovršenika, protivnika osiguranja) i šire društvene zajednice. To katkad predstavlja gotovo nemoguću zadaću, jer je sasvim jasno da se zaštitom javnog interesa ili interesa dužnika ipak smanjuju mogućnosti vjerovnika glede ostvarenja njegove tražbine. Primarni cilj ovršnog postupka i postupka osiguranja ipak je namirenje tražbina i on bi mogao ostati neostvaren samo u izuzetnim situacijama koje su očito opravdane. Odredbe s kojima se štite javni interesi ili interesi dužnika postoje u propisima mnogih država. One su u velikom broju slučajeva opravdane, premda se katkad o tome može i dvojiti. Tako je npr. sasvim jasno kako postoji javni interes da se od ovrhe isključe neke stvari poput onih koje služe obrani zemlje ili onih koje su izvan prometa.³ Također bi bilo opravdano ograničiti ovrhu i tako da se ona provodi samo određenim radnjama koje su zakonom propisane. Dakako, i prilikom propisivanja pojedinih radnji valja paziti na njihovu ustavnu ili moralnu opravdanost. Tako bi npr. bilo neprihvatljivo propisati da se ovrha provodi na osobi dužnika (prisilnim radom, mučenjem, zatvaranjem), premda u pojedinim državama postoje i takvi primjeri.⁴ Mogu se opravdati i odredbe s kojima se ide za tim da se ovršenik ili njegova obitelj ne dovedu u situaciju koja bi onemogućila njihov opstanak⁵ ili s kojima se ovrha ograničava ili isključuje glede određenih primanja ovršenika.⁶ Opravdanje se, premda ne u svim slučajevima, može naći i za odredbe s kojima se ograničava ovrha na imovini strane države.⁷

³ Vidi članak 4. OZ.

⁴ Tako prema indijskim propisima ako se radi o ovrsi radi ostvarenja novčane tražbine, moguće je odrediti zadržavanje ili zatvor ovršeniku, ako sud u pisanoj odluci utvrdi da on ima namjeru otežati ili odugovlačiti ovrhu a osobito: 1) ako ima namjeru napuštanja područja jurisdikcije suda; ili 2) ako je nakon pokretanja postupka u kojem je donijeta ovršna isprava počeo zlonamjerno umanjivati svoju imovinu; ili 3) ako ima ili je imao novac za namirenje tražbine nakon donošenja ovršne isprave, a to propustio učiniti. Ako ovršenik nije zlonamjerno postupao i ako proglasi osobni stečaj u određenom roku, može biti pušten iz zatvora. Prema osobama ženskog spola nije moguće primijeniti ove ovršne radnje. Vidi Code of Civil Procedure 1908. (s brojnim izmjenama i dopunama, važeći tekst iz 1994. godine), članak 51. stavak 2., članak 55. stavak 3. i članak 56. Više o tome u Vuković/Kunštek, *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zagreb, 2005., str. 526. et seq.

⁵ Vidi npr. članak 70. stavke 1. i 2. OZ.

⁶ Vidi npr. članke 148. i 149. OZ.

⁷ Vladajuće gledište je da se ovrha može provoditi na imovini strane države koja je služila za određene gospodarske djelatnosti ili je stečena određenim pravnim poslovima (nasljedstvo, darovanje) uz moguća ograničenja. Više u Vuković/Kunštek, op. cit., str. 121 et seq. Vidi Europsku konvenciju o imunitetu države (članci 21., 23., 24. i 26.), Nacrt Konvencije o sudskom

Dakle, neprijeporno je da valja zaštititi interese dužnika u ovršnom postupku i postupku osiguranja, pri čemu treba imati u vidu temeljni cilj ovih postupaka. To katkad nije slučaj, pa i kad je u pitanju hrvatski zakonodavac, pri čemu napose imamo u vidu izmjene i dopune OZ koje su izvršene 2003. godine. Čini se kako je taj zakonodavni zahvat imao negativan učinak na položaj vjerovnika, napose onih koji su bili predlagatelji osiguranja u postupku osiguranja tražbina prijenosom prava vlasništva na stvari ili prijenosom prava. Naime, očito je kako je institut prijenosa prava vlasništva i prijenosa prava radi osiguranja tražbina vjerovnika, koji je 1996. godine unijet u hrvatski pravni sustav, imao blagotvoran učinak na razvoj gospodarstva i kako se njegova primjena uobičajila u praksi institucionalnih vjerovnika, napose banaka.⁸ Hrvatska je pozitivno ocijenjena i u svim istraživanjima koje je provela EBRD⁹ do 2003. godine. U njima je napose istaknuto kako je fiducijarni prijenos postao uobičajeni način osiguranja tražbina te da su tražbine vjerovnika relativno lako naplative u slučaju odsutnosti dragovoljnog ispunjenja dužnika. U nizu država, pa i u Hrvatskoj, i inače se poklanja velika pažnja ovoj i srodnoj problematici.¹⁰ ZIDOZ

imunitetu država i njihove imovine iz 2004. (International Law Commission), članci 18. do 21. i Greener, *The Commercial Exception to Foreign Sovereign Immunity: To be Immune or not to be Immune? : That is the Question : A Look at the International Law Commission's Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 15 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 1992-93. Prema OZ se ovrha ili osiguranje "na imovini strane države u Republici Hrvatskoj može se odrediti samo uz prethodnu suglasnost Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske, izuzev ako je strana država pristala na ovrhu, odnosno osiguranje" (članak 18.). O pretpostavkama za davanje takve suglasnosti OZ ne govori ništa, pa izgleda da navedeno upravno tijelo, u odsutnosti međunarodnog ugovora koji obvezuje Republiku Hrvatsku, nije vezano nikakvim internim propisom i ima diskrecijska ovlaštenja.

⁸ Vidi o tome više u Kunštek, *Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003.*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25,1, 2004.

⁹ Vidi EBRD, *Analysis of the current secured legal transactions regime in Croatia*, 2002. Isto EBRD, *Enforcement of Charges Survey, Croatia 2003*.

¹⁰ Vidi npr. EU Commission Report on Late Payments in Commercial Transactions, 1997 O.J. (C 216) 10, 19-24; Kieninger, *Securities in Movable Property Within the Common Market*, 4 Eur. Private Law 41, 1996; European Financing Laws, ed. Drake, Rider, Chancery Law Publishing, Chichester, 1994; Usón Duch, *Las subastas judiciales. Estudio crítico del actual sistema y propuesta de otro método*, Barcelona, 1993 itd. Vidi i Barbić, *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, Novo ovršno i stečajno pravo, 1996.; Dika, *Bitne značajke druge novele Stečajnog zakona*, Hrvatska pravna revija, 1, 4, 2001.; Dika, *Dvije godine primjene Ovršnog zakona s naglaskom na dobrovoljno sudsko i javnobilježničko založnopravno i fiducijarno osiguranje tražbina vjerovnika* (Ovrha u gospodarskoj i sudskoj praksi: najaktualnija pitanja, Zagreb, 1998.); Dika, *Novela ovršnog prava i zaštita vjerovnika*, Pravo u gospodarstvu, 38/4,1999.; Dika, *O nekim problemima u svezi s ovrhom na novčanim tražbinama i fiducijarnim osiguranjem tražbina*, Pravo i porezi, 7/10,1998.; Ružička, *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina vjerovnika prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, Pravo i porezi, 8/10,1999.; Stuhne, *Porezni status sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, Računovodstvo i financije, 44/5, 1998.; Stuhne, *Sadržaj i pravna priroda sporazuma o fiducijarnom prijenosu vlasništva na stvari i prijenosu prava*, Odvjetnik, 71/9-10,1998.; Vukić,

2003. godine predstavlja svakako korak natrag u pravcu zaštite interesa vjerovnika, koji nije povoljno percipiran ni u doktrini ni u judikaturi, pa je otklanjanje njihovih negativnih učinaka bilo nužno. Institut osiguranja tražbina fiducijarnim prijenosom prava vlasništva je u praksi nakon 2003. godine počeo nestajati najviše zbog toga što on nije osiguravao učinkovitu zaštitu tražbina vjerovnika.

Stoga valja pozdraviti ZIDOZ 2005. s kojim je uređenje ove materije izvršeno uglavnom na način koji je u osnovi sličan onome prije promjena 2003. godine. Po našem mišljenju zakonodavac je postupio ispravno, a valja skrenuti pozornost i na brojne dodatne odredbe s kojima je reguliran raspored prava i obveza predlagatelja i protivnika osiguranja. Broj pitanja glede kojih su moguće dvojbe sveden je na najmanju moguću mjeru.

Imajući to u vidu u ovom radu ćemo se ograničiti na razmatranja koja se odnose na dopuštenost postizanja sporazuma o pravu predlagatelja osiguranja da traži prisilnu predaju posjeda stvari i njegove učinke, na korištenje stvari koje je predlagatelj osiguranja vlasnik radi osiguranja svoje tražbine te učinke otvaranja stečajnog postupka protiv protivnika i predlagatelja osiguranja, uz davanje posebne pažnje njegovu pravu da otuđi stvar ili pravo glede kojeg je prijenos radi osiguranja obavljen.

2. Pravo predlagatelja osiguranja da traži ovrhu radi predaje posjeda stvari

Prema odredbama OZ do 2003. godine, predlagatelj osiguranja je imao mogućnost tražiti ovrhu radi predaje u posjed stvari koja je u njegovu fiducijarnu vlasništva i to nakon dospijeca osigurane tražbine, pod pretpostavkom da je takvu odredbu sadržavao sporazum stranaka.¹¹ Prema rješenju iz 2003. godine došlo je do zabrane ovakvog uglavka pod prijetnjom ništavosti.¹² Najnovije rješenje iz 2005. godine ponovno dopušta sporazum stranaka u tom pravcu.¹³ Međutim doseg ove odredbe je bitno ograničen

Fiducijarno osiguranje na nekretninama - razlučno ili izlučno pravo, Odvjetnik, 9-10, 2000.; Vukić, *Položaj stranaca prilikom osiguranja tražbine prijenosom prava vlasništva*, Odvjetnik, 71/9-10, 1998.

¹¹ Članak 274. stavak 7. OZ 1996. "U zapisnik iz stavka 1. ovoga članka može se unijeti i izjava protivnika osiguranja da je suglasan da predlagatelj osiguranja može neposredno na temelju toga zapisnika protiv njega zatražiti prisilnu ovrhu radi predaje nekretnine odnosno pokretnina u posjed nakon dospijeca osigurane tražbine. Zapisnik koji sadrži takvu izjavu je ovršna isprava."

¹² Članak 84. ZIDOZ 2003. (članak 274. stavak 6. OZ 2003.) "Zabranjeno je ugovoriti da predlagatelj osiguranja stječe pravo da od protivnika osiguranja, nakon dospijeca svoje tražbine, traži predaju u neposredan posjed stvari koja je predmet sporazuma iz stavka 1. ovoga članka. Takav je uglavak ništav."

¹³ Članak 110. ZIDOZ 2005. (članak 274. stavak 5. OZ) U sporazum iz stavka 1. ovoga Zakona može se unijeti i izjava protivnika osiguranja da je suglasan da predlagatelj osiguranja može neposredno na temelju toga zapisnika protiv njega zatražiti ovrhu radi predaje predmeta

prije nego što je predlagatelj osiguranja postao punopravni vlasnik stvari s obzirom na novouvedeni članak 274.h. prema kojem je dopušteno tražiti ovrhu radi ispražnjenja i predaje nekretnine ili predaje pokretnine u posjed samo zbog prodaje stvari.¹⁴ Ako je predlagatelj osiguranja pak postao punopravni vlasnik stvari, onda bi ovršna isprava na temelju koje može tražiti ovrhu radi predaje stvari u posjed bila potvrda javnog bilježnika o toj okolnosti, a ne sporazum stranaka, pa će njegov položaj biti isti neovisno o tome postoji li ovakav uglavak u sporazumu.¹⁵

Po svemu sudeći predlagatelj osiguranja ima samo "načelno" pravo tražiti ovrhu radi predaje u posjed, odnosno to prije nego što je postao punopravni vlasnik ne bi mogao tražiti npr. radi osobnog korištenja stvari, već samo radi olakšanja njene prodaje. Može se postaviti pitanje kako postupiti za slučaj da predlagatelj osiguranja zatraži i dobije posjed stvari, a ne pristupi njenoj prodaji, ili ako prodaja bude bez uspjeha? Mora li prilikom predlaganja ovrhe na predaju stvari priložiti dokaz da je već tražio njeno unovčenje preko javnog bilježnika, ili bi pak očitovanje kako postoji njegova namjera u tom pravcu moglo biti osnova za odluku suda? Smatramo da bi bila dovoljna njegova izjava kako namjerava prodati stvar, a ako prodaja bude neuspješna, još uvijek može pokrenuti postupak namirenja svoje tražbine prema članku 277.

Postoje i neka druga, u osnovi ista, ali donekle različita stajališta. Prema njima odredba članka 274. stavka 5. OZ 2005. odnosi se na slučaj kad je tražbina predlagatelja osiguranja dospjela, neovisno o tome je li predlagatelj osiguranja pokrenuo postupak prodaje predmeta osiguranja preko javnog bilježnika.¹⁶ Dakle, on bi mogao tražiti predaju u posjed predmeta osiguranja nakon dospijeca tražbine, premda to ne čini radi prodaje stvari. To dakako ne znači kako bi se odredba članka 277. h. OZ 2005. odnosila na slučajeve u kojima se prodaja stvari vrši preko javnog bilježnika prije dospijeca osigurane tražbine. Takav zaključak se ipak ne bi mogao opravdati, jer se ona izričito odnosi baš na sporazum iz članka 274. stavka 1., a i zbog toga što javni bilježnik ne može pristupiti prodaji

osiguranja u posjed nakon dospijeca osigurane tražbine. Zapisnik koji sadrži takvu izjavu je ovršna isprava."

¹⁴ Članak 111. ZIDOZ 2005. (vidi članke 174.h. i 274.g.) "Ako se protivnik osiguranja u sporazumu iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona ili u kojoj drugoj ispravi na kojoj je njegov potpis javnobilježnički ovjeren i suglasio da predlagatelj osiguranja može na temelju te isprave tražiti protiv njega ovrhu radi ispražnjenja i predaje nekretnine u posjed ili predaju pokretnine u posjed, predlagatelj osiguranja ovlašten je zatražiti takvu ovrhu samo radi prodaje tih stvari prema odredbama članka 274.g. ovoga Zakona."

¹⁵ Vidi članak 113. ZIDOZ 2005. (članak 277. stavak 11. OZ) "Ako predlagatelj osiguranja postane punopravni vlasnik stvari odnosno nositelj prava (stavak 7.) ovlašten je tražiti, na temelju potvrde javnog bilježnika o tome, ovrhu radi predaje stvari u posjed odnosno ovrhu ili poduzimanje drugih radnji radi stjecanja ovlaštenja na slobodno vršenje prava čijim je punopravnim nositeljem postao."

¹⁶ Vidi Jelčić, *Novo fiducijarno osiguranje tražbina* (u *Novela ovršnog zakona iz 2005.*), str. 271.

prije dospijeca osigurane tražbine, s obzirom da to predlagatelj osiguranja nije ovlašten od njega tražiti,¹⁷ a ako bi i tražio, javni bilježnik bi bio dužan odbiti poduzeti svoju radnju jer se sa njom želi postići očigledno nedopušten ili nepošteni cilj.¹⁸ Stoga i ovi autori ipak u konačnici smatraju da postoji proturječnost između odredbe članka 274. stavka 5. i odredbe članka 274. h. OZ 2005. koja izaziva nedoumice, ali daju prednost stajalištu da bi ovrha na ispražnjenje i predaju nekretnine ili predaju pokretne stvari bila moguća samo za slučaj da mu je posjed potreban radi olakšanja prodaje predmeta osiguranja.¹⁹ Međutim, ni oni ne daju odgovor na pitanje treba li predlagatelj osiguranja samo učiniti vjerojatnim da će predmet osiguranja prodati preko javnog bilježnika ili bi to trebao učiniti izvjesnim? Kako smo naveli, smatramo da bi postojanje vjerojatnosti trebalo biti dovoljno – no to ne isključuje i drukčija stajališta. Očekivati je da će ona i prevladati, pa će predlagatelji osiguranja kao ovrhovoditelji u ovim ovršnim postupcima uz prijedlog za ovrhu prilagati dokaz o tome da su pokrenuli postupak prodaje preko javnog bilježnika. To napose stoga što će sudovi, koji sve dvojbe i inače uglavnom rješavaju u korist protivnika osiguranja, to od njih zahtijevati. Možemo ovome dodati kako odredba članka 274. stavka 5. nema praktičnog značenja. Takav uglavak u sporazumu stranaka ili u nekoj drugoj ispravi na kojoj je javnobilježnički ovjеровljen potpis protivnika osiguranja bit će ograničen učincima odredbe članka 274. h. OZ 2005. I bez postojanja ove odredbe protivnik osiguranja bi mogao, u privatnoj ispravi na kojoj je javnobilježnički ovjеровljen njegov potpis, dati izjavu prema kojoj dopušta provedbu ovrhe ispražnjenjem i predajom nekretnine ili predajom pokretne u posjed, a koja bi imala učinke ovršne isprave.²⁰ Dakako, oni bi u ovom slučaju ipak bili ograničeni odredbom članka 274. h. OZ 2005. S druge strane, ako je predlagatelj osiguranja postao punopravni vlasnik stvari, ovrhu radi ispražnjenja i predaje nekretnine ili predaje pokretne neće tražiti na temelju odredbe članka 274. stavka 5. OZ 2005., već na temelju potvrde javnog bilježnika da je stekao punopravno vlasništvo.²¹

Ostaje dvojbeno kakav bi bio položaj kupca predmeta osiguranja, neovisno o tome je li prodaja obavljena sukladno 274. g. ili 277. OZ 2005.,

¹⁷ Vidi članak 274. f. stavak 1. OZ 2005.

¹⁸ Vidi infra 42.

¹⁹ Jelčić, op. cit. 272.

²⁰ Vidi članak 54. stavke 1. i 6. Zakona o javnom bilježništvu (Narodne novine, 78/93., 29/94., 162/98.). "(1) Javnobilježnički akt je izvršna isprava ako je u njemu utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi i ako sadrži izjavu obvezanika o tome da se na temelju tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospelosti obveze, neposredno provesti prisilno izvršenje. (6) Isti učinak kao i isprava iz stavka 1. ovoga članka ima i privatna isprava takvog sadržaja na kojoj je javni bilježnik ovjerio potpis dužnika. Ako privatna isprava ne sadrži izjavu o pristanku dužnika da se neposredno na temelju nje može tražiti prisilno izvršenje, takovu izjavu može u privatnu ispravu, uz pristanak stranaka, unijeti javni bilježnik prigodom ovjere potpisa dužnika."

²¹ Vidi članak 277. stavak 11. OZ 2005.

ako predlagatelj osiguranja prije njene provedbe nije tražio ovrhu radi ispražnjenja i predaje nekretnine ili predaje pokretnine u posjed. Premda se na prodaju iz članka 274. f. stavaka 1. i 2. primjenjuju pravila o prodaji odnosno unovčenju predmeta osiguranja kao predmeta ovrhe u ovršnom postupku,²² valja istaknuti da se radi o "shodnoj" primjeni odgovarajućih odredaba, uz napomenu da se to napose odnosi na odredbe o prodajnoj cijeni. Iz toga valja zaključiti da se od odredaba koje se odnose na prodajnu cijenu ne može odstupiti, dok bi u slučaju drugih odredaba bila moguća i njihova "elastičnija" primjena. Katkad će biti jako teško postupiti "na odgovarajući način", a katkad će to biti nemoguće. Tako npr. ako prodaju nekretnine u ovršnom postupku obavlja sud, kupac može, nakon donošenja zaključka o predaji nekretnine, predložiti ovrhu radi njenoga ispražnjenja i predaje.²³ Međutim, ako se prodaja nekretnine obavlja preko javnog bilježnika, on neće donijeti zaključak o predaji nekretnine kupcu, već će nakon što kupovina bude položena, u ime predlagatelja osiguranja, s kupcem sklopiti kupoprodajni ugovor u obliku javnobilježničkog akta.²⁴ Postavlja se pitanje može li kupac nekretnine nakon sklapanja ugovora predložiti ovrhu radi njenog ispražnjenja i predaje, odnosno je li stupio u pravni položaj predlagatelja osiguranja na isti način kako kupac nekretnine u ovršnom postupku stupa u položaj ovrhovoditelja? Mišljenja smo da bi se, ako se odredba članka 121. stavka 3. OZ 2005. primijeni "na odgovarajući način", kupcu trebalo ovo omogućiti. Međutim, moguća su i drukčija stajališta pa bi, dok se ovaj potencijalni problem ne riješi izričitom zakonskom odredbom, valjalo preporučiti da predlagatelji osiguranja prije sklapanja ugovora između javnog bilježnika i kupca predlože ovrhu radi ispražnjenja i predaje nekretnine u posjed, ako su na to ovlaštteni prema sporazumu o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja ili kakvoj drugoj ispravi. Dakako, to se odnosi i na predaju posjeda pokretnina. Ako ni predlagatelj osiguranja nije bio ovlašten tražiti takvu ovrhu, već samo u slučaju da je on postao punopravni vlasnik, tj. ako ne postoji izjava protivnika osiguranja u sporazumu o prijenosu vlasništva radi osiguranja ili nekoj drugoj ispravi na kojoj je javnobilježnički ovjеровljen njegov potpis s kojom je predlagatelj osiguranja ovlašten tražiti ovrhu, onda bi valjalo zaključiti da je ne može tražiti niti kupac. Mislimo da je odredbu članka 274. g. stavka 3. trebalo dopuniti na način da se izričito navede kako kupac na temelju ugovora sklopljenog s javnim bilježnikom ima ista prava koja ima i predlagatelj osiguranja u slučaju kad je postao punopravni vlasnik stvari ili imatelj prava u postupku provedenom po članku 277. OZ 2005.²⁵ Ovaj nedostatak ipak neće biti od veće praktične važnosti, jer smatramo da će biti rijetke situacije

²² Članak 274. g. stavak 1. OZ 2005.

²³ Članak 121. stavak 3. OZ 2005.

²⁴ Članak 274. g. stavak 3. OZ 2005.

²⁵ Vidi članak 277. stavak 11. OZ 2005.

u kojima predlagatelj osiguranja, u sporazumu o prijenosu vlasništva radi osiguranja ili drugoj ispravi na kojoj je javnobilježnički ovjeren potpis protivnika osiguranja, neće biti ovlašten tražiti ovrhu radi predaje u posjed predmeta osiguranja, kao i one u kojima on prije prodaje predmeta osiguranja tu mogućnost nije iskoristio.

3. Pravo predlagatelja osiguranja da koristi stvar prije dospelosti tražbine

Postavlja se i pitanje odnosa najnovijeg rješenja glede prava predlagatelja osiguranja da traži ovrhu radi predaje stvari u posjed prema odredbama koje omogućavaju da predlagatelj osiguranja i prije dospelosti tražbine, tj. prije nego što je stekao pravo da je proda, ipak koristi stvar. Naime predlagatelj osiguranja, ako ima mogućnost sporazumjeti se s protivnikom osiguranja da stvar koristi prije dospelosti tražbine, može ostaviti bez učinka odredbe OZ koje mu dopuštaju tražiti ovrhu radi predaje stvari u posjed samo radi njene prodaje. Takva mogućnost je postojala prema tekstu OZ 1996., na što upućuje tumačenje njegove relevantne odredbe koja je korištenje stvari omogućavala protivniku osiguranja, ako drukčije nije ugovoreno.²⁶ Ovakva odredba je izostavljena iz ZIDOZ 2003., što je bilo sasvim logična posljedica stajališta kako je potrebno zaštititi interese protivnika osiguranja, pa i na način da predlagatelj osiguranja ne može preuzeti posjed stvari, čak ni u slučaju da postoji takav uglavak između ugovornih strana – s obzirom da bi on *ex lege* bio ništav.²⁷ Najnovije rješenje dopušta sporazum u tom pravcu, i to izričito, ali postavlja izvjesna ograničenja.²⁸ Naime, sporazum predlagatelja i protivnika osiguranja u takvom slučaju mora sadržavati odredbe s kojima se određuje način korištenja stvari i način izračuna koristi predlagatelja osiguranja od korištenja stvari ili vršenja prava. Takva odredba u svakom slučaju postoji radi zaštite interesa protivnika osiguranja, premda se može očekivati, zbog dispozitivnih ovlaštenja ugovornih strana i njihova stvarnog položaja, tj. podređenosti protivnika osiguranja, da će predlagatelji

²⁶ Članak 275. OZ 1996. “Ako sporazumom iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona nije drukčije određeno, protivnik osiguranja ovlašten je i dalje koristiti stvar čije je vlasništvo preneseno na predlagatelja osiguranja, a predlagatelj osiguranja nije ovlašten stvar otuditi niti opretiti.”

²⁷ Vidi članak 85. ZIDOZ 2003. s kojim je brisan članak 275.

²⁸ Vidi članak 111. ZIDOZ 2005. (članak 274.e. stavci 2. i 3. OZ) “(2) Sporazumom iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona ili naknadnim sporazumom sastavljenim u obliku javne isprave ili privatne isprave na kojoj je potpis protivnika osiguranja javno ovjeren može se predvidjeti da predlagatelj osiguranja koristi stvar ili vrši pravo koji su na njega preneseni. (3) U sporazumu iz stavka 2. ovoga članka mora biti utvrđen način na koji će predlagatelj osiguranja koristiti stvar ili vršiti pravo te kako će se obračunavati koristi koje će od toga imati. Te će se koristi prebijati s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, zatim s kamatama koje mu se duguju i napokon s glavnicom, ako navedenim sporazumom nije drukčije određeno.”

osiguranja često nametati uglavke u svoju korist koji predviđaju mogućnost različitog korištenja stvari ili očitou nisku naknadu za korištenje stvari ili vršenje prava. Zbog toga se željeni učinak najvjerojatnije neće u potpunosti postići, odnosno ova će odredba služiti uglavnom za zaobilazjenje pravila iz članka 274. h. OZ 2005.²⁹

S druge strane, ako predlagatelj osiguranja već koristi stvar i crpi gospodarsku korist od toga, sasvim je realna mogućnost da neće uvijek biti motiviran, za slučaj da je protivnik osiguranja zakasnio s ispunjenjem tražbine, stvar prodati preko javnog bilježnika ili pokrenuti postupak iz članka 277. U takvom slučaju bi se njegova tražbina nakon dospelosti, a da je protivnik osiguranja nije namirio, samo povećavala, a predlagatelj osiguranja bi i dalje izvlačio gospodarsku korist. Takva situacija bi bila jako slična institutu antikreze kako je postavljen u nizu iberoameričkih zemalja, pri čemu vjerovnik koristi stvar do ispunjenja tražbine a kao naknada za korištenje računaju se plodovi stvari, odnosno najčešće kamate, tj. vjerovniku pripada pravo samo na povrat glavnice.³⁰ Zbog toga postoji interes dužnika, odnosno protivnika osiguranja, da u slučaju kad ne može ispuniti svoju obvezu, traži prodaju stvari kako bi njegova obveza prestala. Takav interes je zakonodavac prepoznao, što je za svaku pohvalu.³¹

4. Učinci otvaranja stečajnog postupka

4.1. Stečaj predlagatelja osiguranja

Što se tiče učinaka ovrhe ili stečaja protiv predlagatelja osiguranja najnovije izmjene u ZIDOZ 2005. konačno su pravilno uredile ovu materiju.

²⁹ Vidi i Jelčić, op. cit., str. 266. Navodi se kako OZ 2005. predviđa prijeboj koristi od korištenja stvari s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, dospjelim kamatama i glavnicom, ali i da način obračuna stranke mogu ugovoriti i drukčije. Nije jasno misli li se da stranke mogu odgovoriti drukčiji način prijeboja ili na drukčiji obračun koristi. Mislimo da način prijeboja ne može biti prepušten dispozicijama stranaka već da se ova odredba odnosi na način obračunavanja koristi. Po našem mišljenju je sporna i mogućnost da stranke neograničeno disponiraju s načinom obračuna. Postoji realna opasnost da će se korist od korištenja stvari određivati u očigledno niskom iznosu te da će protivnici osiguranja tražiti izmjenu takvih uglavaka. Stoga će biti korisno pratiti kako će ova odredba biti primjenjivana u praksi i eventualno reagirati novim dopunama OZ.

³⁰ Vidi npr. članak 2349. Código Civil Uruguay, "*La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos.*". Glede propisa koji se odnose na neke druge države (Argentina, Španjolska, Porto Riko) vidi Kunštek, *Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003.*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 25, 1, 2004.

³¹ Vidi članak 114. ZIDOZ 2005. (članak 277. c. OZ) "(1) Nakon dospelosti osigurane tražbine unovčenje predmeta osiguranja ovlašten je tražiti i protivnik osiguranja. (2) Unovčenje predmeta osiguranja provodi se uz odgovarajuću primjenu pravila o unovčenju predmeta osiguranja od strane predlagatelja osiguranja. (3) Troškove prodaje predmeta osiguranja iz stavka 1. ovoga članka dužan je predumjeti protivnik osiguranja."

Naime, prema prvobitnom rješenju iz 1996. godine, u slučaju prisilne ovrhe ili stečaja predlagatelja osiguranja, protivnik je imao izlučno pravo na stvarima i pravima koje je prenio na predlagatelja osiguranja, izuzev za slučaj da se ovrha provodila u korist treće osobe koja je na stvarima ili pravima prenijetim na predlagatelja osiguranja radi osiguranja njegove tražbine imala založno pravo koje je osnovao predlagatelj osiguranja. Prema rješenju iz 2003. godine protivnik osiguranja je uvijek imao izlučno pravo s obzirom da predlagatelj osiguranja nije ni mogao opteretiti stvar založnim pravom.³² Na taj način vjerovnici predlagatelja osiguranja, koji je postao ovršenik ili stečajni dužnik, uopće nisu bili zaštićeni, odnosno dužnik njihova dužnika je imao već prava od njih glede predmeta osiguranja. To je općenito nelogično, jer su tražbine ovršenikova dužnika ne samo u Hrvatskoj, već i u nizu propisa pojedinih država, uz izvjesna ograničenja glede tražbina po osnovi poreza i sličnih davanja, ona imovina na kojoj je moguće provesti ovrhu, odnosno imovina koja ulazi u stečajnu masu. Stoga je prirodno da one tražbine koje su na ovakav način osigurane takvima i ostanu, pa je jedino pravilno najnovije rješenje prema kojem je kupac stvari ili prava u ovršnom postupku ili stečaju stupio u položaj predlagatelja osiguranju.³³

4.2. Pravo predlagatelja osiguranja da predmet osiguranja otuđi; stečaj protivnika osiguranja

4.2.1. Stečaj protivnika osiguranja znatnije utječe na položaj predlagatelja osiguranja, ali i trećih osoba, jer primjena određenih odredaba OZ ne bi dolazila u obzir. To se napose odnosi na one prema kojima je predlagatelj osiguranja ovlašten otuđiti stvar ili pravo koje je na njega prenijeto radi osiguranja tražbine, ali tek nakon što je ova dospjela. Prema OZ, ako do otuđenja dođe prije dospelosti tražbine, ono je pravno valjano, ali predlagatelj osiguranja odgovara protivniku osiguranja za štetu koju je ovaj zbog toga pretrpio.³⁴ Ova odredba štiti stjecatelja stvari ili prava čak i u slučaju da je znao da predlagatelj osiguranja nije bio ovlašten stvar otuđiti, premda ne isključuje njegovu kaznenu odgovornost, kao ni kaznenu odgovornost drugih osoba.³⁵ Međutim, moguće se u neke situacije koje će u

³² Vidi članak 276. stavak 2. OZ 2003. "U slučaju ovrhe ili stečaja protiv predlagatelja osiguranja protivnik osiguranja ima izlučno pravo na stvarima koje je prenio na predlagatelja radi osiguranja njegove tražbine."

³³ Vidi članak 112. ZIDOZ 2005. (članak 276. OZ) "U slučaju ovrhe ili stečaja protiv predlagatelja osiguranja predmet ovrhe ili prodaje u stečaju jest pravo koje je predlagatelj osiguranja stekao na predmetu osiguranja. U slučaju prodaje predmeta osiguranja kupac stječe pravni položaj predlagatelja osiguranja."

³⁴ Vidi članak 111. ZIDOZ 2005. (članak 276.f. stavci 1. i 2. OZ).

³⁵ Ibid., članak 276. f. stavak 5. "Okolnost da su otuđenje stvari ili prava na koje predlagatelj osiguranja nije bio ovlašten pravno valjani ne isključuje kaznenu odgovornost osoba koje su sudjelovale u takvom otuđenju."

najmanju ruku izazvati dvojbe. S obzirom da se u OZ upotrebljava termin "otuđenje", postavlja se pitanje što učiniti ako predlagatelj osiguranja bude raspolagao sa stvari na neki drugi način, npr. tako što je da u zakup ili osnuje založno pravo u korist treće osobe? Valja uzeti da ako stvar može prodati, da je može i valjano opteretiti, premda OZ u tom pravcu nije izričit ("tko može više može i manje"). Također se dvojbe mogu pojaviti i glede kaznene odgovornosti predlagatelja osoba koje su sudjelovale u otuđenju stvari. Može se postaviti pitanje i o kojem se kaznenom djelu radi. Kazneno djelo prijevare³⁶ ne dolazi u svim slučajevima u obzir. Naime, ako stjecatelj stvari od predlagatelja osiguranja znao da stječe stvar prije dospelosti tražbine predlagatelja osiguranja, ne postoji lažno prikazivanje ili prikrivanje činjenica s kojim je stjecatelj doveden u zabludu ili održavan u zabludi. Stoga bi kazneno djelo prijevare moglo postojati samo u slučaju da predlagatelj osiguranja o ovoj okolnosti nije upoznao stjecatelja. Postojanje kaznenog djela zloporabe povjerenja³⁷ također je dvojbeno. Naime, ovo kazneno djelo pretpostavlja da je predlagatelj osiguranja zastupnik interesa protivnika osiguranja, a to je sporno jer on ovakvom slučaju djeluje u svoje ime i za svoj račun, ili da je zloporabio zakonom ili ugovorom dane mu ovlasti koje u konkretnom slučaju ne postoje. Dakako, moguća su i drukčija stajališta, jer je sasvim jasno da predlagatelj osiguranja ima dužnost brinuti se i o interesima protivnika osiguranja, što je vidljivo kad je u pitanju fiducijarni prijenos kakve tražbine.³⁸ Može se smatrati i da postoji kazneno djelo povrede tuđih prava,³⁹ jer je predlagatelj osiguranja otuđio svoju stvar. Međutim, ovdje se može istaknuti da protivnik osiguranja na njoj nema založno pravo ili pravo uživanja. Založno pravo svakako nema, ali je moguće smatrati da ima pravo uživanja koje je uključeno u njegovo buduće pravo vlasništva, koje neće moći steći čak ni ako ispuni tražbinu predlagatelja osiguranja u vrijeme njena dospijanja. Može se smatrati i da se radi o kaznenom djelu samovlasti⁴⁰ jer predlagatelj, premda na to nije

³⁶ Vidi članak 224. stavak 1. Kaznenog zakona (Narodne novine, 110/97., 27/98., 129/00., 51/01., 105/04., Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-I-2566 – 2003. godine). "Tko s ciljem da sebi ili drugome pribavi protupravnu imovinsku korist dovede nekoga lažnim prikazivanjem ili prikrivanjem činjenica u zabludu ili ga održava u zabludi i time ga navede da na štetu svoje ili tuđe imovine nešto učini ili ne učini..."

³⁷ Vidi članak 227. stavak 1. Kaznenog zakona. "Tko zastupajući interese neke osobe ili brinući se o njenoj imovini ispuni svoju na zakonu utemeljenu dužnost ili zlouporabi zakonom ili ugovorom dane mu ovlasti i time ošteti osobu čije interese zastupa..."

³⁸ Članak 111. ZIDOZ 2005. (članak 274.j. stavak 1. OZ) "Ako sporazumom nije drukčije određeno, predlagatelj osiguranja dužan je: 1. poduzimati mjere potrebne za očuvanje prenesene tražbine, 2. naplaćivati kamate ili kakve druge povremene tražbine.3. naplatiti prenesenu tražbinu, odnosno primiti njezino ispunjenje, nakon što dospije..."

³⁹ Vidi članak 228. stavak 1. Kaznenog zakona. "Tko s ciljem da osujeti ostvarenje prava na stvari, otuđi, uništi, ošteti ili oduzme svoju stvar na kojoj drugi ima založno pravo ili pravo uživanja i time ga ošteti..."

⁴⁰ Vidi članak 329. stavak 1. Kaznenog zakona "Tko samovlasno pribavlja neko svoje pravo ili pravo za koje smatra da mu pripada..."

ovlašten, poduzima pravni posao. Glede ovakvog rješenja OZ mogu se postaviti još neka pitanja. Tako npr. je li valjano otuđenje stvari na kojoj predlagatelj osiguranja ima vlasništvo radi osiguranja tražbine koje nije obavljeno na način predviđen člankom 274.g. OZ-a?⁴¹ Zakon u ovom pogledu nije sasvim jasan, pa su dvojbe sasvim moguće. Drugim riječima, bi li bilo dostatno da predlagatelj osiguranja s trećom osobom sklopi neki od pravnih poslova koji su podobni za prijenos prava vlasništva kako bi ova stekla punopravno vlasništvo na stvari, ili bi se u ovakvom slučaju moglo smatrati da je treća osoba stupila u pravni položaj predlagatelja osiguranja, s obzirom na nitko na drugoga ne može prenijeti više pravo nego što ga sam ima? I dodatno, ako se otuđenje može valjano obaviti samo preko javnog bilježnika, kako bi ovaj trebao postupiti u slučaju da tražbina nije dospjela? On bi trebao odbiti poduzimanje svojih radnji glede prodaje, odnosno unovčenja predmeta osiguranja shodnom primjenom pravila OZ koja se odnose na prodaju stvari ili unovčenje prava, jer bi trebao smatrati da se njegovo sudjelovanje traži radi postizanja "očigledno nedopuštenog ili nepoštenog cilja".⁴² Mislimo da bi ovdje bila nužna nadopuna OZ, prema kojoj bi se pravni položaj stjecatelja razlikovao s obzirom na okolnost je li stvar ili pravo koje je stekao upisano u javne knjige ili nije. Tako bi npr. u slučaju otuđenja nekretnina (koje su upisane u zemljišne knjige) prije dospelosti tražbine preko javnog bilježnika ovaj ili odbio poduzeti traženu radnju ili bi bio odgovoran za štetu za slučaj da je stjecatelj postao punopravni vlasnik.⁴³ U slučaju otuđenja takvih nekretnina na neki drugi način stjecatelj bi najviše mogao stupiti u pravni položaj svog prednika – predlagatelja osiguranja. Ako se pak radi o stvari ili pravu koje nije upisano u javne knjige, smatramo da bi stjecatelja trebalo dodatno zaštititi i u slučaju otuđenja koje nije obavljeno preko javnog bilježnika, jer način na koji se javnosti čini dostupnom činjenica da je do prijenosa vlasništva na stvari i prijenosa prava radi osiguranja došlo očito ne pruža dostatna jamstva da će ova okolnost njemu doista biti i poznata.⁴⁴

U slučaju stečaja protivnika osiguranja stjecatelj nema, prema sadašnjim hrvatskim propisima, nikakvu zaštitu. To nam se čini nepravednim rješenjem. Naime, predlagatelj osiguranja gubi pravo otuđiti ili opteretiti stvar ili pravo

⁴¹ Jelčić smatra da će otuđenje stvari prije dospelosti tražbine biti pravno valjano samo ako je učinjeno preko javnog bilježnika te da glede drugih načina otuđenja OZ 2005. godine ne daje odgovor. Vidi Jelčić, op. cit., str. 274. et seq. Vidi članak 111. ZIDOZ 2005. (članak 274. g. stavak 1. OZ). "(1) Na prodaje iz članka 274. f stavka 1. i 2. ovoga Zakona glede načina njihove provedbe, a osobito prodajne cijene na odgovarajući se način primjenjuju pravila o prodaji odnosno unovčenju predmeta osiguranja kao predmeta ovrhe u ovršnom postupku." Vidi i stavak 2. "O prodaji predmeta osiguranja i o svakoj dražbi javni bilježnik uputit će obavijest protivniku osiguranja na adresu iz sporazuma iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona. Prodaja će se obaviti neovisno o tome je li obavijest dostavljena protivniku osiguranja."

⁴² Vidi članak 33. stavak 3. Zakona o javnom bilježništvu.

⁴³ Ibid., članak 17.

⁴⁴ U Narodnim novinama. Vidi članak 274. c. stavak 5. OZ 2005.

koje je na njega prenijeto, neovisno o tome je li ono dospjelo ili ne, i to pod prijetnjom da pravni posao koji je poduzet u tom pravcu ne proizvodi bilo kakve pravne učinke.⁴⁵ Tako bi čak i stjecatelj koji nije znao za otvaranje stečajnog postupka, što je lako moguće s obzirom na način publiciranja ove okolnosti i krug osoba kojima se rješenje o otvaranju stečajnog postupka dostavlja,⁴⁶ ostao nezaštićen, dok bi nesavjestan stjecatelj, za slučaj da stečajni postupak nije otvoren, uživao zaštitu glede prava kojeg je stekao.

4.2.2. Kad je u pitanju pravni položaj predlagatelja osiguranja u slučaju stečaja protivnika osiguranja, valja obratiti pažnju i na sljedeće. Očito je izgubio pravo na unovčenje stvari ili prava preko javnog bilježnika prema odredbi članka 274.f. stavka 3. Ovršnog zakona, kao i tražiti predaju stvari na kojoj je stekao vlasništvo radi osiguranja tražbine u posjed te pokrenuti postupak sukladno članku 277. OZ.⁴⁷ Pri tome se njegov položaj razlikuje ovisno o tome je li stvar ili pravo koje je na njega prenijeto upisano u javnoj knjizi ili nije. Ako jest, onda ima pravo na odvojeno namirenje u ovršnom postupku.⁴⁸ U takvom slučaju njegov položaj može biti donekle povoljniji od onoga u kojem bi bio da je "obični" ovrhovoditelj. Naime, on može u prijedlogu za ovrhu tražiti da se stvar ili pravo ne mogu prodati za cijenu koja bi bila niža od osigurane tražbine, uvećane za kamate, troškove i za predvidivi porez na promet, te izjaviti da je spreman, ako se ta cijena ne postigne na prvoj prodaji, zadržati stvar ili pravo kao punopravni vlasnik, odnosno imatelj za tu cijenu.⁴⁹ Na taj način se postupak skraćuje, ili bolje

⁴⁵ Vidi članak 81.a. stavci 1. i 2. Stečajnog zakona (Narodne novine, 44/96., 29/99., 129/00., 123/03.) "(1) Otvaranjem stečajnoga postupka predlagatelj osiguranja (vjerovnik) gubi pravo otuđenja i opterećenja stvari ili prava koji su na njega preneseni sudskim ili javnobilježničkim osiguranjem tražbine. (2) Pravni poslovi sklopljeni protivno odredbi stavka 1. ovoga članka nemaju pravnog učinka."

⁴⁶ Na oglasnoj ploči suda i u Narodnim novinama. Vidi članke 64. i 65. Stečajnog zakona.

⁴⁷ Vidi članak 113. ZIDOZ 2005. (članak 277. OZ).

⁴⁸ Vidi članak 81.a. stavak 3. Stečajnog zakona. "Predlagatelj osiguranja (vjerovnik) čija je tražbina osigurana prijenosom stvari ili prava koji su upisani u javnoj knjizi (zemljišnoj knjizi, upisniku brodova, zrakoplova, intelektualnog vlasništva i sl.) imaju pravo na odvojeno namirenje na toj stvari ili pravu prema odredbama propisa o ovrsi (članak 81. i članak 164. stavak 4. i 5.)." Vidi i članak 81.b. "(1) U slučaju iz članka 81.a stavka 3. ovoga Zakona predlagatelj osiguranja (vjerovnik) ovršni postupak pokreće kao ovrhovoditelj protiv stečajnoga dužnika kao ovršenika. (2) U postupku iz stavka 1. ovoga članka predlagatelj osiguranja (vjerovnik) svoje svojstvo razlučnog vjerovnika i osobe ovlaštene da postupak pokrene kao ovrhovoditelj dokazuje izvatkom iz javne knjige i prijepisom rješenja o otvaranju stečajnog postupka protiv stečajnoga dužnika ili drugom odgovarajućom javnom ispravom kojom se to potvrđuje." Također članak 164.a. "(1) Nakon što unovči stvar ili pravo na kojemu postoji razlučno pravo upisano u javnoj knjizi (članak 164. stavak 4.) ovršni će sud, pošto namiri troškove do tada provedenoga ovršnog postupka, preostali novac. predati stečajnom sudu. (2) Stečajni će sud iz novca dobivenog od ovršnog suda najprije namiriti tražbine razlučnih vjerovnika prema redoslijedu predviđenom pravilima ovršnoga prava, a preostali će iznos predati stečajnom upravitelju. (3) U slučaju iz stavka 2. ovoga članka odredbe članka 170. ovoga Zakona primjenjuju se na odgovarajući način."

⁴⁹ Članak 81.a. stavak 4. Stečajnog zakona.

rečeno pojednostavljuje, s obzirom da se neće provoditi jedna od ovršnih radnji – procjena. Valja skrenuti pažnju da to pravo predlagatelj osiguranja gubi nakon podnošenja prijedloga za ovrhu.

Za slučaj da stečajno vijeće odluči prodati stvar ili pravo koje je upisano u javne knjige, predlagatelj osiguranja je također ovlašten tražiti da se ta stvar ili pravo ne mogu prodati za cijenu nižu od osigurane tražbine, uvećane za kamate, troškove i predvidivi porez na promet. Pri tome se treba očitovati kako je spreman, ako se tako određena cijena ne postigne, zadržati tu stvar ili pravo kao njen punopravni vlasnik, odnosno imatelj za tu cijenu. I ovdje valja napomenuti da se ovim pravom predlagatelj osiguranja može koristiti samo do donošenja zaključka stečajnog vijeća o prodaji stvari ili prava, ali i da stečajno vijeće može donijeti odluku o prodaji stvari samo za slučaj da je stečajni upravitelj predložio njeno donošenje prije nego što je predlagatelj osiguranja pokrenuo ovršni postupak.⁵⁰

Ako se radi o stvarima ili pravima koja nisu upisana u javnu knjigu, predlagatelj osiguranja ima pravo na odvojeno namirenje na toj stvari ili pravu prema odredbama Stečajnog zakona o unovčenju drugih stvari ili prava.⁵¹ To znači da stečajni upravitelj može i izravnom pogodbom unovčiti stvar koja nije upisana u javne registre, ako se ona nalazi u njegovu posjedu ili naplatiti tražbinu, odnosno unovčiti pravo koje je prenijeto na predlagatelja osiguranja radi osiguranja njegove tražbine.⁵² Pri tome su interesi predlagatelja osiguranja zaštićeni tako da ga je stečajni upravitelj dužan obavijestiti o načinu na koji namjerava unovčiti stvar, odnosno pravo i dati mu priliku da predloži način unovčenja koji bi za njega bio povoljniji.⁵³ Predlagatelj osiguranja zaštićen je i odredbama koje mu daju pravo na kamatu iz stečajne mase koje teku od dana izvještajnoga ročišta, odnosno najkasnije nakon tri mjeseca od dana kad je određena bilo kakva mjera osiguranja s

⁵⁰ Vidi članak 164. Stečajnog zakona “(1) Nekretnine na kojima postoji različito pravo stečajno vijeće prodaje, na prijedlog stečajnoga upravitelja, uz odgovarajuću primjenu odredaba propisa o ovrši kojima je uređena ovrha na nekretnini. (2) U rješenju o prodaji nekretnine stečajno vijeće će odrediti da se nekretnina prodaje u stečajnom postupku. U zemljišnoj knjizi će se upisati zabilježba rješenja o prodaji nekretnine. (3) Ako se nekretnina nije mogla prodati na prvom ročištu za prodaju za utvrđenu vrijednost, na narednim ročištima može se prodati za nižu vrijednost koju odredi stečajno vijeće. (4) Ako je različiti vjerovnik pokrenuo postupak ovrhe na nekretnini radi prisilnoga namirenja svoje tražbine prije nego što je stečajni upravitelj predložio njenu prodaju prema odredbi stavka 1. ovoga članka, nekretnina će se prodati u ovršnom postupku koji je pokrenuo različiti vjerovnik. (5) Odredbe prethodnih stavaka ovoga članka na odgovarajući se način primjenjuju na prodaju brodova, brodova u izgradnji i zrakoplova te prava upisanih u javne knjige.”

⁵¹ Ibid., članak 81. a. stavak 8.

⁵² Ibid., članak 165.

⁵³ Ibid., članak 167. stavak 1. Rok u kojemu je predlagatelj osiguranja dužan predložiti povoljniji način unovčenja je 8 dana. Vidi i stavke 2. i 3. istoga članka. “(2) Ako prijedlog bude podnesen u roku od osam dana ili pravovremeno prije otuđenja, stečajni upravitelj je dužan uzeti u obzir mogućnost povoljnijega otuđenja koje je predložio vjerovnik. (3) Drukčija mogućnost unovčenja može biti i u tome da vjerovnik sam preuzme predmet. Povoljnijom se smatra i ona mogućnost unovčenja kojom se smanjuju troškovi.”

kojom je predlagatelj osiguranja bio spriječen u ostvarenju svoje tražbine i prije otvaranja stečajnog postupka.⁵⁴ Međutim, nakon unovčenja stvari ili prava koje nije upisano u javnu knjigu prvenstveno se u stečajnu masu unosi iznos koji je bio potreban za naknadu troškova utvrđivanja tražbine ili unovčenja.⁵⁵ Predlagatelj osiguranja zaštićen je i u slučaju da je stečajni upravitelj koristio za stečajnu masu stvar na kojem postoji njegovo pravo, u kom slučaju je dužan smanjenje vrijednosti osiguranja naknaditi iz stečajne mase.⁵⁶

Ako se radi o stvari ili pravu koje nije upisano u javne knjige, predlagatelj osiguranja ima mogućnost postati punopravni vlasnik te stvari ili imatelj prava pod pretpostavkom da obavijesti stečajnog upravitelja kako je to spreman učiniti za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini uvećanoj za kamate i troškove te za predvidivi porez na promet, ako stečajni upravitelj ne uspije prodati stvar ili unovčiti pravo za višu cijenu u roku od tri mjeseca računajući od dana kad je predlagatelj osiguranja zatražio od stečajnoga upravitelja da proda stvar ili pravo. Ovo pravo predlagatelj osiguranja ima sve do onog trenutka dok stečajni upravitelj ne izvrši prodaju stvari, odnosno unovčenje prava.⁵⁷

⁵⁴ Ibid., članak 168. stavci 1. i 2. Vidi i stavak 3. "Odredbe stavka 1. i 2. ovoga članka neće se primijeniti ako se prema visini tražbine te vrijednosti drugih tereta na predmetu vjerovnik ne bi mogao namiriti iz utrška."

⁵⁵ Ibid., članak 169. "(1) Nakon što stečajni upravitelj unovči pokretnu stvar ili tražbinu, iz utrška će se u stečajnu masu prije svega unijeti iznos potreban za naknadu troškova utvrđivanja tražbine ili unovčenja. Od preostalog će se iznosa bez odlaganja namiriti razlučni vjerovnik. (2) Ako mu stečajni upravitelj prepusti unovčiti neki predmet, koji ima pravo unovčiti u skladu s odredbama članka 165. ovoga Zakona, razlučni vjerovnik je dužan iz utrška u stečajnu masu najprije izdvojiti iznos potreban za pokriće troškova utvrđivanja tražbine i poreza kojim je takva prodaja opterećena." Vidi i članak 170. "(1) Troškovi utvrđivanja tražbine, koji obuhvaćaju troškove utvrđivanja istovjetnosti predmeta i prava na tom predmetu, određuju se paušalno u iznosu od 5 posto od utrška. (2) Troškovi unovčenja određuju se paušalno u iznosu od 5 posto od utrška. Ako su stvarno nastali troškovi znatno niži ili viši, odredit će se u stvarnoj visini. Ako je zbog unovčenja stečajna masa opterećena porezom, iznos toga poreza pridodaje se troškovima unovčenja."

⁵⁶ Ibid., članak 171. stavak 1. Vidi i stavke 2. i 3. "(2) Upravitelj takvu stvar smije spojiti, izmiješati ili preraditi, ako se time ne ugrožava osiguranje razlučnoga vjerovnika. (3) Ako uslijed radnji stečajnoga upravitelja iz stavka 2. ovoga članka razlučni vjerovnik stekne osiguranje na kojoj drugoj stvari, na toj će se stvari njegovo osiguranje ograničiti na vrijednost ranijega predmeta osiguranja."

⁵⁷ Ibid., članak 81.a. stavak 9. Vidi i stavke 10. i 11. "(10) Ako u slučaju iz stavka 8. ovoga članka predlagatelj osiguranja (vjerovnik) koji je ovlašten sam prodati stvar ili pravo koji su na njega preneseni radi osiguranja želi stvar ili pravo zadržati za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini uvećanoj za kamate i troškove te za predvidivi porez na promet, dužan je ovlastiti stečajnoga upravitelja da pokuša obaviti prodaju za tu cijenu. U tom se slučaju odredba stavka 9. ovoga članka primjenjuje na odgovarajući način. (11) U slučajevima iz stavka 9. i 10. ovoga članka predlagatelj osiguranja (vjerovnik) postaje punopravnim vlasnikom stvari odnosno imateljem prava ako stečajni upravitelj ne uspije prodati stvari ili pravo barem za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini uvećanoj za kamate i troškove postupka te predvidivi porez na promet - u roku od tri mjeseca od dana kad je predlagatelj osiguranja (vjerovnik) zatražio od

Valja skrenuti pozornost i na odredbu prema kojoj je predlagatelj osiguranja ovlašten predložiti da se stečajni upravitelj ovlasti na sklapanje sporazuma prema kojem će predlagatelj osiguranja zadržati kao vlasnik, odnosno imatelj, stvar ili pravo koje je na njega preneseno radi osiguranja za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini uvećanoj za kamate, troškove i predvidivi porez na promet. Ovo pravo ima i stečajni upravitelj, a stečajno vijeće donosi odluku o prijedlogu cijeneći opravdanost sklapanja takvog sporazuma. S obzirom da se u takvom slučaju neće ni pokušati prodati stvar ili unovčiti pravo za višu cijenu od iznosa tražbine, kamata, troškova i predvidivog poreza na promet, mogu biti ugroženi interesi drugih vjerovnika stečajnog dužnika. Stoga im je omogućeno pravo podnošenja žalbe na rješenje stečajnog suda. Istovjetno pravo imaju i dužnik pojedinac, kao i stečajni upravitelj, pod pretpostavkom da on nije podnio takav prijedlog, a sporazum predlagatelja osiguranja i stečajnog upravitelja moguće je sklopiti tek nakon pravomoćnosti odluke stečajnog vijeća.⁵⁸

5. Zaključak

Općenito se može reći kako je hrvatski zakonodavac zadnjom novelom 2005. godine kvalitetno uredio materiju osiguranja tražbina prijenosom prava vlasništva na stvari i prijenosom prava. U svakom slučaju postignuta je ravnoteža u zaštiti interesa predlagatelja osiguranja (vjerovnika) i protivnika osiguranja (dužnika), pa stanovite nejasnoće i moguće dvojbe na koje je ukazano u ovom radu neće predstavljati veću prepreku za ponovno “uvođenje” ovog instituta u hrvatsku praksu, jer on predstavlja jednostavan, siguran i učinkovit način osiguranja tražbina.

stečajnoga upravitelja da stvar ili pravo proda (stavak 9.), odnosno od dana kojega je na to ovlastio stečajnoga upravitelja (stavak 10.).”.

⁵⁸ Ibid., članak 81.a. stavci 13. i 14.

Summary*

**SECURITY OF CLAIMS BY TRANSFER OF OWNERSHIP
AND TRANSFER OF RIGHTS – CERTAIN OPEN ISSUES**

This paper represents analysis of certain aspects regarding the fiduciary transfer of ownership and rights in order to secure the claims of the creditors under the 2005 amendments to the Enforcement Law in Croatia. Although certain doubts regarding the position of the creditor and debtor still exist, they should not represent any obstacle to the wider application of this method of securing the claims, especially in banking practice. Therefore author welcomes latest amendments of the Croatian Enforcement Law.

Key words: security, fiduciary transfer, possession, enforcement, effects of the bankruptcy.

Zusammenfassung

**SICHERUNG DER FORDERUNG DURCH DIE
ÜBERTRAGUNG DES EIGENTUMRECHTS UND
ÜBERTRAGUNG DES RECHTS – EINIGE OFFENE FRAGEN**

In dieser Arbeit wird ein Teil der Problematik hinsichtlich der Sicherung der Forderung durch Übertragung des Eigentumsrechts und Rechtsübertragung nach den letzten Änderungen und Ergänzungen des Zwangsvollstreckungsgesetzes im Jahre 2005 bearbeitet. Obwohl gewisse Zweifel hinsichtlich der Lage des Gläubigers (der die Sicherung vorschlägt) und des Schuldners (der gegen die Sicherung ist) auch weiterhin bestehen, werden diese kein Hindernis sein für eine breitere Anwendung dieser Art der Forderungssicherung, besonders in der Bankpraxis. Deshalb begrüßt der Autor die neuesten Änderungen und Ergänzungen des Zwangsvollstreckungsgesetzes und hält sie für nützlich.

Schlüsselwörter: Sicherung, fiduziarische Übertragung, Besitz, Zwangsvollstreckung, Wirkungen des Konkurses.

* Translated by the author

Sommario

**ASSICURAZIONE DEI CREDITI
MEDIANTE IL TRASFERIMENTO DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ
E IL TRASFERIMENTO DI DIRITTI –
ALCUNE QUESTIONI APERTE**

In questo lavoro si discute la problematica dell'assicurazione dei crediti mediante il trasferimento del diritto di proprietà e il trasferimento di diritti secondo le ultime modifiche e integrazioni della Legge esecutiva dell'anno 2005. Nonostante esistano ancora alcuni dubbi riguardo la condizione di creditore (proponente l'assicurazione) e di debitore (opponente all'assicurazione), essi non devono impedire una maggiore utilizzazione di questi crediti di assicurazione, specialmente nella prassi bancaria. Perciò l'Autore saluta e considera i vantaggi di queste nuove modifiche e integrazioni della Legge esecutiva.

***Parole chiave:** assicurazione, trasferimento fiduciario, possesso, esecuzione, effetti della bancarotta.*

HIPOTEKARNOPRAVNI ODNOS KAO ASPEKT SADRŽINE HIPOTEKE

Dr. sc. Duško Medić, sudac
Ustavni sud Republike Srpske
BiH

UDK: 342.27
Ur.: 22. studenog 2005.
Pr.: 24. siječnja 2006.
Pregledni znanstveni članak

Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržaja hipoteke predstavlja nesumnjivo veoma zanimljivu oblast za proučavanje. U okviru ovog odnosa aktualiziraju se brojni elementi koje treba seriozno analizirati i u pogledu kojih je potrebno donijeti odgovarajuće zaključke. Sigurno je da u današnjim uvjetima u ovom segmentu treba uvesti bitna poboljšanja, jer postoji evidentan raskorak između krutih zakonskih normi i potreba suvremenog prometa. U radu su razmatrani pojam hipotekarnopravnog odnosa, zatim subjekti ovog odnosa, prava i obaveze hipotekarnog vjerovnika i hipotekarnog dužnika, te prijenos prava i obaveza. Iako je hipotekarni odnos akcesornog karaktera, on je relativno samostalan i njegov sadržaj se značajno razlikuje od sadržaja obligacionog odnosa za čije osiguranje služi.

Ključne riječi: *hipotekarnopravni odnos, pojam hipotekarnog odnosa, subjekti hipotekarnog odnosa, hipotekarni vjerovnik, hipotekarni dužnik, pravo namirenja, pravo prvenstva.*

Prethodna razmatranja

Založno pravo je stvarno pravo na tuđem objektu, a hipoteka je založno pravo na nekretnini.¹

Mi nemamo svoju riječ za hipoteku, pa koristimo ovu riječ grčkog porijekla, koja je nastala od riječi pod i staviti, što znači podstaviti odnosno opteretiti, a zajednički je smisao "staviti stvar pod nečiju vlast."² Načelne

¹ T. Tumbri, Založno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2/1981, str. 137.

² Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru je za hipoteku upotrebljavao riječ zastava, ali ovaj

odredbe o hipoteci su sadržane u odredbama Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO-a).³ Ovim pravom može se osigurati samo novčano potraživanje,⁴ za razliku od ostalih založnih prava kojima se može osigurati svaka tražbina.⁵

Hipoteka je stari institut građanskog prava koji predstavlja tekovinu civilizacije ljudskog društva. Ona je zahvaljujući stalnom prilagođavanju postala najrazvijeniji oblik založnog prava⁶ koji je do današnjih dana ne samo zadržao, nego i povećao svoj značaj. Svrha hipoteke je da osigura, ali i omogući izvršenje obaveze iz obligacionog odnosa koju dužnik nije dobrovoljno ispunio. Njeno postojanje vrši psihološki pritisak na dužnika, a ukoliko to ne bi imalo efekta, hipotekarni povjerilac može se namiriti iz vrijednosti založene nekretnine.

Hipoteka se odnosi na određeno potraživanje i određenu nekretninu, promjena vlasnika opterećene nekretnine nije pravno relevantna,⁷ a povjerilac je ovlašten na način određen zakonom da traži namirenje svog potraživanja iz vrijednosti te nekretnine prije povjerilaca koji na njoj nemaju hipoteku,

termin nikada nije bio u široj upotrebi. U slovenačkom jeziku se riječ zastava upotrebljava za označavanje založnog prava uopšte. Srpski građanski zakonik hipoteku naziva i baštinskom ili miljačkom zalogom, a nastajala je upisom duga, odnosno pismene isprave o dugu u sudske knjige - ubaštinenje (intabulacija) – v. Đ. Pavlović, *Baštinske knjige*, spis objavljen u knjizi *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd, 1868; Ž. Perić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1922, str. 209; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 1992, str. 206.

Termin hipoteka koristi se i u uporednom pravu (njemačkom, francuskom i italijanskom), a u engleskom pravu naziv "mortgage".

³ Članovi 63-69.

U Republici Srpskoj je još u primjeni zakon koji je donesen u bivšoj SFRJ ("Službeni list SFRJ" br. 6/80 i 37/90). Propisi bivše SFRJ i SR BiH se ovdje primjenjuju na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske ("Službeni glasnik Republike Srpske" br. 21/92). Entiteti u BiH i Brčko Distrikt BiH, inače, imaju samostalne pravne sisteme, a postoji i pravni sistem BiH. Naravno, entitetski pravni poreci i pravni sistem Brčko Distrikta BiH moraju biti u saglasnosti sa zakonodavstvom BiH kao države.

⁴ Po nekim pravima - npr. Švajcarski građanski zakonik, član 794., dovoljno je da se potraživanje može izraziti u novcu. Mišljenja smo da se može prihvatiti stav da je neophodno da potraživanje tek u fazi utvrđenja njegovog postojanja i dospjelosti dobije novčani izraz. Slično i: M. Lazić, *Sadržina hipoteke*, magistarska teza, Niš, 1994, str. 49.

⁵ Vidi; D. Medić, *Založno pravo na nepokretnim stvarima (hipoteka)*, Glasnik pravde, br. 6/2000, str. 88; Š. Erak, *Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja (I dio)*, Pravni savjetnik, br. 5/2001, str. 17; Š. Erak, *Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja (II dio)*, Pravni savjetnik, br. 6/2001, str. 29; B. Čolić, *Pravo zaloge na nepokretnostima*, Pravni život, br. 12/1987, str. 1489; B. Točanac, *Hipoteka*, Izbor sudske prakse, br. 7-8/1993, str. 24; M. Lazić, *Hipoteka*, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede, Pravni život, br. 10/1996, str. 145.; D. Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbjeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja (doktorska disertacija)*, Novi Sad, 2004; D. Klepić, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku (doktorska disertacija)*, Kragujevac, 2000.

⁶ Hipoteka osigurava potraživanje povjerioca, a dužnika ne lišava posjeda i mogućnosti korišćenja založene stvari. Vidi: M. Jankovec, *Hipoteka kao sistem obezbeđivanja potraživanja*, Pravni život, br. 10/2004, str. 239.

⁷ M. Žuvela, *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1987, str. 322.

kao i prije povjerilaca koji su hipoteku stekli poslije njega, uključivši i stečajni postupak.⁸

Savremeno hipotekarno pravo nastaje u XVIII i XIX vijeku kao produkt razvoja založnog prava u različitim sistemima prava, a težnja je bila da se stvori takav oblik obezbjeđenja koji će maksimalno osigurati pravni položaj povjerioca, a što manje otežati faktički položaj dužnika do momenta realizacije zaloge.

U socijalizmu gotovo marginalizovana,⁹ hipoteka danas ponovo postaje veoma interesantna i doživljava svoju punu afirmaciju, kao najsigurniji instrument stvarno-pravnog obezbjeđenja i ostvarivanja finansijske discipline. Za njen dalji razvoj i modernizovanje neophodno je što prije izvršiti svojinsku transformaciju kako bi se definisali titulari prava na nekretninama sa klasičnim svojinsko-pravnim ovlaštenjima, zatim ažurirati javne knjige koje vode evidenciju prava u pogledu nekretnina i uskladiti ih sa stvarnim stanjem¹⁰, te ustanoviti brz i efikasan postupak za njenu realizaciju. Restrukturiranje stvarnih prava posebno zahtijeva reformu hipotekarnog prava kao "poluge" razvoja kreditnih odnosa u društvu, koji su osnovna pretpostavka poboljšanja standarda građana i oživljavanja privredne aktivnosti.¹¹

Kod nas se najčešće hipotekom osigurava potraživanje - zajam dat za izgradnju, dogradnju ili rekonstrukciju nekretnine na koju se stavlja hipoteka, kredit dat za izvođenje melioracionih radova i podizanje porodičnih stambenih zgrada,¹² ali to, naravno, ne mora biti slučaj.

⁸ ZOSPO, član 63. st. 1.

⁹ Ovo zbog toga što je kod postojanja "društvene", dakle, ničije svojine, zalaganje društvenog vlasništva drugom pravnom subjektu koji je, takođe, u društvenom vlasništvu, bilo gotovo bez smisla. Hipoteka logično nije mogla doći do izražaja u uslovima nesvojinskog koncepta društvene svojine, ograničavanja privatne svojine i napuštanja tržišnih zakonitosti privrede i kredita – v. M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 2. U tim uslovima eliminisane su tekovine pravne civilizacije i pravo je u ovoj oblasti bilo pretvoreno u neku vrstu svoje suprotnosti.

Tokom osamdesetih godina prošlog vijeka počinje veće zanimanje za instrumente obezbjeđenja, pa se pojavljuju radovi koji, pored ostalih instrumenata, razmatraju i hipoteku – v. Z. Antonijević, M. Petrović i B. Pavićević, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982.

Vidjeti i R. Bijorac i P. Knežević, *Pravo u postupku realizacije realnih instrumenata obezbeđenja*, *Pravni život*, br. 11/1998, str. 32.

¹⁰ O tome: S. Dimitrijević, *Evidencije nekretnina i upisa založnih prava – preduslovi hipotekarnog kreditiranja*, *Finrar*, br. 8/2004, str. 64 i dalje.

Ustrojavanje efikasne i ažurne evidencije nepokretnosti i prava na nepokretnosti, kakvu čini sistem zemljišnih knjiga, predstavlja i garanciju svojine. Šire: M. Orlić, *Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga*, *Pravni život*, br. 12/2000, str. 5. i M. Muslić, *Zemljišne knjige i njihovo mjesto u pravosudnom sistemu*, *Pravni savjetnik*, br. 9/2001, str. 59.

¹¹ Vidjeti *Poruke 16. susreta pravnika Kopaoničke škole prirodnog prava održanog od 13-17.12.2003.* koje su objavljene u *Završnom dokumentu* na str. 79.

¹² Uz hipoteku se često vezuje hipotekarni kredit, a to je kredit kod koga povjerilac radi obezbjeđenja svoje tražbine dobija pravo zaloge na nekretninama ili njihovim priraštajima ili pripacima (npr. željezničkim vozilima, turističkom inventaru). Ovaj kredit predstavlja vrstu realnog kredita kod koga se visina i pokrivenje ne određuje prema kreditnoj sposobnosti dužnika,

U ovom radu ćemo se baviti hipotekarno-pravnim odnosom kao bitnim segmentom ovog sredstva obezbjeđenja, a složenost ovog pravnog odnosa uslovljena je sadržinom hipoteke.

Hipotekarno-pravni odnos

1. Pojam

Hipotekarno-pravni odnos je građansko-pravni odnos između hipotekarnog povjerioca i hipotekarnog dužnika s jedne i hipotekarnog povjerioca i trećeg lica¹³ s druge strane, povodom objekta hipoteke.¹⁴ Smatra se da prvi predstavlja unutrašnju stranu hipoteke, a da drugi izražava njeno spoljašnje dejstvo. Radi se o dva međusobno povezana i uslovljena dijela složenog hipotekarnog odnosa.

Odnos između hipotekarnog povjerioca i hipotekarnog dužnika predstavlja takav odnos koji postoji između povjerioca potraživanja koji stiče uslovno pravo raspolaganja svojinom na objektu hipoteke i vlasnika te stvari.¹⁵ Vlasnik objekta hipoteke ima pravo da zahtijeva od svih lica, pa i hipotekarnog povjerioca do momenta sticanja uslova za namirenje, uzdržavanje od povrede njegovog prava svojine. Hipotekarni povjerilac tek po ispunjenju uslova za realizaciju hipoteke stiče pravo raspolaganja svojinom na predmetu hipoteke, tako da se tada sukobljavaju dva svojinska ovlašćenja povodom iste stvari. Pravo namirenja djeluje prema svim trećim licima i ne zavisi od promjene vlasnika na objektu hipoteke. Dakle, iz karaktera unutrašnjeg hipotekarnog odnosa proizilazi stvarnopravno dejstvo hipoteke.

Hipotekarni odnos je relativno samostalan. Sadržaj ovog odnosa razlikuje se od sadržine obligacionog odnosa čijem obezbjeđenju služi, jer

već prema vrijednosti nekretnina koje služe za pokriće kredita. Kod hipotekarnog kredita visina kredita uslovljena je određenim procentom od prometne vrijednosti nekretnine, rok trajanja je obično 10-30 godina, mada može biti i duži, kamate su najčešće veoma niske zbog malog rizika, a otplata se vrši potpunom isplatom poslije isteka dogovornog roka ili postepenim otplaćivanjem anuiteta. Glavni davaoci ovog kredita su tzv. hipotekarne banke, osiguravajuća društva i štedionice. O tome v. Pravna enciklopedija, tom 1, Beograd, 1985, str. 463-464; P. Rastović, *Hipoteka i zaloga na pokretnim stvarima*, Izbor sudske prakse, br. 7-8/1996, str. 65.; M. Velimirović, *Poslovno pravo*, Podgorica, 2000, str. 552-553.; M. Petrović, *Hipotekarni i lombardni krediti u novim uslovima*, JIK banka Beograd, 1990; M. Medojević, *Plaćanje i obezbeđenje plaćanja u robnom prometu*, Specijalni prilog Savremene prakse, br. 2/2003, str. 68.

¹³ Sadržina ovog odnosa je jednaka dejstvu ostalih stvarnih prava prema trećim licima.

¹⁴ M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 37.

¹⁵ O razlici između ovog odnosa i unutrašnjeg dejstva prava svojine opširnije: M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 37.

hipotekarni povjerilac i dužnik po osnovu hipoteke imaju različita prava i obaveze od onih koje im nameće obligacioni odnos.¹⁶ Elementi hipotekarnog odnosa su subjekt, objekt i sadržina pravnog odnosa. Za potrebe ovog rada detaljnije ćemo se baviti subjektima hipotekarnog odnosa, te njihovim pravima i obavezama, jer postoje izvjesne specifičnosti na koje je svakako interesantno ukazati.

2. Subjeki hipotekarnog odnosa

Subjeki ovog odnosa mogu biti fizička i pravna lica koja se nalaze u uloga hipotekarnog povjerioca ili dužnika. Hipotekarni povjerilac je uvijek subjekt i hipotekarnog odnosa i obligacionog odnosa koji se obezbjeđuje hipotekom. Hipotekarni dužnik je vlasnik predmeta hipoteke, a najčešće je i dužnik iz obezbijeđenog potraživanja, mada to ne mora biti.¹⁷ Da bi založio stvar, hipotekarni dužnik mora biti poslovno sposoban. Pošto se i kod založnog prava suštinski može raditi o prenosu svojine, za zalaganje stvari zahtijeva se potpuna poslovna sposobnost. Sadržinu hipotekarnog odnosa čine prava i obaveze subjekata hipoteke. Hipoteka se za hipotekarnog povjerioca manifestuje kao pravo i predstavlja skup određenih ovlaštenja, a za hipotekarnog dužnika ispoljava se kao obaveza i čini skup konkretnih zadataka. Istina, postoje i određene obaveze hipotekarnog povjerioca i prava hipotekarnog dužnika, ali to za hipoteku nema suštinski značaj.

3. Prava hipotekarnog povjerioca

Imajući u vidu da hipotekarni povjerilac ne posjeduje nekretninu na kojoj ima hipoteku, nema potrebe za čitavim nizom posebnih prava i obaveza kakve poznajemo kod založnog prava na pokretnim stvarima. Tako hipotekarni povjerilac nema obavezu da založenu stvar čuva, ne postavlja se dilema da li je ovlašten da je upotrebljava, uzima za sebe plodove, zahtijeva posjed itd.¹⁸ Prava su ovog povjerioca u najvećoj mjeri osigurana upisom u zemljišnu knjigu, koji ga štiti od opasnosti koje bi mogle nastati nedozvoljenim pravnim raspolaganjem hipotekarnog dužnika.¹⁹ Poslije faze

¹⁶ M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 39.

¹⁷ Mišljenja smo da prilikom buduće reforme stvarnog prava u Republici Srpskoj imperativnim normama treba propisati samo ona pravila sadržine hipoteke kojima se štiti pravni položaj dužnika, a dispozitivnim normama ostalu sadržinu. Time bi subjekt hipotekarnog odnosa imali mogućnost da u skladu sa svojim potrebama stvaraju različite oblike hipoteke. Slično: M. Lazić, *Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede...* str. 150.

¹⁸ N. Gavela, *Založno pravo*, Zagreb, 1992, str. 191.

¹⁹ Sigurno je da je bitno različit intenzitet zaštite hipoteke upisane u zemljišne knjige od nekih vrsta založnog prava, čiji se npr. sadržaj stalno mijenja.

osiguranja, koja traje od nastanka do dospijeca osiguranog potraživanja, nastaje faza namirenja.²⁰

Pravna doktrina poznaje sljedeća osnovna prava hipotekarnog povjerioca: pravo namirenja, pravo prvenstva, pravo sljedovanja i prava u slučaju smanjenja vrijednosti objekta hipoteke. Pored ovih prava, značajna su i prava hipotekarnog povjerioca u stečajnom postupku.

Hipotekarna prava se u pravnoj teoriji, najčešće, dijele prema subjektu upisa i prema zavisnosti dejstva od dospelosti potraživanja.²¹

Prema subjektu upisa prava hipotekarnog povjerioca dijele se na ona koja djeluju samo prema hipotekarnom dužniku i na ona koja djeluju prema trećim licima. U prava koja djeluju samo prema hipotekarnom dužniku spadaju pravo prodaje objekta hipoteke i pravo zasnivanja nadhipoteke, dok su prava koja djeluju prema trećim licima pravo prvenstvene naplate i pravo sljedovanja. Međutim, ova podjela nije dovoljno precizna i zbog toga se ne bi mogla u cijelosti prihvatiti. Naime, hipoteka je, mada složen i kompleksan, ipak jedinstven pravni odnos koji se sastoji od više komponenti koje su međusobno povezane i imaju svoj unutrašnji sklad i harmoniju, te čine jednu cjelinu, tako da se svako njihovo odvajanje može smatrati vještačkim.

Prema zavisnosti dejstva od nastupanja dospelosti potraživanja, prava hipotekarnog povjerioca dijele se na ona koja postoje prije nastupanja dospelosti tražbine i ona koja nastaju po nastupanju dospelosti potraživanja. U prvu grupu spadaju prava hipotekarnog povjerioca za slučaj smanjenja vrijednosti predmeta hipoteke, a najvažnije pravo koje nastupa prilikom dospelosti potraživanja svakako je pravo namirenja iz hipotekovanog dobra. No, i ova podjela se ne bi mogla u potpunosti prihvatiti, jer pravo namirenja nastaje momentom zasnivanja hipoteke,²² a u određenim slučajevima može se realizovati i prije dospelosti tražbine, a ostala prava djeluju i prije i poslije nastupanja dospelosti.²³

Pored ovih osnovnih podjela, postoji i podjela prava hipotekarnog povjerioca na primarna i sekundarna, prema značaju za ostvarenje funkcije hipoteke. Primarno pravo je pravo namirenja iz vrijednosti predmeta hipoteke i sva ostala prava, kao sekundarna, služe ostvarenju ovog prava.²⁴

²⁰ Razlikovanje dejstva prava namirenja u raznim fazama postojanja hipoteke dovelo je do pokušaja pravne doktrine da se zaloga posmatra kroz "statičnu" i "dinamičnu" fazu. Statična faza zaloge ima funkciju pripremanja dinamične faze i služi da zaštiti stvar od svih eventualnih opasnosti, dok dinamična faza aktuelizuje to zadovoljenje kroz izvršni postupak. Zbog toga dinamična faza zaloge nastupa nakon uslova za realizaciju prava namirenja – v. Rubino, *La responsabilità patrimoniale. II deo*, Torino, 1947, str. 240.

²¹ M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 42.

²² Samo je mogućnost njegovog aktiviranja uslovljena docnjom dužnika, odnosno dospelošću potraživanja.

²³ Opširnije: M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 44.

²⁴ Slično: C. Karl Herman, *Bürgerliches Recht Sachenrecht*, Wiesbaden, 1963, str. 100.

3.1. Pravo namirenja

Ovo je centralno ovlaštenje hipotekarnog povjerioca i služi ostvarenju funkcije hipoteke.²⁵ Ostala prava su u neposrednoj funkciji realizacije ovog prava i njihova djelovanja zavise od ostvarenja osnovnog prava.

Hipotekarnom povjeriocu pripada pravo da zahtijeva namirenje svog potraživanja iz vrijednosti založene nekretnine²⁶ ako hipotekarni dužnik ne ispuni svoju dospjelu obavezu.²⁷ Pravo namirenja odnosi se na naplatu cjelokupnog potraživanja koje obuhvata glavnicu, kamate i troškove realizacije hipoteke. Iako se ovo pravo ne može realizovati dok se ne ispune propisani uslovi, ono od samog sticanja hipoteke opterećuje svojina na hipotekovanom dobru. Pravo namirenja najprije postoji kao potencijalno materijalno-pravno ovlaštenje, čija potreba i mogućnost aktiviranja zavisi od ispunjenja određenih uslova.²⁸

Da bi došlo do mogućnosti realizacije ovog prava, potrebno je da nastupi dospjelost potraživanja²⁹ i docnja dužnika. Ove pretpostavke nastaju u obligacionom odnosu čijem obezbjeđenju služi hipoteka. Dospjelost nastupa onda kada je prema ugovoru ili zakonu dužnik u obavezi da ispuni svoju obavezu, a povjerilac ovlašten da traži njeno ispunjenje. Docnja dužnika postoji u slučaju ako on u odgovarajućem roku ne ispuni svoju obavezu, niti ponudi njeno ispunjenje, a za odlaganje ispunjenja ne postoji pravno relevantan razlog. Krivica dužnika nije bitna za nastupanje docnje, a ni za realizaciju prava namirenja.³⁰ Pošto je osnovna posljedica docnje dužnika obaveza na plaćanje kamate, od tog momenta potraživanje hipotekarnog povjerioca se proširuje i na iznos dužnih kamata.

Pravo prodaje predmeta hipoteke³¹ jeste ovlaštenje hipotekarnog povjerioca koje vremenski prethodi i u funkciji je ostvarenja prava namirenja.³²

²⁵ Založno pravo nije jedino subjektivno pravo koje daje mogućnost da se povjerilac namiri iz vrijednosti stvari. No, ono je jedino stvarno pravo kojem je bitni sadržaj upravo ovlaštenje na namirenje.

²⁶ Kod zaloge se ne radi o namirenju potraživanja neposredno iz stvari, nego iz vrijednosti založene stvari – v. T. Tumbri, op. cit., str. 138.

²⁷ Odredba koja reguliše pravo namirenja tako je koncipirana kao da se radi o obligacionopravnom ovlaštenju tražiti namirenje, a ne stvarnopravnom ovlaštenju namiriti se. Vidi kritiku kod: N. Gavella, *Založno pravo...* str. 43; T. Tumbri, op. cit., str. 137-138.

²⁸ M. Lazić, *Sadržina hipoteke*, str. 48.

²⁹ Postojanje punovažnog potraživanja jeste *conditio sine qua non* bez koga ne može doći do realizacije hipoteke, zbog njenog akcesornog karaktera.

³⁰ Izuzetak predstavlja odredba člana 816. stav 1. Švajcarskog građanskog zakonika kojom je predviđeno da povjerilac ima pravo da se naplati iz cijene nekretnine ako je njegova obaveza ostala neispunjena krivicom dužnika.

³¹ O prodaji javnim nadmetanjem: M. Mićović, *Zaključenje ugovora javnim nadmetanjem*. Pravni život, br. 10-12/1988, str. 1513; I. Jankovec, *Zaključenje ugovora javnim nadmetanjem*, *Privrednopravni priručnik*, br. 11/86, str. 23.

³² Neki autori ovo pravo tretiraju kao posebno ovlaštenje hipotekarnog povjerioca – v. M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 71-72.

Prodaja omogućava realizaciju potraživanja putem hipoteke i ima sekundarni karakter u odnosu na namirenje.^{33, 34}

Već smo istakli da je pravna doktrina saglasna da je namirenje povjerioca iz vrijednosti založene stvari njegovo pravo, ali ne i njegova obaveza. Zbog toga ga dužnik ne može natjerati da ovako postupi, čak i u slučaju da nema drugog načina namirenja. I sudska praksa je zauzela isto stanovište.³⁵

Imajući u vidu načelo oficijelnosti založnog prava, koje je ovdje još strožije izraženo nego kod pokretnih stvari, to pravo ne može se realizovati neposrednim namirenjem povjerioca iz vrijednosti založene stvari, već on mora podnijeti tužbu kojom će od dužnika zahtijevati isplatu. Hipotekarnom tužbom (*actio hypothecaria*)³⁶ povjerilac pokreće postupak radi dobijanja izvršnog naslova kojim se utvrđuje pravo namirenja povjerioca i obaveza dužnika da to namirenje trpi.³⁷ Pretpostavke su za uspješnost hipotekarne tužbe, koje mora dokazati hipotekarni povjerilac, postojanje dospjele tražbine i ispravne hipoteke na nekretnini tuženog koja služi za obezbjeđenje tog potraživanja. Pravosnažna presuda predstavlja izvršni naslov na osnovu kojeg će hipotekarni povjerilac u izvršnom postupku zatražiti da se stvar proda na javnoj prodaji³⁸ (dakle, nije dovoljno da vanparničnim putem samo ustanovi postojanje hipoteke). Prema tome, za realizaciju svakog prava

³³ U izuzetnim slučajevima prodaja založene stvari nije potrebna. Ovo se odnosi na slučaj iregularne zaloge, gdje je predmet zalaganja novac.

³⁴ Pravo na *ius offerendi* mogućnost je hipotekarnog povjerioca da isplati potraživanje drugom povjeriocu zbog čije se tražbine traži prinudna prodaja predmeta hipoteke. Momentom isplate, taj povjerilac stupa na mjesto povjerioca čije je potraživanje isplatio. Ovu mogućnost ima i realni dužnik. Naše pravo to izričito ne propisuje ali se ovo može izvesti iz opštih propisa o pravu povjerioca na ispunjenje sa subrogacijom - članovi 299-311. ZOO.

³⁵ "Pravo je, a ne obaveza zalogoprimca, da se iz vrijednosti založene stvari namiri, tako da on može po svom izboru da zahtijeva vraćanje duga, a ne prodaju založene stvari" - Vrhovni sud Makedonije, Rev. 1080/86, od 6.11.1986. godine, Sudska praksa, br. 7/87, str. 45.

³⁶ U vrijeme principata u Rimu povjerilac je dobio realnu tužbu (*actio Serviana*) koja se mogla upotrijebiti protiv lica kod kojih se nalaze založene stvari. Ova tužba se od III v.n.e. naziva *actio hypothecaria*. O tome: D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1988, str. 179.

³⁷ U njemačkom pravu je predviđeno da založni povjerilac, takođe, mora da izdejtstvuje izvršni naslov da bi mogao da izvrši prodaju stvari u skladu sa propisima o prodaji (paragrafi 1147, 1233 II Njemačkog građanskog zakonika).

³⁸ O tome šire: N. Šarkić i D. Rašić, *Hipoteka, hipotekarni kredit i izvršenje prodajom nepokretnosti, u Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbjeđenje potraživanja*, Budva, 2000, str. 215.

Komparacije radi, hipoteka anglosaksonskog prava (*mortgage*) daje povjeriocu široku slobodu prilikom unovčavanja predmeta zaloge i realizuje se po znatno efikasnijem postupku od redovnog izvršnog postupka. Povjerilac po dospjelosti tražbine vrši depozesiju dužnika i založenu nekretninu može prodati, izdati u zakup ili sa njom raspolagati na drugi način. Prodaja se vrši na javnoj dražbi ili neposredno u skladu sa postojećim trgovačkim običajima, a sam povjerilac može biti kupac na javnoj dražbi, a i kod neposredne prodaje po standardnoj cijeni - v. R. Bijorac i P. Knežević, *Pravo u postupku realizacije realnih instrumenata obezbjeđenja*, Pravni život, br. 11/1998. str. 39.

zaloga nužna je izvršna sudska prodaja zaloga na javnoj prodaji.³⁹ Prema Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO) postoje iznimke od ovog pravila kada je sam založni povjerilac ovlašten na neposrednu realizaciju založnog prava na pokretnim stvarima, bez sudske intervencije, ali te iznimke ne vrijede za hipoteku.⁴⁰

Pored hipotekarne tužbe hipotekarnom povjeriocu stoji na raspolaganju i tužba iz založnog duga.⁴¹ Ona se podnosi protiv ličnog dužnika, bez obzira na to da li je on dao nekretnine u svrhu obezbjeđenja i da li je on njihov sadašnji vlasnik. Ukoliko su lični dužnik i vlasnik opterećene nekretnine različita lica, tada se govori o tzv. elekcionoj konkurenciji oba zahtjeva.⁴² Povjerilac ima pravo izbora koju će tužbu podići,⁴³ a može podići i obje, ako realizacija po jednom zahtjevu ne bi bila potpuna. U tom slučaju bi se drugi zahtjev odnosio na nenamireni dio potraživanja. Ukoliko dođe do kumulacije zahtjeva pred sudom, povjerilac se, po prirodi stvari namiruje iz vrijednosti založene nekretnine, a supsidijarno iz ostale imovine dužnika koja služi kao opšta zaloga hirografernih povjerilaca.⁴⁴ Naravno, povjerilac se može odlučiti i za realizaciju po drugoj tužbi.⁴⁵

³⁹ B. Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopравnim odnosima*, Zagreb, 1980, str. 409.

Interesantna su bila ovlaštenja Državne hipotekarne banke pri naplati potraživanja iz hipotekovanih dobara - vidjeti članove 47-62. Zakona o uređenju Uprave fondova iz 1924. godine. Ova ovlaštenja bila su nužna da bi kreditni i hipotekarni poslovi funkcionisali s obzirom na načelo oficijelnosti hipoteke i dužinu izvršnog postupka. Postoje mišljenja da bi trebalo donijeti zakon o osnivanju hipotekarne banke koja bi preuzela sve poslove u vezi hipoteke.

⁴⁰ U pogledu hipotekarne tužbe navodimo karakteristične sudske odluke:

“S obzirom na narav i svrhu hipotekarne tužbe (ishođenje sudske prodaje zaloga putem javne dražbe), tražbina radi koje se traži prodaja založnog dobra mora biti dospjela i uknjižena, a njezin zahtjev ima glasiti da je tuženi hipotekarni dužnik dužan priznati da je tužitelj ovlašten tražiti namirenje svoje tražbine iz odnosnih nekretnina (založnog dobra) i dopustiti da se tražbina namiri. Pogrešno je stoga obvezivanje tuženog na plaćanje hipotekarne tražbine, jer držalac zaloga ako nije i osobni dužnik, ne prima nikakve obveze, osim obveze da mora dopustiti da se založni vjerovnik, ako mu je tražbina dospjela i uknjižena, namiri iz zaloga” - Vrhovni sud Hrvatske, Gž-3119/76, od 13.1.1977, u R. Petaković, *Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd, 1990, str. 62.

“Tužbeni zahtjev hipotekarnog vjerovnika protiv hipotekarnog dužnika treba sadržavati, između ostalog, i utvrđenje opsega tražbine hipotekarnog vjerovnika kao i obvezu hipotekarnog dužnika da trpi namirenje tako utvrđene tražbine putem javne prodaje nekretnina dužnika opterećenih založnim pravom” - Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-1375/94, od 25.1.1996, *Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske* br. 2/96-61.

“Postojanje razloga za prestanak hipoteke, a to je i slučaj kad hipotekarni dužnik plati potraživanje čini neosnovanom hipotekarnu tužbu” - Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev. 2418/1995 od 25.3.1999. godine, *Izbor odluka Vrhovnog suda Hrvatske*, br. 2/99.

⁴¹ Vidi: B. Soergel i W. Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, str. 668.

⁴² Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 463.

⁴³ Za njega ne postoji obaveza da namirenje najprije zahtjeva iz vrijednosti hipotekovanog dobra.

⁴⁴ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, str. 292.

⁴⁵ Z. Rašović, *Stvarno pravo...* str. 463.

Pravna doktrina smatra da hipotekarna tužba djeluje prema univerzalnom sukcesoru tuženog, a ne i prema njegovom singularnom sukcesoru. Ukoliko se nakon podizanja tužbe, ali prije dobijanja izvršnog naslova, otuđi opterećena nekretnina, postupak se ne može nastaviti prema novom vlasniku i hipotekarni povjerilac mora protiv njega podnijeti novu tužbu. Ovo se može izbjeći zabilježbom hipotekarne tužbe i tada bi ona imala dejstvo i prema kasnijem vlasniku predmeta hipoteke.⁴⁶

ZOO je dopustio mogućnost naplate zastarjelog potraživanja obezbijeđenog ručnom zalogom ili hipotekom ukoliko povjerilac drži stvar u rukama ili je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi. Postojanje i realizacija založnog prava, shodno načelu akcesornosti, uslovljeno je postojanjem potraživanja, makar i kao naturalne obligacije odnosno "duga časti", a ne od postojanja tražbine koja se može prinudno ostvariti.⁴⁷ Zbog toga zastarjelost potraživanja ne dovodi do prestanka hipoteke.⁴⁸

Tokom trajanja obligacije može doći do izmjene vrijednosti potraživanja za koje postoji garancija. Naime, može doći do njegovog povećanja ili smanjenja i postavlja se pitanje šta se dešava sa hipotekom u takvim slučajevima. Smatramo da se hipotekom obezbjeđuje potraživanje u cijelosti, te da treba uzeti da garancija obezbjeđuje i kasnije povećanje glavnog potraživanja, kao što su kamate i druga sporedna potraživanja, te troškovi prinudne naplate, dok na isti način ne bi trebalo tretirati i smanjenje potraživanja, jer bi to značilo sukob sa principom nedjeljivosti.⁴⁹

Na ovom mjestu želimo istaći i to da efikasnost pravnog poretka najviše zavisi od efikasnosti sudskog izvršnog prava, kao završnog stadijuma u ostvarivanju nekog prava, a da je povjerenje u sudsku vlast upravo onoliko koliko su ti organi efikasni.⁵⁰

⁴⁶ D. Stojanović, *Stvarno pravo ...* str. 293.

⁴⁷ Z. Rašović, *Načela založnog prava u OIZ za CG*, Glasnik odjeljenja društvenih nauka, Titograd (Podgorica), 1989, str. 311.

⁴⁸ Njemački građanski zakonik u paragrafu 223. propisuje da zastarjelost potraživanja koje je obezbijeđeno hipotekom, ili hipotekom na brodu ili zalogom, ne sprečava povjerioca da zahtijeva namirenje iz založene stvari. Francuski građanski zakonik u članu 2180. dopušta mogućnost prestanka hipoteke usljed zastarjelosti hipotekarnog prava, bez obzira na tražbinu kao glavno pravo, ukoliko lični i realni dužnik nisu ista lica. Prema Švajcarskom građanskom zakoniku (član 807) dopuštena je mogućnost naplate zastarjelog potraživanja samo za zalogu na nekretninama koja je upisana u javne registre.

⁴⁹ O tome: Z. Rašović, *Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Podgorica, 1999, str. 260-261.

⁵⁰ Tako je pravo na pravnu zaštitu u razumnom roku propisano članom 6. st. 1. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda određeno kao osnovno ljudsko pravo.

Inače, prema Ustavu BiH, prava i slobode predviđene ovom Konvencijom i njenim protokolima direktno se primjenjuju u BiH i imaju prioritet nad svim drugim zakonima (član II. st. 2. Ustava BiH).

Poznato je da su u zapadnim zemljama sudski postupci veoma brzi i efikasni,⁵¹ dok su kod nas odredbe Zakona o izvršnom postupku - ZIP-a (a i Zakona o parničnom postupku) ranije očigledno bile neprimjerene tržišnom privrednom sistemu. Privilegovanim položajem dužnika u izvršnom postupku bila je potpuno dezavuisana i osnovna funkcija sredstava obezbjeđenja potraživanja.⁵² Dužnikova procesna ovlaštenja bila su mnogobrojna, a nisu postojali odgovarajući mehanizmi za sprečavanje njihovih zloupotreba. Zbog toga je bilo potrebno što prije izvršiti promjene u zakonskoj regulativi, a posebno uraditi temeljitu izmjenu ZIP-a.⁵³

Republika Srpska je donijela novi ZIP,⁵⁴ kojim je značajno poboljšan položaj povjerilaca u odnosu na ranije propise. No, najskuplje i najsporije sredstvo izvršenja, izvršenje prodajom nepokretnosti, trebalo je još više revidirati u smislu ubrzanja vođenja tog postupka. Samo na taj način bi bio uspostavljen adekvatan pravni okvir i odgovarajući standard pravne zaštite povjerilaca, koji bi doveo do promjene u radu sudova te stvaranja povjerenja u naš pravni sistem. Time bi se otklonio i jedan od osnovnih nedostataka hipoteke, a to je neefikasnost sudskog postupka za njenu realizaciju.

3.2. *Pravo prvenstva*

Pravom prvenstva određuje se odnos hipotekarnog povjerioca i ostalih povjerilaca hipotekarnog dužnika povodom objekta hipoteke.

Povjerilac čija je tražbina obezbijedena hipotekom ima pravo prvenstva prilikom naplate svog potraživanja iz vrijednosti založene nekretnine i može da se naplati prije običnih povjerilaca (bez obzira da li je njihovo potraživanje nastalo prije ili poslije njegovog prava potraživanja), a i prije onih hipotekarnih povjerilaca čija je hipoteka kasnije upisana u javne knjige. Hipoteka koja je ranije stečena omogućava povjeriocu da svoju tražbinu naplati u cijelosti, dok se kasniji povjerilac može naplatiti samo

⁵¹ Naročito je u Njemačkoj je razrađen dokumentarni postupak koji pokreće povjerilac uz dostavu robnih dokumenata iz kojih se vide osnov i visina potraživanja. Nakon njihovog pregleda, ako ocijeni da iz njih zaista proizilazi osnov i visina tražbine, sud odmah dozvoljava izvršenje. U slučaju prigovora dužnika spor se nastavlja, ali pošto je povjerilac već naplatio svoje potraživanje, sada je dužnik više zainteresovan za brzo okončanje predmeta.

⁵² Neki autori su zbog toga smatrali da je ranije važeći ZIP bio "sav na strani dužnika", a u stručnim krugovima se on često nazivao "dužničkim zakonom". Vidjeti: V. Ristić, Komentar Zakona o izvršnom postupku, Beograd, 1999, str. 8.

⁵³ O novim rješenjima u Republici Hrvatskoj v. M. Dika, Novo ovršno pravo – neki temeljni instituti, u Novo ovršno pravo, Zagreb, 1996, str. 1; N. Šepić, Ovrha na imovini pravnih osoba, u Novo ovršno pravo, Zagreb, 1996, str. 61.

⁵⁴ "Službeni glasnik RS" br. 59/03. Zakon je stupio na snagu 1.8.2003.

Vidi: M. Živanović, Nova rešenja u izvršnom procesnom pravu, u Zborniku radova sa savjetovanja "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2003, str. 341; M. Živanović, Reforma građanskog procesnog prava u Republici Srpskoj, u Zborniku radova sa savjetovanja "Reforma i funkcionisanje pravnog sistema u Republici Srpskoj", Banja Luka, 2003, str. 72.

iz iznosa koji je ostao poslije njegovog namirenja, pa je vidljivo da je rang za ostvarivanja prava⁵⁵ od krucijalnog značaja u postupku prinudne prodaje nekretnina i da je njegov ekonomski značaj veliki.⁵⁶ Ukoliko se zbog bilo kojeg razloga u zemljišnoj knjizi izbriše prethodna hipoteka, na njeno mjesto dolazi naredna, a ako prethodni hipotekarni povjerilac namiri svoju tražbinu, iz ostatka cijene prodane nekretnine namiruje se sljedeći hipotekarni povjerilac i tako redom.⁵⁷

U slučaju da na istoj nekretnini postoji više hipoteka, redosljed hipoteka određuje se prema trenutku njihova nastanka, ako zakonom nije drugačije određeno.⁵⁸ Međutim, kada se ima u vidu da se prema odredbama ZOSPO-a hipoteka na osnovu pravnog posla ili sudske odluke stiče upisom u javne knjige, smatramo da bi se red prvenstva na nekretninama trebalo određivati prema prioritetu podnošenja molbe sudu za upis hipoteke u zemljišne knjige,⁵⁹ jer rang za jedno pravo nastaje ne njegovim nastankom, već momentom podnošenja zahtjeva za upis u zemljišne knjige.⁶⁰

Analogno navedenom, pravo prvenstva ima dva aspekta i može se posmatrati dvojako: kao pravo prvenstvene naplate i kao pravo prvenstvenog reda.⁶¹ Pravom prvenstvene naplate reguliše se odnos koji postoji između

⁵⁵ Rang imaju samo stvarna prava, zbog vezanosti za stvar, dok ga obligaciona prava nemaju, jer regulišu odnose između lica.

⁵⁶ Pravom prvenstva se ranije bavio i Ž. Perić: O prvenstvenom pravu naplate između države i hipotekarnih povjerioca, Beograd, 1901. i O prvenstvu između intabulacije (hipoteke) i tapije (ubaštinjenja), Odlomak iz predavanja iz Građanskog prava (o ugovoru i prodaji), Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga X, br. 1/1910.

⁵⁷ P. Simonetti, Hipoteka (objekt, obujam, sticanje), Zakonitost, br. 9-10/1990, str. 1120.

⁵⁸ ZOSPO, član 65.

⁵⁹ U ovom pravcu citiraćemo dio obrazloženja iz presude ranijeg Vrhovnog suda Hrvatske Gž-1807/76-2, od 27.3.1976, koja je objavljena u knjizi O. Stankovića i M. Orlića, Stvarno pravo, Beograd, 1982., na stranici 347: "Za zemljišno-knjižno pravo vrijedi načelo prema kojem pravo koje je u zemljišne knjige upisano ranije ima prvenstvo pred pravom koje je u zemljišne knjige upisano kasnije. Međutim, prvenstveni red upisa prosuđuje se prema trenutku u kojem je podnesak sa zahtjevom za upis stigao zemljišnoknjižnom sudu (pravno pravilo iz paragrafa 29. st. 1. biv. Zakona o zemljišnim knjigama). Taj je trenutak, kada zemljišno knjižni prijedlog (molba) stigne zemljišnoknjižnom sudu - mjerodavan i za prosuđivanje o prijedlogu (pravno pravilo iz paragrafa 103. ZOZK). Prema tome za stjecanje promjenu ili utrućne knjižnih prava od odlučne je vrijednosti vrijeme kada je prijedlog (molba) za upis toga prava, odnosa ili činjenice stigao zemljišnoknjižnom sudu, a ne vrijeme donošenja rješenja ili konačnog izvršenja predloženog upisa. Upis i njegove posljedice prosuđuju se dakle prema vremenu kada je odnosni podnesak stigao zemljišnoknjižnom sudu. Stoga, ako se od dva podneska koji se odnose na isto zemljišnoknjižno tijelo, prvi riješi onaj kasnije podnijeti podnesak i to rješenje prvo upiše u zemljišnu knjigu, time ranije podnijeti podnesak ne gubi pravo prvenstva stečeno ranijim podnošenjem".

Novi Zakon o zemljišnim knjigama RS propisuje da se red prvenstva računa prema redosljedu upisa u zemljišnu knjigu, osim ako u zemljišnoj knjizi nije upisano nešto drugo (član 45. stav 2.), ali iz cjeline odredbi jasno je da redosljed upisa mora odgovarati redosljedu pristiglih zahtjeva, čime je zaštićen prvi, savjesni podnosilac zahtjeva za upis.

⁶⁰ Vidjeti: T. Tumbri, op. cit., str. 142.

⁶¹ Vidi: I. Krkljuš, Pravo zaloge prema ZOSO, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, 6/1980. str. 4.

hipotekarnih i običnih (hirografernih)⁶² povjerilaca povodom hipotekovanog dobra. Kao što smo vidjeli, hipotekarni povjerilac ima pravo prvenstvene naplate u odnosu na sve obične povjerioce. Pravom prvenstvenog reda se propisuje odnos između hipotekarnih povjerilaca povodom objekta hipoteke.⁶³ Utvrđivanje prvenstvenog reda vrši se po načelu koje je prihvaćeno u modernom pravu: raniji u vremenu, jači u pravu (prior tempore potior iure). Kod nas je prihvaćen princip klizećeg ranga. To znači da ako se ugasi hipotekarno pravo sa prvenstvenim redom, da na njegovo mjesto automatski stupa hipotekarno pravo sa sljedećim redom prvenstva.⁶⁴ Za svaku kasniju hipoteku rizik naplate je veći, pa se srazmjerno većoj opasnosti zbog višeg ranga dobija veća kamata. Obično se kaže: "Hipotekar sa prvenstvenim rangom spava bolje, ali živi lošije ("mršava" kamata). Hipotekar sa trećim ili četvrtim rangom spava lošije, ali živi bolje (viša kamata)."⁶⁵ Dakle, uspostavljanje ranga ima veliki pravni i ekonomski značaj, posebno u slučaju kada vrijednost nekretnine ne dostiže dovoljan iznos za naplatu potraživanja svih povjerilaca.⁶⁶

Promjene reda prvenstva se i u sistemu klizećeg i u sistemu fiksnog ranga mogu vršiti tzv. ustupanjem reda prvenstva. Ono postoji kada hipotekarni povjerilac sa ranijim redom, ustupi svoj red nekom od hipotekarnih povjerilaca sa kasnijim redom, a prilikom toga njegovo pravo prvenstva stupa nazad. Najčešće, pravo koje stupa nazad dolazi na mjesto prava koje ide naprijed. Prema tome, radi se o zamjeni mjesta dva hipotekarna povjerioca. Za ustupanje reda prvenstva u sistemu klizećeg ranga smatramo da nije potrebna saglasnost vlasnika predmeta hipoteke, jer u ovakvom sistemu prestanak jedne hipoteke ne koristi vlasniku koji nema pravo na svojinsku hipoteku i ne može zadržati "oslobođeni" rang.⁶⁷ Ustupanjem reda prvenstva može i više prava istovremeno stupiti na mjesto drugoga prava.

⁶² To su povjerioci čije potraživanje nije obezbijedeno hipotekom, a kojima dužnik garantuje cjelokupnom svojom imovinom, pa tako i založenom stvari.

⁶³ O rangu kod hipoteke i o rangu stvarnih prava opširno: M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 81; M. Lazić, *Rang stvarnih prava*, *Pravni život* br. 10/2002, str. 71-83.

⁶⁴ Drukčije rješenje postoji u pravima koja prihvataju princip tzv. fiksnog ranga. Kada dođe do isplate hipotekarnog povjerioca prvog po rangu, na njegovo mjesto ne dolazi povjerilac sa narednim pravom prvenstva, već vlasnik objekta hipoteke na njoj stiže svojinsku hipoteku sa kojom može slobodno raspolagati. Ovo postoji u njemačkom pravu, a i u pravu Švajcarske, gdje je dopuštena i njegova izmjena, pod određenim uslovima (član 814. Švajcarskog građanskog zakonika).

⁶⁵ W-R. Bub, M. Schmid, H-G. Jatzek: *Grundstucke-erwerben, besitzen, belasten und verkaufen*, München, 1996, str. 111.

⁶⁶ Samo ograničena stvarna prava (iura in re aliena) imaju rang, jer se pravo svojine ne može rangirati, pošto se radi o isključivom stvarnom pravu. Inače, mogli bismo se složiti sa mišljenjem dr Dragoljuba Stojanovića da nije ispravan naziv ograničeno stvarno pravo, ako se pod tim misli na založno pravo, služnosti, realne terete. Sve su to "puna stvarna prava sa ograničenim sadržajem u odnosu na svojinu" - v. D. Stojanović i D. Petrović, *Komentar ZOSO*, Beograd, 1991, str. 58. Mi ćemo ipak upotrebljavati termin ograničeno stvarno pravo, jer je kod nas uobičajen.

⁶⁷ Tako i M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* op. cit., str. 86.

Međusobni red prvenstva se tada određuje prema mjestu koje su ta prava imala prije ustupanja.

Smatramo da bi prihvatanje fiksnog ranga u našem pravu bilo korisno i da bi donijelo pozitivne efekte. Naime, klizeći rang je takva prednost za povjerioca na koju ne može sa sigurnošću računati, a fiksni rang nije upravljen protiv hipotekarnih povjerilaca sa kasnijim rangom, jer oni prilikom zasnivanja hipoteke isključuju mogućnost poboljšanja svog ranga bez odgovarajuće naknade.

Ustupanje reda prvenstva treba razlikovati od ustupanja potraživanja (cesije). Kod cesije na mjesto dosadašnjeg hipotekarnog povjerioca može doći svako treće lice kao prijemnik prava.

Međutim pravom prvenstva ne određuje se konačan redosljed namirenja iz vrijednosti založene stvari. Naime, postoje i tzv. privilegovana potraživanja na koja se pomenuta pravila ne primjenjuju, već se ona namiruju preko reda, mimo prava prvenstva utvrđenih materijalnim pravom.⁶⁸ Najčešće su to potraživanja države po osnovu dospjelih dažbina, ali može da se radi i o drugim tražbinama. Inače, postojanje ovakvih potraživanja otvara mnoga interesantna pitanja, od čijeg rješenja zavisi razrješenje brojnih životnih situacija. Primjera radi, zanimljiv je odnos države sa hipotekarnim povjeriocima.⁶⁹ Država kao privilegovani povjerilac smatra da uvijek ima pravo prvenstvene naplate po osnovu privilegovanog potraživanja u odnosu na pojedinca, što se pravda opštim interesom koji ima veći značaj od interesa pojedinca. Zakonodavac je stvorio ovaj privilegovani položaj da bi osigurao naplatu prihoda bez kojih država ne bi mogla normalno funkcionisati i može se konstatovati da na dužnikovim nekretninama ima zakonsku zalogu.⁷⁰ Hipotekarni povjerioci se naplaćuju tek pošto država prethodno bude izmirena za porez, bez obzira na činjenicu što je njen zahtjev za namirenje tražbine nastao poslije upisa hipoteke u javne knjige. U slučaju da se u postupku prinudne prodaje nekretnine dobije suma koja je dovoljna za namirenje svih potraživanja u cjelini, pitanje obima namirenja ne bi bilo potrebno

⁶⁸ Vidjeti: D. Vuksanović, Privilegovana potraživanja u našem pravu, u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova sa savetovanja pravnika u Budvi*, Beograd, 2004, str. 227-235.

⁶⁹ Ovaj problem postojao je i ranije, a najbolji dokaz je pomenuta knjiga prof. Živojina Perića "O prvenstvenom pravu naplate između države i hipotekarnih povjerilaca." Prof. Perić je u ovom djelu dao odličnu osnovu za razumijevanje pravne prirode privilegovanih potraživanja, a nedostaci tadašnje zakonske regulative mogu se prenijeti i na sadašnja zakonodavna rješenja. Kao glavnu manu državne privilegije prof. Perić je istakao njenu generalnost (citirano djelo, str. 122), a ona se tiče ostalih povjerilaca poreskog obveznika i ovdje počinju teškoće, jer se na tom mjestu država sukobljava sa pojedincima. Prema njegovim riječima, postoji potreba da se nađe jedan sistem podesan da u isti mah zadovolji i državine interese, a da ni interese pojedinaca ne ošteti (citirano djelo, str. 124).

⁷⁰ Vidi: D. Adžić, Obim državne hipoteke u odnosu na potraživanja hipotekarnih povjerilaca u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Zbornik radova sa savetovanja pravnika u Budvi*, Beograd, 2003, str. 220.

ni postavljati. Međutim, ukoliko taj iznos nije dovoljan za namirenje svih potraživanja, može da se pojavi dilema u kom obimu namiriti privilegovano potraživanje države u odnosu na tražbinu hipotekarnog povjerioca, jer su postojeća rješenja očito u suprotnosti sa potrebama kreditora. Naime, imajući u vidu činjenicu da postoji sve veća potreba za hipotekarnim kreditima, može da se postavi pitanje da li će hipotekarne banke uopšte biti zainteresovane za davanje ovakvih kredita sa rizikom da se možda neće moći namiriti iz založene imovine. Zbog toga smatramo da državi treba dati prednost i privilegiju u postupku namirenja u odnosu na hipotekarne povjerioce, ali samo u racionalnim granicama i onom obimu u kome to ne bi škodilo interesima ovih povjerilaca. U određenim slučajevima poželjno bi bilo dati neke privilegije i ovim povjeriocima, ali naravno samo toliko da njihovo namirenje ne šteti prioritarnim interesima države. Prema tome, nesumnjivo je da treba voditi računa i o opštim interesima, ali i o interesima pojedinca, jer tek kada se zadovolje oba interesa, stvaraju se pretpostavke za funkcionisanje vladavine prava i postojanje pravne države.⁷¹ Državi treba dati privilegije, ali one ne bi smjele biti neograničene, a ostvarenje jednog interesa pretpostavka je za ostvarenje drugog. U današnjim uslovima, nedvojben je značaj hipotekarnog kreditiranja, kako za interese pojedinaca, tako i za ukupan ekonomski razvoj, pa je sigurno da o ovome treba voditi i posebnu pažnju. Očigledno je da se radi o veoma osjetljivom i suptilnom pitanju, koje sigurno zaslužuje raspravu na širem nivou, a kriterijum opredjeljenja u svakoj situaciji trebao bi da bude društveni interes.

3.3. Pravo hipotekarnog povjerioca u slučaju smanjenja vrijednosti hipotekovane stvari

U slučaju da hipotekarni dužnik smanjuje vrijednost založene nekretnine ili na drugi način pogoršava njeno stanje, odnosno svojim radnjama dovodi u opasnost interese hipotekarnog povjerioca,⁷² ovaj ima pravo tražiti da sud naloži hipotekarnom dužniku da se uzdrži od takvih radnji (zahtjev za propuštanje je sličan zahtjevu iz *actio negatoriae*), a ako on to ne učini, može zahtijevati prisilnu naplatu osigurane tražbine i prije njene dospelosti - tzv. devastaciona tužba.^{73, 74}

⁷¹ Tako i: D. Adžić, op. cit, str. 224.

⁷² Založni dužnik mora da spriječi i štetne radnje koje preduzimaju lica koja su njegovi pomoćnici u posjedovanju, zatim lica koja priznaju njegovu vlast i kojima je, zbog odnosa sa njima, u stanju tako nešto zabraniti. O tome i: N. Gavella, *Založno pravo...* str. 191.

⁷³ ZOSPO, član 67.

⁷⁴ Ovakav pravni stav zauzeo je i Kantonalni sud u Sarajevu: "Prije dospelosti potraživanja hipotekarni vjerovnik može: a) tužbom tražiti da se naloži hipotekarnom dužniku da ne smanjuje ili ne pogoršava vrijednost nekretnine odnosno da se uzdrži od takvih radnji i b) ako dužnik ne postupi u skladu sa nalogom suda da traži prisilnu naplatu potraživanja osiguranog hipotekom" - Bilten sudske prakse Kantonalnog suda Sarajevo, br. 1/2001, str. 33.

Dakle, prava za zaštitu hipotekarnog povjerioca do ispunjenja uslova za realizaciju hipoteke su, prije svega, usmjerena na očuvanje vrijednosti predmeta hipoteke, a tek ako se smanjenje vrijednosti ne spriječi, postoji mogućnost korištenja prava na prijevremenu realizaciju namirenja potraživanja.⁷⁵ U tom slučaju pravo na prijevremenu realizaciju hipoteke predstavlja sankciju za štetno postupanje vlasnika prema založenoj stvari. Hipotekarni dužnik se tako lišava posjeda i svojine na predmetu hipoteke prije dospelosti obaveze.⁷⁶ Prava koja ima u slučaju smanjenja vrijednosti predmeta hipoteke, hipotekarni povjerilac može koristiti od trenutka zasnivanja hipoteke pa do momenta dospelosti potraživanja koje se obezbjeđuje. Naše pravo ne traži krivicu vlasnika stvari kod smanjenja njene vrijednosti, već je potrebno da između njegove radnje i smanjenja vrijednosti stvari postoji uzročna veza. Inače, interes hipotekarnog povjerioca ugrožen je ako je smanjenje vrijednosti predmeta hipoteke izvršeno toliko da postoji stvarna i objektivna opasnost da prodajom stvari neće moći u cijelosti da se namiri potraživanje obezbijeđeno hipotekom. Zato je neophodno da je smanjenje vrijednosti predmeta hipoteke izvršeno u toj mjeri u kojoj se ugrožava funkcija hipoteke,⁷⁷ i to utvrđivanje treba vršiti u svakom konkretnom slučaju.

Ta facultas alternativa pripada samo hipotekarnom povjeriocu koji je nosilac dobrovoljnog založnog prava na nekretnini. Ona ne pripada nosiocu prisilnog založnog prava, jer se ovo založno pravo na nekretnini ne može steći prije pravosnažnosti i izvršnosti presude kojom je naloženo dužniku da plati potraživanje koje se osigurava prisilnom hipotekom na dužnikovoj nekretnini. Prisilno založno pravo na nekretninama nastaje samo kao sredstvo osiguranja, koje određuje sud u postupku osiguranja, a po pravilima tog postupka sud može odrediti na prijedlog povjerioca osnivanje založnog

⁷⁵ Član 2131. Francuskog građanskog zakonika predviđa pravo hipotekarnog povjerioca na dopunu hipoteke ili isplatu iz postojećeg predmeta obezbjeđenja prije dospelosti tražbine, ako vlasnik založene stvari umanjnjem vrijednosti založene stvari ugrožava interes povjerioca. Švajcarski građanski zakonik u članu 809. propisuje da hipotekarni povjerilac može od dužnika – vlasnika zahtijevati ponovno uspostavljanje ranijeg stanja ako je smanjenje vrijednosti založene stvari već nastupilo, a ako samo prijeti ugrožavanje, može zahtijevati mjere obezbjeđenja koje ako se ne ispoštuju, daju povjeriocu pravo da zahtijeva dopunu zaloge ili otplatu duga u ratama.

⁷⁶ Ovakvo rješenje kod nas sadrži nedostatke zbog toga što hipotekarni povjerilac ima ovo pravo samo ako je štetna radnja preduzeta od strane hipotekarnog dužnika odnosno vlasnika stvari, a ne i ako je preduzeta od strane trećeg lica. Hipotekarnom povjeriocu je trebalo omogućiti ovakvu zaštitu i od štetnih dejstava trećih lica. Ovakvo, on bi imao pravo da od vlasnika stvari zahtijeva zaštitu njene vrijednosti od tih štetnih dejstava i ovo rješenje je prihvaćeno i u njemačkom pravu. Vidi: O. Stanković, O podeli prava na apsolutna i relativna (obligaciona), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5-6/1985, str. 714.

Međutim, postoje i mišljenja da, iako to zakon nije izričito predvidio, hipotekarni povjerilac može tražiti sudsku zaštitu i u odnosu na treća lica koja bi svojim postupcima protivpravno ugrožavala njegove interese zaštićene hipotekom, s obzirom na stvarnopravni karakter prava zaloge, po kojem ono djeluje prema svima (erga omnes).

⁷⁷ M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 69.

prava na nekretninama samo koji se bazira na izvršnoj ispravi koja glasi na novčano potraživanje.⁷⁸

Prema tome, kod hipoteke do prijevremene prodaje založene stvari dolazi zbog postupanja sa stvari od strane hipotekarnog dužnika protivno ugovoru i zakonu, dok kod ručne zaloge prijevremena prodaja može se tražiti kad se založena stvar kvari ili kad inače gubi vrijednost.⁷⁹

3.4. Pravo sljedovanja

Veoma je značajno da hipotekarni povjerilac ima i pravo da se naplati iz vrijednosti koja se dobija prodajom založene nekretnine bez obzira da li se stvar nalazi u vlasništvu i posjedu hipotekarnog dužnika ili je prešla u vlasništvo trećeg lica (pravo sljedovanja).⁸⁰ To pravo proizilazi iz stvarnopravnog karaktera i vezanosti hipoteke za stvar koja čini njen predmet. Pravo sljedovanja predstavlja zamjenu za posjed založene stvari kod ručne zaloge, koje omogućava realizaciju hipoteke.⁸¹ Primjena ovog prava dolazi u obzir i kada se samo dio predmeta hipoteke prenese na treće lice, a to proizilazi iz načela nedjeljivosti hipoteke. Hipotekarni povjerilac ima pravo sljedovanja u slučaju da je izvršen upis hipoteke ako je upis pravilan i ukoliko je izvršen prije otuđenja hipotekovanog dobra.⁸² Pravo sljedovanja hipotekarnog povjerioca, a sa njim i čitava hipoteka, zavisi od toga da li je prihvaćeno načelo upisa. Ako načelo upisa nije poštovano, ni hipoteka ne može postojati.⁸³ Sudska praksa je osporila ovo pravo u situaciji kada je hipotekarni dužnik, kao zemljišnoknjižni vlasnik stvari, prodao i predao nekretninu prije zasnivanja hipoteke, ali pri tome nije izvršen i zemljišnoknjižni prenos.⁸⁴ To stanovište odgovara sigurnosti pravnog saobraćaja i savjesnosti u poslovnom prometu.

Pravo sljedovanja je značajno obilježje hipoteke, jer ako ono ne bi postojalo ili ne bi bilo u potpunosti obezbijeđeno, ni hipoteka ne bi bila pouzdano sredstvo obezbjeđenja povjeriočeve tražbine.⁸⁵ Tek sa njim hi-

⁷⁸ O tome: N. Gavella, *Založno pravo...* str. 192.

⁷⁹ Prema članu 982. ZOO postoji mogućnost prodaje založene stvari prije dospelosti tražbine u slučaju kad se založena stvar kvari ili gubi vrijednost, te postoji opasnost da postane nedovoljna za obezbjeđenje potraživanja. Ova prodaja prije roka služi samo obezbjeđenju namirenja a ne i prevremenom namirenju, jer se dobijeni novčani iznos deponuje kod suda i iz njega se potraživanje može namiriti tek po dospelosti.

⁸⁰ Pravo sljedovanja je, inače, opšta karakteristika stvarnih prava koja je posljedica njihovog djelovanja prema svima i različita je kod pojedinih vrsta stvarnih prava. Vidi: O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1982, str. 3.

⁸¹ M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 92.

⁸² A. Ehrenzweig, *System des osterreichischen allgemeinen Privatrechts*, I deo, *Das Sachenrecht*, Wien, 1923. str. 458.

⁸³ O. Stanković i M. Orlić, *op. cit.* str. 409.

⁸⁴ VSJ, Rev. 2155/64, od 29.9.1964, ZSO, 1965, knj. X, sv. 3, odl. br. 319.

⁸⁵ Pravo sljedovanja u francuskom pravu propisuje se kao specijalno pravo hipotekarnog povjerioca (članovi 2116 i 2166. Francuskog građanskog zakonika). U njemačkom pravu ovo

poteka u cijelosti može da zadovolji sve što se od nje i uopšte od založnog prava traži.⁸⁶ U suprotnom, hipotekarni dužnik bi otuđujući nekretninu trećim licima lako mogao osujetiti mogućnost povjeriočeve naplate, i to bi doista bilo protivno osnovnim principima dobro organizovanog založnog prava i samoj svrsi obezbjeđenja povjeriočeve tražbine.⁸⁷

Tužbom *vindicatio pignoris* založni povjerilac, kao stvarno-pravni ovlašćenik, analogno rei vindicationem zahtjevu vlasnika, može tražiti od svakog trećeg lica predaju zaloga.⁸⁸

4. Obaveze hipotekarnog povjerioca

Osnovna je obaveza hipotekarnog povjerioca davanje saglasnosti hipotekarnom dužniku za brisanje hipoteke iz javnih knjiga u koje su upisane. Hipotekarni povjerilac izdaje brisovnu dozvolu zbog toga što je došlo do prestanka hipoteke, a to je uslov da zainteresovano lice zahtijeva brisanje hipoteke u javnoj knjizi. Prestanak hipoteke brisanjem uknjižbe je neophodan, jer hipoteka u slučaju materijalno-pravnog prestanka egzistira i bez potraživanja, s tim što se ne može punovažno vršiti. Brisanjem hipoteke pravo svojine hipotekarnog dužnika oslobađa se tereta i ponovo uspostavlja u svom punom kapacitetu. Pravo tražiti brisanje hipoteke ima svako zainteresovano lice. Najčešće je to hipotekarni dužnik kao vlasnik predmeta hipoteke, a u određenim slučajevima brisanje hipoteke može tražiti i hipotekarni povjerilac. Ukoliko hipotekarni povjerilac ne da brisovnu dozvolu, hipotekarni dužnik može koristiti tužbu za brisanje upisa (brisovnu tužbu).⁸⁹

Hipotekarni povjerilac mora da se pridržava i opšte zabrane za sve titulare subjektivnih prava – zabrane zloupotrebe prava.⁹⁰ Pošto hipotekarni

pravo se tretira kao pravo hipotekarnog povjerioca koje on ima na osnovu opšteg principa o rangu zemljišnoknjižnih prava, a djeluje prema trećem licu koje je kao vlasnik upisano u zemljišne knjige, dok pravo neupisanog vlasnika nije pravno relevantno (paragraf 1148. Njemačkog građanskog zakonika).

⁸⁶ U nekim zemljama postoje određena ograničenja u pogledu prodaje založenog predmeta. Tako npr. član 37. stav 1. Zakona o hipoteci Rusije propisuje da se predmet hipoteke može otuđiti samo uz saglasnost hipotekarnog povjerioca, dok član 17. Zakona o zalozima Ukrajine reguliše da je otuđenje založenog objekta moguće samo uz saglasnost založnog povjerioca, pod uslovom da iznos glavnice duga prelazi na novog založnog dužnika.

⁸⁷ U ovom pravcu, sasvim razumljivo, ide i sudska praksa: "Kad je nepokretnost opterećena hipotekom radi namirenja potraživanja zbog koga se izvršenje i sprovodi ne može se dozvoljeno izvršenje proglasiti nedopuštenim zbog promene vlasnika, jer je hipoteka vezana za nepokretnost a ne za ličnost" - Vrhovni sud Srbije, Rev - 4354/99, od 18.1.2000, u R. Josić i T. Krsmanović, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava...* str. 131.

⁸⁸ B. Morait, *Obligaciono pravo*, Knjiga I, Banja Luka, 1997. str. 104.

⁸⁹ Vidi: D. Stamenković, *Priručnik za upise u zemljišnu knjigu i katastar nepokretnosti*, Beograd, 1992, str. 167; A. Gams, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, 1959, str. 124.

⁹⁰ Član 4. ZOSPO-a i član 13. ZOO-a.

povjerilac ima pravo raspolaganja, on je u obavezi da ga ne zloupotrebljava. Ovo se posebno odnosi na slučajeve zasnivanja nadhipoteke, gdje nije potrebna saglasnost hipotekarnog dužnika.⁹¹

5. Prava hipotekarnog dužnika (zalagača)

Za hipotekarnog dužnika hipoteka primarno predstavlja skup obaveza povodom objekta hipoteke, a tek sekundarno iz hipoteke za njega proizlaze i određena prava. Istina, ova ovlaštenja pripadaju dužniku po osnovu svojine na objektu hipoteke, ali su posredno omogućena suštinom hipoteke.

Hipotekarni dužnik, prevashodno, ima pravo da založenu stvar koristi, čuvajući interese hipotekarnog povjerioca,⁹² a osim toga, on može potpuno ili djelimično i da sa ovom stvari raspolaze. Isto tako, on može stvar i otuđiti, ali pošto je hipoteka upisana u javne knjige, hipotekarnom povjeriocu ne prijete opasnost da će izgubiti svoje pravo. Jedina razlika između vlasnika založene nekretnine i ostalih vlasnika ogleđa se u tome što vlasnik nekretnine opterećene hipotekom, kao što je izloženo, ne smije smanjivati njenu vrijednost niti smije na bilo koji način pogoršavati njeno stanje.⁹³

Po izmirenju duga ili u slučaju nemogućnosti njegove realizacije hipotekarnom dužniku stoji na raspolaganju mogućnost da traži brisanje hipoteke.⁹⁴ Time ona formalno prestaje da postoji. Kada se ima u vidu da se za brisanje primjenjuje postupak koji važi za brisanje svih tereta i ograničenja zemljišnoknjižnih prava, vidljivo je da ovo pravo hipotekarnog dužnika nije tipično hipotekarno pravo.

Hipotekarni dužnik ima pravo i na povraćaj viška vrijednosti (hiperocha)⁹⁵ koji ostane poslije naplate svih potraživanja u cijelosti (glavnica, kamate, troškovi). To je pravo opšteprivlačeno u savremenom založnom pravu.⁹⁶ Mada naše pozitivno pravo to decidirano ne reguliše u okviru propisa o zalozi, mislimo da u pogledu ovoga ne može da bude nikakvih dilema. Pravo na hiperochu nije hipotekarno pravo, ono proizilazi iz svojine i radi se o pravu svakog vlasnika stvari koja je bila predmet izvršenja.

⁹¹ O tome: M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 101.

⁹² Hipotekarni dužnik je dužan da založenu stvar čuva sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika. Ovo je izričito predviđeno za zalogoprimca kod ručne zaloge, pa bi se analogijom moglo zahtijevati i od hipotekarnog dužnika.

⁹³ O. Stanković i M. Orlić, *op.cit.*, str. 411.

⁹⁴ U određenim situacijama ovo može tražiti i hipotekarni povjerilac, kao lice koje je zainteresovano za prestanak hipoteke.

⁹⁵ Pojam "hiperocha" je grčkog porijekla, a to ide u prilog teze u grčkom porijeklu hipoteke. Vidi: I. Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd, 1977, str. 253.

⁹⁶ To su izričito predviđali i Srpski građanski zakonik (paragraf 321. i 843.) i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru (član 180.), a predviđa i Austrijski građanski zakonik u paragrafu 464.

6. Obaveze hipotekarnog dužnika

Postoji korelacija između prava hipotekarnog povjerioca i obaveza hipotekarnog dužnika. Osnovne su obaveze hipotekarnog dužnika da trpi namirenje potraživanja iz vrijednosti predmeta hipoteke i da se uzdržava od radnji kojima se umanjuje vrijednost predmeta hipoteke, a ostale obaveze proizilaze iz navedenih obaveza.

6.1. Obaveza hipotekarnog dužnika da trpi namirenje potraživanja iz vrijednosti predmeta hipoteke

Osnovna obaveza hipotekarnog dužnika jeste da trpi namirenje potraživanja hipotekarnog povjerioca iz vrijednosti predmeta hipoteke. To je obaveza na nečinjenje koje odgovara pravu namirenja hipotekarnog povjerioca.⁹⁷ Pošto se pravo namirenja povjerioca iz predmeta hipoteke sprovodi uz učešće suda u izvršnom postupku, ono se može realizovati i bez saradnje hipotekarnog dužnika, odnosno čak i u slučaju njegovog nepoštovanja ove obaveze. Obaveza trpljenja namirenja proizilazi iz stvarnopravnog karaktera hipoteke.⁹⁸ Subjekt obaveze trpljenja namirenja potraživanja iz predmeta hipoteke nije samo prvobitni vlasnik, već i svaki kasniji vlasnik založene nekretnine.⁹⁹

6.2. Obaveza uzdržavanja hipotekarnog dužnika od radnji kojima se umanjuje vrijednost predmeta hipoteke

Hipotekarni dužnik ima obavezu da se pri vršenju svojinskih ovlaštenja uzdržava od radnji kojima se umanjuje vrijednost predmeta hipoteke, a na koje bi kao vlasnik imao pravo. On je kao vlasnik i posjednik založene stvari obavezan da sa njom postupa sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika.¹⁰⁰ Pošto je ovakvo ponašanje najviše u njegovom interesu, može se konstatovati da hipoteka, sve do momenta realizacije, faktički i ne ograničava sadržinu svojine.¹⁰¹ Ukoliko se ta obaveza ne poštuje, djeluju prava hipotekarnog povjerioca u slučaju smanjenja vrijednosti predmeta hipoteke.

⁹⁷ M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 107.

⁹⁸ Vidi C. Karl-Herman, op. cit, str. 101; B. Soergel i W. Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Stuttgart-Berlin-Keln-Mainz, 1968*, str. 668.

⁹⁹ Ovo proizilazi iz dejstva hipoteke prema svima, te stvarnopravnog karaktera zahtjeva za namirenje.

¹⁰⁰ Ovo se predviđa za zalogoprimeca kod ručne zaloge (član 975. stav 1., ZOO), pa se može zahtijevati i od hipotekarnog dužnika.

¹⁰¹ Međutim, zbog hipoteke je otežan prenos svojine, jer je umanjena prometna vrijednost hipotekovanog dobra.

7. *Prenos prava i obaveza*

Hipotekarni povjerilac može prenijeti svoje potraživanje prema dužniku na treće lice i zajedno sa potraživanjem na njega prelazi i hipoteka, kao akcesorno pravo.¹⁰² Prema opštim pravilima obligacionog prava za to nije potreban pristanak dužnika i dovoljno je dužnika o tome samo obavijestiti,¹⁰³ ali je zbog prelaza hipoteke na treće lice potreban upis u zemljišnu knjigu. Hipoteka se ne može prenijeti odvojeno od tražbine čije ispunjenje obezbjeđuje (zbog načela akcesornosti hipoteke¹⁰⁴) i stoga su takvi pravni poslovi ništavi.¹⁰⁵ Ukoliko vlasnik založene stvari isplati dug hipotekarnom povjeriocu, isto tako dolazi do prenosa potraživanja obezbijeđenog hipotekom, jer tada na njega *ex lege* prelazi i potraživanje i hipoteka kao sporedno pravo.¹⁰⁶

ZOSPO propisuje da hipotekarni povjerilac može zasnovati hipoteku na postojećoj nekretnini u korist trećeg lica bez pristanka hipotekarnog dužnika - nadhipoteka.¹⁰⁷ Hipotekarni dužnik nakon upisa ne može platiti dug svom hipotekarnom povjeriocu bez saglasnosti nadhipotekarnog povjerioca, a da se ne izloži opasnosti da ovaj povjerilac zatraži namirenje svog potraživanja prodajom založene nekretnine. Ako je dužnik u zabludi da li ova saglasnost postoji, stoji mu na raspolaganju mogućnost polaganja dugovanog iznosa kod suda i na taj način oslobađanje od obaveze. U slučaju da je iznos potraživanja nadhipotekarnog povjerioca veći od potraživanja obezbijeđenog hipotekom, on svoje preostalo potraživanje namiruje iz imovinske mase hipotekarnog povjerioca, a ne iz vrijednosti dobijene prodajom založene nekretnine iznad hipotekovanog potraživanja.

Dakle, predmet nadhipoteke jeste potraživanje obezbijeđeno hipotekom, a tek posredno i hipoteka kao imovinsko pravo koje predstavlja akcesorijum.¹⁰⁸ Za zasnivanje nadhipoteke nije potrebna saglasnost hipotekarnog dužnika, jer se time njegov položaj ne mijenja. Zato postoji i mogućnost da se

¹⁰² ZOO, član 437. st. 1.

¹⁰³ ZOO, član 438. st. 1.

¹⁰⁴ ZOSPO, član 66. st. 1.

¹⁰⁵ Kantonalni sud Sarajevo je povodom ovoga zauzeo pravni stav: "Hipoteka i osigurano potraživanje su jedna cjelina. Pojedinačni (izdvojeni i odvojeni) prijenos nije dopušten. Za valjanost prijenosa potreban je pismeni ugovor (cesija - član 436. Zakona o obligacionim odnosima) i upis u zemljišne knjige". Ovaj pravni stav je objavljen u Biltenu sudske prakse Kantonalnog suda Sarajevo br. 1/2001, str. 33.

¹⁰⁶ ZOO, član 300.

¹⁰⁷ ZOSPO, član 66. st. 2.

Francuski građanski zakonik ne dopušta stavljanje hipoteke na hipoteku (član 2118), Austrijski građanski zakonik primjenjuje za nadhipoteku iste propise kao i za hipoteku (paragraf 454), dok Njemački građanski zakonik u ovakvim slučajevima primjenjuje propise koji važe za založno pravo na pravima.

¹⁰⁸ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1987, str. 310; L. Marković, *Hipotekarno pravo*, Beograd, 1911, str. 159. O predmetu nadhipoteke opširnije: D. Klepić, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku*, Beograd 2004, str. 13-14.

nadhipoteka dalje optereti. Da bi nadhipoteka nastala, potrebno je da se izvrši njen upis u javne knjige gdje je upisana i hipoteka. Redosljed prvenstva nadhipotekarnih i hipotekarnih povjerilaca suprotan je vremenu zasnivanja hipoteke odnosno nadhipoteke.¹⁰⁹ Razumljivo je da nadhipoteka zavisi od hipoteke i zato ona ne može trajati duže od hipoteke, a nadhipotekarni povjerilac ne može imati više prava od hipotekarnog povjerioca. Prilikom realizacije nadhipotekarni povjerilac mora prvo da traži namirenje hipoteke, a zatim u okviru hipoteke ostvaruje svoje pravo po osnovu nadhipoteke.¹¹⁰

Kada je nepokretnost opterećena hipotekom radi namirenja potraživanja zbog koga se izvršenje i sprovodi, ne može se dozvoljeno izvršenje proglasiti nedopuštenim zbog promjene vlasnika, jer je hipoteka vezana za nepokretnost, a ne za ličnost. Postoji mogućnost da se prilikom ovakve prodaje ugovorne strane dogovore da će kupac preuzeti i dug prema hipotekarnom povjeriocu. Tada se smatra da je hipotekarni povjerilac za ovo dao pristanak, ako ga na pismeni poziv vlasnika-prodavca nije odbio u roku od tri mjeseca od prijema.¹¹¹

Međutim, nije moguće izvršiti prenos založnog prava sa jednog zaloga na drugi.¹¹²

Zaključak

Analizom hipotekarnog odnosa aktuelizuju se brojni elementi koji postoje u miljeu specifične i složene materije sadržine hipoteke i nameće se niz pitanja o kojima treba diskutovati i u pogledu kojih je potrebno donijeti adekvatne zaključke. Teorija hipoteke se u ovom dijelu odlikuje širinom postavki, obimnošću i raznolikošću teza te argumentacijom koja zahtijeva temeljitu i serioznu analizu. Nesumnjivo je da sadašnji uslovi privređivanja u ovom segmentu traže značajna poboljšanja koja treba da riješe raskorak između potreba modernog prometa i postojećih krutih zakonskih normi.

¹⁰⁹ I. Krkljuš, op. cit., str. 11.

¹¹⁰ S. Živković, Obezbeđenje u pravnom prometu, Pravni život, br. 11/1973, str. 10.

¹¹¹ ZOO, član 447. st. 1.

¹¹² U tom smislu navodimo dio odluke Županijskog suda u Rijeci: "Jednom osnovano založno pravo ne može se prenijeti s jednog zaloga na drugi. Naime, nije između stranaka sporno da je osnovano založno pravo na stanu u Rijeci radi osiguranja tražbine koju tuženik, kao vjerovnik, ima s naslova otplate kupoprodajne cijene za predmetni stan. Prema tome, jednom tako osnovano založno pravo - hipoteka ne može se odvojiti od zaloga, u konkretnom slučaju od nekretnine, a to je stan u Rijeci koji je opterećuje. Bez pristanka založnog vjerovnika, a to je u konkretnom slučaju tuženik, založno se pravo ne može prenijeti s nekretnine u Rijeci na nekretninu nalazeću se u Hreljinu. To je rezultat načela neodvojivosti založnog prava od zaloga što izričito propisuje odredba iz člana 299. ZVDSF-a. Odredba člana 447. ZOO-a propisuje situaciju preuzimanja duga, pa iako ta odredba sadrži postupanje za slučaj preuzimanja duga prilikom otuđenja neke nekretnine na kojoj postoji hipoteka, ona ne zadire niti može zadirati u stvarnopravni učinak jednom osnovanog založnog prava koji njemu daju odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima"- Gž-1580/98, od 18.11.1998, Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. 1/1999, odluka broj 11.

Inače, nedvojbeno je da hipoteka sve više postaje jedan od osnovnih instrumenata osiguranja potraživanja, bilo da se radi o obezbjeđenju povrata novčanih sredstava ili osiguranju drugih potraživanja čije je plaćanje ugovoreno u novcu. U ekonomskom smislu, hipoteka je posebno značajna zbog toga što obezbjeđuje dobijanje kredita uz povoljnije kamatne stope, a to znači da je kapital jeftiniji i privreda konkurentnija. Dakle, ona omogućava dinamičan razvoj kreditnog tržišta i predstavlja instrument aktiviranja društvenog bogatstva.

I u ovom radu vidjeli smo da hipotekarno pravo kod nas zahtijeva bitno usavršavanje i višedimenzionalnu transformaciju. No, afirmacija hipoteke, i pored svih njenih nedostataka, sigurno je nužnost koja se ne može izbjeći. Primarni zadatak svakako je stvoriti takav ekonomski ambijent i stabilne tržišne uslove privređivanja da bi sistem kreditiranja, a sa njim i hipoteka kao najsigurnije sredstvo obezbjeđenja, došli do punog izražaja.

Summary

LEGAL RELATION IN MORTGAGE

Legal relation between parties in mortgage undoubtedly represents a very interesting subject-matter worth deeper examination. Within this relation numerous elements require serious analysis and adequate conclusions. It is completely clear that it is necessary to introduce important improvements due to evident discrepancy between inflexible legal rules and demands of contemporary legal transactions. The article explores notion of legal relation in mortgage, subjects in the relation, rights and obligations of mortgagee and mortgagor, and transfer of rights and obligations. Although this relation is accessory in nature, it is a relatively independent institute and its content significantly differs from the obligation it secures.

Key words: *legal relation in mortgage, notion of legal relation in mortgage, subjects of mortgage, mortgagee, mortgagor, right to satisfaction, right to pre-emption.*

Zusammenfassung

HYPOTHEKENRECHTLICHES VERHÄLTNIS ALS INHALTLICHER ASPEKT DER HYPOTHEK

Das hypothekenrechtliche Verhältnis als inhaltlicher Aspekt der Hypothek ist zweifellos ein sehr interessantes Forschungsgebiet. Im Rahmen dieses Verhältnisses werden zahlreiche Elemente aktuell, die ernsthaft analysiert werden und hinsichtlich derer entsprechende Schlüsse gezogen werden

müssen. Es steht fest, dass unter den heutigen Bedingungen in diesem Segment wesentliche Verbesserungen vorgenommen werden müssen, denn es besteht eine große Diskrepanz zwischen den starren Gesetzesnormen und den Bedürfnissen eines modernen Verkehrs. In der Arbeit werden der Begriff hypotheke[n]rechtliches Verhältnis, die Subjekte dieses Verhältnisses, Rechte und Pflichten des Hypothekengläubigers und des Hypothekenschuldners sowie die Übertragung der Rechte und Pflichten betrachtet. Obwohl das Hypothekerverhältnis akzessorischen Charakter hat, ist es relativ eigenständig, und dem Inhalt nach unterscheidet es sich wesentlich von dem des Obligationsverhältnisses zu dessen Sicherung es dient.

Schlüsselwörter: *hypotheke[n]rechtliches Verhältnis, Begriff des hypotheke[n]rechtlichen Verhältnisses, Subjekte des hypotheke[n]rechtlichen Verhältnisses, Hypothekengläubiger, Hypothekenschuldner, Recht auf Schuldenabtragung, Erstrecht.*

Sommario

RAPPORTO GIURIDICO-IPOTECARIO COME ASPETTO DEL CONTENUTO DELL'IPOTECA

Il rapporto giuridico-ipotecario come aspetto del contenuto dell'ipoteca rappresenta indubbiamente una materia molto interessante e meritevole di maggiore approfondimento. All'interno di questo rapporto numerosi elementi richiedono serie analisi e adeguate conclusioni. Sicuramente è necessario introdurre importanti miglioramenti in questo settore a causa dell'evidente discrepanza tra le inflessibili norme giuridiche e le richieste delle transazioni attuali. Nel lavoro sono esplorati il concetto di rapporto giuridico-ipotecario, i soggetti di questo rapporto, i diritti e le obbligazioni di creditore e debitore, e il trasferimento di diritti e obbligazioni. Nonostante questo rapporto sia di carattere accessorio, è un istituto relativamente autonomo e il suo contenuto differisce significativamente dall'obbligazione che garantisce.

Parole chiave: *rapporto giuridico-ipotecario, concetto di rapporto ipotecario, soggetti del rapporto ipotecario, creditore ipotecario, debitore ipotecario, diritto di soddisfazione, diritto di prelazione.*

NUŽNOST REFORME HRVATSKOG IZVANPARNIČNOG PRAVA

Mr. sc. Aleksandra Maganić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku

UDK: 347.919(497.5)
Ur.: 9. siječnja 2006.
Pr.: 21. veljače 2006.
Pregledni znanstveni članak

Nedavno provedena reforma austrijskog izvanparničnog prava i predstojeća reforma njemačkog izvanparničnog prava ukazuju na velike promjene u domeni izvanparničnog prava. Detaljan pristup općim pravilima izvanparničnog prava i uvođenje u izvanparnični postupak stvari koje su do sada rješavane u izvanparničnom postupku, odnosno "pravno čišćenje" (Rechtsbereinigung) u odnosima parničnih i izvanparničnih stvari trebali bi biti dodatan poticaj hrvatskom zakonodavcu za vlastito izvanparnično uređenje.

Hrvatsko izvanparnično pravo bremenito povijesnim problemima nedovoljnosti pravnih izvora, odnosno nedostatne pravne uređenosti i pravne šarolikosti nastale zbog regulacije vrlo opsežne, raznolike pravne materije i nejednakog vremenskog nastanka raznovrsnih pravnih izvora, mora se mijenjati kako bi se izvanparnični postupak opskrbio pravnim garancijama koje mu pripadaju prema čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Želi li RH poštovati standarde europske pravne države, morat će uskoro reformirati vlastito izvanparnično pravo. S obzirom na niz razloga koji ukazuju na nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava: krnju primjenjivost Zakona o vanparničnom postupku, nedostatak izvora koji bi mogli preuzeti funkciju općih pravnih pravila, pravnu neusklađenost postojećih pravnih izvora, Hrvatska bi eventualnom budućom reformom izvanparničnog prava bila u mogućnosti da preuzme prvenstveno one dijelove izvanparnične materije austrijskog i njemačkog zakonodavca koji predstavljaju minimum izvanparnične uređenosti. Vremenski trenutak reforme koja će se izvršiti nakon reformi Austrije i Njemačke Hrvatskoj omogućavaju odabir onih novina koje će odgovarati uvjetima hrvatskog pravnog sustava.

Ključne riječi: *izvanparnično pravo, izvanparnični postupak, opća pravila izvanparničnog prava, ostavinski postupak, izvanparnični statusni postupak.*

1. Uvod

Reforma izvanparničnog prava zemalja germanskog pravnog kruga, kojima prema pravnoj tradiciji pripada i Hrvatska, potaknula je još uvijek nerealizirane, ali u posljednje vrijeme često najavljivane inicijative za donošenje zakona o izvanparničnom postupku u Republici Hrvatskoj. Osim bivše ministrice pravosuđa Ingrid Antičević Marinović, koja je najavila donošenje Zakona o izvanparničnom postupku još u lipnju 2004.¹, i ministrica pravosuđa Vesna Škare Ožbolt je u okviru planova reforme pravosuđa naglasila da "Ministarstvo želi da se do kraja godine (2005.) donese i zakon o izvanparničnom postupku jer imamo jedino onaj iz 1934. godine!"²

Hrvatsko izvanparnično procesno pravo čine pravna pravila Zakona o vanparničnom postupku od 24. srpnja 1934. (u nastavku: ZVP) koja se primjenjuju u nekim slučajevima, ali i niz zakona primarno materijalnopravnog karaktera koji sadržavaju i postupovne odredbe: Obiteljski zakon³ (u nastavku: ObZ), Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama⁴ (u nastavku: ZZODS), Zakon o nasljeđivanju⁵ (u nastavku: ZN), Zakon o proglašenju nestalih osoba umrlima i dokazivanju smrti⁶ (u nastavku: ZPNOU), Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁷ (u nastavku: ZV) Zakon o izvlaštenju⁸ (u nastavku: ZI), Zakon o mjenici⁹ (u nastavku: ZM) i Zakon o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima¹⁰ (u nastavku: ZIPVP). Zakonski temelj izvanparničnog prava u širem smislu čine odredbe Ovršnog zakona¹¹ (u nastavku: OZ), Stečajnog zakona¹² (u nastavku: SZ) i Zakona

¹ "Reforma prvi put spominje pravne fakultete", Vjesnik, 11. srpnja 2003.

² "I Hag uključen u istragu osječkog slučaja", Večernji list, 21. srpnja 2005.

³ Obiteljski zakon (Narodne novine, br. 116/03., 17/04., 136/04.).

⁴ Zakon o zaštiti osoba s duševnim smetnjama (Narodne novine, br. 111/97., 27/98.-ispr., 128/99., 79/02.).

⁵ Zakon o nasljeđivanju (Narodne novine, br. 48/03., 163/03.).

⁶ Zakon o proglašenju nestalih osoba umrlima i dokazivanju smrti (Narodne novine, br. 10/74., 53/91.).

⁷ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96., 73/00., 114/01.).

⁸ Zakon o izvlaštenju (Narodne novine, br. 9/94., 35/94., 112/00., 114/01.).

⁹ Zakon o mjenici (Narodne novine, br. 74/94.).

¹⁰ Zakon o izdavanju i prometu vrijednosnim papirima (Narodne novine, br. 107/95., 142/98.).

¹¹ Ovršni zakon (Narodne novine, br. 57/96., 29/99., 42/00., 173/03., 194/03.-ispr., 151/04., 88/05.).

¹² Stečajni zakon (Narodne novine, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04.).

o zemljišnim knjigama¹³ (u nastavku: ZZK). No kako su ove grane prava postale samostalne pravne discipline, predmet proučavanja ovoga rada bit će samo izvanparnično pravo u užem smislu.

Već kratak uvid u izvore izvanparničnog procesnog prava nagovještava pravnu problematiku koja bi se ukratko mogla sažeti u nekoliko sljedećih navoda:

Odredbe ZVP-a iz 1934. primjenjuju se u ograničenom opsegu. To se osobito odnosi na opća pravila zakona koja bi morala biti temelj i okvir svih posebnih izvanparničnih postupaka.

Zakoni doneseni za vrijeme bivše Jugoslavije kao i zakoni doneseni nakon osamostaljenja Hrvatske derogirali su odredbe ZVP-a o gotovo svim posebnim izvanparničnim postupcima, a time posredno i opća pravila.

Heterogenost izvora, odnos pravnih propisa koji međusobno upućuju na odredbe drugih zakona, neusklađenost propisa uzrokovana nejednakim vremenskim nastankom te nepostojanje adekvatnog općeg dijela zakona o izvanparničnom postupku karakteristike su izvora hrvatskog izvanparničnog procesnog prava.

Hrvatska bi trebala poput Austrije i Njemačke izvršiti reformu izvanparničnog procesnog prava, ne samo zbog razloga što su to učinile zemlje germanskog pravnog kruga kojima i ona pripada, već stoga što raznovrsnost i obuhvat izvanparnične materije zahtijeva novo zakonsko uređenje. Možda bi zakonodavac trebao otvoriti izvanparnični put za neke primarno parnične stvari (sporovi o nasljedstvu, neki oblici uzdržavanja, paternitetski i maternitetski sporovi), inspiriran upravo navedenim primjerima stranih zakonodavstava, ali i vlastitim potrebama.

Pri izradi novog hrvatskog zakona o izvanparničnom postupku zakonodavac bi osobitu pažnju trebao posvetiti općim pravilima jer upravo ona odražavaju duh neke pravne materije, ona trebaju poslužiti kao opći procesni standardi.¹⁴

Epilog dugogodišnjih reformskih nastojanja u austrijskom izvanparničnom pravu – Savezni zakon o sudskom postupku u izvanparničnim pravnim stvarima¹⁵ (u nastavku: AußStrG), stupio je na snagu 1.1. 2005. Novo izvanparnično uređenje Austrije koje je konačno “ugledalo svjetlo dana” detaljno je uredilo upravo materiju općeg dijela izvanparničnog postupka. Relativno siromašan broj odredaba općeg dijela austrijskog Carskog patenta¹⁶ (u nastavku: Carski patent 1854.) od svega 19 paragrafa zamijenjeno je s 80 paragrafa.

¹³ Zakon o zemljišnim knjigama (Narodne novine, br. 91/96., 69/98., 137/99., 73/00., 114/01., 100/04.).

¹⁴ Triva, Siniša, Zakon SR Makedonije o izvanparničnom postupku i komentar Stefana Georgievskog, Naša zakonitost, 7-8/1981., str. 51.

¹⁵ Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, v 12. 12. 2003. (BGBl I 112).

¹⁶ Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, v 9. 8. 1854. (RGBl. 208).

Velik broj općih pravila sadrži i njemački Nacrt zakona o reformi postupka u obiteljskim stvarima i izvanparničnim stvarima¹⁷ (u nastavku: FGG-Reformgesetz) - čak 124 paragrafa.

Iscrpno zakonsko uređenje općih postulata izvanparničnog postupka nije nomotehničko pomodarstvo, ono ukazuje na važnost općih pravila izvanparničnog postupka, na njihovu pretenziju da postanu smjernice izvanparničnog postupanja. Hrvatski bi zakonodavac pri donošenju zakona o izvanparničnom postupku svakako trebao usvojiti ove nomotehničke ideje.

Predmet proučavanja ovog rada bit će pronalaženje razloga zbog kojih je nužna reforma hrvatskog izvanparničnog prava.

2. Povijesni razvoj

Razvoj hrvatskog izvanparničnog procesnog prava može se podijeliti u nekoliko razdoblja koja su primarno određena izvorima izvanparničnog prava koji su tada bili na snazi, problemima koji su bili povezani s njihovom primjenom te stavovima sudske prakse i pravne znanosti.

2.1. Carski patent 1854.

Prva kodifikacija izvanparničnog prava u Hrvatskoj bio je austrijski Carski patent iz 1854. "krijepostan za svekolike krunovine, izim Krajine vojničke kojim se o sudbenom postupku u pravnim poslovima izvan parnice uvodi nov zakon".¹⁸ Osim relativno skromnog općeg dijela koji je obuhvaćao 19 paragrafa, zakon je najvećim dijelom uređivao ostavinski postupak (§ 20.-180.). Ostali instituti nisu bili tako iscrpno uređeni zakonom, a odnosili su se na postupak u poslovima tutorstva i skrbi (§ 181.-219.), zatim skrb nad povjebinama (§ 220.-256.), posinovljenje, pozakonjenje i otpust iz vlasti očinske (§ 257.-266.), dobrovoljnu procjenu i prodaju (§ 267.-280.) te sudske svjedodžbe, prijepis i ovjerovljivanje isprava (§ 281.-293.). Njegovo stupanje na snagu u svim krunovinama 1855. vezivalo se uz novo ustrojstvo sudova.¹⁹ Unatoč velikom značenju Carskog patenta 1854. za izvanparničnu materiju, već nedugo nakon njegova stupanja na snagu 1859. pojavila se potreba njegova noveliranja izražena i u Laksenburškom manifestu kojim je car Franjo Josip najavio "vremenu primjerena poboljšanja u zakonodavstvu i upravi".²⁰ Tadašnji građanskopravni teoretičari (Čupović) kao jedan od

¹⁷ Referentenentwurf - Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, www.pappa.com/reform_u/FGG-Reform-Referentenentwurf-FamG.pdf (stanje od 30. prosinca 2005.).

¹⁸ Izvanparbeni postupnik, Akademijaska knjižara Lav Hartmana (Kugli i Deutsch), Zagreb, 1885. str. 3.

¹⁹ Izvanparbeni postupnik, op. cit. (bilj. 18), str. 3.

²⁰ "zeitgemäße Verbesserungen in Gesetzgebung und Verwaltung", *Rechberger, Walter H.*,

osnovnih problema ističu “zapostavljenost izvanparnične materije”, odnosno njenu slabu zastupljenost u pravnoj teoriji.²¹ Heterogenost izvora kojima se uređivala izvanparnična materija na području tadašnje kraljevine Jugoslavije, problemi proizašli iz primjene Carskog patenta 1854. i pravne praznine koje se njime nisu mogle rješavati potaknule su donošenje ZVP-a iz 1934. Kraljevine Jugoslavije. Time je otvoreno novo razdoblje u povijesti hrvatskog izvanparničnog prava.

2.2. Zakon o vanparničnom postupku 1934.

Iako je Zakon o sudskom vanparničnom postupku Kraljevine Jugoslavije, od 24. 7. 1934. (Službene novine br.175-XLV), u velikoj mjeri preuzeo pravila austrijskog izvanparničnog prava, sadržana u Carskom patentu 1854., ipak je otišao i korak dalje u regulaciji izvanparnične materije dodavši joj nove sadržaje. Opća pravila izvanparničnog prava neznatno su proširena s tek 2 paragrafa, tako da je opći dio ZVP-a imao 21 paragraf. Novine sadržane u općem dijelu odnosile su se na posebne odredbe o troškovima izvanparničnog postupka (§ 20.) i primjenu propisa Građanskog parničnog postupka (§ 21.) te recepciju § 117. austrijske Jurisdikcijske norme²² (u nastavku: JN) o realnoj nadležnosti (§ 3.) koju nije sadržavao ni Carski patent. Zakon se nije ograničio samo na reviziju propisa o starateljstvu za kojom se ukazala potreba zbog učestalih zlouporaba pri prinudnom zadržavanju navodno duševno bolesnih osoba u zavodima za umobolnike.²³ Svrha zakona bila je i prilagodba pravila izvanparničnog prava novom Građanskom parničnom postupku,²⁴ te uklanjanje praznina i nejasnoća nastalih u praksi. “Naročito se ukazala potreba da se dobrim dijelom preradi prvi dio koji sadrži opća naređenja o vanparničnom postupku, jer ova opća naređenja su djelomice nejasna, a djelomice ne odgovaraju, jer se naslanjaju na stari austrijski Građanski parnični postupak.”²⁵

Die Außerstreitreform – ein neuer Anlauf, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996., str. 11.

²¹ “Što se tiče znanstvene literature izvanparbenog postupnika, moramo kazati, da ona kod nas, a ni u Austriji nije našla one skrbi, koju možda u izvjesnoj mjeri postupnik parbeni. Nema skoro u tom pogledu ni jednog sistematičnog djela.”, Čupović, Dragutin, Izvanparbeni postupnik, Zagreb, 1905., str. 73.

²² Jurisdiktionsnorm v l. 8. 1895. (RGI 111) idF (BGBl I 112/2003).

²³ Žilić, Franjo; Šantek, Miroslav, Zakon o sudskom vanparničnom postupku (vanparnični postupak) i Uvodni zakon za Zakon o sudskom vanparničnom postupku s tumačem i sudskim rješidbama te stvarnim kazalom, Tipografija, Zagreb, 1934., str. 102.

²⁴ Građanski parnični postupnik od 13. 7. 1929.

²⁵ Žilić / Šantek, op. cit. (bilj. 23), str. 102.

2.3. Zakon o nasljeđivanju Jugoslavije 1955.

Zakon o nasljeđivanju Jugoslavije²⁶ (u nastavku: ZN 55) nije mogao postati novim zakonom o izvanparničnom postupku jer je uređivao samo dio izvanparnične jurisdikcije. Judikatura je ipak proširila njegovu primjenu i na druge posebne izvanparnične postupke. Razlog tome je da zakon nije obuhvaćao samo specifičnosti ostavinskog postupka već i opća pitanja iz predratnog zakona.²⁷

Nasljednopravni odnosi najprije u saveznoj, a potom u republičkoj nadležnosti (čl. 281. st. 1. t. 12. Ustava SFRJ) u SR Hrvatskoj bili su regulirani normama bivšeg saveznog zakona. Nasuprot tome, sve su republike i pokrajine bivše Jugoslavije donijele svoje zakone o nasljeđivanju, a potom i zakone o izvanparničnom postupku. Donošenjem zakona o izvanparničnom postupku, koji su sadržali i odredbe o ostavinskom postupku, derogirane su do tada važeće procesne odredbe.²⁸

Stupanjem na snagu ZN 55. došlo je do derogacije određenih odredbi ZVP-a kojom su se uređivala pitanja rasprave zaostavštine na način *lex posterior derogat legi priori*. Međutim, u pogledu općih pravila izvanparničnog prava u kojem slučaju su parirale opće odredbe Zakona o vanparničnom postupku (§ 1.-21., ZVP) i odgovarajuće odredbe Zakona o nasljeđivanju (čl. 173.-187. ZN 55) nastao je poseban odnos u kojem je prioritet dan odredbama Zakona o nasljeđivanju "radi usklađivanja pravila zakona o vanparničnom postupku s principima novog zakonodavstva",²⁹ ali istovremeno je naglašeno "da se poneke od općih odredaba ZN ne mogu shodno primijeniti na svaki pojedini vanparnični postupak, pa ćemo se morati ponekad služiti i pravnim pravilima starog zakonodavstva."³⁰

2.4. Republički zakoni o izvanparničnom postupku

Posljednje razdoblje na široj, jugoslavenskoj razini vezuje se uz ustavne amandmane XX do XLI na Ustav SFRJ iz 1971., te Ustav iz 1974. Njima je došlo do promjena u razdiobi zakonodavnih ovlasti između federacije i republika. Naime, niz posebnih postupaka izvanparnične jurisdikcije: statusni, obiteljski, nasljedni i stambeni odnosi preneseni su u zakonodavnu nadležnost republika. Novonastala situacija rezultirala je donošenjem Zakona o izvanparničnom postupku u svim republikama i pokrajinama: SR

²⁶ SL FRNJ, br. 20/55.

²⁷ Dika, Mihajlo, Potreba donošenja saveznog zakona o izvanparničnom postupku i ujednačavanje republičkog i pokrajinskog izvanparničnog zakonodavstva, Pravni život, 1/1990., str. 5.

²⁸ Gavella, Nikola, Nasljedno pravo, Informator, Zagreb, 1986., str. 383.

²⁹ Triva, Siniša; Dika, Mihajlo, Vanparnično procesno pravo, Zagreb, 1980., str. 14.

³⁰ Zuglia, Srećko, Vanparnični postupak u ostavinskim, porodičnim, zemljišnoknjižnim, eksproprijacionim, amortizacionim i drugim stvarima, Školska knjiga, Zagreb, 1956., str. 13.

Makedonija Zakon o vonprocesnata postupka 1979.,³¹ SR Srbija Zakon o vanparničnom postupku 1982.,³² SR Slovenija Zakon o nepravdnem postupku 1986.,³³ SAP Kosovo Zakon o vanparničnom postupku 1986.,³⁴ SR Crna Gora Zakon o vanparničnom postupku 1986.,³⁵ SAP Vojvodina Zakon o vanparničnom postupku 1988.,³⁶ SR Bosna i Hercegovina Zakon o vanparničnom postupku 1989.³⁷ osim u Hrvatskoj.

Svi republički zakonodavci (osim Hrvatske) primjenu općih pravila republičkih izvanparničnih zakona proširili su i na savezne izvanparnične postupke kao što su bili postupak za uređenje odnosa među suvlasnicima, dioba zajedničke stvari, sudski depozit, amortizacija isprava itd. Iako se na takve postupke trebalo primjenjivati opća pravila predratnog saveznog zakona (ZVP), praksa se odlučila za jednostavniji put - primjenu republičkih općih pravila na posebne savezne izvanparnične postupke.

S obzirom na to da su republički propisi o izvanparničnom postupku pružali nejednaku pravnu zaštitu osobito u pogledu pravnih sredstava koja su se mogla u izvanparničnom postupku primijeniti (npr. u postupku priznanja stranih sudskih odluka u SR Sloveniji i SR Makedoniji revizija je bila zabranjena, a u SR Srbiji, SR Crnoj Gori i SAP Kosovu bila dopuštena), konačne posljedice takvog stanja bile su nejednaka kvaliteta pravne zaštite, pravna nesigurnost i nejednakost pravnih subjekata.³⁸

Upravo takva pravna situacija zahtijevala je donošenje saveznog zakona o izvanparničnom postupku, iako su postojala i mišljenja o (ne)potrebnosti saveznog zakona o izvanparničnom postupku budući da su kao jedino preostalo područje federativne izvanparnične jurisdikcije ostale opće odredbe izvanparničnih prava.³⁹

2.5. Zakoni RH nakon osamostaljenja Hrvatske

Nakon osamostaljenja Hrvatske doneseni su zakoni kojima je niz posebnih izvanparničnih postupaka dobio novi oblik i sadržaj. Tako su primjerice neki imovinskopravni izvanparnični postupci⁴⁰ uređeni ZV-om,

³¹ SV SRM, br. 19/79.

³² SG SR SRB, br. 25/82.

³³ UL SR SL, br. 30/86.

³⁴ SL SAPK, br. 42/86.

³⁵ SL SR CG, br. 34/86.

³⁶ SL SAPV, br. 27/88.

³⁷ SL SR BiH, br. 10/89.

³⁸ *Dika*, op. cit. (bilj. 27.), str. 12.

³⁹ *Rakić-Vodinević, Vesna*, (Ne)potrebnost vanparničnog postupka, *Pravni život*, 1/1990., str. 25.

⁴⁰ U grupu postupaka u kojima se rješavaju imovinskopravni i razni drugi odnosi pripadaju npr. ostavinski postupak, postupak za odlučivanje o redovitoj upravi stvarju u suvlasništvu, radi razvrgnuća suvlasničke zajednice, za diobu i dobrovoljnu prodaju zajedničke imovine, za uređenje meda, za rješavanje nekih pitanja u vezi s izvlaštenjem, postupak za amortizaciju

ZN-om, ZIzv-om, a statusni izvanparnični postupci ObZ-om, ZZODS-om.⁴¹

Osim sadržajnih promjena navedenih postupaka, velika promjena dogodila se u pogledu nadležnosti za rješavanje izvanparničnih stvari. Rješavanje izvanparničnih stvari se u praksi sudova povjeravalo sudskim savjetnicima, iako za to nije postojao odgovarajući zakonski temelj izuzev odredbe čl. 179. st. 2. ZN 55. prema kojoj se rješavanje nekih nasljednih stvari,⁴² moglo povjeriti sudskim referentima.

Zakonom o sudovima⁴³ (u nastavku: ZS) predviđeno je sudjelovanje sudskih savjetnika u ovršnim, ostavinskim, zemljišnoknjižnim te izvanparničnim postupcima, osim postupaka oduzimanja poslovne sposobnosti, razvrgnuća suvlasničke zajednice i uređenje međa (čl. 76.a st. 4. t. 2., 3., 4., 5.). Time je došlo do "ozakonjenja sudske prakse" koja se odnosila na funkcionalnu izvanparničnu nadležnost.

Daljnji korak u prijenosu nadležnosti u obavljanju izvanparničnih stvari dogodio se prijenosom ostavinskih predmeta javnim bilježnicima kao sudskim povjerenicima. Trebamo upozoriti da ZVP u § 4. sadrži posebnu odredbu o javnim bilježnicima kao sudskim povjerenicima. U redoviti djelokrug javnog bilježnika kao sudskog povjerenika pripadalo je provođenje ostavinske rasprave (§ 221. Zakona o javnim bilježnicima, od 11. 9. 1930.), ali javnom bilježniku kao sudskom povjereniku mogle su se povjeriti samo one sudske radnje u vanparničnim stvarima, koje ne zavise od prethodne sudske odluke, jer javni bilježnik nije mogao izvršavati akte državne prinudne vlasti.⁴⁴

Novo uređenje izvanparničnih postupaka postupovnim odredbama zakona koji su primarno materijalnopravnog karaktera nije riješilo sve probleme u izvanparničnom postupanju. Nejednak vremenski nastanak izvanparničnih pravnih pravila doveo je do nastanka pravnih praznina koje se mogu popunjavati ili pozivanjem na određene odredbe ZVP-a ili supsidijarnom primjenom odredaba građanskog parničnog prava na koje upućuje i sam ZVP (§ 21. st. 1.). Takva situacija je u velikom broju izvanparničnih stvari pravno nedopustiva, pa ćemo stoga u sljedećem dijelu rada reći nešto više o

isprava, zemljišnoknjižni postupak, itd. *Triva, Siniša; Dika, Mihajlo*: Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, 2004., str. 55-56.

⁴¹ U grupu postupaka u kojima se rješavaju statusne stvari pripada, npr. postupak za proglašenje nestalih za umrle i o dokazivanju smrti, za lišenje i vraćanje poslovne sposobnosti, postupci radi odlučivanja s kojim će roditeljem dijete živjeti i o roditeljskoj skrbi, radi oduzimanja roditeljske skrbi, radi donošenja odluke da roditelj ima položaj skrbnika, za davanje dopuštenja za sklapanje braka, za prisilni smještaj osoba s duševnim smetnjama, postupci za upis u sudski registar, itd., *Ibid*.

⁴² Izvođenje dokaza i uzimanje izjava o odricanju morao je provesti sudac iako je izjavu o odricanju u korist određenog nasljednika mogao uzeti i sudski referent., *Crnić, Jadranko*, Zakon o nasljeđivanju, Organizator, Zagreb, 1998., str. 289.

⁴³ Zakon o sudovima (Narodne novine, br. 3/94., 100/96., 115/97., 131/97., 129/00., 67/01., 5/02., 101/03., 17/04., 141/04.

⁴⁴ *Žilić / Šantek*, op. cit. (bilj. 23.) str. 179.

postojećoj situaciji u Republici Hrvatskoj u pogledu izvora izvanparničnog prava.

3. Izvanparnično pravo u RH

Povijesni razvoj hrvatskog izvanparničnog prava koji je prethodio ovom dijelu rada prikazan je u svrhu boljeg razumijevanja specifičnih problema izvanparničnog prava. U ovom dijelu rada komparirat ćemo pravila ZVP-a i odredbe ZN-a i ObZ-a, u kojima su osim općih pravila izvanparničnog postupka sadržane odredbe za postupanje u ostavinskim izvanparničnim postupcima i statusnim izvanparničnim postupcima u obiteljskim odnosima.

3.1. Primjenjivost pravila ZVP

Jedna od specifičnosti hrvatskog izvanparničnog razvoja činjenica je da Hrvatska za razliku od svih republika i pokrajina bivše Jugoslavije jedina nije donijela Zakon o izvanparničnom postupku. Pravila ZVP-a stara gotovo sedamdeset godina ne mogu biti okvir i temelj za izvanparnično postupanje. Ne samo da su se u međuvremenu razvili posebni izvanparnični postupci koji naravno nisu bili obuhvaćeni tim zakonom, već su i opća pravila ZVP-a izgubila smisao stalnom derogacijom posebnim zakonima, ali i njihovom neprimjenjivošću u novonastalim uvjetima.

Zanimljivo je spomenuti da se unatoč tome pravila ZVP-a propisuju kao obvezatna literatura za polaganje pravosudnog ispita,⁴⁵ ograničavajući ih ipak na samo određene odredbe (§ 18., § 21., §§ 226.-281. i § 283.). Iako se čak i u pravnim krugovima izražava nevjerica u pogledu primjene zakona iz 1934., ipak pravila ZVP-a primjenjuju se u stvarima koje se tiču uređenja međa i razvrgnuća suvlasničke zajednice.

Od općih odredbi treba spomenuti § 18. koja se odnosi na pravnu snagu odluka. "Odlukama u vanparničnom postupku koje se više ne mogu pravnim lijekovima pobijati, pripada pravna snaga prema učesnicima, ukoliko im nije posebnim zakonskim propisima ipak zadržan put parnice."

Nema sumnje da je pitanje pravomoćnosti u izvanparničnom postupku složeno. *Zuglia* upozorava na dva problema pravomoćnosti u izvanparničnom postupku.

Jedan se vezuje uz § 18. ZVP-a, a u svezi § 280. ZVP-a prema kojem je strankama dopušteno da i nakon donošenja odluke u postupku uređenja međa pokrenu parnicu, s tim da je mogućnost pokretanja parnice ograničena

⁴⁵ www.pravosudje.hr/default.asp?ru=114&gl=200409140000001&sid=&jezik=1, (stanje od 30. prosinca 2005.).

rokom⁴⁶. Međutim, ZV sadrži odredbe o uređenju međa (čl. 103.) kojima je derogiran § 280. ZVP-a tako da je mogućnost pokretanja parnice uređena st. 6. čl. 103. ZV-a prema kojem “i nakon što je sud u postupku uređenja međa obnovio ili ispravio među svatko može u parnici dokazivati vlasništvo i zahtijevati da se u skladu s njim označi međa, no susjed koji je sudjelovao u postupku uređenja međa ne može to zahtijevati nakon proteka roka od šest mjeseci od dana pravomoćnosti odluke donesene u postupku uređenja međa.”

Nadalje, i ZN predviđa mogućnost da stranke mogu pokrenuti parnicu nakon pravomoćnosti rješenja o nasljeđivanju ili o zapisu, u rokovima i zbog razloga zbog kojih se može zahtijevati ponavljanje parničnog postupka (čl. 237. st. 1.). Kako pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju nisu vezane osobe koje su kao stranke sudjelovale u ostavinskoj raspravi ili su na nju bile uredno pozvane, ako su ispunjene pretpostavke pod kojima bi u parničnom postupku mogle zahtijevati ponavljanje postupka (čl. 232. st. 5.), tužba kojom bi se tražilo poništenje ili izmjena rješenja o nasljeđivanju imala bi značaj specifičnog izvanrednog pravnog lijeka.⁴⁷

Iako je u teoriji sporno kako na nastupanje pravomoćnosti odluke u izvanparničnom postupku utječe okolnost da je sudionicima otvoren put parnice, ipak je prevladalo stajalište da i u ovim slučajevima odluka izvanparničnog suda proizvodi relevantne učinke pravomoćne odluke, osim što svojim sadržajem ne vezuje sud koji odlučuje u parnici.⁴⁸

Drugi problem pravomoćnosti vezuje se uz mogućnost da drugostupanjski sud uzme u obzir i nepravodobno podnesenu žalbu.⁴⁹ Takva mogućnost predviđena je čl. 189. st. 3. ZN-a prema kojem drugostupanjski sud može uzeti u obzir i nepravodobno podnesenu žalbu ako se time ne vrijeđaju prava drugih osoba koja se zasnivaju na pobijanome rješenju. Ako je pravomoćna odluka ona koja se ne može više pobijati žalbom, što je onda s odlukama u izvanparničnom postupku koje se žalbom mogu pobijati u neograničenom roku? Znači li to da prvostupanjske odluke izvanparničnih sudova ne postaju pravomoćne bezuspješnim protekom roka za podnošenje žalbe nego tek priključenjem dobrovoljnog ili prinudnog izvršenja te iste odluke?⁵⁰

Zanimljivo je da je ova mogućnost bila predviđena još Carskim patentom (§ 11.), općim pravilima ZVP-a (§ 13.), te ZN-om iz 1955. (čl. 183. st. 3.). Odredbu bi trebalo tumačiti na način da drugostupanjski sud ne samo da može, nego i mora, odnosno da je dužan uvijek uzeti u obzir nepravodobno podnesenu žalbu ako je ona potpuna, dopuštena, osnovana, te ako ispunjava

⁴⁶ *Zuglia*, op. cit. (bilj. 30.), str. 42.

⁴⁷ *Dika, Mihajlo*, “Ostavinski postupak”, u : *Crnić, J., Hrvatinić, B., Jelčić, O., Josipović, T., Ruždjak, M. J., Koharić, Z.*. Novo nasljednopravno uređenje, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 196.

⁴⁸ *Triva / Dika* op. cit. (bilj. 29), str. 25.

⁴⁹ *Zuglia*, op. cit. (bilj. 30.), str. 42.

⁵⁰ *Zuglia*, op. cit. (bilj. 30.), str. 43.

uvjet nevrijeđanja prava drugih koja se zasnivaju na pobijanom rješenju. I u ovom slučaju bi žalba, poput tužbe za ukidanje ili izmjenu izvanparnične odluke imala karakter izvanrednog pravnog lijeka.⁵¹

Među primjenjivim općim pravilima ZVP-a svakako treba spomenuti § 21. ZVP-a koji se odnosi na primjenu odredaba građanskog parničnog postupka. U st. 1. § 21. ZVP poziva na odgovarajuću primjenu Građanskog parničnog postupnika, ukoliko sam zakon nema posebnih naređenja, a i pored slučajeva posebice navedenih u zakonu. Odredbu o primjeni pravila parničnog postupka sadržavao je i ZN iz 1955. (čl. 173.) čiju je primjenu odredaba o ostavinskom postupku (čl. 174.-187.) sudska praksa proširila i na ostale izvanparnične postupke pridajući im pri tome značaj općih pravila izvanparničnog postupanja.⁵² Kako su odredbe ZN 55 od 2003. derogirane ZN-om, nova odredba o odgovarajućoj primjeni Zakona o parničnom postupku⁵³ (u nastavku: ZPP) jest čl. 175. st. 2. ZN-a. Međutim, s pravom bismo se mogli upitati da li će sada značaj općih pravila izvanparničnog postupka imati odredbe o ostavinskoj raspravi novog ZN-a ili će još uvijek uputnije biti pozivanje na odredbe ZVP-a, osobito s obzirom na činjenicu da su ostavinski postupci tek jedna od vrsta imovinskih izvanparničnih postupaka. Slijedeći logiku prema kojoj noviji zakoni bolje izražavaju postojeće odnose trebali bi se opredijeliti za novi ZN, međutim, u tome bi nas mogao zasmetati imovinski karakter tog izvanparničnog postupka, što bi pravila ZN-a o ostavinskom postupku ipak ograničavalo u pretenziji da postanu općim pravilima izvanparničnog prava.

I ostale odredbe § 21. ZVP-a su u velikoj mjeri sadržane i u ZN-u iz 1955. i u ZN-u iz 2003. Primjerice st. 2. § 21. ZVP-a o zabrani sporazuma o nadležnosti (čl. 190. st. 2. ZN 55, čl. 178. st. 2. ZN-a), st. 4. § 21. ZVP-a o nejavnosti ročišta (čl. 180. st. 3. ZN-a), st. 7. § 21. ZVP-a o zapisnicima i bilješkama (čl. 180. st. 2. ZN 55, čl. 183. st. 2. ZN-a).

Što je potrebno učiniti želimo li se pozvati na neko od navedenih općih pravila izvanparničnog postupka, a ukoliko se ne radi o ostavinskom postupku? Npr. ako treba odlučiti o troškovima u postupku uređenja međa. Hoćemo li se pozvati na odredbu ZVP-a (§ 283.) ili odredbu ZN-a o troškovima postupka u ostavinskom postupku (čl. 191.)? Da li su oba rješenja pravovaljana ili ipak primat treba dati novijoj zakonskoj odredbi?

Unatoč primjenjivosti nekih odredbi ZVP-a postojeća situacija je vrlo komplicirana zbog više razloga. Najprije, odgovore na pojedina pitanja koja se mogu pojaviti u izvanparničnom postupku treba tražiti u velikoj lepezi šarolikih pravila kojim su prethodila pravna pravila koja nisu u potpunosti derogirana novim zakonima. Osim toga, nakon donošenja posebnih zakona kojima se uređivala izvanparnična materija, slijedili su novi zakoni (ZPP,

⁵¹ *Dika* op. cit. (bilj. 47), str. 195.

⁵² *Dika* op. cit. (bilj. 27), str. 11.

⁵³ Zakon o parničnom postupku (Narodne novine br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03.).

ZS) koji nisu doveli do adekvatnih promjena postojećih zakonskih tekstova – ukratko, vrlo je teško u “šumi propisa” pronaći odgovarajuću zakonsku odredbu primjenjivu u tom slučaju. Heterogenost pravnih pravila doprinosi sveopćoj pravnoj nesigurnosti kako postupiti u određenom slučaju, što može rezultirati i različitim pravnim rješenjima u istoj pravnoj stvari.

3.2. *Mogu li opće odredbe ZN-a o ostavinskom postupku (čl. 174.-191.) zamjenjivati opća pravila izvanparničnog postupka?*

Ideja o primjenjivosti općih odredaba ZN-a o ostavinskom postupku kao općih pravila izvanparničnog prava proizlazi iz povijesnog razvoja hrvatskog izvanparničnog prava. Naime, Hrvatska nije imala vlastiti zakonski izvor izvanparničnog postupka, pa su u tom razdoblju, kao što je već rečeno, pravila ZN 55 (čl. 174.-187.) preuzela ulogu korektiva pravnih pravila ZVP-a. Derogacija odredaba ZN 55 (čl. 259. st. 1. ZN-a) potiče na razmišljanje o kontinuitetu značaja koji se pridavao općim odredbama prijašnjeg nasljednopravnog uređenja. Mogu li opće odredbe o ostavinskoj raspravi novog ZN-a preuzeti ulogu općih izvanparničnih pravila?

Uobičajeni sadržaj općih pravila izvanparničnog prava sastoji se u uređenju pitanja pokretanja postupka, nadležnosti, određivanja pojma učesnika ili sudionika u postupku, podnesaka, dostave, prethodnih pitanja, vrste odluka, pravnih sredstava, pravne snage odluka, ovrhe, troškova te odredbe o supsidijarnoj primjeni propisa građanskog parničnog postupka. U pogledu navedenog sadržaja općih pravila izvanparničnog postupka opće odredbe ostavinskog postupka odgovarale bi tome sadržaju. ZN u navedenim odredbama regulira gotovo sva navedena pitanja koja bi trebala biti sadržajem općih pravila izvanparničnog prava, ali, nažalost, samo iz perspektive ostavinskog postupka. Iz tog razloga i otpada potreba za eventualnom supsidijarnom primjenom pravila ZVP-a u ostavinskom postupku – ona se neće primjenjivati jer su gotovo sva pitanja uređena tim pravilima izrijekom iznova i donekle drukčije određena u ZN-u.⁵⁴

Osnovna načela ostavinskog postupka: načela hitnosti, socijalnosti, isključenja javnosti, oficioznosti, istražno načelo i odstupanja od načela neposrednosti⁵⁵ karakteristika su gotovo svih posebnih izvanparničnih postupaka. Odluke se donose u obliku rješenja, a od pravnih sredstava predviđeni su prigovor protiv rješenja javnog bilježnika, žalba protiv rješenja te zahtjev za zaštitu zakonitosti koji je napuštanjem u parničnom postupku (čl. 239. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku – u nastavku: ZID ZPP 2003⁵⁶) trebalo napustiti i u ostavinskom postupku.

⁵⁴ *Dika*, op. cit. (bilj. 47), str. 173.

⁵⁵ Cf. *ibid.*, str. 185-186.

⁵⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (Narodne novine, br. 117/03.).

Iako je većina navedenih instituta primjenjiva u ostalim posebnim izvanparničnim postupcima, neki su ipak vezani samo uz ostavinski postupak. Npr. primjena načela o isključenju javnosti u ostavinskom postupku (čl. 180. st. 3. ZN-a) vrijedi i u statusnim izvanparničnim postupcima ali ne zato što je to određeno pravilima ZN-a koja bi mogla imati status općih pravila izvanparničnog postupanja već stoga što je to određeno posebnom ustavnom (čl. 119. Ustava RH⁵⁷ - u nastavku: URH) i zakonskom odredbom (čl. 271. ObZ-a). Međutim, ono neće biti primjenjivo niti će biti potrebno u svim ostalim imovinskim izvanparničnim postupcima. Konačno, upitna je i potreba isključenja javnosti u ostavinskom postupku jer treba posumnjati u to "da je potreba zaštite privatnosti u tom postupku u bilo čemu naglašenija nego u drugim postupcima u kojima se odlučuje o osobnim pravima stranka."⁵⁸

Odstupanje od načela neposrednosti predstavlja okolnost da se odluka ostavinskog suda može zasnovati i na dokazima koji nisu izvedeni pred sudom koji donosi odluku (čl. 181. st. 4. ZN-a). Ta odredba, preuzeta iz bivšeg Zakona o nasljeđivanju (čl. 177. st. 2.) postala je i sastavnim dijelom ObZ-a (čl. 309. st. 2.). Nepreciznost navedenog pravnog pravila koje daje ovlast izvanparničnom sudu da uzme u obzir i zapisnike o izvođenju dokaza u nekom drugom predmetu ili isprave iz nekog drugog predmeta trebalo bi tumačiti na način da bi sud bio dužan izvesti taj dokaz čitanjem zapisnika u kojem je registriran, a strankama bi se morala pružiti mogućnost da se izjasne o tome treba li određeni dokaz izvesti neposredno ili posredno ili da se očituju o posredno izvedenom dokazu. Navedeno pravilo se ne bi smjelo shvatiti da bi sud pri donošenju svoje odluke smio uzeti u obzir dokaze koji nisu izvedeni tijekom postupka, u čijem izvođenju strankama nije dana mogućnost da sudjeluju.^{59, 60}

Načelo neposrednosti ograničeno je i sudjelovanjem javnog bilježnika (čl. 176. st. 1. ZN-a) i sudskog savjetnika (čl. 176. st. 2. ZN-a) u ostavinskom postupku. U statusnim izvanparničnim postupcima dopušteno je sudjelovanje sudskih savjetnika izuzev u postupcima oduzimanja poslovne sposobnosti (čl. 76. a ZS-a). Međutim nije dopušteno sudjelovanje sudskih savjetnika u postupku razvrgnuća suvlasničke zajednice niti u postupku uređenja međa. Razlozi koji su naveli zakonodavca na takvo rješenje proizlaze iz posebnog karaktera tih sporova. Složenost postupka razvrgnuća suvlasničke zajednice i uređenja međa te osjetljivost postupka oduzimanja poslovne sposobnosti mogući su razlozi radi kojih je zakonodavac zadržao isključivu nadležnost suca. Odsutnost javnog bilježnika u svim izvanparničnim postupcima izu-

⁵⁷ Ustav RH (Narodne novine, br. 41/01.-pročišćeni tekst, 55/01.-ispr.).

⁵⁸ *Dika*, op. cit. (bilj. 47.), str. 185.

⁵⁹ *Dika, Mihajlo*, "Izvanparnični postupci u obiteljskim odnosima", u: *Alinčić, M., Hrabar, D., Jelavić, M., Korać, A.*, Obiteljski zakon, novine, dvojbe i perspektive, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 152.

⁶⁰ *Dika*, op. cit. (bilj. 47.), str. 187.

zev ostavinskog postupka i nesudjelovanje sudskih savjetnika u svim izvanparničnim postupcima upozoravaju nas da odredbe ZN-a o ovim pitanjima ne mogu imati karakter općeg pravila.

Nadalje, pravna sredstva koja propisuje ZN ne mogu biti pravna sredstva svih posebnih izvanparničnih postupaka. Svakako ne može doći u obzir prigovor protiv rješenja javnog bilježnika čija specifičnost proizlazi iz nadležnosti tijela koje je rješenje donijelo. Posebnost roka u kojem se prigovor izjavljuje (8 dana od dostave rješenja strankama prema čl. 185. ZN-a) i tijela koje o prigovoru odlučuje (sudac pojedinac općinskog suda prema čl. 186. ZN-a) čine ga specifičnim pravnim sredstvom neprimjenjivim na ostale posebne izvanparnične postupke.

Naprotiv, žalba protiv rješenja prvostupanjskog suda u roku od 15 dana od dostave rješenja strankama (čl. 188. ZN-a) mogla bi postati općim izvanparničnim procesnim institutom. Polazeći od ustavnog prava stranaka na žalbu (čl. 18. URH) čini se da bi se na žalbu protiv rješenja u izvanparničnom postupku na odgovarajući način mogle primijeniti odredbe ZPP-a o žalbi protiv rješenja. Za razliku od žalbe protiv rješenja u parničnom postupku koja je devolutivan pravni lijek, ona u ostavinskom postupku ima karakter redovno-izvanrednog⁶¹ i remonstrativno-devolutivnog⁶² pravnog lijeka. Naprotiv, u statusnim stvarima otpala je mogućnost da drugostupanjski sud uzme u razmatranje nepravodobno podnesenu žalbu, (ObZ iz 1998.⁶³ napustio je pravilo iz čl. 360 st. 3. ZBPO-a⁶⁴ o mogućnosti suda da u razmatranje uzme nepravodobnu žalbu), čime je izgubila karakter izvanrednog pravnog lijeka, pa je u tim postupcima žalba redovni pravni lijek remonstrativno-devolutivnog karaktera.

U okviru pravnih sredstava izvanparničnog postupka posebno treba istaknuti problem neusklađenosti propisa u pogledu odredaba o primjeni zahtjeva za zaštitu zakonitosti (čl. 190. ZN-a, čl. 318. st. 2. ObZ-a), naknadno ukinutih odredbom čl. 239. ZID ZPP. U prijelaznoj odredbi ZID ZPP (čl. 285. st. 1.) propisano je da se u sudskim postupcima u kojima se na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a, zahtjev za zaštitu zakonitosti ne može izjaviti, ako je postupak pred prvostupanjskim sudom okončan nakon stupanja na snagu tog zakona. Kako se u svim izvanparničnim postupcima supsidijarno primjenjuju odredbe ZPP-a, zahtjev za zaštitu zakonitosti ne bi se mogao izjaviti niti u jednom od tih postupaka.

⁶¹ Žalba ima značaj izvanrednog pravnog lijeka kada drugostupanjski sud odlučuje o nepravodobno podnesenoj žalbi kojom se ne vrijeđaju prava drugih koja se zasnivaju na pobijanom rješenju.

⁶² Remonstrativni karakter žalbe proizlazi iz ovlasti prvostupanjskog suda da u povodu pravodobno podnesene žalbe sam, novim rješenjem preinači pobijano rješenje, ako se time ne povrjeđuju prava drugih zasnovana na tom rješenju (189. st. 1. ZN-a), devolutivni iz ovlasti drugostupanjskog suda da odlučuje čak i o nepravodobnoj žalbi koju mu je prvostupanjski sud dostavio prema čl. 189. st. 2. ZN-a.

⁶³ Obiteljski zakon (Narodne novine, br. 162/98.).

⁶⁴ Zakon o braku i porodičnim odnosima (Narodne novine, br. 11/78., 45/89., 59/00.).

Novonastala situacija u kojoj stranke u izvanparničnim postupcima ostaju bez mogućnosti izjavljivanja izvanrednog pravnog lijeka (čl. 190. ZN-a, čl. 318. st. 1. ObZ-a) u ostavinskom postupku mogla bi se prevladati žalbom koja pod određenim pretpostavkama (čl. 189. st. 3. ZN-a) poprma karakteristike izvanrednog pravnog lijeka,⁶⁵ a i tužbom za ukidanje ili izmjenu pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ili zapisu zbog razloga i u rokovima predviđenim za prijedlog za ponavljanje postupka (čl. 237. st. 1. ZN-a).

Međutim, u izvanparničnim obiteljskim stvarima u kojima žalba više nema karakter izvanrednog pravnog lijeka, jer drugostupanjski sud ne može odlučivati o nepravodobno podnesenoj žalbi kojom se ne diraju prava drugih utemeljena na pobijanom rješenju, te u kojima postoji izričita odredba o nemogućnosti izjavljivanja revizije protiv pravomoćnih drugostupanjskih odluka donesenih u izvanparničnim obiteljskim stvarima (čl. 318. st. 1. ObZ-a), postoji neophodna potreba za postojanjem izvanrednog pravnog lijeka koji bi mogao zamijeniti ukinuti zahtjev za zaštitu zakonitosti. Eventualna mogućnost primjene izvanredne revizije rezervirane za slučajeve u kojima stranke koje nisu ovlaštene izjaviti reviziju radi razloga navedenih u čl. 382. st. 1. ObZ-a, mogu izjaviti taj pravni lijek protiv drugostupanjske presude. Ako je drugostupanjski sud u izreci te presude odredio da je protiv nje revizija dopuštena, otpala bi zbog razloga sadržanih u čl. 382. st. 3. ZPP-a prema kojima se revizija ne može podnijeti u sporovima za koje je ZPP-om ili drugim zakonom izrijekom određeno da u njima revizija nije dopuštena. Unatoč tome, izvanrednu reviziju bi trebalo dopustiti u svim izvanparničnim postupcima iz nekoliko važnih argumenata.

Pravopolitički argument proizlazi iz ustavnih zadaća Vrhovnog suda RH u osiguranju jedinstva u primjeni prava i ravnopravnosti građana; Vrhovnom sudu bi svakako trebalo omogućiti ispunjenje tih zadaća i u izvanparničnim postupcima.

Nomotehnički, odredba o izvanrednoj reviziji smještena je u članak kojim se zahtjev za zaštitu zakonitosti eliminira (čl. 285. st. 1. i 2. ZID ZPP), čime se htjelo taj pravni lijek dopustiti u svim izvanparničnim postupcima kao supstitut za zahtjev za zaštitu zakonitosti.

Konačno, odredba čl. 285. st. 2. ZID ZPP izrijekom predviđa da se u sudskim postupcima u kojima se na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZPP-a (u svim izvanparničnim postupcima) može podnijeti revizija iz čl. 382. st. 2 ZPP. Nasuprot tome, odredbu čl. 382. st. 3. ZPP-a o nedopuštenosti revizije trebalo bi tumačiti usko i ograničiti samo na parnične postupke za koje je ta nedopuštenost izrijekom određena.⁶⁶

U obiteljskim izvanparničnim postupcima sudu i strankama ostavljena je mogućnost podnošenja zahtjeva za ukidanje ili preinaku pravomoćnog

⁶⁵ Cf. supra, str. 16.

⁶⁶ *Dika*, op. cit. (bilj. 59), str. 158-159.

rješenja. Stranka koja stekne mogućnost iznijeti nove činjenice i predložiti nove dokaze koji bi mogli dovesti do drukčije odluke suda, može zahtijevati da sud u izvanparničnom postupku ukine ili preinači odluku kojom je pravomoćno okončan prijašnji postupak (319. st. 1. ObZ-a). Isto tako i sud može kad sazna za nove činjenice i dokaze, i bez prijedloga stranaka ukinuti ili preinačiti odluku kojom je okončan prijašnji postupak, ako je bio ovlašten po službenoj dužnosti pokrenuti taj postupak (319. st. 2. ObZ-a). Mogućnost suda u izvanparničnom postupku da može uvijek iznova preispitati svoju pravomoćnu odluku otvorila bi u nekim izvanparničnim postupcima *de lege ferenda* potrebu napuštanja principa *ne bis in idem*, odnosno prekluzivnog učinka pravomoćnosti.⁶⁷

Usporedbom tužbe za ukidanje ili izmjenu pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ili zapisu i zahtjeva za ukidanjem ili preinakom pravomoćnog rješenja donesenog u izvanparničnom postupku u obiteljskim odnosima treba upozoriti na određene razlike koje postoje između ova dva pravna lijeka.

Tužba za ukidanjem ili izmjenom pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ili zapisu podnosi se u parničnom postupku (čl. 232. st. 2., 237. st. 1. ZN-a) za razliku od zahtjeva za ukidanjem ili preinakom pravomoćnog rješenja donesenog u izvanparničnim obiteljskim stvarima koji se podnosi u izvanparničnom postupku (čl. 319. st. 2. ObZ-a).

Ovlaštenici tužbe za ukidanje ili izmjenu pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ili zapisu mogu biti samo stranke (čl. 237. st. 1. ZN-a), zahtjev za ukidanjem ili preinakom pravomoćnog rješenja donesenog u izvanparničnim obiteljskim stvarima mogu podnositi i stranke i sud (čl. 319. st. 1, st. 2. ObZ-a).

Tužba za ukidanje ili izmjenu pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ili zapisu može se podnijeti zbog svih razloga za ponavljanje postupka; naprotiv zahtjev za ukidanjem ili preinakom pravomoćnog rješenja suda u obiteljskopравnim izvanparničnim stvarima može se podnijeti samo zbog novih činjenica ili dokaza koji bi doveli do drukčije sudske odluke. Stranka ne mora učiniti vjerojatnim da novine zbog kojih traži ukidanje ili preinaku pravomoćnog rješenja nije bez svoje krivnje iznijela tijekom postupka prije pravomoćnosti, čime se zahtjev razlikuje od prijedloga za ponavljanje postupka.⁶⁸

Rok za podnošenje tužbe za ukidanje ili izmjenu pravomoćnog rješenja o nasljeđivanju ili zapisu ograničen je rokovima za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka (čl. 237. st. 1. ZN-a). Nasuprot tome zahtjev za ukidanjem ili preinakom pravomoćnog rješenja mogao bi se podnositi neograničeno.

⁶⁷ Cf. *ibid.*, str. 160.

⁶⁸ *Ibid.*

Zahtjev za ukidanjem ili preinakom pravomoćnog rješenja u obiteljskim izvanparničnim stvarima pokazuje znatna odstupanja u primjeni pravila za ponavljanje postupka - u pogledu podnositelja lijeka, liste razloga za njegovo podnošenje i rokova, koji nisu poput onog u ZN-u ograničeni subjektivnim i objektivnim rokovima za podnošenje prijedloga za ponavljanje postupka.

Usporedba mogućih pravnih sredstava u izvanparničnom ostavinskom postupku i izvanparničnom postupku u obiteljskim odnosima pokazuje da postoje znatna odstupanja, pa bi stoga valjalo zaključiti da odredbe ZN-a o pravnim sredstvima nikako ne bi mogle predstavljati opće pravila koja bi vrijedila za sve izvanparnične postupke.

Što na kraju reći o mogućnosti primjene općih odredbi ZN-a o ostavinskom postupku kao općih postulata izvanparničnog postupanja na sve izvanparnične postupke? Mnoštvo je argumenata koji govore u prilog napuštanja ideje o zamjeni općih pravila izvanparničnog postupka odredbama zakona koji su namijenjeni primarno postupcima koje uređuju. Sekundarna primjenjivost tih općih odredbi na ostale postupke uvijek dovodi do pravne nesigurnosti u pogledu pravilnosti izabrane odredbe i njenog sklada s ostalim pravnim pravilima. Složenosti problema doprinosi u tom slučaju i eventualna, ne više sekundarna, već tercijarna primjena odredaba ZPP-a.

Neovisno radi li se o općim odredbama ZN-a (čl. 174.-191.) ili ObZ-a (čl. 306.-321.), moramo zaključiti da one nisu pogodne da preuzmu ulogu općih pravila izvanparničnog prava. Očito da je to još jedan od razloga koji govore u prilog nužnosti reforme hrvatskog izvanparničnog prava.

3.3. Pravni nesklad ObZ-a s drugim zakonskim propisima

ObZ sadrži opća pravila izvanparničnog postupka (čl. 306.-323.) za postupanje u svim izvanparničnim stvarima iz obiteljskih odnosa. Sadržajno ona su vrlo slična općim pravilima izvanparničnog postupka i općim odredbama ostavinskog postupka. Njima se uređuju sukobi parnične i izvanparnične procedure (čl. 306.), funkcionalna nadležnost (čl. 307.-308.), način izvođenja dokaza (čl. 309.), pojam stranke (čl. 310.), zapisnik (čl. 311.), zabrana mirovanja postupka (čl. 312.), oblik odluka (čl. 313.), ovrha (čl. 314.), učinci pravomoćnosti (čl. 315.), pravna sredstva (čl. 316.-319.), odgovarajuća primjena odredaba ZPP-a (čl. 320.), mjesna nadležnosti sudova (čl. 321.-322.) i zabrana prorogacije nadležnosti (čl. 323.).

Osim već navedene problematike koja se tiče nesklada ZN-a i ObZ-a s ZPP-om u svezi sa zahtjevom za zaštitu zakonitosti⁶⁹ trebalo bi upozoriti i na neke druge izvore zakonskog nesklada.

Jedan od njih tiče se funkcionalne nadležnosti u obiteljskopравnim stvarima, odnosno preciznije - uloge sudskih savjetnika u obiteljskim izvan-

⁶⁹ Cf. supra, str. 17.

parničnim postupcima. Prvi prigovor koji se može uputiti zakonskom uređenju odnosi se na pojmovno određenje sudskog savjetnika kao stručnog savjetnika (čl. 308. ObZ-a). Nije jasno da li je to neka nova vrsta sudskih pomoćnika između stručnih suradnika i sudskih savjetnika ili se potkrala greška⁷⁰.

Za razliku od ostavinskog i parničnog postupka u kojem je uloga sudskog savjetnika u pogledu aktivnosti koje poduzima gotovo izjednačena s ulogom suca, nadležnost sudskog savjetnika u obiteljskim stvarima ograničena je samo na postupak izvan ročišta u kojem je on ovlašten preuzimati na zapisnik izjave stranaka i drugih sudionika (čl. 308. ObZ-a). Razlog tomu ograničenju trebalo bi potražiti u osjetljivosti pitanja o kojima se odlučuje u obiteljskim izvanparničnim stvarima, u načelnom stavu zakonodavca prema kojem je pitanje statusnih izvanparničnih stvari isključivo rezervirano za odluku suca. Međutim, nakon ObZ-a na snagu su stupile odredbe ZPP-a (čl. 13.) i odredbe ZS-a (čl. 76. a) o sudskim savjetnicima, pa bi trebalo pokušati protumačiti odnos tih odredbi prema odredbama ObZ-a.

S obzirom na to da primjena čl. 13. ZPP o ulozi sudskih savjetnika u parničnom postupku ozbiljno ugrožava ustavno pravo stranke da o njenoj stvari odluči sud(ac) (čl. 29. st. 1. URH), ulogu sudskih savjetnika u obiteljskim sporovima trebalo bi restriktivno tumačiti – sudski savjetnici ne bi mogli samostalno provoditi i rješavati posebne obiteljske sporove. Čini se da je to rješenje u skladu s praksom sudova - sudski savjetnici ne sudjeluju u obiteljskim sporovima ni u izvanparničnim obiteljskim stvarima. Eventualnu dvojbu u pogledu izvanparničnih obiteljskih stvari izaziva odredba čl. 76. a ZS-a. Prema toj odredbi sudski savjetnici ovlašteni su na provođenje postupka i predlaganje odluka u izvanparničnim postupcima osim postupka oduzimanja poslovne sposobnosti, razvrgnuća suvlasničke zajednice i uređenja međa (čl. 76. st. 4. t. 5.), što bi značilo da su sudski savjetnici ovlašteni sudjelovati u svim obiteljskim izvanparničnim stvarima osim u postupku oduzimanja poslovne sposobnosti. Međutim, krizu u tumačenju mogli bi prebroditi pozivajući se na pravilo *lex specialis derogat legi generali*, a ne *lex posterior derogat legi priori*.

Nesklad zakonskih odredbi, u ovom slučaju odgovarajućih pravila obiteljskog prava i drugih pravnih propisa nije nastao samo iz odnosa specijalnih i općenitih pravnih pravila, jer bi ga se u tom slučaju moglo otkloniti primjenom pravila o derogaciji općih pravila specijalnim propisima. Naprotiv, situaciju dodatno komplicira i nejednak vremenski nastanak pravnih propisa u RH koji nije popraćen odgovarajućim zakonskim usklađenjem s propisima koji su doneseni ranije, a kojima se mijenjaju postojeći pravni odnosi. Sve nas to ipak upućuje na zaključak da je nužna reforma hrvatskog izvanparničnog prava koja će, unatoč različitosti materije koje izvanparnično

⁷⁰ Alinčić, M., Bakarić Abramović, A., Belajec, V., Hrabar, D., Hrvatinić, B., Jakovac-Lozić, D., Korać, A., Obiteljski zakon, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 371.

pravo obuhvaća, obuhvaćati i opća pravila čija bi se efikasnost trebala ispoljiti “u onim situacijama u kojima među posebnim procesnim pravilima nema takvih koja derogiraju opća.”⁷¹

4. Reforma izvanparničnog prava u Austriji i Njemačkoj

Usporedba nedavno realiziranih izmjena izvanparničnog prava Austrije (AußStrG) i izmjena koje tek očekuju SR Njemačku Nacrtom FGG-Reformgesetz ukazuje na sličnost problema koji su potaknuli obje zemlje na promjene izvanparničnog prava. Tendencija porasta posebnih izvanparničnih postupaka, raznovrsnost materije koju obuhvaćaju izvanparnične stvari, zastarjelost i neadekvatnost općih pravila izvanparničnog prava, nesklad pravnih propisa, zakonske praznine - samo su neki od razloga koji ukazuju na složenost problema izvanparnične materije, ali ujedno upozoravaju na značaj koji ta materija neosporno ima.

4.1. Razlozi reforme izvanparničnog prava Austrije i Njemačke

Mnoštvo razloga za reformu izvanparničnog prava Austrije i Njemačke moglo bi se ipak sažeti u nekoliko osnovnih reformskih polazišta:

4.1.1. Nepotpunost odredbi izvanparničnog prava

Primarni razlog za reformu izvanparničnog prava bila je nedovoljna i nepotpuna zakonska regulativa. Suzdržanost carskog zakonodavca 1896. pri donošenju Zakona o stvarima izvanparničnog postupka⁷² (u nastavku: FGG), njegova dvojba o ustavnopravnoj nadležnosti i želja da se sucima omogući fleksibilitet u postupanju dovela je do zakonskih praznina osobito u pogledu prava sudionika.⁷³

Niti Carski patent iz 1854. ni u kome slučaju nije bio rezultat kodifikacijskog procesa, već je njegov neoapsolutistički zakonodavac jedino dugogodišnju praksu u području izvanparničnog procesnog prava popunio razmišljanjima o različitim nacrtima s početka 19. st. i uzdigao ga na razinu zakona, da bi time ostvario jedinstveni pravni temelj za cijelo carstvo.⁷⁴

⁷¹ *Triva*, op. cit. (bilj. 14), str. 51.

⁷² Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit v 20. 5. 1896., (RGBl I 771), zuletzt geändert am 29. 9. 2005. (BGBl I 2809).

⁷³ *Bork, Reinhard*, Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, Zeitschrift für Zivilprozeß 4/2004., str. 401.

⁷⁴ “Außerstreitgesetz 1854 keineswegs das Ergebnis eines Kodifikationsprozesses war... Sein neoabsolutistischer Gesetzgeber hatte vielmehr bloß die langjährige Übung im Bereich des außerstreitigen Verfahrensrechtes, ergänzt durch die Überlegung verschiedener Entwürfe aus dem Anfang 19. Jahrhunderts (!) zum Gesetz erhoben, um damit eine einheitliche Rechtsgrundlage für das gesamte Reich zu schaffen.” *Rechberger*, op. cit. (bilj. 20), str. 19.

Uvjeti povijesnog nastanka austrijskog i njemačkog izvanparničnog zakona nisu osiguravali dugotrajnu opstojnost ovih odredbi. Međutim, usprkos reformskim pokušajima koji su gotovo neprestano pratili primjenu ovih zakona ozbiljne reforme zapostavljene izvanparnične materije ostvaruju se tek odnedavno.⁷⁵ Popunjavanje pravnih praznina sudskom praksom i analognom primjenom odredbi građanskog parničnog prava doveli su do nedopustive situacije u kojoj su brojna područja pravne regulative ostala nepokrivena odgovarajućim zakonskim odredbama – umjesto toga izvanparničnu materiju uređivalo je sudačko pravo (*Richterrecht*) odnosno sudska praksa.

4.1.2. Raznovrsnost

Jedna od osnovnih značajki materije izvanparničnog prava jest njena raznovrsnost. Ujedno, to je vrlo često i otežavajuća okolnost za pronalaženje zajedničkog nazivnika za sve izvanparnične stvari, ali i poteškoća u određivanju kriterija za njihovo razlikovanje i definiranje u odnosu na parnične stvari.

Kako je moguće da jedna od osnovnih značajki izvanparničnog prava upravo bude razlog koji govori u prilog reformi? Naravno, ideja je uvjetovana povijesnim razvojem izvanparničnih stvari koje obuhvaćaju sve veći broj postupaka koji su ili pripadali parničnoj regulaciji ili novonastali razvojem društva. Tendencija prijenosa većeg broja stvari koje su rješavane u okviru parničnog postupka u izvanparnični postupak prisutna je u oba zakonodavna teksta i austrijskog i budućeg njemačkog izvanparničnog prava. Tako je austrijski zakonodavac u izvanparničnu materiju odlučio prenijeti sve sporove o podrijetlu djeteta, te sporovima o uzdržavanju maloljetnog djeteta, koji su već od prije preneseni u izvanparničnu proceduru, priključiti i sporove o uzdržavanju između srodnika u pravoj liniji (čl. III toč. 1. i 2. Pratećeg zakona o izvanparničnom postupku⁷⁶ – u nastavku: *AußStr-BegleitG*; § 114. JN).

Povećanje broja izvanparničnih postupaka pridonosi njihovoj raznovrsnosti, pa su se u teoriji pojavile i dvojbe je li moguće tako raznovrsnu materiju urediti jedinstvenim zakonskim tekstom, odnosno jesu li moguća i potrebna opća pravila izvanparničnog prava sadržana u općem dijelu zakona o izvanparničnom postupku?⁷⁷ Neovisno o različitostima izvanparničnih postupaka neophodna su opća pravila izvanparničnog prava.⁷⁸

⁷⁵ *AußStrG* je stupio na snagu 1.1. 2005.

⁷⁶ *Außerstreit-Begleitgesetz* (BGBl I 112/2003.).

⁷⁷ *Ahrens Hans-Jürgen* smatra da je zbog raznovrsnosti materije koju uređuje nepotreban Zakon o izvanparničnom postupku, te da su osobito dvojbeni njegova opća pravila koja su pravila kojima se ništa ne uređuje (*Nichtregelungen*). *Kerwer, Christof*, Bericht über Diskussion zum Thema "Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Außerstreitverfahren) aus deutscher, österreichischer und schweizerischer Sicht", ZJP 4/2004., str. 450.

⁷⁸ *Jelinek* komparira različitost izvanparničnih postupaka s upravnim postupcima i zaključuje

Konačno, opći dio zakona o izvanparničnom postupku ne iscrpljuje se u samodovoljnosti, opća pravila izvanparničnog prava nisu nadvrsta izvanparničnog prava koja su se izolirala sama za sebe, naprotiv, mnoštvo posebnih izvanparničnih postupaka potiče nastanak općih pravila kao zajedničkog korektiva sa snagom općih odrednica izvanparničnog postupanja. Eventualna odstupanja od tih općih pravila sadržavat će posebni dio zakona kao njegov integralni dio.

4.1.3. Nepreglednost

Zakoni su odraz vremena u kojem nastaju, stoga su procesualni me-tuzalemi⁷⁹ austrijskog i njemačkog izvanparničnog prava neprestano praćeni ne samo reformskim pokušajima, već i zakonskim promjenama odredaba kojima su se uređivali posebni izvanparnični postupci. Mnoštvo posebnih izvanparničnih postupaka uopće nije bilo uređeno prvotnim zakonskim tekstom o izvanparničnom postupku, a preplet postupovnih i materijalnih zakonskih odredbi uz odgovarajuću primjenu odredaba građanskog parničnog prava stvara zbrku ne samo u pogledu izbora odgovarajuće norme koju treba primijeniti na konkretan slučaj već i u pogledu pravnih posljedica kojima rezultira takav izbor. Podnormiranost općih pravila izvanparničnog prava, uska regulacija posebnih zakona, zakonske praznine i neusklađenosti ukazuju na vrlo složenu situaciju kojoj treba temeljita reforma. U obrazloženju AußStrG⁸⁰ i Nacrta FGG Reformgesetz⁸¹ nepreglednost zakonskih propisa koji se odnose na izvanparnično pravo jedan je od najznačajnijih razloga u prilog reforme izvanparničnog prava.

4.1.4. Nepoštivanje načela pravne države (Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit)

Zastarjelost odredbi izvanparničnog prava pokušala se otkloniti odredbama posebnih zakona i popunjavanjem zakonskih praznina sudskom praksom. Međutim, takvo postupanje protivno je osnovnim načelima pravne države i zakonitosti, jer u suvremenim europskim pravnim porecima koji se temelje na ideji pravne uređenosti sudska praksa ne može biti izvor prava.

Polazeći od čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁸² (u nastavku: EK), po kojoj svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama te odgovarajućih ustavnih odredbi o dužnosti postupanja po zakonu (čl. 18. austrijskog Ustava⁸³ (u nastavku: BVG) čl.

da su upravni postupci čak i raznovrsniji, a unatoč tome imaju svoj vlastiti opći dio., vidi u *Rechbergeru*, op. cit. (bilj. 20), str. 20.

⁷⁹ *Rechberger*, op. cit. (bilj. 20), str. 11.

⁸⁰ AußStrG, Erläuterungen, Allgemeiner Teil, str. 13.

⁸¹ Referentenentwurf, FGG-Reformgesetz, Begründung, str. 226.

⁸² Narodne novine, Međunarodni ugovori, 6/99., 8/99. 18/97., 14/02.

⁸³ Bundesverfassungsgesetz (BGBl Nr. 1/1930).

103. st. 1. njemačkog Ustava⁸⁴ (u nastavku: GG) postojeća izvanparnična situacija u Njemačkoj (u Austriji više ne) je s pravopolitičkog stajališta nedopustiva. Austrijski zakonodavac pri donošenju AußStrG i njemački zakonodavac pri izradi Nacrta FGG Reformgesetz pošao je od nedopustivosti postojeće situacije u kojima je nedostatna pravna regulativa bila polazište reforme izvanparničnog prava. Poštivanje osnovnih principa pravne države zahtijeva ostvarenje načela saslušanja stranaka, odgovarajući postupak dokazivanja te efikasan sustav pravnih sredstava kojim će se odluka donesena u izvanparničnom postupku pobijati i pred najvišim sudskim instancama.

Iako je sudska praksa u okviru važenja postojećeg zakona pomagala ostvarenju principa pravne države, tražitelji prava imaju pravo na postupovni zakonik u kojem će principi pravne države biti u zakonu izričito sadržani i pojedinačno razrađeni.⁸⁵

4.2. Novine u izvanparničnom uređenju Austrije i Njemačke

Usporedba novog austrijskog i budućeg njemačkog zakona o izvanparničnom postupku pokazuje da su obje reforme usmjerene na rješavanje upravo onih problema izvanparničnog prava koji su nastali u primjeni dosadašnjih zakonskih pravila, vrlo često analiziranih i u pravnoj znanosti. Opći uvjeti u kojima se reforma ima izvršiti polaze od čl. 6. EK i primjene odgovarajućih ustavnih načela ističući prije svega načelo zakonitosti i saslušanja stranaka, načelo pravosuđenja i pružanja pomoći neukim strankama.

Za razliku od parničnog postupka koji treba riješiti spor između dviju stranaka, u izvanparničnom postupku se često radi o uređenju pravnih odnosa trajnijeg karaktera, koji se trebaju urediti između osoba koje dalje moraju živjeti zajedno. Stoga treba napomenuti daljnja postupovna načela koja se razlikuju od načela parničnog postupka kao što su: veća fleksibilnost, smanjena formalna strogost, orijentiranost na pomoć, naglašavanje zajedničke odgovornosti suda i stranaka za mogući temeljiti, ali isto tako mogući brzi postupak, naglašavanje samoodgovornog rješavanja konflikata samih stranaka u postupku putem nagodbe ili izvan postupka putem drugih načina samoodgovornog rješavanja konflikata kao što su mirenje ili pravni, socijalni i psihološki savjetodavni instrumenti.⁸⁶

S obzirom na to da opća pravila zakona o izvanparničnom postupku zauzimaju posebnu ulogu općih odrednica izvanparničnog postupanja te da

⁸⁴ Grundgesetz für die BRD, v 23. 05. 1949. (BGBl I 1) zuletzt geändert am 26. 7. 2002. (BGBl I 2862/2863)

⁸⁵ Referentenentwurf, FGG-Reformgesetz, Begründung, str. 227.

⁸⁶ AußStrG, Erläuterungen, Allgemeiner Teil, str. 5., http://www.parlinkom.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/I/I_00224/FNAMEORI.

su upravo ona pretrpjela najveće reforme, u opisu novina izvanparničnih uređenja Austrije i Njemačke zadržat ćemo se samo na općem dijelu izvanparničnog zakona.

Novine izvanparničnog prava obuhvaćaju pojam stranke (sudionika) u izvanparničnom postupku, ostvarenje načela saslušanja stranaka, obvezu stranaka na sudjelovanje, mogućnost prekida i mirovanja postupka, zabranu upućivanja na parnicu, pravna sredstva, troškove i ovrhu. Neke od navedenih prikazat ćemo u ovome radu.

4.2.1. Pojam stranke (sudionika)

Iako se AußStrG i Nacrt FGG-Reformgesetz razlikuju u pogledu naziva pojma koji definiraju; naime prvi uređuje pojam stranke (§ 2. AußStrG), a drugi pojam sudionika (§ 8. FGG-Reformgesetz) u izvanparničnom postupku, izgleda da je tema koja je dugo bila predmetom proučavanja pravne znanosti, naravno ne bez praktičnih implikacija i pravnih posljedica koje su usko vezane uz određivanje tog pojma, okončana zakonskim uređenjem.

Usporedbom je vidno da i austrijski i njemački zakonodavac u uređenju pojma stranke (sudionika) pristupa trojako: stranka se definira formalno, materijalno i zakonski. Formalnom definicijom kao stranka određuje se osoba koja postavlja zahtjev koji treba riješiti u okviru izvanparničnog postupka, odnosno osoba koju je podnositelj zahtjeva naznačio kao stranku (sudionika) (§ 2. st. 1. t. 1. i 2. AußStrG, § 8. st. 1. FGG-Reformgesetz). Materijalna definicija stranke strankom određuju svaku osobu čiji je pravom zaštićeni položaj neposredno dirnut sudskom odlukom ili nekom drugom sudskom djelatnošću (§ 2. st. 1. t. 3., § 8. st. 2. t. 1. i st. 3. t. 1. FGG-Reformgesetz). Konačno, zakonska definicija strankom određuje svaku osobu koja se temeljem zakonskog propisa ima uključiti u postupak (§ 2. st. 1. t. 4., § 8. st. 2. t. 2. i st. 3. t. 2. FGG-Reformgesetz).

Štoviše, njemački se zakonodavac odlučio da zakonskim tekstom izričito definira tko se neće smatrati sudionikom u postupku. Sudionikom u postupku neće se smatrati osoba koja se u postupku treba saslušati ili dati neku informaciju ako ne ispunjava opće zakonske preduvjete za sudioništvo (§ 8. st. 5. FGG-Reformgesetz).

Višestruke posljedice određivanja pojma stranke tiču se prije svega ostvarenja načela saslušanja stranaka, ali i procesne legitimacije za podnošenje pravnih sredstava dopuštenih u izvanparničnom postupku.

4.2.2. Načelo saslušanja stranaka

Posebna odredba AußStrG o saslušanju stranaka (§ 15.) i odredba § 34. FGG Reformgesetz o osobnom saslušanju sudionika u okviru kojeg se

spominje saslušanje stranaka⁸⁷ nužni su imperativi izvanparničnog uređenja. Ograničenja načela saslušanja stranaka inspirirana potrebama elastičnog postupanja i brzine, karakterističnih za izvanparnični postupak, ne smiju biti na štetu osnovnih ljudskih prava. Kako bi se osiguralo u čl. 6. EK sadržano načelo saslušanja stranaka, austrijski zakonodavac je posebnom zakonskom odredbom točno odredio na koji će se način ono ostvarivati u izvanparničnom postupku.

U ostvarivanju načela saslušanja stranaka treba razlikovati postupak koji se pokreće *ex officio* od postupka koji se pokreće na zahtjev stranke. U oficijoznom postupku strankama se mora pojasniti predmet postupka. U postupku koji se pokreće na zahtjev stranke radi se o tome da se druge stranke upoznaju sa zahtjevima i navodima protivnika.⁸⁸ Nadalje, od posebnog je značenja da se stranke upozna sa sadržajem zahtjeva i da im se da mogućnost da se o tome izjasne. Vrednovanje rezultata postupka s kojim stranke nisu upoznate predstavlja tešku povredu postupovnih odredbi.⁸⁹

Načelo saslušanja stranaka ostvaruje se i u postupku drugog i trećeg stupnja. Tako će se ono u drugostupanjskom postupku ostvarivati u povodu izjavljenog rekursa, kroz zakonom predviđenu mogućnost protivnika podnositelja rekursa da se o njemu izjasni u odgovoru na recurs, ali i usmenom raspravom koja se omogućava u postupku drugog i trećeg stupnja.⁹⁰ Načelo saslušanja stranaka ostvaruje se uvođenjem opće dvostranosti svih pravnih sredstava protiv stvari u kojima se odlučuje u izvanparničnom postupku.⁹¹ Omogućavanje strankama da se u slučaju neodržavanja usmene rasprave u izvanparničnom postupku izjasne na neki drugi način (pisanom izjavom) ne predstavlja povredu načela saslušanja stranaka u smislu čl. 6. st. 1. EK.⁹²

4.2.3. Obveza stranaka na sudjelovanje (suradnju) (Mitwirkungspflicht)

Oštrica istražne maksime, i dalje primarnog načela u pogledu inicijative za prikupljanje procesnog materijala u izvanparničnom postupku, znatno je ublažena izričitim zakonskim pravilima o obvezi sudionika izvanparničnog postupka na suradnju (§ 16. AußStrG, § 27. FGG-Reformgesetz). Austrij-

⁸⁷ Sud ima uvijek saslušati sudionika osobno kada je to nužno za ostvarenje prava saslušanja sudionika. (§ 34. st. 1. reč. 2. FGG-Reformgesetz).

⁸⁸ In von Amts wegen angeleiteten Verfahren muss der Partei der Gegenstand dieses Verfahren deutlich gemacht werden. In Antragsverfahren geht es darum den anderen Parteien die Anträge und das Vorbringen zur Kenntnis zu bringen sowie Inhalt von Erhebungen zur Kenntnis zu bringen und ihnen Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben, *Feil, Erich, Marent, Karl-Heinz*, Außerstreitgesetz, Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2004., str. 72.

⁸⁹ *Langer, Hans*, Außerstreitgesetz 2003, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien, Graz, 2004., str. 68.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ AußStrG, Erläuterungen, Allgemeiner Teil, str. 8.

⁹² *Klicka, Thomas, Oberhammer, Paul*, Außerstreitverfahren, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000., str. 31.

ski zakonodavac otišao je i korak dalje određujući pravne posljedice prekoračenja roka u kojem se stranka imala izjasniti o sadržaju zahtjeva druge stranke ili izostanka stranke sa saslušanja ili ročišta određenog u svrhu izjašnjavanja stranke (§ 17. AußStrG). Zakonodavac je pravovremeno uočio korisne učinke § 185. st. 3. bivšeg zakona koji je sadržavao istu formulaciju samo za izvanparnične postupke u svezi skrbništva te je odredbu preuzeo u opći dio novog AußStrG. Time je u svim izvanparničnim postupcima omogućena brža provedba postupka i olakšano ostvarivanje načela koncentracije postupka.⁹³

Obveza sudjelovanja stranaka uređena je u § 16. st. 2. AußStrG, prema kojem stranke imaju potpuno i istinito iznijeti odnosno ponuditi sve njima poznate i za odluku suda relevantne činjenice i dokaze i dati odgovor na sva pitanja suda u vezi s time.⁹⁴ Sličnu formulaciju sadrži i § 27. st. 1. i st. 2. FGG-Reformgesetz. Postupak u kojem je izraženo istražno načelo može dobro funkcionirati samo ako ne samo sud nego i stranke iskreno pristupe prikupljanju procesnog materijala.⁹⁵

Treba pažljivo tumačiti odredbu AußStrG o pravnim posljedicama prekoračenja roka za izjašnjavanje o sadržaju zahtjeva druge stranke i izostanku s ročišta, na kojem je izjašnjenje trebalo biti dano. Pravna posljedica takvog prekoračenja odnosno izostanka je da će se smatrati da time što se stranka nije izjasnila o navedenim sadržajima stranka, ne ulaže prigovor na podatke koje je iznijela druga stranka, pa ako se na temelju takvih podataka donese odluka, neaktivnost stranke ne smije se tumačiti kao suglasnost s takvom odlukom, pa konačno stranka nije izgubila mogućnost podnošenja žalbe. § 17. AußStrG nema funkciju priznanja, nego samo isključenja prigovora na činjeničnu bazu.⁹⁶ Izostanak prigovora, čak ako bi ga željelo označiti kao fikciju priznanja, nema oslobađajuće djelovanje u pogledu ostalih dokaza, jer priznanje samo za sebe ne predstavlja zabranu prihvatanja drugih dokaza, ono može samo u nedostatku konkretnog razmišljanja značiti da nema povoda za daljnji izbor dokaza.⁹⁷ Time nije povrijeđeno ni istražno načelo, ni načelo saslušanja stranaka, naprotiv propisujući određene pravne posljedice izostanka stranke u određenim aktivnostima doprinijelo se ubrzavanju postupka i spriječilo njegovo odugovlačenje.

Njemački FGG-Reformgesetz u općem dijelu nema odredbu o pravnim posljedicama izostanka stranke iz određenih aktivnosti u izvanparničnom postupku.

⁹³ AußStrG, Erläuterungen, Allgemeiner Teil, str. 9.

⁹⁴ Die Parteien haben vollständig und wahrheitsgemäß alle ihnen bekannten, für die Entscheidung des Gerichtes maßgebenden Tatsachen und Beweise vorzubringen beziehungsweise anzubieten und alle darauf gerichteten Fragen des Gerichtes zu beantworten, § 16. st. 2. AußStrG.

⁹⁵ Langer, op. cit. (bilj. 89), str. 68.

⁹⁶ Feil / Marent, op. cit. (bilj. 88), str. 78.

⁹⁷ Langer, op. cit. (bilj. 89), str. 70.

4.2.4. Mirovanje i prekid postupka

Austrijski zakonodavac je u izvanparničnom postupku dopustio ne samo prekid (§ 25., 26., 27 AußStrG), nego i mirovanje postupka (§ 28. AußStrG). Njemački se zakonodavac naprotiv zadovoljio klasičnim rješenjem koje predviđa mogućnost, (*Das Gericht kann..*) ne i dužnost, suda da postupak prekine zbog važnih razloga, osobito ako se treba odlučiti o postojanju ili nepostojanju nekog pravnog odnosa u nekom drugom postupku ili pred upravnim tijelom (§ 23. FGG-Reformgesetz).

Razlozi za prekid postupka sadržani u §§ 25., 26., 27. AußStrG propisani su po uzoru na razloge koje propisuje Zakonik o građanskom procesu⁹⁸ (u nastavku: austrijski ZPO)); pravne posljedice prekida postupka slijede odredbe ZPO-a. Prije svega, to se odnosi na rokove koji nakon isteka vremena tijekom kojeg je postupak bio prekinut teku iznova, a od radnji se mogu poduzimati samo one radnje koje su neophodne.⁹⁹

Odluka da se u izvanparnični postupak uvede mirovanje proizašla je iz potreba prakse. Protivljenje pojedinih autora¹⁰⁰ da se odredbe o mirovanju postupka unesu u zakonski tekst odnosilo se prije svega na integriranje odredbe o mirovanju postupka u opći dio zakona o izvanparničnom postupku. Prema mišljenju *Rechbergera* posebni izvanparnični postupci mogli su vlastitim odredbama dopustiti mirovanje postupka, što se u nekim slučajevima pokazalo kao vrlo korisno. Naprotiv, općem dijelu ne bi mogle pripadati odredbe koje sadrže velik broj ograničenja (predviđeno je postojanje najmanje dviju stranaka, mirovanje se nije dopuštalo u postupcima koji se pokreću po službenoj dužnosti), pa su time nedovoljno snažne u izričaju (*nicht aussagekräftig genug*) da bi postale općim pravilima.

AußStrG je dopustio mirovanje postupka i u postupku pokrenutom po službenoj dužnosti i u postupku pokrenutom na zahtjev stranke (§ 28. st. 1. i 2. AußStrG). Ipak, u postupku koji se pokreće *ex officio* moguća su ograničenja mirovanja postupka, pa čak i isključenje koje se može provesti odredbama kojima se uređuju posebni izvanparnični postupci. Daljnje ograničenje odnosi se na broj sudionika u postupku – mirovanje postupka nije dopušteno ako u postupku sudjeluje samo jedna stranka. Podnositelj zahtjeva će se u tom slučaju uputiti da zahtjev može povući. Da bi u postupku koji se pokreće *ex officio* mirovanje proizvelo valjane učinke, potrebna je izričita suglasnost svih stranaka i sporazum podnesen sudu.

U postupku koji se pokreće na zahtjev stranke mirovanje će biti dopušteno i ako sve stranke (dvije ili više) pozvane na usmenu raspravu izostanu s ročišta ili stranke koje su prisutne na ročištu ne žele raspravljati. U pozivu za raspravu stranke moraju biti upozorene na pravne posljedice izostanka s ročišta. (§ 28. st. 2. AußStrG).

⁹⁸ Zivilprozessordnung v 1. 8. 1895. (RGeBl 1895/113 idF BGBl I 2003/112).

⁹⁹ AußStrG, Erläuterungen, Allgemeiner Teil, str. 9.

¹⁰⁰ *Rechberger*; op. cit. (bilj. 20), str. 40.

Pravne posljedice mirovanja su poput pravnih posljedica mirovanja u parničnom postupku – prestaju teći svi rokovi osim zakonskih (§ 28. st. 3. AußStrG).

Postupak se može nastaviti tek istekom tromjesečnog roka, u kojem slučaju se može nastaviti i po službenoj dužnosti. Zakon je predvidio i mogućnost nastavka postupka i prije isteka roka od tri mjeseca ako bi interesi stranke ili javnosti, čija je zaštita svrha postupka, mogli biti ugroženi.

Ako je mirovanje postupka već bilo određeno po službenoj dužnosti, ponovno mirovanje postupka može se dopustiti samo uz odobrenje suda. (§ 28. st. 5. AußStrG). Vječno (trajno) mirovanje postupka nije dopušteno jer bi to bilo u suprotnost sa svrhom koja se željela postići zakonom.¹⁰¹

4.2.5. Zabrana upućivanja na parnicu

Jedna od osnovnih zadaća reforme izvanparničnog prava bila je ubrzanje izvanparničnog postupka. Osim nekih već navedenih instrumenata ubrzanja i pojednostavljenja u rješavanju izvanparničnih stvari,¹⁰² ključna ideja nastala i prije donošenja zakona o izvanparničnom postupku bila je ukidanje parničnog puta za stvari o kojima se odluka može donijeti u izvanparničnom postupku. Upućivanje stranaka na parnicu s često neizvjesnim rezultatom, prekid izvanparničnog postupka, a potom nastavak, koji je u pravilu moguć tek nakon pravomoćne odluke donesene u parnici (sud će u izvanparničnom postupku strankama ostaviti rok u kojem trebaju pokrenuti parnicu, te će, ako stranke do isteka roka ne pokrenu parnicu, nastaviti s postupkom i donijeti odluku) omogućava odugovlačenje postupka i problematizira njegovu učinkovitost.

AußStrG je izvanparnični postupak opskrbio s istim postupovnim garancijama i uredio tako da je upućivanja na parnicu radi razjašnjenja spornih činjenica postalo nepotrebno. Iako s jedne strane postoji sudska praksa prema kojoj se razjašnjenje spornih činjeničnih pitanja mora u svakom slučaju uputiti na parnicu, s druge strane, potrebno je da se jednostavna činjenična pitanja mogu rješavati u izvanparničnom postupku. U slučajevima kada postoji suglasnost svih stranaka da se razjašnjenje činjenica provede u izvanparničnom postupku, otpada potreba upućivanja stranaka na parnicu.¹⁰³

Primjerice, o nasljednom pravu neće se rješavati više u parnici o nasljedstvu već u izvanparničnom postupku. Za nasljedničku tužbu ostaje i nadalje nadležan parnični sud.¹⁰⁴ Povijesno razmišljanje o izvanparničnom postupku kao o predpostupku koji se isključivo odvija pred mirovnim sucem (*rein friedensrichterliches Vorverfahren*), a u kojem odluci o spornim

¹⁰¹ Feil / Marent, op. cit. (bilj. 88), str. 102.

¹⁰² Cf. supra, ad 4.2.3.

¹⁰³ AußStrG, Erläuterungen, Allgemeiner Teil, str. 10.

¹⁰⁴ Feil / Marent, op. cit. (bilj. 89), str. 35.

pravnim pitanjima nema mjesta, ne može se danas više uzeti ozbiljno kao argument protiv uključivanja sporova o nasljedstvu u ostavinski postupak.¹⁰⁵

Slična argumentacija odnosi se na sporove o podrijetlu djeteta (paternitetske i maternitetske sporove) i sporove o zakonskom uzdržavanju između srodnika u pravoj liniji.

4.2.6. Pravna sredstva u izvanparničnom postupku

Nužnost uređenja pravnih sredstava u izvanparničnom pravu Austrije i Njemačke dovela je do temeljitog i detaljnog propisivanja pravnih sredstava izvanparničnog prava u oba zakonska teksta. Oba zakonodavca predvidjela su mogućnost da se pravnim sredstvom izazove pravorijek najviše sudske instance. *Oberster Gerichtshof* u Austriji će odlučivati u povodu revizijskog rekursa (§ 70. AußStrG). Isto tako, u Njemačkoj će *Bundesgerichtshof* odlučivati o žalbi protiv rješenja (*Rechtsbeschwerde*) podnesenoj protiv rješenja žalbenog suda (*Beschwerdegericht*) ili prizivnog pokrajinskog suda (*Oberlandesgericht*) donesenog u prvom stupnju (§ 73. st. 1. FGG-Reformgesetz).

Austrijski zakonodavac je od pravnih sredstava predvidio rekurs (§ 45.-61. AußStrG), revizijski rekurs (§ 62.-71. AußStrG) i zahtjev za izmjenom rješenja donesenog u izvanparničnom postupku (§ 72.-77. AußStrG).

Njemački je zakonodavac propisao sljedeća pravna sredstva: samostalnu žalbu protiv rješenja (§ 62.-72. FGG-Reformgesetz), žalbu protiv rješenja (§ 73.-78. FGG-Reformgesetz), izmjenom rješenja donesenog u izvanparničnom postupku (§ 48.-50. i § 52. FGG-Reformgesetz) te konačno prijedlog za ponavljanje postupka (§ 51.-52. FGG-Reformgesetz).

Nažalost, analiza pravnih sredstava austrijskog i njemačkog izvanparničnog prava, bit će, zbog prostorne ograničenosti ovoga rada, predmetom nekog drugog samostalnog proučavanja.

5. Zaključak

Što na kraju reći o izvanparničnoj situaciji u RH?

Analizom postojećih pravnih izvora izvanparničnog prava moramo utvrditi da Hrvatska ne ispunjava sve procesnopravne standarde koji su predviđeni u čl. 6. EK. Najprije, to se odnosi na pravnu uređenost izvanparnične materije. Nedopustivo je da se sucu prepusti traženje pravnih izvora, koji bi primjenom na isti izvanparnični odnos mogli rezultirati odabirom različitih pravnih pravila. Primjerice, da li će odredbe o uređenju međa sadržane u ZV-u biti dovoljne za postupanje¹⁰⁶? Hoće li se sudac ipak

¹⁰⁵ *Rechberger*, op. cit. (bilj. 20), str. 25.

¹⁰⁶ ZV sadrži samo jedan članak o uređenju međa - čl. 103.

poslužiti odgovarajućim pravnim pravilima ZVP-a ili će se pozvati na opću odredbu ZVP-a koja upućuje na supsidijarnu primjenu ZPP-a? Nesumnjivo je da se nesigurnost primjenitelja prava (sudaca) odražava na kvalitetu pravne zaštite tražitelja prava (stranaka). Dvojbi u zakonskoj primjeni ne bi smjelo biti, one se mogu otkloniti samo na jedan način – postojanjem kvalitetnog i primjenjivog zakonskog teksta koji će uređivati materiju izvanparničnog prava.

Sadašnja situacija u kojoj imamo, ali objektivno nemamo opća pravila koja bi vrijedila za sve posebne izvanparnične postupke, pravno je nedopustiva. Neuspješnom se pokazala i potraga za postupovnim odredbama zakona koje bi mogle preuzeti ulogu općih pravila izvanparničnog postupka¹⁰⁷. Stoga je potrebno hrvatskom zakonodavcu preporučiti donošenje Zakona o izvanparničnom postupku, koji bi osim općih pravila izvanparničnog prava (općeg dijela) sadržavao i odredbe o najkarakterističnijim posebnim izvanparničnim postupcima.

Krnja primjena ZVP-a ne može biti pravni temelj svih izvanparničnih postupaka, te je postojeća situacija u RH vrlo slična situaciji u kojoj se nalazila Austrija prije donošenja i stupanja na snagu AußStrG. Tako je *Max Hantsch* pisao da smo se već navikli “s Patentom postupati kao s počasnim starim gospodinom kojem bez da mu se obratimo, pažljivo prepuštamo njegovo mišljenje, i dalje radimo drugo, mnogo toga što je propisano ne radimo, ali zato radimo sve drugo što je moguće, što je suprotno od propisanog, iako to još naknadno doneseni zakoni ne određuju.”¹⁰⁸

Osim nedovoljne pravne uređenosti nisu poštovani ni ostali procesno-pravni standardi koji proizlaze iz čl. 6. EK., kao što su donošenje odluke u razumnom roku, dosljedno poštivanje načela saslušanja stranaka, primjena pravnih sredstava koja osiguravaju pravorijek najviših sudskih instanci. Različita tumačenja zakonskih odredbi čija je supsidijarna primjena moguća i misaone konstrukcije koje ne pronalaze sigurno tlo u izričitoj zakonskoj odredbi, ne mogu biti temelj izvanparničnog postupanja.

Ozbiljan pristup izvanparničnoj materiji u Austriji i Njemačkoj znak je da i izvanparnični postupak mora biti opskrbljen s gotovo svim garancijama kao i parnični postupak. Danas se odnos izvanparničnog postupka i parničnog postupka više ne može shvaćati kao odnos postupaka koji slijede jedan iza drugoga u jednoj istoj stvari, čije će trajanje ovisiti o zadovoljstvu stranke, već kao dvije jedna od druge neovisne i paralelno egzistirajuće grane sudskog građanskog spoznajnog postupka.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cf. supra, str. 14-20.

¹⁰⁸ “das Patent als einen ehrwürdigen alten Herren zu behandeln, dem wir, ohne mit ihm zu rechten, rücksichtsvoll seine Meinung lassen, während wir es ruhig anders machen, sehr vieles nicht tun, was vorgeschrieben ist, dafür aber alles mögliche andere, was die Gegenwart gebieterisch von uns fordert, wenn es auch die immer nachhinkenden Gesetze noch nicht anordnen.”, *Hansch, Max*. Das richterliche Ermittlungsverfahren, JBl 1920, 67, vidi u *Rechbergeru*, op. cit (bilj. 20), str. 11.

¹⁰⁹ AußStrG, Erläuterungen, Allgemeiner Teil, str. 5.

Glavni razlozi zbog kojih je reforma hrvatskog izvanparničnog prava nužna jesu poštivanje odredbi čl. 6. EK i 29. URH, poštivanje ustavnih odredbi o postupanju sudova po zakonu (čl. 117. st. 3. URH), ali i problemi na koje smo već upozorili, a koji se tiču krnje primjenjivosti pravila ZVP-a i nepostojanja općih pravila izvanparničnog prava. Čini se da je i austrijski i njemački zakonodavac bio inspiriran sličnim razlozima. Reforma koja je provedena u Austriji i koja će se tek provesti u Njemačkoj polazi od jednakih pravnih garancija parničnog i izvanparničnog postupka, modernog izvanparničnog uređenja koje će usvojiti principe pravne države, građanima olakšati pristup sudovima i osigurati kvalitetnu i transparentnu pravnu zaštitu. Razloga za nezadovoljstvo s dotadašnjim izvanparničnim uređenjima bilo je mnogo: zastarjelost odredbi donesenih prije stotinjak ili više godina, nevjerojatno povećanje broja izvanparničnih postupaka, nepreglednost i heterogenost propisa.

Koje bi osnovne nomotehničke ideje mogao usvojiti hrvatski zakonodavac?

Osnovna nomotehnička ideja novog izvanparničnog uređenja Austrije i Njemačke detaljno je uređenje općih pravila izvanparničnog prava. Očito da raznovrsnost izvanparničnih postupaka, prema nekim autorima osnovna smetnja za postojanje općih pravila izvanparničnog prava,¹¹⁰ nije spriječila zakonodavca da ih detaljno uredi. U svakom slučaju, odstupanja od tih pravila uvijek su moguća u posebnom zakonskom dijelu i drugim zakonima kojima su regulirani pojedini izvanparnični postupci. Svakako je zanimljiva ideja o posebnom koje određuje opće, u smislu da je upravo mnoštvo izvanparničnih postupaka doprinijelo novom uređenju općeg dijela.

Osim detaljnog uređenja općih pravila izvanparničnog prava, sljedeća dvojba o kojoj bi trebalo razmisliti jest da li zadržati opću odredbu o supsidijarnoj primjeni ZPP-a ili napustiti takav pristup, kao što to nalažu nomotehnički trendovi Austrije i Njemačke. Austrijski i njemački zakonodavac se u mnogim institutima izvanparničnog prava poslužio odredbama građanskog parničnog postupka, međutim nomotehničkom promjenom je u svakom institutu sadržanom u zakonu o izvanparničnom postupku koji se "oslanja" na odredbe parničnog postupka pridružena odredba koja upućuje na odgovarajući paragraf austrijskog ili njemačkog ZPO-a.¹¹¹ U prilog takvom rješenju govore ne samo razlozi procesne ekonomije, nego i ograničavanje mogućnosti nastanka pravnih praznina.¹¹²

Kako bi bilo kakva preporuka hrvatskom zakonodavcu u pogledu novina u ovom trenutku bila možda suviše pretenciozna, s obzirom da je neizvjesno kada će se i hoće li se pristupiti reformi hrvatskog izvanparničnog prava, ne možemo ostati suzdržani u pogledu ideje o zabrani upućivanja na

¹¹⁰ Vidi bilješka 77.

¹¹¹ Zivilprozessordnung, v 30. 01. 1887.

¹¹² *Rechberger*, op. cit. (bilj. 20), str. 21.

parnicu izvanparničnih stvari o kojima se može rješavati u izvanparničnom postupku. Ako će i hrvatski zakonodavac osigurati izvanparničnom postupku sve one procesne garancije koje ima parnični postupak, zašto bi se o nekim sporovima (npr. sporovi o nasljedstvu) odlučivalo u parnici? Konačni rezultat takvog odabira koji bi omogućio rješavanje stvari u jednom postupku doveo bi do ubrzanja postupka, time i do ostvarivanja jednog od postulata moderne pravne države “donošenja odluke u razumnom roku”, još jednog razloga koji govore tome u prilog.

Eventualno otvaranje izvanparničnog puta za stvari koje su do sada bile “rezervirane” samo za parnicu (uzdržavanje, sporovi o podrijetlu) još je jedan od interesantnih vidova izvanparnične reforme austrijskog, možda u buduće i hrvatskog zakonodavca.

Nadamo se da će se uskoro ostvariti povijesna težnja hrvatskog zakonodavca za uređenjem izvanparničnog postupka vlastitim zakonskim izvorom.

Summary

NECESSITY OF REFORM OF THE CROATIAN NON-CONTENTIOUS LAW

Recent reform of Austrian non-contentious law and forthcoming reform of German non-contentious law demonstrate significant changes within this subject-matter. Detailed regulation of general principles of non-contentious law and introduction of matters that were previously resolved within contentious procedure, as well as the “legal cleansing” between contentious and non-contentious legal matters, should operate as additional incentives to the Croatian legislator for adequate revision.

Croatian non-contentious law suffers from historic problems of insufficient legal sources, i.e., of insufficient legal regulation and legal inconsistency caused by very vast and heterogeneous subject-matter, and by different time frames in which these sources were adopted. Therefore, it needs to be revised in order to provide legal guarantees included in Article 6 of the European Convention on Human Rights.

If the Republic of Croatia intends to honor standards of the European state of law, it will soon need to reform its non-contentious law. Considering a number of reasons that clearly demonstrate a necessity of reform of the Croatian non-contentious law: partial application of the Law on Non-Contentious Procedure, lack of sources that might provide for general legal rule, and legal inconsistency of existing legal sources, Croatia might in its possible future reform of non-contentious law adopt primarily those parts of Austrian and German law that represent minimum of non-contentious regulation. Since this reform would occur after reforms in Austria and

Germany, Croatia would be in position to select only those novelties that correspond to conditions of the Croatian legal system.

Key words: non-contentious law, non-contentious procedure, general rules of non-contentious law, legacy proceeding, non-contentious status procedure.

Zusammenfassung

NOTWENDIGKEIT EINER REFORM DES KROATISCHEN AUSSERSTREITRECHTS

Die unlängst durchgeführte Reform des österreichischen Außerstreitrechts und die bevorstehende Reform des Außerstreitrechts weist auf große Veränderungen im Bereich des außergerichtlichen Verfahrensrechts. Ein detaillierter Zugang zu allgemeinen Regeln des Außerstreitrechts und eine Einführung in die freiwillige Gerichtsbarkeit bei Sachen, die bisher im außergerichtlichen Verfahren gelöst wurden bzw. die Rechtsbereinigung im Verhältnis von gerichtlichen und außergerichtlichen Sachen sollte für den kroatischen Gesetzgeber ein zusätzlicher Anstoß für eigene außergerichtliche Einrichtungen sein.

Das kroatische Außerstreitrecht, beladen mit historischen Problemen unzureichender rechtlicher Quellen, bzw. unzulänglicher rechtlicher Ungeordnetheit und rechtlichen Durcheinanders, die infolge der Regulierung sehr umfangreicher, verschiedenartiger Rechtsmaterie entstanden sind, sowie durch uneinheitliche zeitliche Entstehung der Rechtsquellen, müssen verändert werden, um das Außerstreitverfahren mit den Rechtsgarantien zu versorgen, die ihm gemäß Art. 6 des EK zukommen.

Will die Republik Kroatien die Standards eines europäischen Rechtsstaates achten, wird sie demnächst das eigene Außerstreitrecht reformieren müssen. Hinsichtlich einer Reihe von Gründen für die Notwendigkeit der Reform des kroatischen Außerstreitrechts – seine unvollständige Anwendbarkeit, Fehlen von Quellen, die die Funktion allgemeiner Rechtsregeln übernehmen könnten, mangelnde Koordination der bestehenden Rechtsquellen – wäre Kroatien durch eine eventuelle zukünftige Reform des Außerstreitrechts in der Lage vor allem jene Teil der außergerichtlichen Materie des österreichischen und deutschen Gesetzgebers zu übernehmen, die ein Minimum der außergerichtlichen Regelungen darstellen. Der zeitliche Moment der Reformen, die nach den Reformen in Österreich und Deutschland durchgeführt werden, ermöglicht eine Wahl derjenigen Neuerungen, die den Bedingungen des kroatischen Rechtssystems entsprechen werden.

Schlüsselwörter: Außerstreitrecht, freiwillige Gerichtsbarkeit, allgemeine Regeln des Außerstreitrechts, Nachlassverfahren, Außerstreitverfahren in Statusangelegenheiten.

Sommario

NECESSITÀ DI RIFORMA DEL DIRITTO NON-CONTENZIOSO CROATO

La recente riforma del diritto non-contenzioso austriaco e la prossima riforma del diritto non-contenzioso tedesco dimostrano grandi modificazioni all'interno del diritto non-contenzioso. La dettagliata regolazione dei principi generali del diritto non-contenzioso e l'introduzione di materie precedentemente risolte da procedimento contenzioso, così come la "pulizia giuridica" (*Rechtsbereinigung*) tra questioni di rapporti contenziosi e non-contenziosi dovrebbero operare come stimoli aggiuntivi al legislatore croato per il proprio ordinamento non-contenzioso.

Il diritto non-contenzioso croato soffre per problemi storici di fonti giuridiche insufficienti, insufficiente regolamentazione giuridica e inconsistenza giuridica causata da materie molto vaste ed eterogenee, e da differenti periodi nei quali queste fonti furono adottate, che devono essere revisionate per fornire le garanzie giuridiche incluse nell'art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Se la Repubblica di Croazia intende onorare gli *standards* dello stato di diritto europeo dovrà riformare presto il suo diritto non-contenzioso. Con riguardo alla serie di ragioni che dimostrano chiaramente la necessità della riforma del diritto non-contenzioso croato: applicazione parziale della Legge sul procedimento non-contenzioso, difetto di fonti che potrebbero fornire una disciplina giuridica generale, e inconsistenza legale delle fonti giuridiche esistenti; nell'eventuale futura riforma del diritto non-contenzioso la Croazia potrebbe adottare principalmente quelle parti del diritto austriaco e tedesco che rappresentano un *minimum* di ordinamento non-contenzioso. Poiché questa riforma avverrebbe dopo le riforme in Austria e Germania, la Croazia sarebbe nella posizione di selezionare solo quelle novità che corrispondano alle condizioni del sistema giuridico croato.

Parole chiave: *diritto non-contenzioso, procedimento non-contenzioso, regole generali del procedimento non-contenzioso, procedimento ereditario, procedimento non-contenzioso di condizione.*

NEPOŠTENO TRŽIŠNO NATJECANJE I MODALITETI GRAĐANSKOPRAVNE ZAŠTITE U HRVATSKOM I KOMPARATIVNOM PRAVU

Dragan Zlatović, dipl. iur.
Ravnatelj Šibenskog kazališta, Šibenik

UDK: 339.137.27
339.13.025.3
Ur.: 6. listopada 2005.
Pr.: 29. studenog 2005.
Pregledni znanstveni članak

U ovom radu autor, po prvi puta kod nas, donosi cjelovit uvid u područje građanskopravne zaštite od nepoštenog tržišnog natjecanja ili tzv. nelojalne utakmice. Osim što se ovdje raspravlja sam pojam i pravna priroda ovog instituta, pregledno su prikazane radnje nepoštenog tržišnog natjecanja u domaćem pravu u komparaciji s međunarodnim i komparativnim rješenjima.

Posebna pažnja posvećena je zaštiti žiga i drugih znakova razlikovanja. Uz prikaz temeljnih civilnih modaliteta zaštite, predstavljena je i dostupna domaća sudska i druga praksa, koja može biti od koristi pravnim praktičarima, kao i svima onima čija su prava povrijeđena odnosno ugrožena. Konačno, ukazano je na niz nepreciznih i konkurentnih rješenja iz sadašnjeg hrvatskog zakonodavstva na ovom području, uz potrebu konkretnih de lege ferenda intervencija.

Ključne riječi: *nelojalna utakmica, nepošteno tržišno natjecanje, intelektualno vlasništvo, žig.*

I. Uvod

Tržišni karakter razmijene robe i usluga uspostavlja odnose konkurencije, slobodne gospodarske utakmice trgovaca, trgovačkih društava i drugih pravnih subjekata. Tržišna utakmica služi istodobno interesima društvene zajednice u cilju potpunijeg i povoljnijeg zadovoljavanja tržišta u cjelini i interesima subjekata koji korištenjem sredstava, odnosno oblika i metoda poslovanja u slobodnoj tržišnoj utakmici, osiguravaju položaj i

druge pogodnosti koje odgovaraju stečenoj reputaciji, odnosno stalnim konstantama (tvrтка, brand, žig ili drugi zaštićeni znak, kvaliteta, dizajn, boja i sl.) uključujući i uvjete pod kojima se obavlja promet robe ili vrše usluge, koje čine atribute određenih subjekata.¹

Zbog toga, pojavljujući se na tržištu subjekti moraju istupati u društveno dopuštenim okvirima utakmice, u skladu sa zakonom i dobrim poslovnim običajima, odnosno moraju održati zdravu, konstruktivnu i lojalnu utakmicu.² U protivnom, ukoliko subjekti zanemare opći interes ili istupe na način koji ugrožava druge subjekte koji obavljaju gospodarsku ili trgovinsku djelatnost, pa i kupce robe ili korisnike usluga, potrošače, odnosno društvenu zajednicu u cjelini, slobodna tržišna utakmica postaje nelojalna. Odnosno u tom slučaju dolazi, sukladno današnjoj pravnoj i zakonskoj terminologiji, do pojavnih oblika nepoštenog tržišnog natjecanja. Taj pojam danas sve više zamjenjuje stariji, duhu hrvatskog jezika manje prihvatljiv pojam nelojalne utakmice ili konkurencije.³ To sobom inicira intervenciju društvene zajednice da primjenom propisanih mjera suzbije nelojalnu utakmicu.

Zaštita od nepoštenog tržišnog natjecanja (engl. *unfair commercial practice, unfair competition*) prepoznata je kao neizostavni dio zaštite intelektualnog vlasništva u većini zemalja. Još 1900., na Briselskoj diplomatskoj konferenciji radi revizije Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva, ta je potreba prvi put formalno manifestirana uvrštenjem čl.10bis u tekst Konvencije.

Europski parlament i Europsko vijeće donijeli su 11. svibnja 2005. godine novu Smjernicu EU o nepoštenoj komercijalnoj praksi 2005/29/EC,⁴ čime se je postigla harmonizacija prava u svezi s nelojalnom praksom na zajedničkom tržištu.

¹ Opširnije Rucner, J., *Nelojalna utakmica i zaštita autorskog prava*, Zagreb, 1969., str. 13.

² Usp. Ivanjko, Š. *Poslovni moral i dobri poslovni običaji*, u: *Poslovni moral i praksa sudova časti pri PKJ*, prilog uz *Privredno-pravni priručnik*, Beograd, 1988., str. 3.

³ Vidi Šuman, J., *Nelojalna utakmica – Komentar Zakona o suzbijanju nelojalne utakmice*, Beograd, 1939., str. 1. Ipak, u ovom radu rabićemo oba navedena pojma, jer je pojam nelojalne utakmice još uvijek zastupljen u našem zakonodavstvu (primjerice u čl.34b.st.1.toč.9. ZPP-a, gdje se rabi pojam nelojalne tržišne utakmice) te sudskim rješidbama, a i duboko je ukorijenjen i u poslovnoj praksi.

⁴ Puni naziv Smjernice jest Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (skraćeni naziv: *Unfair Commercial Practices Directive*), koja je objavljena u Official Journal of the European Union L 149/22, 11.6.2005.

II. Pojam i radnje nepoštenog tržišnog natjecanja

1. Pojam nepoštenog tržišnog natjecanja

U komparativnom pravu, odnosno u nacionalnim zakonodavstvima država u kojima je suzbijanje nepoštenog tržišnog natjecanja (nelojalne utakmice) uređeno zakonskim propisima, općeprihvaćen je pristup ovom pitanju tako da se najprije dade jedan opći pojam nelojalne utakmice, tzv. generalna klauzula, koja u stvari predstavlja definiciju tog pojma, a da se zatim, egzemplikativno nabroje najčešća i najvažnija djela nepoštenog tržišnog natjecanja, poznata iz prakse sudova odgovarajuće države. Taj je pristup primijenjen i u pozitivnom hrvatskom pravu. U članku 70. stavak 1. Zakona o trgovini ("Narodne novine", pročišćen tekst - br. 49/03., 103/03. i 170/03., dalje: ZOT) dana je definicija općeg pojma nelojalne utakmice, a u članku 71. ZOT-a navedeni su, primjera radi, po mišljenju zakonodavca najvažniji slučajevi nelojalne utakmice koje u nas treba zabranjivati i sprječavati.

Opći pojam nelojalne utakmice (generalna klauzula) iz članka 71. ZOT-a: "Pod nepoštenim tržišnim natjecanjem podrazumijevaju se radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri poslovni običaji." Ova generalna klauzula je nešto uže određena od one koja je postojala u ranijem zakonodavstvu na ovim prostorima, kada se je nelojalnom utakmicom, u smislu tadašnjih propisa, smatrala radnja gospodarskog subjekta učinjena radi gospodarske utakmice pri vršenju prometa robe i usluga ili druge gospodarske djelatnosti, koja je protivna dobrim poslovnim običajima, dakle *contra bonos mores*, i kojom se nanosi ili može nanijeti šteta drugom gospodarskom subjektu, potrošačima ili društvenoj zajednici.⁵

Iz te ranije definicije općeg pojma nelojalne utakmice može se izvesti zaključak da je za postojanje djela nelojalne utakmice bilo potrebno da su ispunjene sljedeće pretpostavke: 1. da je riječ o radnji koju je izvršio gospodarski subjekt (sudionika u gospodarskom prometu); 2. da je radnja učinjena pri obavljanju gospodarskog prometa; 3. da je radnja učinjena radi tržišne utakmice; 4. da je radnja protivna dobrim poslovnim običajima; i 5. da se tom radnjom nanosi (ili može nanijeti) šteta drugom privrednom čimbeniku, potrošačima i društvenoj zajednici.

Naša nova definicija postavlja uže kriterije, pa se traži sljedeće: 1. da se radi o radnji trgovaca; 2. da je radnja učinjena radi tržišnog natjecanja; te 3. da se tom radnjom povređuju dobri poslovni običaji.

Dakle, moglo bi se površnom gramatičkom analizom zakonske odredbe našeg ZOZ-a zaključiti kako nije više nužno iz definicije tzv. generalne klauzule da je to radnja koja dovodi ili može proizvesti štetu drugom

⁵ Vidi opširnije kod Janjić, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, drugo izdanje, Beograd, 1982., str. 179. i dalje.

sudioniku na tržištu ili široj zajednici. Nekad se eksplicite tražilo, uz ostale uvjete, da se radi o nedopuštenoj radnji kojom se nanosi ili može nanijeti šteta drugim sudionicima u gospodarskom prometu, potrošačima ili društvenoj zajednici. Smatralo se da se ovaj element djela nelojalne utakmice stekao ne samo kad je šteta nastupila, nego i u slučaju kad zbog poduzete radnje prijeti opasnost da šteta nastupi, tj. kada je u izgledu da nastupi šteta, kada postoji mogućnost da dođe do štete.⁶ Za postojanje ovog elementa djela nelojalne utakmice nije bilo bitno da li je tom radnjom natjecatelj ostvario za sebe korist (povoljniji položaj na tržištu, veći promet, veći broj clijenata i sl.). Za ocjenu postojanja djela nelojalne utakmice ne traži se postojanje krivnje na strani subjekta koji čini određenu radnju kojom se vrijeđaju tuđa prava poštenog tržišnog natjecanja. Naime, krivnja nije pretpostavka odgovornosti, s obzirom da se ugrožavanje interesa objektivno ocjenjuje kao nastalo ili moguće iz aktivnosti koja je počinjena radi tržišnog natjecanja pri obavljanju prometa roba i usluga. Za odgovornost je, dakle, nužno da je subjekt znao ili morao znati za preuzetu radnju i postojanje konkurentskog odnosa na tržištu iz kojeg nastaje ili može nastati povreda prava drugog tržišnog natjecatelja.

Međutim, iako se o šteti ne govori u definiciji pojma nepoštenog tržišnog natjecanja, s obzirom na odredbu članka 72. ZOT-a u kojoj se govori o postupku ostvarenja naknade štete u sudskom postupku, ipak je očito kako je postojanje štete odnosno objektivna mogućnost nanošenja štete kao posljedice radnje nepoštenog tržišnog natjecanja i dalje bitno pri određivanju da li određena radnja trgovca potpada pod radnje nelojalne utakmice.

S obzirom na općenito zakonsko određenje, osnovni elementi djela nepoštenog tržišnog natjecanja moraju se raspraviti s posebnom pažnjom i raščlambom.

1.1. Radnja sudionika u gospodarskom prometu

Prvi je uvjet postojanja djela nepoštenog tržišnog natjecanja taj da je radnju koju se smatra nelojalnom počinio trgovac kao sudionik u gospodarskom prometu. ZOT u članku 3. određuje da se pod pojmom trgovca, u smislu tog zakona, smatra pravna ili fizička osoba koja obavlja djelatnost trgovine iz članka 2. ZOT-a. Djelatnost trgovine u smislu članka 2. ZOT-a jest kupnja i prodaja robe te obavljanje trgovačkog posredovanja na domaćem i inozemnom tržištu. Djelatnost trgovine može obavljati pravna i fizička osoba koja je registrirana za obavljanje te djelatnosti.

Prema tome, radnju nepoštenog tržišnog natjecanja može počiniti trgovac, pravna ili fizička osoba registrirana za obavljanje djelatnosti trgovine, odnosno kupoprodaje robe te trgovačkog posredovanja na domaćem i inozemnom tržištu.

⁶ Vidi za stariju sudsku praksu rješidbe Vrhovnog privrednog suda Sl. 687/56, od 29.8.1957., Sl. 1117/63, od 15.11.1963., Pkž. 88/65, od 17.1.1966., i Sl.1316/68, od 29.10.1968.

Dakle, radnje nepoštenog tržišnog natjecanja mogu počinuti i izvoznici i uvoznici. Izvoznik je, u smislu ZOT-a, trgovac te druga pravna ili fizička osoba koja radi obavljanja registrirane djelatnosti izvozi robu iz zemlje. Uvoznik je, u smislu ZOT-a, trgovac te druga pravna ili fizička osoba koja radi obavljanja registrirane djelatnosti uvozi robu u zemlju.

Prema tome, ZOT u članku 70., u kojem je dana opća definicija pojma nelojalne utakmice, navodi samo trgovce, ali u članku 8. izjednačuje s njima i neke druge gospodarske subjekte - sudionike u prometu robe i usluga, koji obavljaju gospodarsku djelatnost na tržištu.

Naime, odredbe ZOT-a, pa tako i one o nelojalnoj utakmici, odgovarajuće se primjenjuju i na sljedeće:

- pravne i fizičke osobe registrirane za obavljanje djelatnosti proizvodnje koje svoje proizvode prodaju na tržištu;
- društvene organizacije i udruženja građana koji radi ostvarivanja svojih zadataka, sukladno odredbama statuta, prodaju određenu robu;
- fizičke osobe, koje se bave poljoprivrednom proizvodnjom, kad svoje poljoprivredne proizvode prodaju na tržištu;
- fizičke osobe koje na temelju ugovora s registriranim trgovcem, bez zasnivanja radnog odnosa, obavljaju za trgovca trgovinu na malo određenom robom.

Prema ranijim stavovima sudova časti, djelo nelojalne utakmice može učiniti svaki sudionik u gospodarskom prometu. Utvrđujući to, u odluci od 6. veljače 1975., Sud časti pri Privrednoj komori Jugoslavije zaključio je da djelo nelojalne utakmice u gospodarskom poslovanju s inozemstvom može učiniti i ona gospodarska organizacija koja nije registrirana za obavljanje vanjskotrgovinskog poslovanja.

Sporno je u teoriji prava da li i pravne osobe javnog prava mogu biti počinitelji djela nelojalne utakmice. Krajnje polarizirano je stajalište koje zastupa Heinrich Hubmann, po kojem čak i država može počinuti djelo nelojalne utakmice u slučaju kad se javlja u ulozi gospodarstvenika. Mišljenje se razilazi i u pogledu mogućnosti da djelo nelojalne utakmice počine osobe koje obavljaju tzv. slobodne profesije, ali je najveći broj eksperata stajališta da se obavljanjem tih slobodnih profesija ne može počinuti djelo nelojalne utakmice.⁷ Riječ je o ekstremnim slučajevima i o ekstremnim pogledima, koji u našoj praksi još uvijek nisu našli ni svoju potvrdu ni negaciju.

1.2. Radnja učinjena radi tržišnog natjecanja

Naš ZOT nepošteno tržišno natjecanje vezuje za ostvarivanje tržišnog natjecanja, i to samo pri obavljanju djelatnosti trgovine, odnosno kod kupnje i prodaje robe te obavljanja trgovačkog posredovanja na domicilnom i inozemnom tržištu. Očito je u ovoj zakonskoj pretpostavci za ostvarenje

⁷ Cit. prema Janjić, M., op.cit., str. 180.

bića djela nepoštenog tržišnog natjecanja zakonodavac potencirao cilj poduzete radnje i područje u kojem se ona može ispoljiti, dosljedno poštujući subjektivitet sudionika slobodne tržišne utakmice kako je određen odredbom čl.3. ZOT-a.

Ipak, u postavljenim okvirima pojam radnje treba razumjeti u najširem smislu. To su aktivnosti koje predstavljaju obavljanje gospodarske djelatnosti, posredne i neposredne, pripreme i konačno realizirane, uopće aktivnosti koje su poduzete radi tržišnog natjecanja. Svakako, to su, u prvom redu, zloporabe tuđeg položaja, ili pogodnosti bez obzira u kojem su obujmu i vremenu ispoljene, kao i obmane subjekata koji obavljaju gospodarsku trgovinsku djelatnost, potrošača i šire zajednice, a zatim i sve pogodnosti koje se ne zasnivaju na kvaliteti robe i usluga, odnosno stvarnoj reputaciji proizvođača ili vršioca usluga stečenoj na tržištu roba i usluga.

Očito da je zakonodavac propisujući ovaj uvjet u zaštiti išao šire od konkurencije među subjektima koji se pojavljuju u tržišnoj utakmici i obuhvatio sve aktivnosti koje tangiraju potrošače i društvenu zajednicu. Razlog je jasan. Prema njima se konačno manifestiraju štetne posljedice takve utakmice. To upućuje i na drugi zaključak. Djelo nelojalne utakmice, dakle, može učiniti i subjekt koji na tržištu roba i usluga nema konkurenta, odnosno koji ima potpuni monopol u obavljanju neke gospodarske djelatnosti.

Ukupno promatrajući, Zakon na najširi način sagledava aktivnosti tržišne utakmice i dopušta da se pod pojam radnje podvedu sve aktivnosti koje prijete ili su već izazvale pomutnju na tržištu u pogledu identiteta roba i usluga. Postupanje u cilju konkurencije je ono kojim konkurent nastoji ostvariti utjecaj na postojeći ili mogući krug kupaca. Ono se ogleda u svakoj radnji koja je podesna da unaprijedi osobnu ili tuđu djelatnost, usmjerenu na stjecanju dobiti.

Radnje konkurencije upravljene su kako na unapređivanje osobnog poslovanja, tako i na oštećivanje konkurenata. U tome se mogu realizirati i osobni i tuđi poslovni ciljevi. Odnos konkurencije postoji onda kada su korist koju neka osoba nastoji ostvariti za sebe ili drugog, i šteta koju time pretrpi treća osoba uzajamno vezani u tom smislu da razvijanjem vlastite djelatnosti nastupa šteta za tuđu.

Sudionici na tržištu su u međusobnoj konkurenciji kada imaju isti krug potrošača. No, on se ne mora podudarati u potpunosti, ali se s njihovim povećanjem uvećava i vjerojatnost o postojanju odnosa konkurencije. U većini slučajeva su sudionici u prometu konkurenti kada pripadaju istim ili sličnim strukama. Međutim, istovjetnost ili sličnost proizvoda i usluga, sama za sebe, ne može zasnovati konkretni odnos konkurencije. Nužno je da je u pitanju i isti krug kupaca. Poduzetnici koji pripadaju različitim strukama mogu biti konkurentni čim se bore za isti krug kupaca. Gospodarstvenici različitih struka stupaju u odnos konkurencije na osnovi konkretne radnje drugog sudionika u prometu koja se sastoji u pozivu kupcima da prihvate supstitucijski proizvod ili uslugu.

Već se naša starija citirana sudska praksa, još za ranijih propisa, izjasnila u prilog tumačenju da je za postojanje djela neloyalne utakmice bitan uvjet postojanje natjecateljskih odnosa na tržištu, tj. konkurentskih odnosa između činitelja djela neloyalne utakmice i drugih sudionika na tržištu.

Unošenje izraza "radi tržišnog natjecanja" u definiciju pojma nepoštenog tržišnog natjecanja, odnosno tzv. generalne klauzule iz članka 70. ZOT-a, dalo je povoda razmišljanju nije li naš zakonodavac zauzeo u ovom pogledu ortodoksno i klasično stajalište. Po tom stajalištu smatra se kako natjecateljski odnos između osoba koja obavljaju neloyalnu utakmicu mora postojati, bez obzira da li oni obavljaju istu gospodarsku djelatnost: Cilj neloyalne utakmice je, po tom gledištu, da se neloyalnim (nedopuštenim) sredstvima potisne konkurent na tržištu i da se time stekne određena poslovna prednost.

Istina, ima i sasvim drukčijih tumačenja odredbe članka 70. ZOT-a, koja polaze od toga da se ni donošenjem tog zakona u nas nije bitno promijenilo poimanje djela neloyalne utakmice i da je postojanje natjecateljskog odnosa između konkurenata najčešće preduvjet djela neloyalne utakmice, ali nije bitan sastavni dio bića tog djela. Ovo gledište može biti prihvatljivo i zbog razloga što je, između ostaloga, zakon predvidio među djelima neloyalne utakmice i takva djela koja očigledno ne pretpostavljaju odnos tržišnog natjecanja između konkurenata, kao što je slučaj neopravdanog neispunjavanja ili raskida ugovora s jednim trgovcem radi zaključenja istog ili povoljnijeg ugovora s drugim, koji predstavlja svakako nekorektan postupak, ali ne i djelo neloyalne utakmice u klasičnom smislu riječi.

Nadalje, ZOT daje pravo i drugim osobama (npr. udruženjima trgovaca, komorama), da sudskim putem traže primjenu sankcija zbog neloyalnog istupanja na tržištu, što svakako odudara od klasičnog stava prema djelima neloyalne konkurencije.

1.3. Radnja protivna dobrim poslovnim običajima

Ključni element djela nepoštenog tržišnog natjecanja odnosi se na poštivanje dobrih poslovnih običaja.⁸

ZOT u svojim odredbama ne govori ništa o tome što se smatra dobrim poslovnim običajem, odnosno u čemu bi se sastojala povreda takvog običaja.

Ni drugi naši propisi ne trude se objasniti ovaj pojam, koji predviđa samo to da su sudionici u obvezatnim odnosima dužni da u pravnom prometu postupaju u skladu sa dobrim poslovnim običajima.⁹

Pod poslovnim (trgovačkim) običajima razumijeva se komercijalna praksa koja je u tako širokoj uporabi i primjeni da gospodarstvenici, a

⁸ Vidi Ivanjko, Š., *op.cit.*, str. 11.

⁹ Pavić, Đ., *Povrede i narušavanje poslovnih odnosa na tržištu*, Računovodstvo, revizija i financije, br.12, 1994., str. 141.

posebice trgovci očekuju da će ugovorne strane postupati u skladu s tom praksom.¹⁰ Poslovni običaji moraju biti u skladu sa shvaćanjima stanovitog kruga, struke ili trgovine uopće. A za konačnu ocjenu o tome da li se radi o dobrom ili ne poslovnom običaju, meritorna je prije svega u konačnici odluka suda, odnosno nije mjerodavno samo shvaćanje zainteresiranih poslovnih krugova već dolazi do korekture postojeće prakse s gledišta pravne etike. Osim izraza “dobri poslovni običaji” upotrebljavaju se i termini “poslovni običaji”, “trgovački običaji”, “strukovni običaji”, “dobri običaji na tržištu”, “dobri običaji u poslovanju” i dr. Pod dobrim poslovnim običajima razumijevaju se određene društvene norme, nekodificirane ili kodificirane (uzance), koje nisu pravno sankcionirane, već su usvojene u općoj svijesti jedne društvene sredine.¹¹

Zakon o obveznim odnosima iz 1978. (“Narodne novine”, br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99. i 88/01., dalje ZOO 1978.) u čl. 21. navodi da su sudionici u obveznim odnosima dužni u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima.¹² Ali ne daje definiciju dobrih poslovnih običaja. Nadalje, u članku 1107. ZOO-a 1978. određuje se primjena običaja, i to se utvrđuje primarna primjena ZOO-a ako su opće ili posebne uzance ili drugi trgovački običaji suprotni dispozitivnim normama ZOO-a 1978., osim ako su ugovorne strane izričito ugovorile primjenu običaja.

Novi Zakon o obveznim odnosima iz 2005. (“Narodne novine”, br. 35/05., dalje: ZOO 2005.), sa stupanjem na snagu 1.1.2006., ipak nešto preciznije uređuje ovu problematiku. Tako u čl.12. ZOO-a 2005. regulira se da se u obveznim odnosima među trgovcima primjenjuju trgovački običaji čiju su primjenu ugovorili i praksa koju su međusobno razvili. U ovim obveznim odnosima primjenjuju se i trgovački običaji koje trgovci redovito primjenjuju u istim takvim odnosima, ako sudionici u njima nisu izrijekom ili prešutno isključili njihovu primjenu. Trgovački običaji i praksa koju su trgovci međusobno razvili, za čiju su primjenu ispunjene pretpostavke iz ZOO-a 2005., primjenjuju se i ako su suprotni dispozitivnom propisu. Međutim, ni ovaj novi ZOO ne sadrži određenje pojma dobrog poslovnog (trgovačkog) običaja.¹³

Ipak, ove definicije koje možemo naći u pravnoj doktrini nisu općeprihvaćene. U stvari, teorija je, kao i zakonodavstvo, prepustila sudskoj praksi da odredi što se smatra dobrim poslovnim običajima, koja je, sa svoje strane, problem postavila tako da je prilikom rješavanja konkretnih slučajeva išla

¹⁰ Tako Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo, međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 152.

¹¹ Perović, S., *Obligaciono pravo I*, Beograd, 1973., str. 98.

¹² Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, knjiga I., Zagreb, 1978., str. 102.; Cigoj, S., *Obligacije*, Ljubljana, 1976., str. 24.

¹³ Barbić, J. *Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu*, Godišnjak 12., “Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse”, Organizator, Zagreb, 2005.

za tim da u svakom pojedinom slučaju konstatira postoji li povreda dobrih poslovnih običaja, pa ne definira pojam načelno.

Ipak za potrebe ovog izlaganja, naslanjajući se na postojeća teorijska izlaganja ovog pojma i niza konkretnih rješenja iz prakse, možemo odrediti ovaj pojam dobrih poslovnih običaja kao pravila ponašanja u gospodarskom poslovanju koja su u skladu sa pravom i zakonom i koja odgovaraju poslovnom moralu određene sredine. Svjesni smo nepreciznosti ove definicije i njenog svođenja, praktično, na moral, a poznato je da ni pravila poslovnog morala nisu "čvrsta činjenica" i da su podložna stalnim promjenama i shvaćanjima određene sredine.

Tako se ono što je predstavljalo pravilo ponašanja u poslovnom prometu bivšeg samoupravnog gospodarskog sistema ne treba uzimati da je akceptabilno i u uvjetima današnjeg postsocijalističkog, tržišnog gospodarskog sustava. Tim se želi u stvari reći da su dobri poslovni običaji pravila ponašanja određene društvene sredine u određenom trenutku. Ipak, dobri poslovni običaji moraju biti u srži običaji, a to znači da je riječ o pravilima ponašanja koja su nastala stalnim i dugotrajnim korištenjem u odnosima u određenoj sredini (konkretno u odnosima između trgovaca i gospodarstvenika) i koja su se, zbog svoje stalne i dugotrajne upotrebe, u svijesti sudionika u tim odnosima nametnula kao obvezna pravila ponašanja.

Stoga, ako sudionik u gospodarskom prometu ne postupa sukladno tim običajima koji su se nametnuli kao obvezna pravila ponašanja i koji odgovaraju moralu određene sredine, konkretno ako se sudionik na tržištu ne ponaša po određenim pravilima koja vladaju u odnosima između tržišnih natjecatelja i koja nisu u skladu s moralnim shvaćanjima zajednice, čini djelo nepoštenog tržišnog natjecanja. Jasno, pod uvjetom da su ispunjeni i drugi zakonom predviđeni uvjeti.¹⁴

Dobri poslovni običaji dobivaju potvrdu i ustanovljavaju se kroz praksu sudova. Ali, o tome na koji način će sudovi ocjenjivati da li je određeno ponašanje u suglasnosti s dobrim poslovnim običajima ili nije, postoji dilema između empirijskog i etičkog načela.

Po empirijskom načelu sud koji je dužan izjasniti se o postojanju određenog dobrog poslovnog običaja dužan je uzeti u obzir svijest i praksu koja o tome postoji u određenim poslovnim krugovima i da se u svakom konkretnom slučaju obrati tim poslovnim krugovima za mišljenje (komorama, udruženjima, savezima, zajednicama i sl.). Po etičkom načelu mjerodavno je shvaćanje čitave društvene zajednice, a ne samo određenih gospodarskih krugova, pa je sud pozvan da sam autoritativno ocjeni da li je riječ o povredi dobrih poslovnih običaja. Etičko načelo prevladava u usporednom pravu. I u našoj teoriji zastupljeno je stajalište da u našim društveno-ekonomskim odnosima ima mjesta primjeni samo etičkom načelu,

¹⁴ Cf. Gorenc, V. (ur.) et al., *Rječnik trgovačkog prava*, Masmedia, Zagreb, 1997., str. 337.

sa čime se i mi slažemo, a to potvrđuje i praksa naših sudova, iako ima i suprotnih gledišta, koja daju prevagu empirijskom načelu, pa i takvih po kojima ta dva načela, empirijsko i etičko, treba kombinirati.¹⁵

Ipak ne mogu se zanemariti i neki etički postulati utvrđeni i kodificirani od strane određenih poslovnih krugova ili gospodarskih asocijacija. Tako će načela sadržana u Kodeksu etike u poslovanju Hrvatske gospodarske komore biti od značenja za utvrđivanje djela koja su protivna dobrim poslovnim običajima.¹⁶ Ovaj Kodeks donesen je, između ostalog, i s namjerom da potiče razvijanje kvalitetnih odnosa i lojalne konkurencije između poslovnih partnera i s poslovnom sredinom u kojoj poslovni subjekti djeluju. Ovim Kodeksom utvrđuju se osnovne smjernice etičkog ponašanja poslovnih subjekata u okviru hrvatskoga gospodarstva. Potpisnici Kodeksa, na koje će se Kodeks i primjenjivati, prihvaćaju obvezu djelovanja u skladu s načelima odgovornosti, istinitosti, učinkovitosti, transparentnosti, kvalitete, postupanja u dobroj vjeri i poštovanja dobrih poslovnih običaja prema poslovnim partnerima, poslovnom i društvenom okruženju, i vlastitim zaposlenicima.

Posebno je važno apostrofirati odredbu čl. 5. Kodeksa po kojoj će se potpisnici Kodeksa pridržavati dobrih poslovnih običaja u domaćim i međunarodnim okvirima, koji su izgrađeni na dobroj vjeri, korektnim odnosima, lojalnosti i točnosti.

Prema čl. 8. st. 2. Kodeksa svjesno davanje lažnih podataka s ciljem dovođenja poslovnog partnera ili javnosti u zabludu nije dopušteno. Poslovanje ne smije zloupotrebljavati povjerenje korisnika potrošača, poslovnih partnera ili drugih sudionika nekog poslovnog odnosa ili iskorištavati njihov nedostatak iskustva, znanja ili njihovu dobru vjeru. Etika u poslovanju zahtijeva poštivanje načela o slobodnoj i fer konkurenciji i postupanje na jednak način svih sudionika u poslovnom životu. Dakle, Hrvatska gospodarska komora ovim je Kodeksom nastojala utjecati na razvijanje etičkih poslovnih odnosa i lojalnih tržišnih konkurentskih odnosa.

Očito da korektnost i razumnost postupanja na tržištu nije jednostavna za utvrđivanje s obzirom kako ni očekivano postupanje nije istovjetno. Međutim, u okviru općih postavki o određenju pojma dobrih poslovnih običaja kao pravnih standarda i indikativno datih radnji koje se smatraju djelom nelojalne utakmice u članku 71. ZOT-a, sa sigurnošću se svaka aktivnost pravnih subjekata na tržištu može ocijeniti protivni li se ona dobrim poslovnim običajima, te je li se njome izvršava djelo nelojalne utakmice.¹⁷

¹⁵ Goldštajn, A., *Pravni režim konkurencije, monopola i oligopola*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1961., br.1., str.15.

¹⁶ Kodeks je objavljen u "Narodnim novinama", br. 71/05.

¹⁷ Marković, S. M., *Pravo intelektualne svojine*, Službeni glasnik, Beograd, 2000., str. 267-269.

2. Hrvatsko pravo trgovine i prikaz komparativnih rješanja

Pojam nepoštenog tržišnog natjecanja (nelojalne utakmice) kod nas sada određuje Zakon o trgovini ("Narodne novine", br. 11/96., 101/98., 30/99., 75/99., 76/99., 62/01., 109/01., 103/03. i 170/03., dalje: ZOT) metodom generalne klauzule koja je sadržana u članku 2., utvrđenjem elemenata koji se tiču sadržaja radnje u kojoj je djelo izvršeno, njenim odnosom prema društvenim normama i njenog štetnog, odnosno moguće štetnog djelovanja.

Pod nepoštenim tržišnim natjecanjem podrazumijevaju se radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri poslovni običaji. Kao takvo nepošteno tržišno natjecanje je *ex lege* zabranjeno.¹⁸

Iz ovoga proizlazi da se nepoštenim tržišnim natjecanjem ima smatrati svaka radnja pravnog subjekta koja je :

- a) izvršena radi tržišnog natjecanja;
- b) protivna dobrim poslovnim običajima;
- c) s obzirom na povredu dobrih poslovnih običaja štetna ili potencijalno štetna u odnosu na druge subjekte.¹⁹

U Zakonu o trgovini, iako se egzemplifikativno nabrajaju određene radnje koje mogu predstavljati djelo nepoštenog tržišnog natjecanja, nema bližeg činjeničnog obilježja ovih uvjeta. Kao činjenična pitanja stvar su konkretne ocjene. Međutim, svojim značenjem nameću potrebu da se potenciraju neka od tih obilježja koja se mogu utvrditi na osnovi sadržaja zakonske odredbe.

Pri određivanju pojma nelojalne utakmice naš zakonodavac primijenio je metodu generalne klauzule i egzeplifikativnog navođenja.

Tako se nepoštenim tržišnim natjecanjem podrazumijeva osobito:

– reklamiranje, oglašavanje ili ponuda robe ili usluga navođenjem podataka ili upotrebom izraza kojima se iskorištava ugled drugog trgovca, njegovih proizvoda ili usluga, odnosno proizvoda drugog trgovca;

– reklamiranje, oglašavanje ili ponuda robe ili usluga kojima se vrijeđa ili omalovažava drugog trgovca na nacionalnoj, rasnoj, političkoj ili vjerskoj osnovi;

– davanje podataka o drugom trgovcu ako ti podaci štete ili mogu nanijeti štetu ugledu i poslovanju drugog trgovca;

– prodaja robe s oznakama ili podacima koji stvaraju ili bi mogli stvoriti zbrku glede izvora, načina proizvodnje, količine, kakvoće ili drugih osobina robe;

– prikrivanje grešaka (mana) robe ili usluga ili kakvo drugo zavođenje potrošača;

– radnje trgovaca usmjerene na prekid poslovnih odnosa, između drugih trgovaca ili koje sprječavaju ili otežavaju poslovne odnose drugih trgovaca;

¹⁸ Vidi čl. 70. ZOT-a. Tako i čl.5. Smjernice EU.

¹⁹ Za ranija rješenja vidi kod Pavić, Đ., Povrede i narušavanje poslovnih odnosa na tržištu, RRIF, br.12/94, str. 137.

- neopravdano neispunjavanje ili raskidanje ugovora s pojedinim trgovcem da bi se sklopio isti ili povoljniji ugovor s drugim trgovcima;
- ugovaranje izvoza robe i usluga po nižoj cijeni, ako je drugi trgovac već ugovorio izvoz takve robe i usluge po višoj cijeni čime se nanosi šteta tom trgovcu;
- neopravdana uporaba imena, firme, marke ili koje druge oznake drugog trgovca;
- davanje ili obećanje darova, imovinske ili druge koristi drugom trgovcu, njegovom djelatniku ili osobi koja radi za drugog trgovca, da bi se davatelju omogućila pogodnost na štetu drugog trgovca ili potrošača;
- neovlaštena uporaba usluga trgovačkog putnika, trgovačkog predstavnika ili zastupnika drugog trgovca;
- pridobivanje kupaca robe ili korištenje usluga s davanjem ili obećavanjem nagrada ili koje druge imovinske koristi ili pogodnosti koje po vrijednosti znatno premašuju uobičajene vrijednosti robe ili usluga;
- protupravno pribavljanje poslovne tajne drugog trgovca ili bespravno iskorištavanje povjerene poslovne tajne drugog trgovca.²⁰

Međutim, uz ove radnje mogu se u svakodnevним tržišnim uvjetima pojaviti i druge radnje koje nisu izričito predviđene u zakonu, ali ispunjavaju uvjete sukladno generalnoj klauzuli, odnosno mogu se sukladno kriterijima koji su predviđeni u toj klauzuli okvalificirati kao djela nepoštenog tržišnog natjecanja, te se na njih primjenjuju sva pravila kao i za zakonom nabrojena djela.

Za razliku od našeg zakonodavstva, komparativna rješenja različita su i s obzirom na diferentne pristupe nisu dovoljno upućujuća kao uzor za promjene u našem zakonodavstvu. Dakle, prije svega preporučujemo rješenja iz europskog prava, dok usporednopravna rješenja mogu biti određeni putokaz kod izbora temeljnog pristupa u legislativnom uobličavanju ove problematike. Sukladno odredbi čl. 10bis st. 1. Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva, zemlje članice Pariške unije mogle su osigurati efektivnu zaštitu protiv nepoštenog tržišnog natjecanja. Iako one nisu obvezne donijeti posebno zakonodavstvo, ipak moraju predvidjeti, makar na temeljima pozitivnih općih propisa, učinkovite modalitete zaštite protiv svih radnji koje su u suprotnosti s poštenom poslovnom praksom, a posebice protiv prakse referirane u čl. 10bis st. 3. Pariške konvencije. U implementaciji ovih konvencijskih obveza tri pristupa mogu se detektirati unutar postojećih rješenja pojedinih zemalja članica.

Tako su određene zemlje članice Pariške unije usvojile posebne propise²¹,

²⁰ Vidi čl. 71. ZOT-a. Ova sistematika nije usklađena sa potencijalnim radnjama nelojalne utakmice prema odredbama europske Smjernice, gdje su posebno navedene one radnje koje dovode u zabludu te one radnje trgovačke prakse koje su agresivne i kao takove zabranjene. Vidi čl. 6.-9. Smjernice EU.

²¹ Npr. Austrija, Belgija, Danska, Finska, Njemačka, Japan, Luksemburg, Peru, Republika Koreja, Španjolska, Švedska i Švicarska.

odnosno posebnu zaštitu unutar širih propisa²², koji se ponegdje kombiniraju sa zaštitom iz općih zakona kao što su civilni kodeksi, a koja se odnosi na zaštitu protiv nepoštenog tržišnog natjecanja. Ovi propisi predviđaju građanskopravne ili kaznene sankcije i sadrže širu općenitu zaštitu, u skladu s odredbom čl. 10bis st. 2. Pariške konvencije koja je podržana detaljiziranom zaštitom u svezi s posebnim formama nepošteno trgovačke prakse, a koju slijede i posebne mjere građanskopravne i kaznenopravne zaštite. Iako mnoge zemlje imaju također i srodno zakonodavstvo koje sadrži radnje koje se odnose na određene proizvode (hrana, lijekovi i dr.), medije (televizija) ili marketinšku praksu (nagradne igre, bonusi), zakoni protiv nepoštenog tržišnog natjecanja ostaju glavni temelj i pravni izvor zaštite.

U grupi država članica Pariške unije sa poznatom građanskopravnom tradicijom²³, koje slijede postignuća koja se baziraju na poslovnom ponašanju poštenog gospodarstvenika, obično se zaštita protiv nepoštenog tržišnog natjecanja može pronaći unutar propisa koji reguliraju opću odgovornost za štetu. U državama koje slijede *common law* tradiciju,²⁴ mjere tzv. *passing off* zaštite i radi sprječavanja "curenja" poslovne tajne, koje razvijaju sudovi kroz svoju bogatu praksu i rješidbe, ostaje glavni izvor za zaštitu tržišnih natjecatelja. Radi zaštite potrošača zemlje iz ove grupe podredno imaju i niz propisa koji uređuju posebne slučajeve nedopuštenog tržišnog ponašanja, kao što je zavaravajuće oglašavanje, lutrije, utvrđivanje cijena, nagradne igre, dividende i sl. Ovi propisi nezavisni su od zaštite natjecatelja prema građanskopravnim propisima ili *common law* načelima.

Većina zemalja članica Pariške unije predviđaju kombinirani pristup u zaštiti od nepoštenog tržišnog natjecanja, i to općih građanskopravnih načela, odnosno propisa, sudske prakse (*case law*) i posebnog zakonodavstva na ovom području. U državama s federativnim uređenjem nailazimo na još izraženiju kombinatoriku različitih formi zaštite između federalne legislative i zakonodavstva federalnih jedinica.²⁵

3. Radnje nepoštenog tržišnog natjecanja

Ovdje ćemo se osvrnuti na neke od zakonom određenih radnji koje se imaju smatrati djelima nepoštenog tržišnog natjecanja, a posebice na one koje potpadaju u sustav cjelovite zaštite prava intelektualnog vlasništva.

²² Npr. Bolivija, Brazil, Bugarska, Kanada, Kolumbija, Mađarska, Meksiko, Rumunjska i Venecuela.

²³ Npr. Francuska, Italija i Nizozemska.

²⁴ Npr. Ujedinjeno kraljevstvo Velike Britanije.

²⁵ Npr. SAD.

3.1. Nelojalna (nesitinita, lažna) reklama

Djelo nelojalne (neistinite, lažne) reklame predviđeno je u članku 71. st.1. toč.1. i 2. ZOT-a.

Bit ovog djela čini, pored onih općih elemenata navedenih u citiranoj općoj generalnoj klauzuli, i to da se ono čini reklamiranjem oglašavanjem ili ponudom robe ili usluga, i to navođenjem podataka ili uporabom izraza s kojima se iskorištava ugled drugog trgovca, njegovih proizvoda ili usluga te proizvoda drugog trgovca, odnosno kojima se vrijeđa ili omalovažava drugog trgovca na nacionalnoj, rasnoj, političkoj ili vjerskoj osnovi.

Ovim radnjama stvara se zabuna na tržištu, kao i to da se time određeni tržišni subjekt (sudionik u gospodarskom prometu) dovodi ili može dovesti u povoljniji položaj na tržištu.

Za lakše razumijevanje ovog djela nelojalne utakmice nužno je odrediti pojam reklame. Gospodarska reklama može se odrediti kao upoznavanje potrošača preko plaćenog sredstva masovnog komuniciranja s robom ili uslugama oglašivača, a u cilju njihove prodaje.²⁶ Oglašavanje podrazumijeva svaku djelatnost koja vizualnim, akustičnim i kombiniranim porukama informira potrošača o određenim proizvodima ili uslugama i utječe na njih da slobodno izaberu i kupe te proizvode ili koriste te usluge. Marketinško određenje pojma je nešto drukčije i govori se obično o znanosti zarobljavanja čovjekove inteligencije na dovoljno dugo vremena da uzmognete od nje dobiti novac.²⁷ Europski komitet za zaštitu okoliša, javno zdravstvo i zaštitu potrošača definirao je u svom izvješću reklamu, odnosno oglašavanje kao proces uvjeravanja odnosno nagovaranja, koristeći plaćene medije, u kojemu su kupci roba, ideja i usluga "kupljeni". Primarni cilj je uvjeravanje potrošača da prihvate reklamirane proizvode ili usluge ili njihov poseban brand. Reklama je tako komercijalna poruka oblikovana da djeluje na potrošačko ponašanje.²⁸ Danas je reklamiranje puno više od običnog oglasa, bilo novinskog ili televizijskog, ono uključuje stvaranje identiteta marke, ambalažiranje, glasnogovornike po mogućnosti slavne (celebrities), sponzorstva, publicitet, usluživanje potrošača, način postupanja sa zaposlenicima i dr. Stoga je nužno ovom proširenju definicije reklamiranja s marketinškog aspekta pridodati adekvatan odgovor u propisima o nepoštenom tržišnom natjecanju kako bi se odgovorilo suvremenom i otklonilo nedopuštena ponašanja na ovom području.

²⁶ Usp. Grzybczyk, K., *Prawo reklamy*, Zakamycze, Krakow, 2004., str. 15.; Besarović, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, NIO Poslovna politika, Beograd, 1984., str. 158.; Janjić, M., *Gospodarska reklama i pravo*, Beograd, 1980., str. 40.; Zlatović, D., *Pravni aspekti oglašavanja*, Godišnjak 10. Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse. Organizator, Zagreb, 2003., str. 573.- 614.

²⁷ Cit. Kotler, Ph., *Marketinška znanja od A do Z*, Bonoza Press, Zagreb, 2004., str. 117.

²⁸ Cit. Isaac, B., *Brand Protection Matters*, Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 173.

Lažne (neistinite, prijevarne) poruke učinjene su prilikom ekonomske propagande, a sredstvo upotrijebljeno u tom cilju nije bitno. Drugim riječima, irelevantno je da li se prijevarna reklama ostvaruje putem radija, televizije, tiska, letaka, oglasnih panoa, književnih oglasa i slično. Osim toga, da bi bila riječ o lažnoj reklamama, potrebno je da je prijevarna (lažna) poruka upućena javnosti, tj. širem krugu osoba; inače je riječ o kaznenom djelu prijevare.

Reklamna poruka, kao što je rečeno, treba biti takve prirode da izaziva ili da može izazvati zabunu (pomutnju) u robnom prometu, odnosno na tržištu. Lažne poruke mogu biti takve prirode da stvore pogrešnu predstavu kod potrošača o proizvođaču (davatelju usluga) ili o ponuđenoj robi (uslugama). Prilikom revizije Pariške konvencije u Lisabonu iz 1958., pod utjecajem zemalja koje su u zaštiti od nelojalne utakmice vidjele ne samo individualnu zaštitu konkurenata, već i izraženu socijalnu funkciju, u tekst članka 10 bis, stav 3, točka 3. Pariške konvencije unesena je dopuna koja se odnosi na lažnu reklamu, po kojoj treba zabraniti "oznake i navode čija uporaba u trgovini može dovesti javnost u zabludu u pogledu podrijetla, načina proizvodnje, pogodnostima za upotrebu i količini robe".

Povoljniji položaj na tržištu može se stvoriti privlačenjem klijenata, većom prodajom robe, postizanjem veće cijene i sl. Za postojanje djela nelojalne reklame nije nužno da je povoljniji položaj na tržištu već postignut, dovoljno je da do povoljnijeg položaja može doći.

Nepošteno tržišno natjecanje je, između ostaloga, i neovlaštena upotreba imena odnosno tvrtke ili druge oznake drugog trgovca, kao i reklamiranje u kojem se iskorištava ime, odnosno naziv drugog trgovca.²⁹

U praksi nelojalna reklama može se ogledati u vidu: servilnog oponašanja tuđe gospodarske reklame, prijevarne reklame, superlativne reklame, usporedne reklame, usporedbe sustava, te robnih testova.

²⁹ "S pravom prvostupanjski sud daje zaštitu tužitelju, ističući da su tuženici počinili djelo nelojalne utakmice time što su se koristili nazivom tužiteljeve tiskovine i time su počinili pomutnju na tržištu, a i reklamirali su se na način protivan dobrim poslovnim običajima. I prema Zakonu o trgovini (Narodne novine br. 11/96.) nepošteno tržišno natjecanje je neopravdana upotreba imena, odnosno firme ili druge oznake drugog trgovca, kao i reklamiranje kojim se iskorištava ime, odnosno naziv drugog trgovca. Upravo zbog korištenja istog imena "Oglasnik" u javnosti se oglašavanje provodilo kao plavi i zeleni oglasnik, jer su nestale za oglašavanje razlike koje su inače karakteristične za žig i zaštitu žiga. Samo oglašavanje na tržištu pod istim nazivom "Oglasnik" uistinu je kako se i navodi u obrazloženju prvostupanjske presude stvaralo pomutnju, radi čega je trebalo koristiti u reklamiranju i rasparčavanju dodatne elemente kako bi se pokušala napraviti razlika između "oglasnika" koji je izdavao tužitelj i "oglasnika" koji su izdavali tuženici. Kako su uistinu tuženici izdavali i raspačavali tiskovinu "Oglasnik", to je kako tužitelj i navodi u odgovoru na žalbu, nebitno da li to u ovom momentu čine i da li će i kada nastaviti sa tim izdavanjem. Tužitelj je tražio tu zabranu i osnovano je istu prvostupanjski sud pružio po osnovi nelojalne utakmice. Valjalo je stoga odbiti žalbu tuženika i temeljem odredbe čl. 368. Zakona o parničnom postupku (Narodne novine br. 53/91., 91/92. i 112/99.) potvrditi prvostupanjsku presudu u toč. 1. izreke." VTS RH, Pž-5123/99, od 7.11.2000., Zbomik VTS, br. 9., odl.215.

a) Servilno oponašanje tuđe reklame

Servilno oponašanje tuđe reklame obavlja se, u nedostatku osobnih reklamnih ideja, ropskim (servilnim, potpunim) imitiranjem tuđih reklamnih poruka ili tuđeg načina reklamiranja i predstavlja oblik tzv. parazitske konkurencije. Može se ogledati i u servilnom oponašanju prodaje, aranžiranja izloga, opreme robe i pakovanja, specifičnog načina saobraćanja sa klijentelom i sl.

b) Lažna reklama (propaganda)

Razumljivo je da će previše skromno sročena i previše objektivizirana reklamna poruka teško može privući potencijalne kupce odnosno korisnike. Stoga je očekivati izvjesnu mjeru pretjerivanja u reklamnim porukama, ali uz poštivanje određenih ustaljenih i prihvaćenih standarda koje nalaže profesionalna etika i društveni interes za točnim obavještvanjem javnosti. Taj cilj se postiže time što reklama ni u kojem slučaju ne može biti takva da izazove zabunu na tržištu.³⁰ Da li se u konkretnom slučaju radi o prihvatljivoj mjeri pretjerivanja u reklamnoj poruci, ili poruci koja stvara svojim lažnim navodima pomutnju na tržištu ili je može stvoriti, odlučuje u svakom konkretnom predmetu nadležni sud.

Prema stavovima sudske prakse tako se ovim djelima smatrala prodaja pilića za tov, iako ti pilići po svojoj kvaliteti nisu za tov, pa čak i u slučaju kada trgovac nije znao o kakvoj se vrsti pilića radi; stavljanje u promet satova proizvedenih u Italiji i uvezenih iz Italije koji su prilikom prodaje nuđeni i prodavani kao švicarski satovi, odnosno satovi švicarskog porijekla; distribucija i poklanjanje kalendara u cilju reklamiranja svojih proizvoda fotokopijama druge gospodarske organizacije s istim predmetom poslovanja koje su također objavljene u cilju reklamiranja iste vrste proizvoda (konfekcije) i dr.³¹

c) Superlativna reklama

Superlativna reklama je ona vrsta reklamne poruke koja je sastavljena tako da njezin sadržaj jasno ukazuje na superiorniji položaj sudionika u gospodarskom prometu koji reklamnu poruku upućuje u odnosu na njegove konkurente, kao i na veću vrijednost, bolju kvalitetu i nadmoć reklamiranih proizvoda ili usluga u odnosu na konkurentsku robu ili usluge.

Ta pozicija redovito se u reklamnim porukama očituje u korištenju pridjeva u superlativu, od kuda i naziv superlativna reklama. Cilj superlativne reklame je da se kod potrošača izazove dojam da je položaj sudionika u gospodarskom prometu koji upućuje reklamnu poruku osamljen na vrhu

³⁰ Cit. Janjić, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, drugo izdanje, Beograd, 1982., str. 186.

³¹ Cf. *Ibid.*, str.187.

(najbolji hotel, najčitaniji časopis, najveće kazalište i sl.), odnosno da je njegova roba (ili usluge) najbolje kvalitete ili da je isključivo njegova roba vrhunske kvalitete (najbolje vino, najučinkovitije sredstvo za čišćenje posuđa, vodeći, jedini, pravi, itd.).

Temeljno polazište kod ocjene potpada li određena reklama pod zabranjenu kategoriju superlativnih reklama jest u tome radi li se ili ne o lažnom reklami, odnosno sadrži li ista reklama istinite ili lažne navode.

d) Usporedna (komparativna) reklama

Usporedna reklama može se pojaviti u dvije podvarijante: kritizirajuća reklama i naslanjajuća reklama.

Kritizirajuća reklama ogleda se u usporedbi koje rade sami trgovci između vlastitog i konkurentnog trgovačkog društva ili između vlastite robe (usluga) i konkurentne robe (usluga), na štetu konkurentnih. U usporednom pravu kritizirajuća reklama smatra se nedopuštenim oblikom reklamiranja, bez obzira na točnost navedenih podataka u reklamnoj poruci i bez obzira na to da li sama ta poruka sadrži i odgovarajući zaključak na štetu konkurenata ili se zaključak prepušta potrošačima.

Naslanjajuća (parazitska) reklama sastoji se također u usporedbi vlastitog trgovačkog društva ili vlastite robe (usluga) s konkurentskim, ali ne u cilju donošenja zaključka na štetu konkurenta (ili konkurenata), nego u smislu utvrđenja da su vlastito poduzeće ili roba (usluge) isto tako dobri kao i renomirano konkurentno poduzeća ili roba (usluge). Cilj takve reklame je da potrošači dobiju dojam da su reklamirani trgovac ili roba (usluge) bar isto toliko dobri kao i konkurenti koji su osvojili tržište, te da potrošači zaključče kako je riječ o iznimno povoljnoj ponudi.

e) Usporedba sustava

Usporedba sustava postoji kada se upoređuju prednosti i slabosti odgovarajućeg načina poslovanja, tehnike proizvodnje, rada i slično. Takvo uspoređivanje smatra se u usporedno-pravnoj teoriji i praksi dopuštena pod uvjetom objektivnosti, tj. ako nije u pitanju određena tvrtka, trgovačko društvo, proizvođač.

Primjerice, ako bi bila riječ o upoređivanju sustava prednjeg ili stražnjeg pogona kod automobila, nema govora o djelu nepoštenog tržišnog ponašanja. Međutim, sasvim je druga situacija ako se upoređuju sustavi s obzirom na točno određenog proizvođača. Takav slučaj nalazimo u francuskoj sudskoj praksi, u kojem je sud zauzeo stajalište da se nelojalno ponašala tvrtka "Citroen" kada je u reklamnim porukama uspoređivala novi stražnji pogon svojih automobila s prednjim pogonom drugih proizvođača automobila, došavši do zaključka da je stražnji pogon neusporedivo bolji.³²

³² *Ibid.*, str. 189.

f) Robni testovi

Robni testovi predstavljaju svojevrsno uspoređivanje roba i usluga dvaju ili više proizvođača, odnosno davatelja usluga, s dosta sličnosti s usporednom reklamom.

S pojavom sve većeg broja robnih testova osjetila se potreba stvaranja posebnih pravila koja će se primjenjivati na ovu specifičnu vrstu gospodarske propagande, a naročito poslije pojave specijaliziranih institucija za testiranje robe, osnovanih u cilju zaštite potrošača, čiji su robni testovi stekli u javnosti veliku privlačnost i postali značajan oblik posredne ekonomske propagande. Zauzima se stav da su objektivni i stručno izvršeni i analizirani robni testovi dopušteni i njihovo objavljivanje ne predstavlja djelo nelojalne reklame ako su rezultati testa vjerno prikazani i ako se njima teži cilju da se potrošači objektivno informiraju o određenim okolnostima i činjenicama, pod uvjetom da su u cijelosti objavljeni i javno dostupni.

3.2. Ocrnjivanje

Ocrnjivanje, kao djelo nelojalne utakmice, česta je pojava u tržišnim odnosima. Bit ovog djela sastoji se, sukladno odredbi čl. 71. st. 1. toč. 3. ZOT-a, u davanju podataka o drugom trgovcu, ako ti podaci štete ili mogu nanijeti štetu ugledu i poslovanju drugog trgovca.

Ovo djelo nelojalne utakmice predviđa i odredba članka 10 bis, stavak 3., točka 2. Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva, i to kao "lažne podatke, pri obavljanju trgovine, koji su takve prirode da diskreditiraju trgovačko društvo, proizvode ili industrijsku odnosno trgovačku djelatnost nekog konkurenta".

Ne traži se više da se radi o podacima koji moraju biti neistiniti. Naime, ovdje je prihvaćeno stajalište kako ugledu i poslovanju trgovaca mogu štetiti ne samo neistinite tvrdnje i navodi. Način iznošenja ili prenošenja tvrdnji i podataka također nije odlučujući za postojanje ovog djela, pa se ono može počiniti ne samo javnim priopćavanjem ili iznošenjem tvrdnji i podataka, već i povjerljivim priopćavanjem partnerima i potrošačima, i to neposredno ili preko drugih osoba.

Unatoč nekim sličnostima, između kritizirajuće reklame i ocrnjivanja postoji bitna razlika, koja se ogleda u tome što se kod ocrnjivanja ne vrši nikakvo uspoređivanje između vlastitog trgovačkog društva, robe ili usluga s konkurentnim da bi se iz toga izvukao odgovarajući zaključak štetan po konkurenta, kao što je to slučaj kod kritizirajuće reklame, nego se jednostavno iznose tvrdnje ili podaci koji mogu biti štetni po konkurenta.³³

³³ "Nije prijeporno da je tuženik tiskao i podijelio reklamne listiće, sadržaj kojih nije primjeren dobrim poslovnim običajima, iz razloga što spominje firmu tužitelja, uspoređuje cijene usluga tužitelja sa svojom cijenom i iznosi pojedinosti iz poslovnog ugovora. Prema

3.3. *Stavljanje u promet robe s oznakama koje mogu stvoriti zbrku*

Bit ovog djela nelojalne utakmice dana je u članku 71. st. 1. toč. 4. ZOT-a u kojem se definira kao “prodaja robe s oznakama ili podacima koji stvaraju ili bi mogli stvoriti zbrku glede izvora, načina proizvodnje, količine, kakvoće ili drugih osobina robe”.

Dakle, za postojanje ovog djela nelojalne utakmice bitno je da je riječ o robi označenoj oznakama koje mogu stvoriti pomutnju na tržištu i da je ta roba tako označena stavljena u promet. Primjera radi, navode se osobine robe zbog kojih pomutnja može nastati, kao što su izvori, odnosno podrijetlo, način proizvodnje, količina i kvaliteta, ali to mogu biti i druge osobine robe, kao i okolnosti koje utječu ili mogu utjecati na poslovanje. Pri oblikovanju konačne ocjene suda o postojanju ili mogućnostima izazivanja zbrke na tržištu meritorno je poimanje prosječnog potrošača.

3.4. *Prikrivanje mana robe*

Prema članku 71. st. 1. toč. 5. ZOT-a djelo nelojalne utakmice predstavlja i “prikrivanje grešaka (mana) robe ili kakvo drugo zavodjenje potrošača”.

Kod postojanja ovog djela odlučujuće je da se mane robe svjesno prikrivaju ili da se na drugi način kupci dovode u zabludu u vidu odgovarajućih osobina robe ili u vidu okolnosti koje mogu utjecati na poslovanje, s tim da nije riječ o stavljanju oznaka ili podataka na robu koji stvaraju ili mogu stvoriti zabunu u gospodarskom prometu.³⁴

listiću koji je priložen, proizlazi da između ostalog sadrži tekst “naknada upravitelju za upravljanje zgradom iznosi samo 5% mjesečno od sredstava zajedničke pričuve” (bivša etažna zgrada). To je upola manje od cijene koju je odredio “S” d.d. za iste poslove (10%).

Prema odredbi čl. 57. Zakona o trgovini, pod nepoštenim tržišnim natjecanjem podrazumijevaju se radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povrjeđuju tržišnim natjecanjem podrazumijeva se osobito reklamiranje, oglašavanje ili ponuda robe ili usluga navođenjem podataka ili upotrebom izraza s kojima se iskorištava ugled drugog trgovca, njegovih proizvoda ili usluga, odnosno davanje podataka o drugom trgovcu, ako ti podaci štete ili mogu nanijeti štetu ugledu ili poslovanju drugog trgovca. Prema tome, za ocjenu o nepoštenom tržišnom natjecanju, nije uvjet samo da je postojala šteta, nego i da je mogla nastati šteta, što je bez dvojbe učinjeno navedenim oglasom tuženika. Stoga i ukoliko nije šteta nastala, potrebno je da se usvoji dio tužbenog zahtjeva kojim tužitelj zahtijeva da se na prikladan način u javnom glasilu “*Varaždinske vijesti*” objavi ispravak oglasa tuženika tiskanog u reklamnom listiću. U tome smislu štiti se i tvrtka i po odredbama čl. 31. Zakona o trgovačkim društvima. Stoga je preinačena prvostupanjska presuda u tome dijelu, pa je odlučeno da se usvoji tužbeni zahtjev i naloži tuženiku, da na prikladan način u javnom glasilu “*Varaždinske vijesti*” objavi ispravak tiskanog oglasa u reklamnom listiću, pa je temeljem odredbe čl. 373. toč. 4. ZPP-a i odlučeno kao u izreci prvostupanjske presude.” VTS RH, Pž-3073/97, od 11.11.1997., Zbornik VTS, br. 9, odl. 216.

³⁴ “Očito je u konkretnom slučaju, da je tužiteljica opravdano izgubila povjerenje u tuženikov kredibilitet s obzirom da je u oglas uvrstio fotografije dviju različitih osoba prenijetih iz druge revije predstavivši ih pri tome kao jednu osobu gđu S.R. iz Krka. Konkretna radnja

U ovu kategoriju djela nelojalne utakmice mogli bi biti uvršteni slučajevi prikrivanja datuma proizvodnje robe, posebno kada datum proizvodnje bitno utječe na kvalitetu proizvoda ili prikrivanje od kupaca činjenice da se tkanina prilikom pranja skuplja, ili prikrivanje okolnosti da se radi o robi s pogreškom itd.

3.5. Stvaranje zbrke na tržištu neovlaštenom uporabom tuđih vanjskih oznaka

Kao ovo djelo nelojalne utakmice, sukladno odredbi čl. 71. st.1. toč. 9. ZOT-a, smatra se "neopravdana uporaba imena, firme, marke ili koje druge oznake drugog". Dakle, da bi ovo djelo egzistiralo, mora biti riječ o neovlaštenoj neopravdanoj uporabi tuđih vanjskih oznaka. *A fortiori*, ako se ove oznake ovlašteno rabe, neovisno što mogu izazvati određene reakcije na tržištu, prije svega pomutnju kod potrošača, neće biti riječi o djelu nelojalne utakmice.

Za ovo djelo nelojalne utakmice važno je to da se neovlaštenim korištenjem tuđih vanjskih oznaka stvara zbrka u pogledu identiteta robe (koja se želi predstaviti kao roba drugog poznatijeg proizvođača) ili u pogledu identiteta samog sudionika na tržištu (koji se želi predstaviti kao neki drugi poznatiji sudionik na tržištu) i što se time stvara zbrka na tržištu.

Pomutnja na tržištu neovlaštenim korištenjem tuđih obilježja može biti izazvana na više načina: nedozvoljenim korištenjem tuđeg imena ili tvrtke, nedozvoljenim korištenjem tuđeg robnog ili uslužnog žiga, neovlaštenim korištenjem znaka kvalitete, nedozvoljenim korištenjem oznake podrijetla proizvoda i nedozvoljenim korištenjem tuđih zakonom nezaštićenih oznaka.

a) Nedozvoljeno korištenje tuđeg naziva ili tvrtke

Osim općih propisa o trgovačkim društvima i drugim pravnim osobama koje imaju tvrtku (firmu), tvrtka se može štititi i u sklopu propisa koji reguliraju zaštitu od nepoštenog tržišnog natjecanja.³⁵

tuženika može se podvesti pod odredbu čl. 31. toč. 4 Zakona o trgovini (Narodne novine br. 53/91., 77/92., 26/93.) kojom odredbom su primjerice navedeni slučajevi što se razumijeva osobito nelojalnom konkurencijom, pa je tako predviđeno i prikrivanje mana robe ili navođenje na drugi način kupca u zabludu. Tužiteljica kao kupac bila je dovedena u zabludu, da povjeruje da se radi o svojstvima tuženikovih proizvoda, kojima se može postići efikasno mršavljenje u roku od mjesec dana korištenjem preparata, što tuženik u svom oglasu dokazuje fotografijama izvjesne gospođe S.R. prije i poslije korištenja preparata "V.", iako iz dokumentacije spisa proizlazi da se radi o fotografijama koje je tuženik prenio iz revije "Gioia" i to dvaju različitih osoba, dakle, čak se i ne radi o jednoj osobi koja bi promijenila izgled nakon provedene terapije. Na opisani način tužiteljici je nastala šteta time što je platila cijenu tuženikoveg proizvoda, pa je tužiteljica temeljem odredbe čl. 40 cit. Zakona osnovano kao potrošač tražila i imovinsko-pravnu zaštitu." VTS RH, Pž-3480/95, od 12.11.1996., Zbornik VTS, br. 9, odl. 213.

³⁵ Na to eksplicitno upućuje odredba čl. 31. st.3. Zakona o trgovačkim društvima ("Narodne

Tako je, između ostalog, u čl. 71. st. 1. alineja 9. ZOT-a predviđeno da se nepoštenim tržišnim natjecanjem podrazumijeva osobito i neopravdana upotreba imena, firme, marke ili koje druge oznake drugog trgovca.³⁶ Ovdje se zakonodavac koristio terminologijom koja nije usvojena u općim propisima koji reguliraju neka od nabrojanih prava, rabeći tako pojam "firma" umjesto "tvrtke" i pojam "marka" umjesto "žiga", što bi se nužno moralo normativno harmonizirati, kako bi se izbjegle moguće dvojbe i lutanja u tržišnoj ali i u sudskoj praksi.³⁷

Djelo neloyalne utakmice nedopuštenom upotrebom tuđeg imena (naziva) ili tvrtke (firme)³⁸ sastoji se u označavanju svojeg subjektiviteta, trgovačkog

novine", br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00. i 118/03., dalje: ZTD), kao generalnog zakona koji uređuje problematiku pravne zaštite tvrtke (firme).

³⁶ Time što je tuženik u čestitki povodom državnog praznika koristio tužiteljevu tvrtku nije postupio protivno dobrim poslovnim običajima niti ta radnja predstavlja nelojalanu konkurenciju. Takvom radnjom tužitelju nije mogla biti prouzročena bilo kakva šteta. "Neosnovano žalitelj drži da je sud trebao primijeniti Zakon o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja (Službeni list broj 32/81. i 20/90., koji je preuzet kao republički zakon), jer se citirane odredbe čl. 117. - 122. odnose na povredu prava iz prijavljenog ili zaštićenog žiga kod ranijeg Saveznog zavoda za patente. Međutim, iz same tužbe te iz dokumentacije koja prileži spisu ne proizlazi da bi tužitelj bio nosilac zaštićenog žiga kod Saveznog zavoda za patente, već se radi o tužbi zbog tuženikove neovlaštene upotrebe tužiteljevog naziva - tvrtke. Osnova za zaštitu tvrtke, poduzeća koje samostalno nastupa na tržištu, nalazi se u odredbi čl. 158. Zakona o poduzećima (Službeni list 77/88., 40/89., 46/90. i 61/90., te Narodne novine br. 53/91.). Člankom 159. tog Zakona određeno je da će se poduzeću protiv kojeg se zahtijeva zaštita tvrtke zabraniti upotreba tvrtke ako sud smatra da je zahtjev opravdan, a prema okolnostima slučaja dosudit će se tužitelju na njegov zahtjev i naknada štete. U konkretnom slučaju sam tužitelj navodi da je pokrenuo zahtjev, te da se vodi postupak radi brisanja iz registra tvrtke tuženika, s obzirom da tuženik upotrebljava gotovo isti naziv za svoju tvrtku. Međutim u ovom sporu tužitelj potražuje naknadu štete zbog jednokratne neovlaštene upotrebe tvrtke tužitelja u *Požeškom listu* na način da je tuženik upotrijebio tužiteljev naziv - tvrtku oglašivši čestitku povodom 1. svibnja *Praznika rada*, pa proizlazi da je uporište ovakvog zahtjeva tužitelja u čl. 31. toč. 8. i čl. 40. Zakona o trgovini (Službeni list 46/90, koji je u cijelosti preuzet kao republički zakon NN 53/91). Naime, tužitelj tvrdi da je tuženik neovlašteno upotrijebio njegovo ime, tvrtku, te da je time tužitelju počinjena šteta. Međutim, prema cit. odredbi čl. 30. Zakona o trgovini trebalo je dokazati da se radilo o neloyalnoj konkurenciji tj. da se radi o takvoj radnji tuženika koja je protivna dobrim poslovnim običajima i kojom se nanosi ili se može nanijeti šteta drugom trgovcu, drugoj pravnoj osobi i potrošaču. U konkretnom slučaju ugled i nanese negativna reklama, a naročito tužitelj nije dokazao na čemu bazira zatraženi iznos na ime naknade štete. Naime, i po stajalištu ovog suda, iako je u toku postupka utvrđeno da je tuženik zaista u čestitki za *Praznik rada* koristio naziv-tvrtku tužitelja, pravilan je zaključak prvostepenog suda da time tuženik nije neloyalno konkurirao tužitelju, te da je time počinio i štetu tužitelju već naprotiv upravo je promovirao tužitelja na način da je objavio čestitku pod njegovim nazivom-tvrtkom, pa je to moglo samo poboljšati ugled tužitelja kod šireg kruga potrošača." Privredni sud Hrvatske, PŽ-1887/92, od 22.9.1992., Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. (dalje: Zbornik VTS), br.9., odl. 212.

³⁷ O pojmovnim diferencijama detaljnije kod Zlatović, D., Pojam i pravna zaštita branda, Hrvatska pravna revija, Zagreb, god. V., 2005., br. 2., str. 67.-73.

³⁸ O široj zaštiti tvrtke kod Zlatović, D., Zaštita tvrtke u hrvatskom pravu - s posebnim osvrtom na kolizijska pravila za slučaj sukoba tvrtke i žiga, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, Rijeka, 2005., str. 589-619.

društva i sl. tuđim nazivom ili tvrtkom ili unošenjem u naziv svog poduzeća tuđeg naziva ili tvrtke, kao i reklamiranjem³⁹ kojim se iskorištava ime odnosno naziv drugog trgovca, čime se stvara ili može stvoriti zabuna glede identiteta trgovca ili drugog pravnog subjekta u gospodarskom prometu, a samim tim i pomutnja u pravnom prometu odnosno na tržištu.⁴⁰

Nedopuštena upotreba tuđe tvrtke postoji ne samo takvom upotrebom cijelog naziva ili tvrtke, već i samo bitnog dijela naziva ili tvrtke koji taj naziv ili tvrtku čini karakterističnim i posebnim.

U slučaju kada dva trgovca imaju istu tvrtku, što je u nas moguće s obzirom na načelo regionalnog registriranja tvrtki, dužna su poduzeti sve potrebne mjere da prigodom upotrebe tih tvrtki ne dođe do zabune i zbrke na tržištu, a posebno su dužna jasno označiti svoje sjedište.

Protivna je načelima poštene utakmice ne samo upotreba istog tuđeg naziva ili tvrtke, već i upotreba tuđeg sličnog naziva ili tvrtke, ako je sličnost takva da može stvoriti zabunu u gospodarskom prometu. Kada dvije tvrtke nisu identične, ali postoji među njima tolika sličnost da to kod prosječnog potrošača može izazvati zabunu, tada sud zahtjev za zaštitu tvrtke neće rješavati pozivom na odredbe ZTD-a već po pravilima o nelojalnoj utakmici. Pri tom je bez utjecaja da li je zabunu kod potrošača zaista nastala.

Polazeći od toga da upotreba riječi koje su uobičajene u svakodnevnom govoru ili se radi o generičnim pojmovima ne može individualizirati naziv ili tvrtku sudionika u pravnom prometu, upotreba tih riječi ili pojmova za označavanje naziva ili tvrtke drugog subjekta u prometu ne predstavlja djelo nepoštenog tržišnog natjecanja. Za postojanje djela nelojalne utakmice korištenjem tuđe tvrtke potrebno je da je ta tvrtka individualizirana.⁴¹ Međutim, upotreba tuđeg naziva ili tvrtke za označavanje svog prodajnog

³⁹ Vidi presudu VTS RH, br. Pž-3073/97, od 11. studenog 1997. u kojoj se navodi da se pod nepoštenim tržišnim natjecanjem smatra i reklamiranje robe navođenjem podataka o drugom trgovcu (pa tako i njegove tvrtke) s kojima se može nanijeti šteta ugledu ili poslovanju drugog trgovca.

⁴⁰ "S pravom prvostupanjski sud daje zaštitu tužitelju, ističući da su tuženici počinili djelo nelojalne utakmice time što su se koristili nazivom tužiteljeve tiskovine i time počinili pomutnju na tržištu, a i reklamirali su se na način protivan dobrim poslovnim običajima. I prema ZOT-u nepošteno tržišno natjecanje je neopravdana upotreba imena, odnosno firme ili druge oznake drugog trgovca, kao i reklamiranje koji se iskorištava ime, odnosno naziv drugog trgovca. Upravo radi korištenja istog imena "Oglasnik" u javnosti se oglašavanje provodilo kao plavi i zeleni oglasnik, jer su nestale za oglašavanje razlike koje su inače karakteristične za žig i zaštitu žiga. Samo oglašavanje na tržištu pod istim nazivom "Oglasnik" uistinu je kako se navodi u obrazloženju prvostupanjske presude stvaralo pomutnju, radi čega je trebalo koristiti u reklamiranju i rasparčavanju dodatne elemente kako bi se pokušala napraviti razlika između "oglasnika" koji je izdavao tužitelj i "oglasnika" koji su izdavali tuženici. Kako su uistinu tuženici izdavali i rasparčavali tiskovinu "Oglasnik", to je kako tužitelj i navodi u odgovoru na žalbu, nebitno da li to u ovom momentu čine i da li će i kada nastaviti sa tim izdavanjem. " Vidi presudu VTS RH, Pž-5123/99 od 7. studenog 2000.

⁴¹ Vidi Vrhovnog privrednog suda Sl 1559/71, od 3. veljače 1972., po kojoj se ne može pružiti sudska zaštita tvrtke sudioniku u prometu koja obavlja svoju djelatnost pod tvrtkom "Turistički biro".

mjesta – prodavaonice, predstavlja radnju protivnu dobrim poslovnim običajima i djelo nepoštenog tržišnog natjecanja.⁴²

b) Nedozvoljeno korištenje tuđeg robnog ili uslužnog žiga

Djelo nelojalne utakmice nedopuštenom uporabom tuđeg žiga (marke) sastoji se u obilježavanju svoje robe ili usluga tuđim žigom (robnim ili uslužnim) i u stavljanju u promet tako obilježene robe, čime se kod potrošača stvara zabuna u pogledu identiteta robe (odnosno usluga). Dakle, neovlaštena uporaba tuđeg žiga ne dovodi sama po sebi do odgovornosti za štetu zbog počinjenog djela nelojalne utakmice, već se traži i daljnja pretpostavka - da je to prosječne kupce dovelo do zabune u pogledu proizvoda.⁴³

Djelo nelojalne utakmice predstavlja ne samo korištenje tuđeg istovjetnog žiga, već i znaka koji je sličan tuđem registriranom žigu. Rješavajući o postojanju sličnosti sud se stavlja u ulogu prosječnog potrošača i nastoji utvrditi da li je takav potrošač *a prima vista* u stanju utvrditi razlike između zaštićenog žiga i korištenog znaka. Sličnost se ocjenjuje i sa stajališta vizualne i sa stajališta akustičke sličnosti.⁴⁴

Egzemplifikativni su neki slučajevi iz naše sudske prakse, pa je tako Viši privredni sud u Zagrebu u rješidbi od 12. prosinca 1963. zauzeo stajalište kako se korištenjem znaka "Nova kokta" nelojalno konkurrira zaštićenom žigu "Kokta", dok je u odluci od 17. siječnja 1963. našao postojanje sličnosti između žiga "Wella" i znaka "Da vel", koji je korišten za označavanje robe iste vrste na tržištu. Također je utvrđeno postojanje djela nelojalne utakmice kod oponašanja tuđeg žiga u slučaju spora između žigova "VIM" i "BIM", odnosno "OHO" i "UHU".⁴⁵

Nepošteno je tržišno natjecanje distributera koji distribuira proizvode inozemnog dobavljača (proizvođača ili trgovca na veliko) s naslanjajućim žigom (znakom). Radi se o tzv. naslanjajućem ponašanju kao modalitetu radnje nepoštenog tržišnog natjecanja. Distribucijom na tržištu Republike Hrvatske uvozom i plasiranjem određenog proizvoda kojim se u svemu oponaša međunarodno registrirani žig, s učinkom prava prvenstva u Repu-

⁴² Vidi presudu Vrhovnog privrednog suda Sl 961/67 od 30. lipnja 1967.

⁴³ Vidi presudu Privrednog suda Hrvatske, Pž-291/93, od 14.4.1993.

⁴⁴ WIPO: Protection Against Unfair Competition, Geneva, 1994., str. 32.

⁴⁵ Navest ćemo one proizvode koji na našem tržištu najčešće neovlašteno nose zaštićeni žig (dakle plagijati). To su: traktori BELARUS, svjećice za automobile BOSCH, upaljači i olovke BIC, filmovi kolor negativ AGFA, toaletni papir PALOMA, sredstva za čišćenje SANITAR i WC SANITAR, zaštitna krema MELEM, kožna galanterija LOUIS VUITTON, informatički software MICROSOFT, tekstilni proizvodi i obuća raznih zaštićenih robnih marki: ADIDAS, BIG STAR, CALVIN KLEIN, DIESEL, FENDI, FILA, FISHBONE, GAS, GUCCI, HUGO BOSS, LACOSTE, LEVI STRAUSS, LEVI' S, LOTTO, NAUTICA, NAVIGARE, NIKE, PUMA, PAUL & SHARK, SPEEDO, SERGIO TACHINI, TIMBERLAND, TOMMY HILFIGER, UNGARO i dr., zatim kava FRANCK, polutrajna kobasica POLI, dodatak jelima VEGETA, alkoholna pića BADEL i dr.

blici Hrvatskoj, distributer čini djelo nepoštenog tržišnog natjecanja.⁴⁶

U ovim slučajevima, radi se o vrlo suptilnoj granici između zaštite sukladno žigovnom pravu odnosno pravu o suzbijanju nepoštenog tržišnog natjecanja, pa je često moguća konkurencija tužbi.⁴⁷

c) Neovlašteno korištenje znaka kvalitete

Znak kvalitete je poseban znak za označavanje robe na način da tako obilježena roba ispunjava određene postavljene standarde kvalitete, što za potrošače može biti od posebnog značenja kod izbora robe.⁴⁸ Neovlaštena

⁴⁶ "Trgovački sud u Zagrebu pobijanom presudom broj XXVI-P-1447/99 od 30. rujna 1999. godine utvrdio je da je tuženik počinio djelo nepoštenog tržišnog natjecanja uvozom i plasiranjem na tržište Republike Hrvatske proizvod CIFY, te mu se zabranjuje uvoz u Republiku Hrvatsku navedenog proizvoda kao i svaka upotreba znaka CIFY. Nalaže se tuženiku da u roku od osam dana uništi sve zalihe proizvoda CIFY, a presuda će biti objavljena na trošak tuženika u dnevnim listovima Vjesnik, Jutarnji list te u tjednicima Nacional i Globus. Prema obrazloženju tužitelj je podnio ovome sudu tužbu zbog povrede prava na žig, nepoštenog tržišnog natjecanja te naknade nematerijalne štete. Tuženik je 2. studenog 1998. godine dobio prvu opomenu kojom od njega tužitelj traži da obustavi plasiranje deterdženta sa znakom CIFY koji u svemu oponaša zaštitni žig CIF. U tijeku postupka tuženik nije osporavao da je te proizvode uvezio i plasirao na tržište kao uvoznik kako prije opomene tako i nakon toga, prema tome radi se o kontinuiranoj aktivnosti stavljanja u promet spornog proizvoda koja se odvijala u tijeku 1998. godine i 1999. godine. Tužitelj je nositelj prava na međunarodni žig broj 246233 pod nazivom CIF za proizvode iz razreda treće međunarodne klasifikacije proizvoda i usluga, a sve s učinkom prava prvenstva u Republici Hrvatskoj od 6. prosinca 1998. godine, a također je isti ovjeren i kod Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo Republike Hrvatske. Tuženik u odgovoru na tužbu u bitnome navodi da on uvozi veliki broj proizvoda sredstava za čišćenje te da je sporni proizvod uvezao iz Italije, ali da je njegov plasman bio tako loš da ga vrlo vjerojatno neće uvoziti. Iz navedenog zaključuje se da tuženik distribucijom talijanskog proizvoda krši čl. 58. Zakona o trgovini (NN 11/96.). VTS RH odbio je tuženikovu žalbu i potvrdio prvostupanjsku presudu iz sljedećih razloga: "Ispitujući pobijanu presudu u granicama žalbenih razloga te u odnosu na navod žalbe da je došlo do pogrešne primjene materijalnog prava, ovaj sud nalazi da je prvostupanjski sud pravilno primijenio materijalno pravo u odnosu na toč. 1. izreke presude, jer se i po stajalištu ovoga suda na odnos stranaka primjenjuje Zakon o trgovini. U obrazloženju prvostupanjske presude, a što proizlazi iz toč. 1. izreke presude, sud se poziva na odredbu čl. 58. Zakona o trgovini u kojem su primjerice i instruktivno navedeni slučajevi neloyalne konkurencije iz opće klauzule u čl. 57. Zakona o trgovini. Radnja tuženika suprotna je dobrim poslovnim običajima, jer se radi o plasiranju proizvoda na tržište koje je uvezeni iz Italije, čiji je vanjski oblik sličan je proizvodu tužitelja, što bez daljnjega može stvoriti zabunu na štetu tužitelja kao proizvođača proizvoda CIF i ujedno mu nanijeti štetu. S obzirom na sličnost vanjskog izgleda i naziva proizvoda i upotrebe proizvoda u iste svrhe (sredstvo za čišćenje) postoji objektivna mogućnost da se nanese šteta tužitelju. Također ne stoji navod žalbe da se iz pobijane presude ne može razabrati da li se radi o povredi žiga ili nepoštenog tržišnog natjecanja, jer je prvostupanjski sud u obrazloženju svoje presude, izričito naveo da tuženik distribucijom talijanskog proizvoda krši čl. 58. Zakona o trgovini (NN 11/96)." VTS RH, Pž-5123/99, od 7.11.2000., Zbornik VTS, br.9, odl.217.

⁴⁷ Vidi kod Čizmić, J., Zlatović, D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 402-403.

⁴⁸ Detaljnije vidi kod Zlatović, D., Znakovi natprosječne kvalitete proizvoda u Republici Hrvatskoj, IN – glasnik inovatora, Rijeka, 1998., VIII-IX, br. 14., str. 5.-6.

upotreba znaka kvalitete može dovesti potrošače u zabludu u pogledu svojstva robe, pa ZOT takvu radnju ocjenjuje kao djelo nelojalne utakmice.

Znakovi kvalitete u našoj poslovnoj praksi sve više nalaze svoje mjesto i postaju dodatna potvrda kvalitativne vrijednosti robe, sve sukladno posebnim autonomnim propisima odgovarajućih gospodarskih asocijacija.⁴⁹

d) Nedozvoljeno korištenje oznake zemljopisnog podrijetla

Ovo djelo nelojalne utakmice ogleda se u neopravdanoj uporabi zaštićene oznake zemljopisnog podrijetla proizvoda ili usluga, čime se potrošači dovode u zabludu u pogledu identiteta odnosno podrijetla robe ili usluga.

To djelo nelojalne utakmice izričito je predviđeno i u Pariškoj konvenciji, u članku 10 bis. stavak 3. točka 3., i to zajedno sa djelom lažne reklame, iz kojeg se djelo nedopuštene uporabe oznake podrijetla robe i razvilo tijekom vremena.⁵⁰ Kao i kod žiga, radi se o graničnom području, pa je i ovdje moguća konkurencija tužbi na temelju nepoštenog tržišnog natjecanja i po osnovi propisa o zaštiti oznaka zemljopisnog podrijetla proizvoda.

Uz navedene situacije, ovo djelo nelojalne utakmice, smatramo, može se ogledati i u nedozvoljenom oponašanju karakterističnih vanjskih obilježja suparnikovih prijevoznih sredstava, u nedozvoljenom oponašanju tuđeg načina opreme robe i ambalaže⁵¹, u nedozvoljenom korištenju naslova tuđeg književnog ili drugog autorskog djela, kao i u nedozvoljenom (servilnom) imitiranju tuđe robe.

3.6. Protupravno pribavljanje poslovne tajne

Ovo djelo nelojalne utakmice sastoji se u protupravnom pribavljanju poslovne tajne drugog trgovca ili bespravnom iskorištavanju povjerene poslovne tajne drugog trgovca, sve u skladu s odredbom čl. 71. st. 1. toč. 13. ZOT-a.

⁴⁹ Usp. Čizmić, J. *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva*, knjiga druga, Mostar, 1999., str. 345.

⁵⁰ Naši raniji sudovi imali su priliku izjasniti se o povredi mađarske oznake porijekla proizvoda, koja je međunarodno registrirana po odredbama Lisabonskog aranžmana. Riječ je bila o sporu koji je mađarski tužitelj pokrenuo protiv naše izvozne tvrtke zbog nedozvoljenog korištenja oznake porijekla vina "Tokaj". Vrhovni privredni sud Jugoslavije, presudom od 20. srpnja 1961., smatrao je, međutim, da nije bilo riječi o povredi tog mađarskog znaka porijekla vina upotrebom naziva "Tokajac-Brda" od strane naše tvrtke, s obzirom na to da je poznato i dokazano da se u Gorici, već više od 100 godina, uzgaja vinova loza pod nazivom "Tokaj", kao i s obzirom na to da je tvrtka iz Gorice na jako vidljiv način obilježavala svoju tvrtku pored naziva vina, iz čega je bilo lako uočljivo, već na prvi pogled, da je riječ o sasvim drugoj vrsti vina od mađarskog "Tokajca".

⁵¹ Ne postoji nelojalna utakmica zloporabom tuđe oznake kada proizvođač na ambalaži svoga proizvoda naznači da se u njoj nalaze rezervni dijelovi za motor drugog proizvođača i stavi oznaku tog motora, ako je na ambalaži jasno i određeno naznačio tko je proizvođač tih rezervnih dijelova. Vrhovni privredni sud, SI 327/68, od 1.10.1968.

Poslovna tajna i povjerljivi podaci štite se vrlo široko, tj. kao tajno smatra se sve ono što se skriva od javnosti i od konkurenata.⁵² Kao poslovna tajna tretira se i tajni know-how.⁵³

III. Modaliteti građanskopravne zaštite od nepoštenog tržišnog natjecanja

1. Općenito o modalitetima zaštite

Provedba zaštite od nelojalne utakmice jednako je važna kao i samo pravo o nelojalnoj utakmici, s obzirom da bi takva zaštita bila beskorisna bez postojanja odgovarajućih mjera za sprječavanje povreda, sprječavanje štete ili daljnje štete i, ukoliko je moguće, dobivanje naknade štete. Stoga većina posebnih zakona za borbu protiv nelojalne utakmice predviđa posebne sankcije kojima se može kazniti stranu koja krši propise. Takve posebne sankcije obično imaju oblik građanskih i kaznenih mjera. Sankcije također mogu biti određene i od strane državnih vlasti u obliku administrativnih (upravnih) mjera. Neka zakonodavstva, nadalje, predviđaju posebna postupovna pravila koja kao pretpostavke za takve predmete određuju da osobe trebaju imati sposobnost tužiti ili vremenske rokove za podizanje tužbe pred sudom.⁵⁴

Tamo gdje se pravo o nelojalnoj utakmici prvenstveno temelji na odgovornosti, primjenjivat će se uobičajena načela parničnoga postupka. Iako osnovna načela deliktne prava obično mogu imati relativno stroge pretpostavke, posebice u odnosu na vjerojatnost štete i dokazivanje tuženikove namjere ili nemarnosti, te se pretpostavke često manje restriktivno primjenjuju u slučajevima prava o nelojalnoj utakmici; zapravo, u praksi se katkada i pretpostavljaju. Ipak, ukoliko je deliktno pravo samo sekundarna osnova tužbenoga zahtjeva vezanog uz nelojalnu utakmicu, potrebno je udovoljiti uobičajenim pretpostavkama deliktne prava.

Ostale sankcije mogu proizaći iz povrede autonomnih samoregulirajućih pravila. S obzirom da se takva pravila obično nalaze pod nadzorom posebnih tijela, sastavljenih od predstavnika odgovarajućih gospodarskih grana, medija i potrošača, postupci i moguće uključene sankcije imaju osobine različite od administrativnih ili građanskih sudskih postupaka. Sankcije obvezuju samo one osobe koje su se obvezale na poštivanje samoregulacijskih pravila koja su postavili organi vlasti, dok se njihova praktična važnost u zaštiti od nelojalne utakmice u potpunosti priznaje; ove sankcije stoga će biti posebno obrađene. Ovdje ćemo se detaljnije osvrnuti

⁵² O poslovnoj tajni i njenoj pravnoj zaštiti detaljnije kod Zlatović, D., *Zaštita i čuvanje poslovne tajne*, Slobodno poduzetništvo, Zagreb, 1997., br. 8., str. 149.-152.

⁵³ Usp. Čizmić, J., *Know-how*, Hrvatska gospodarska revija, br.3/99, str. 289.

⁵⁴ WIPO: *Protection Against Unfair Competition*, Geneva, 1994., str.69.

samo na građanskopravne modalitete zaštite, uz napomenu da jedino u sinergiji svih mogućih modaliteta zaštite moguće je ostvariti odgovarajuću zaštitu od nepoštenog tržišnog natjecanja.

2. Građanskopravna zaštita

2.1. Uvodno o građanskopravnim sankcijama

Postoji nekoliko vrsta građanskih sankcija, od kojih neke, međutim, ne moraju postojati u svakoj državi. Primjerice, temeljem članka 13a. njemačkoga Zakona o nelojalnoj utakmici, kako je izmijenjen i dopunjen 1987., potrošač ima pravo poništiti ugovor koji je sklopio kao posljedicu promidžbe koja ga je dovela u zabludu. Uvjetima za primjenu ovoga prava nije lako udovoljiti, dok je sam pravni lijek prilično neobičan za pravo o nelojalnoj utakmici. U praksi se samo nekoliko sankcija, iz širokoga spektra, često primjenjuje u postupcima u svezi s nelojalnom utakmicom. Primjerice, deklaratorne presude, odnosno, presude kojima se utvrđuje da je tužitelj ovlašten izvršiti određenu radnju, ili da tuženik nije ovlašten nešto uraditi, rijetkost su u postupcima u svezi s nelojalnom utakmicom.

Međutim, oštećeni trgovci češće od tužbi pribjegavaju izvansudskim rješenjima, bilo u vidu medijacije ili izvansudske nagodbe, i to zbog dugotrajnosti sudskih postupaka. Temeljna namjera oštećenog trgovca ogleda se prvenstveno u tome da spriječi daljnje nelojalno ponašanje drugog trgovca i nema primarno interesa u materijalnom obeštećenju. Stoga su prijedlozi za izvansudskim rješenjem spora česti u praksi i sadrže primjerice sljedeće zahtjeve u odnosu na konkurenta u slučaju iz čl. 71. st. 1. toč. 9. ZOT-a:

- da prestane s daljnjom povredom prava oštećenog trgovca, odnosno prestane s daljnjom prodajom spornih proizvoda ili pružanjem usluga;
- da se obveže, kako u svoje ime, tako i u ime svojih agenata, distributera, zastupnika i firmi s kojima je u bilo kakvom obliku asocijacije ili poslovne suradnje, da u budućnosti neće prodavati sporne proizvode;
- da pruži točnu informaciju o zalihama spornih proizvoda;
- da ponudi oštećenom trgovcu pravičnu naknadu, koja ne mora biti nužno izražena u novcu, nego se može izraziti i u vidu prodaje određene količine originalnih proizvoda oštećenog trgovca u trgovinskom lancu onog trgovca koji je počinio djelo nepoštenog tržišnog natjecanja;
- da nadoknadi oštećenom trgovcu sve troškove koje je ovaj do rješenja spora imao zbog zaštite svojih prava
- da o svom trošku objavi ispriku u medijima.

2.2. Tužbe radi zaštite od nepoštenog tržišnog natjecanja

Ordredbom čl. 72. ZOT-a u našem pravu zaštite od nepoštenog tržišnog natjecanja uređena je građanskopravna zaštita od nepoštenog tržišnog natjecanja, odnosno predviđena je mogućnost iniciranja sudske zaštite tužbom

radi naknade štete.⁵⁵ Tako je u odnosu na ranije propise, primjerice preuzeti Zakon o trgovini iz 1990., zaštita od široke imovinskopravne zaštite svedena formalno na užu zaštitu koja uključuje mogućnost ostvarivanja naknade štete zbog nelojalne utakmice. Iako se dakle u samoj zakonskoj odredbi govori samo o naknadi štete kao civilnoj sankciji u ovom slučaju, držimo da ovdje time nije zaključen popis tužbi koje se mogu podnijeti u slučaju nelojalne utakmice.⁵⁶

Dakle, u tužbi zbog nelojalne utakmice mogli bi se postaviti sljedeći tužbeni zahtjevi, bilo posebno bilo kumulativno:

- zahtjev za utvrđenje postojanja radnje nelojalne utakmice;
- zahtjev za zabranu odnosno prestanak vršenja radnje nelojalne utakmice;
- zahtjev za uništenje ili preinačenje predmeta kojima je učinjena radnja nelojalne utakmice, kao i alata i opreme kojima su ti predmeti proizvedeni⁵⁷;
- zahtjev za objavljivanje presude na trošak tuženika; te
- zahtjev za naknadu štete.

2.2.1. Tužba za utvrđenje

ZOT ne predviđa tužbu za utvrđenje postojanja djela nelojalne utakmice.⁵⁸ Međutim, primjenom općih pravila građanskog procesnog prava o deklaratornoj pravnoj zaštiti, osoba koja ima za to opravdani interes može zahtijevati da se u postupku pred sudom utvrdi postojanje radnje koja se po odredbama Zakona o trgovini smatra djelom nelojalne utakmice. To se prije svega odnosi na to da su svi subjekti ovlašteni tražiti tužbom zaštitu na način da se utvrdi apsolutna ništavost pravnih poslova sklopljenih u okviru takvog natjecanja sukladno odredbi čl. 104. ZOO 1978. U tom smislu izjasnila se i naša doktrina i sudska praksa.⁵⁹

⁵⁵ Todorović, B., Zakon o trgovini s komentarom, Informator, br. 3919., od 13.10.1990., str.13.

⁵⁶ Tako i Marković, S.M., Pravo intelektualne svojine, Službeni glasnik, Beograd, 2000., str. 287.

⁵⁷ O razlozima zašto ne bi trebalo dopustiti uništenje robe i opreme kojom je počinjeno djelo nelojalne utakmice vidi kod Špendal, F., Da li bi trebalo uništiti robu kojom je počinjena nedopuštena konkurencija, Informator, br. 686, od 8.10.1960., str. 3. Držimo kako su tu izneseni razlozi anakroni, da ne odražavaju potrebu stvarnosti, kako ne štite interese povrijeđenih trgovaca, te da bi se stavljanjem predmeta kojima je učinjena povreda dobrih poslovnih običaja u daljnji proinet posredno pogodovalo prisutnosti krivotvorene ili oponašane robe na tržištu i sl. Za njemačku sudska praksu citiramo rješidbu: "Sud odlučuje o tome hoće li se predmeti protupravno obilježeni žigom uništiti, učiniti nerazpoznatljivim ili će se uporabiti na drugi način. Žrtve krivotvorenih proizvoda imaju pravo inzistirati na uništenju imitata."- Savezni sud Njemačke I ZR 242/97.

⁵⁸ Deklaratorne tužbe ili tužbe na utvrđenje su one tužbe u kojima se traži utvrđenje postojanja ili nepostojanja sadržaja nekog pravnog odnosa odnosno konkretnog prava. Cit. Triva, S., Rječnik građanskog procesnog prava, Informator, Zagreb, 1968., str. 406.

⁵⁹ Vidi Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, VII. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 841., odnosno presudu Vrhovnog privrednog suda od 21.12.1959.

2.2.2. Tužba za zabranu (prekid) daljnjeg vršenja djela nelojalne utakmice

U slučaju djela nelojalne utakmice tužbeni zahtjev može biti upravljen i na zabranu daljnjeg vršenja djela nelojalne utakmice, iako ni to nije eksplicitno navedeno u ZOT-u.

U praksi je najvažnija sankcija upravo privremena mjera zabrane, koja može biti konačna, ali najčešće ima oblik prethodne mjere. Ovu sankciju preferiraju tužitelji s obzirom da je njome moguće zaustaviti radnju kojom se povreda vrši, iako će tada možda biti teže dokazati stvarnu štetu. U većini slučajeva mjere zabrana ograničavaju, naređujući tuženiku da se bez odlaganja suzdrži od vršenja određene radnje nelojalne utakmice. Mjere zabrana mogu se zahtijevati za nelojalne radnje za koje je vjerojatno da će biti počinjene ili nastavljene. Mjere zabrane ne zahtijevaju ni dokaz o namjeri ili zloj vjeri, ni dokaz o šteti. Jednom kada je nelojalan čin počinjen, vjerojatnost nastavljanja počinjenja se obično pretpostavlja, osim ukoliko se tuženik formalno obvezao na suzdržavanje od daljnjih štetnih radnji. U nekim državama mjere zabrane moguće je prisilno provoditi propisivanjem obveznoga plaćanja kaznene takse za nepridržavanje sudskoga naloga, a koja postaje naplativa bez daljnjih intervencija suda. U drugim državama, takav neposluh može predstavljati nepoštivanje suda u građanskom ili čak kaznenom smislu.

Mjere zabrane mogu biti praćene obveznim nalogom kojime se zahtjeva da tuženik ponovno uspostavi *status quo* koji je prethodio povredi. Ovo može biti nalog da se prestane s primjenom ili registracijom žigova ili trgovačkih imena, da se izbrišu navodi koji dovode u zabludu ili su zbunjujući, da se s tržišta povuče roba kojom se krši zakon ili da se ustupe ili unište nezakoniti proizvodi ili reklamni materijali. Takvi obvezni nalozi bitni su u slučajevima u kojima posljedice radnji nelojalne utakmice nije moguće ukloniti mjerom zabrane. U nespornim slučajevima o pitanju nelojalne utakmice moguće je izdati i nalog da se otkrije izvor opskrbe robom ili da se pruži popis klijenata koji se opskrbljuju. U nekim zakonodavstvima, poput mađarskoga Zakona o nelojalnim trgovačkim praksama, iz 1990., pod određenim je okolnostima moguće naložiti uništenje posebnih sprava koje su bile korištene za proizvodnju robe kojom se povreda vrši. Sve vrste obveznih naloga obično se prepuštaju diskreciji suda, a s obzirom da mjere trebaju biti razmjerne opsegu nelojalnosti u pojedinom slučaju, kada ravnotežu interesa treba uspostaviti sud.

Tužba za prekid daljnjeg vršenja djela nelojalne utakmice može se podići ne samo u slučaju kada je radnjom koja predstavlja djelo nelojalne utakmice prouzročena šteta, nego i u slučaju kada od takve radnje samo prijeti opasnost nastupanja štete.

Tužba za sprječavanje daljnjeg vršenja djela nelojalne utakmice može se podnijeti protiv svih osoba koje su sudjelovale u izvršenju djela nelojalne utakmice. Tako se ova tužba može podnijeti i protiv osoba koja su

neovlašteno proizvođile oznake za označavanje proizvoda u gospodarskom prometu, kojima je druga osoba zatim označavala svoju robu i tako označenu stavljala na tržište, čineći time djelo nelojalne utakmice. Drugim riječima, tužba za prekid daljnjeg vršenja djela nelojalne utakmice može se podnijeti kako protiv sudionika tako i protiv pomagača, a također i protiv osobe koje to djelo priprema.

Zajedno s isticanjem tužbenog zahtijeva za obustavu daljnjeg vršenja djela nelojalne utakmice, kako smo naveli, mogu se tražiti i privremene mjere po pravilima ovršnog prava.⁶⁰

Tužbom za prekid daljnjeg vršenja djela nelojalne utakmice ne dokazuje se krivnja. Obvezna obustava daljnjeg obavljanja ovog djela postoji po načelu kauzaliteta.

2.2.3. *Tužba za uklanjanje stanja stvorenog djelom nelojalne utakmice*

Tužbom za uklanjanje stanja stvorenog djelom nelojalne utakmice dopunjava se tužbom za prekid daljnjeg vršenja tog djela.⁶¹

Tužba za prekid ima za cilj spriječiti obavljanje tog djela u budućnosti, a tužba za uklanjanje stanja teži k tome da otkloni i eventualne mogućnosti obavljanja djela nelojalne utakmice ubuduće (usprkos zabrani koju je izrekao sud). Drugim riječima, ova tužba se može podnijeti zajedno s tužbom za prekid ili nezavisno od nje (npr., ako je izvršitelj djela nelojalne utakmice na zahtjev zainteresirane osoba odmah prekinuo daljnje obavljanje djela). Ovu tužbu također izričito ne predviđa ZOT, ali držimo mogućim njeno korištenje u sustavu pravne zaštite sukladno općim načelima građanskog procesnog prava.

Ovom tužbom može se zahtijevati, na primjer, uništenje oznaka za obilježavanje robe, uklanjanje bespravno iskorištenog tuđeg naziva ili tvrtke, uništenje ambalaže, reklamnih plakata i drugih predmeta kojima je djelo počinjeno, kao što mogu biti clichéi, mehanizmi, alat i sl.⁶²

Kao mjere uklanjanja stanja stvorenog djelom nelojalne utakmice smatra se i javna izjava osobe koja je to djelo izvršila o opozivu ocrnjujućih navoda. Za obvezu uklanjanja stanja stvorenog nelojalnim poslovanjem odgovara se po načelu kauzaliteta, pa nije potrebno dokazivati krivnju tuženog.

⁶⁰ O privremenim mjerama detaljnije kod Zlatović, D., *Mjere osiguranja povodom povrede prava industrijskog vlasništva (s posebnim osvrtom na odredbe TRIPS-a)*, *Pravo u gospodarstvu*, Zagreb, 1999., 2., vol. 38., br. 2., str. 252.-267.

⁶¹ Cit. Janjić, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd, 1982., str. 209.

⁶² Tako je presudom Vrhovnog privrednog suda od 30.3.1960. naloženo tvornici duhana i duhanskih proizvoda kao tuženiku da uništi kutije cigareta kao ambalažu kojom je počinjeno djelo nelojalne utakmice.

2.2.4. Tužba za naknadu štete

Najvažniji zahtjev po osnovi građanskopravne zaštite od djela nelojalne utakmice jest naknada štete prouzročene djelom nelojalne utakmice. Osobi koja je oštećena djelom nelojalne utakmice oštećena pripada po pravilima općeg prava pravo na naknadu prouzrokovane štete. Međutim, ZOT predviđa ipak to pravo izričito, u odredbi članka 72.st.1.

Naknada štete u ovim situacijama postoji u zakonodavstvima gotovo svih država. Za razliku od zahtjeva za mjerom zabrane, uobičajena pretpostavka koja određuje naknadu štete jest dokaz o krivnji ili namjeri ili barem nepozornosti ili nesmotrenosti tuženika. Ovo je očito u Francuskoj, gdje odredba o deliktu u članku 1382. Građanskoga zakonika uređuje samo zahtjeve za naknadu štete. Ipak, francuski sudovi prilično su velikodušni kada je u pitanju priznavanje štete, uključujući potencijalnu štetu, a s obzirom da je stvarnu štetu obično teško dokazati, često se određuje simbolična kompenzacija u iznosu od jednog franka, dok se istovremeno nalaže prekidanje akta povrede. Ponekad postoji oboriva pretpostavka nepozornosti (nemara) ukoliko radnja predstavlja nelojalnu utakmicu, a na način kao što je određen člankom 2600. st. 3. talijanskog Građanskog zakonika. Prema takvim odredbama, osoba koja je u pitanju mora dokazati dobru vjeru u smislu da svojom dužnom pozornošću (*due dilligence*) nije utvrdila da je konkurentski čin bio nelojalan. Obično su štete koje nastanu kao posljedica nelojalne utakmice isključivo novčane prirode, ali, pod određenim okolnostima, primjerice kada slijede nakon klevetničkih objava ili povreda prava na promidžbu, mogu postojati slične naknade za moralne ili nematerijalne štete, a koje su dostupne u nekim zemljama. U svakom slučaju, kako bi se potkrijepio odštetni zahtjev, moraju biti pribavljeni dostatni dokazi o stvarnom i, na neki način, procjenjivom financijskom gubitku.⁶³

Pretrpljena šteta mora, dakle, biti dokazana. Osim toga, mora biti dokazana i štetna radnja izvršitelja ovog djela, kao i uzročna veza između štetne radnje i pretrpljene štete. U tom vidu pravila vrijede pravila općeg imovinskog prava.

Isto tako mora biti dokazana i visina odštetnog zahtjeva. S obzirom na to da je riječ o djelu učinjenom u gospodarskom prometu od strane sudionika u tom prometu, odgovara se, po našem mišljenju, za naknadu ne samo obične štete, nego i izgubljene dobiti.

Postoji nekoliko vrsta novčane štete koju je moguće nadoknaditi. Najčešće utuživane štete jesu gubitak zarade i šteta nastala zbog poremećaja koji je uzrokovan na tržištu tužitelja. U nekim zemljama⁶⁴ umjesto stvarne štete koja je nastala za tužitelja, moguće je tužbeni zahtjev temeljiti na

⁶³ Vidi WIPO, *op.cit.*, str. 84.

⁶⁴ Vidi španjolski Law on Unfair Competition 1991. i General Law on Advertising 1988., te švicarski Federal Law Against Unfair Competition 1986.

obračunu zarade koju je ostvario tuženik, a na temelju stjecanja bez osnove (neopravdanog obogaćenja). Ovom se sankcijom tuženiku oduzima zarada koja stvarno proizlazi iz njegovih nelojalnih radnji, a u nekim zemljama može i premašiti stvarnu štetu koja je nastala za tužitelja. Također, može poslužiti i kao mjera za procjenu gubitka zarade koji je pretrpio tužitelj.⁶⁵ Oblik naknade štete koji je posebno uvriježen u SAD-u i većini zemalja Commonwealtha jest primjerna ili tzv. naknada štete u svrhu kazne. Ove se štete potražuju usporedno sa stvarnom štetom u slučajevima kada su motivi tuženika bili posebno zlonamjerni. U graničnim slučajevima mogu biti dostupne čak i trostruke naknade štete. U drugim zemljama, zlonamjernost ili namjera mogu utjecati na iznos naknade štete koji će sud dosuditi. Konačno, u nespornim slučajevima nelojalne utakmice troškovi koji su nastali kao posljedica honorara odvjetnika i stručnjaka, izuzev sudskih troškova koje obično utvrđuje sud kada donosi presudu, mogu ponekad biti dosuđeni stranci koja je u parnici uspjela, a prema diskrecijskoj ocjeni suda, primjerice, ukoliko se takvi troškovi smatraju neophodnima za sprečavanje daljnjih povreda ili tržišnog poremećaja. Ova je mogućnost od velikoga značenja s obzirom da postoji samo nekoliko zemalja u kojima troškove odvjetničkog zastupanja, kao i druge troškove, ima snositi stranka koja nije uspjela u parnici.⁶⁶

Ovdje se zalažemo za priznanje prava oštećenom trgovcu da zahtijeva i naknadu neimovinske štete, koja se inače u ovom području priznaje u usporednom pravu pravnim osobama i koju je priznavao i bivši jugoslavenski Zakon o suzbijanju nelojalne utakmice u članku 17, stavak 4. Zahtjev za novčanu naknadu neimovinske štete može se zahtijevati tužbom ako je djelom nelojalne utakmice povrijeđen poslovni ugled trgovca, nezavisno od imovinske štete, pa čak i kad imovinska šteta ne postoji.⁶⁷ Inače, novčana

⁶⁵ Vidi japanski Civi Code (Građanski zakonik), odredbe čl.704. i 709., u svezi s Unfair Competition Prevention Law 1934.

⁶⁶ Opširnije kod Zlatović, D., *Zastupanje u području prava intelektualnog vlasništva*, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2005., god. V., br. 7-8, str. 87-100.

⁶⁷ O neimovinskoj šteti a posebice neimovinskoj šteti koju može pretrpjeti pravna osoba detaljnije za naše novo obvezno zakonodavstvo kod Crnić, I., *Neimovinska šteta po Zakonu o obveznim odnosima iz 2005., Godišnjak 12. Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 2005.; te Klarić, P. *Neimovinska šteta pravne osobe*, Zbornik radova "Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima", "Narodne novine", 2005. Za inozemnu praksu koja odstupa od ovog stajališta citiramo sljedeću rješidbu Vrhovnog suda Srbije, *Prev.127/97*, od 26.3.1997.: "Povreda dobrog poslovnog ugleda tužioca sama po sebi ne može dovesti do novčane naknade na ime nematerijalne štete, zato što se posljedice te povrede ne manifestuju u jednom od pravno priznatih vidova nematerijalne štete. Neimovinska šteta je subjektivna kategorija. Dosadašnja sudska praksa često čvrsto stoji na stanovištu da odgovornost za nematerijalnu štetu postoji samo onda kada štetni događaj prouzrokuje štetu shvaćenu kao fizičke odnosno psihičke patnje, nije dovoljna samo povreda inače pravno zaštićenog nematerijalnog dobra. Sudska praksa okvire određenih pravnih priznatih nematerijalnih šteta na odgovarajući način upotpunjava i daje im bogatiji sadržaj, ali povreda poslovnog ugleda pravnog lica nije neka nova nematerijalna šteta koju ZOO ne poznaje, već se takav tužiočev zahtev može razmatrati u sklopu čitavog slučaja povrede prava na žig i nelojalne

naknada ove neimovinske štete ostvaruje se po općim principima naknade neimovinske štete, tj. slobodnom ocjenom suda, koji uzima u obzir sve relevantne okolnosti svakog konkretnog slučaja.⁶⁸

Ako je više osoba odgovorno za štetu koja se nadoknađuje zbog štete pričinjene djelom nelojalne utakmice, sve te osobe odgovaraju solidarno. Solidarna odgovornost cijeni se po pravilima općeg prava.

U slučaju kada je riječ o djelima nelojalne reklame, ocrnjivanje, pomutnja na tržištu korištenjem oznaka i podataka i manipulacije sa cijenama, ako su navodi, tvrdnje, oznake ili oglasi distribuirani u tiskanom obliku ili su objavljeni putem sredstava javnih medija, za naknadu pričinjene štete odgovaraju i sudionici u distribuiranju, uređivanju i izdavanju takvog tiskanog teksta, ako su znali ili morali znati da se time može izazvati zabuna na tržištu i osigurati jednom trgovcu povoljniji položaj na tržištu na štetu druge organizacije udruženog rada. Slično vrijedi i ako se navodi, tvrdnje, oznake i oglasi objavljuju putem svjetlosnih reklama ili na drugi način.

Prema osnovnome pravilu, naknade štete smatraju se isključivo kompenzacijskima, odnosno, tužitelj se njima ima vratiti u položaj u kojemu bi se nalazio da čin nelojalnosti nije bio počinjen. Ipak, iznos je često teško utvrditi s bilo kakvom dozom preciznosti. Ponekad će se zahtijevati visoki standardi dokazivanja, posebice u slučajevima gubitka zarade. Čak se i u slučajevima povrede isključivih prava u sklopu prava intelektualnog vlasništva rijetko ulazi u potpunu istragu glede naknade štete, te su se stranke sklone nagoditi nakon što je odgovornost utvrđena. Uobičajen pristup u takvoj vrsti slučajeva jest i procjena šteta temeljem fiktivne licencijske pristojbe.⁶⁹ U pravnoj literaturi ovaj se pristup kritizirao s naslova nedostatnog učinka koji bi odvrćao od ponavljanja radnje. Primjena ovoga pristupa na nelojalnu utakmicu bila bi prihvatljiva samo u slučajevima koji nalikuju povredi prava industrijskoga vlasništva i u klasičnim slučajevima lažnoga izdavanja, a u kojima su odnosne stranke izravni konkurenti. Stoga, iznos naknade za štetu koji sudovi stvarno dosude može u velikoj mjeri varirati.⁷⁰

utakmice, i to u okviru naknade materijalne štete. Iz povrede poslovne reputacije pravnog lica može proisteci samo imovinska šteta u smislu poljuljanog ugleda koji treba povratiti odgovarajućim sredstvima građansko pravne zaštite (objavljivanje presude na trošak štetnika ili druge mere publiciteta). Takva imovinska šteta može se ogledati u opadanju broja kupaca, izostanku pridobijanja nove klijentele, smanjenje broja poslovnih partnera. Tu više nije reč o satisfakciji i mogućnosti da novčana naknada ostvari svoju funkciju u ličnosti žrtve, nego je potrebno dokazati materijalnu štetu, koja je nastupila kao posledica slabije tržišne prode onih proizvoda koji su označeni žigom koji je napadnut po bilo kom osnovu. Odmeravanje visine naknade ovakve imovinske štete sudovi ne mogu činiti pod vidom naknade neimovinske štete, pozivajući se na slobodnu ocenu svih raspoloživih podataka, značaj povređenog dobra i cilj kome inače služi naknada neimovinske štete.“

⁶⁸ Detaljnije Dika, M., *Odmjeravanje naknade štete po slobodnoj ocjeni*, Zbornik radova "Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima", "Narodne novine", 2005.

⁶⁹ Zlatović, D., *Naknada štete zbog povrede autorskog prava, Vladavina prava*, Zagreb, 1998., god II., br. 6., str. 71.-91.

⁷⁰ WIPO, *op.cit.*, str. 73.

Kod ovog modaliteta zaštite počinitelj djela neloyalne utakmice odgovara ako mu se dokaže krivnja u skladu s općim pravilima o odgovornosti za štetu.⁷¹

Zaključiti možemo da bi prigodom prve revizije na ovom području trebalo proširiti moguću građanskopravnu zaštitu protiv djela neloyalne utakmice i na druge modalitete tužbenih zahtjeva, a ne samo na naknadu štete kako to regulira sadašnje pozitivno pravo trgovine kod nas.

2.3. Objavljivanje presude

Još jedna sankcija, koja postoji u većini zemalja, jest nalog za popravlanje štete ili objavljivanje presude koja je donesena protiv tuženika. U nekim azijskim državama, poseban oblik popravlanja štete može uključivati pismo isprike u dnevnim novinama. Druga je često korištena vrsta popravlanja štete (primjerice, u SAD-u) korektivna promidžba. Nalog za popravlanje obično se izdaje u slučajevima dovođenja u zabludu ili diskreditiranja, ali može biti primjeren i za druge metode neloyalne promidžbe. U nekim zemljama sud može narediti i objavljivanje presude o trošku tuženika. U tužbenome zahtjevu može se, pored mjera zabrane, tražiti izvršenje obiju sankcija, dok se u većini zemalja postavlja isti zahtjev, ali usporedo s naknadom za stvarnu štetu.

Kod nas u ZOT-u nije izričito predviđena.

2.4. Mjere za osiguranje dokaza o neloyalnoj utakmici i očuvanje imovine

Nije neobično da se s tužbenim zahtjevima u slučajevima neloyalne utakmice ne uspije na sudu, a zbog nedostatka dokaza o radnji koja se smatra neloyalnom. Neformalna, ali često primjenjivana metoda osiguravanja dokaza o navodno neloyalnom činu jest "narudžba-klopka" (*trap order*), odnosno, nabava robe kojom se povreda vrši, pod izmišljenim imenom, a što može dovesti do jasnih dokaza, barem o dijelu neloyalne radnje.

U pogledu radnji dovođenja u zabludu ili diskreditiranja, teret dokaza može se prebaciti na tuženika, a koji bi trebao imati lak pristup informacijama koje služe kao dokaz njegovim izjavama. Većina zemalja nema određena sredstva utvrđivanja dokaza s obzirom da se u vrijeme kada su donošeni zakoni o neloyalnoj utakmici smatralo nepotrebnim donositi posebna pravila. Te se zemlje stoga moraju osloniti na opća načela zakona o parničnome postupku. Ipak, prakse se mogu znatno razlikovati od zemlje do zemlje. Dok neka pravila postupka pružaju odgovarajuće mjere za osiguranje dokaza, poput obznanjivanja dokumenata, stručnih mišljenja ili saslušavanja svjedoka, one se odnose samo na dokaze o šteti, a ne na utvrđivanje samog neloyalnog čina. U nekim je zemljama, poput Belgije

⁷¹ Marković, S.M., *op.cit.*, str. 287.

i Nizozemske⁷², dopušteno čuvanje ili privremena zapljena robe, ali ta je metoda često ograničena na osiguravanje novčanih tražbina i svrha joj je prodati zaplijenjena dobra. Navedeno očigledno ne bi bilo u interesu tužitelja.

Većina mjera u sklopu prava parničnoga postupka dostupna je isključivo tijekom suđenja, i relativno mali broj država ima pravila parničnoga postupka za *ex parte* osiguranje (bez jedne od strana u postupku), odnosno bez prethodne obavijesti tuženika o početku sudbenoga postupka. Ipak, kao i kod tužbi za povredu koje se temelje na posebnom zakonodavstvu industrijskoga vlasništva, postoji općenita tendencija da se osigura maksimalna raspoloživost mjera za osiguranje dokaza o povredi prije nego tuženik bude u mogućnosti riješiti se tih dokaza, te kako bi se identificirali i dobavljači (ili druge osobe koje nerazborito sudjeluju u nelojalnoj radnji). Ovo je od posebne važnosti kod radnji koje izazivaju konfuziju, kao i kod nezakonitog prisvajanja ili kod radnji koje se odnose na zloporabu poslovnih tajni. Jedan primjer rastuće zakonodavne svijesti o potrebi odgovarajućih sredstava prikupljanja dokaza jest članak 24. španjolskoga Zakona o nelojalnoj utakmici, iz 1991., koji uređuje *ex parte* prijedloge pred sudom, kako bi se proveli svi načini utvrđivanja onih činjenica poznavanje kojih je nužno za započinjanje postupka, a koja sredstva (sukladno primjenjivim pravilima španjolskoga Zakona o patentima) mogu uključivati pregled prostorija i predmeta kojima se povreda navodno nanosi. Predočavanje dokaza posebno je regulirano odredbama čl. 43. u svezi s odredbama čl. 47., 50.3. i 57. TRIPS-a.⁷³

Još jedno, nedavno prihvaćeno, pravno sredstvo u ovome području, poznato u Ujedinjenom Kraljevstvu i zemljama koje slijede pravnu tradiciju Ujedinjenoga Kraljevstva, jest i tzv. *Anton Piller order* (nalog Antona Pillera)⁷⁴. Ovaj nalog, čija je korisnost prepoznata kroz precedentno pravo, omogućuje tužitelju da traži pomoć i prije nego je sudski poziv uručen i bez obavijesti tuženika. Nalog kakav izdaje sud može obuhvaćati odredbe koje sprečavaju trgovanje određenom robom ili uništenje ili odlaganje robe, odredbe koje dopuštaju odvjetniku tužitelja i ograničenom broju ostalih osoba da uđu u poslovne prostorije i pretraže ih, ili čak privatnu rezidenciju tuženika ili odredbe kojima se naređuje predaja dokumenata ili robe osobama koje dostavljaju i uručuju sudski poziv ili otkrivanje imena i adresa dobavljača predmetne robe, te može spriječiti tuženika da informira treću stranu o postojanju postupka. Kako bi se steklo pravo na ovo pravno

⁷² Ibid., str. 76.

⁷³ Zlatović, D., Carinska kontrola u cilju sprečavanja povreda prava intelektualnog vlasništva, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, 2004., vol. 43, br. 3., str. 65.- 87.; Zlatović, D., Posebna obilježja građanskopravne zaštite žiga, Zbornik Prav. Fak. Sveuč. Rijeka, 2002., v. 23., br. 1., 143.-178.

⁷⁴ Gee, S., Mareva Injunctions and Anton Piller Relief, 2nd ed., 1990.; Ough, R.N., Fenley, W., The Mareva Injunction and Anton Piller Order, 2nd ed., 1993.

sredstvo, tužitelj mora dokazati da ima izuzetno snažan slučaj, kao i da će potencijalni tužbeni zahtjev za naknadu štete vjerojatno biti prilično čvrst i potkrijepljen dokazima.⁷⁵

Nadalje, potrebno je pred sudom iznijeti jasne dokaze o tuženikovom posjedovanju robe kojom se povreda vrši i mora se pokazati da postoji stvarna mogućnost da roba bude uništena ili da nestane prije podizanja sudske tužbe (sa uključene obje stranke). Nužno je potpuno otkrivanje svih tužitelju poznatih činjenica, kao i pružanje osiguranja za štete koje će možda biti potrebno nadoknaditi tuženiku.⁷⁶

S druge strane, s obzirom da je tzv. *Anton Piller order* lako zloupotrijebiti, postoje stroge pretpostavke za njegovo izdavanje; štoviše, osobi na koju je nalog naslovljen potrebno je jasno objasniti narav naloga, on mora sadržavati samo minimum odredaba potrebnih za ostvarivanje njegove svrhe, dok će detaljno izvješće o uzetim predmetima sastaviti odvjetnici koji nalog izvršavaju.⁷⁷

2.5. Zastara

Pravo na tužbu radi naknade štete zbog djela nelojalne utakmice zastarijeva za jednu godinu od dana kada je tužitelj saznao za djelo i učinitelja, a u najkasnije u roku od 3 godine od dana izvršenja djela (članak 72., stavak 3. ZOT-a).⁷⁸

Riječ je o prekluzivnim rokovima, koji se ne mogu produživati. Poslije isteka roka od tri godine sud će po službenoj dužnosti odbaciti tužbu podnjetu poslije isteka tog roka⁷⁹. Ostala pitanja u svezi sa zastarom, kao što su prekid i zastoj zastare, priznanje zastarjele obveze i sl. rješavaju se primjenom odredbi Zakona o obveznim odnosima.

Subjektivni rok zastare tužbe za naknadu štete po odredbi čl. 230. ZOO-a 2005. iznosi 3 godine, a najviše 5 godina (objektivni rok). ZOT kao da je namjerno predvidio kraći rok zastare tužbe za naknadu štete po tom zakonu od roka koji je predvidio ZOO kako bi zainteresirane osobe natjerao da spornu situaciju riješe u kraćem roku, imajući u vidu okolnost kako se s protekom vremena djela nelojalne utakmice i posljedice tih djela sve teže utvrđuju.

⁷⁵ Cornish, W.R., *Intellectual Property*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 67.

⁷⁶ Cit. WIPO, *op.cit.*, str. 77.

⁷⁷ Marret, P., *Intellectual Property Law*, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 16.

⁷⁸ Ovdje je zadržano rješenje iz odredbe čl.41. ranijeg Zakon o trgovini iz 1990.

⁷⁹ Djelo nelojalne utakmice neovlaštenom upotrebom robnog žiga izvršeno je danom upisa u sudski registar naziva organizacije u kojem je upotrebljen robni žig, pa od tada počinje teći objektivni rok zastare od 3 godine za podizanje tužbe kojom se traži zabrana upotrebe žiga. Vidi presudu Vrhovnog suda Hrvatske, Rev-84/83.

2.6. Posebnosti parničnih postupaka zbog zaštite od nelojalne utakmice

2.6.1. Pravo na tužbu

Na sporove po tužbama zbog djela nelojalne utakmice primjenjuju se odredbe Zakona o parničnom postupku⁸⁰, što znači, s obzirom na to da taj zakon nije predvidio posebne odredbe za sporove po ovim tužbama, da se na rješavanje ovih sporova primjenjuju opća pravila o postupku pred trgovačkim sudovima, koji su nadležni za rješavanje ovih sporova po općim pravilima o nadležnosti tih sudova.

Kao što je i ranije spomenuto, zaštita od nelojalne utakmice služi ne samo interesima konkurenata, nego i onima potrošača, kao i javnome interesu. Stoga je od velike važnosti za učinkovito funkcioniranje prava o nelojalnoj utakmici da pravo na tužbu ne bude ograničeno na konkurente, iako su oni možda najснаžnija skupina koja se na to pravo poziva. Ipak, ne trebaju svi tržišni sudionici imati pojedinačno pravo za podnošenje tužbe pred građanskim sudom.

S obzirom da svaki čin tržišnog natjecanja ima izravan utjecaj na tržišnu situaciju pojedinih konkurenata, barem toj skupini ne može razumno biti uskraćeno temeljno pravo da tuže nelojalnog konkurenta. Ipak, u mnogim zemljama izravni konkurentski odnosi nisu propisani kao pretpostavka prava na tužbu, a u slučaju ukoliko bi neizravne posljedice nelojalnog čina bile od ozbiljnog utjecaja na položaj ostalih sudionika, primjerice, na paralelnim ili pomoćnim tržištima. Tako će, u većini zemalja, dostajati već i potencijalni konkurentski odnosi.

Nadalje, u zemljama gdje se zaštita od nelojalne utakmice uglavnom temelji na deliktnome pravu (*tort law*), svaka osoba čiji će interesi vjerojatno biti povrijeđeni, a ovo može obuhvaćati i pojedine potrošače, obično može podnijeti tužbu. U takvim zemljama ne traži se čak ni potencijalni konkurentski odnos.⁸¹ Novija zakonodavstva pravo na tužbu daju i pojedinim potrošačima. Ipak, opasnost od značajnih troškova često će ih odvratiti od korištenja toga prava. Većina pojedinačnih tužbi potrošača stoga se podnosi sukladno raspoloživim samoregulatornim postupcima, a čija su sudska pravila, troškovi i rokovi manje teretni za inicijatora zaštite.⁸²

Zajedno s rastućom tendencijom uzimanja u obzir onih ciljeva zaštite od nelojalne utakmice koje sačinjavaju interesi potrošača, novija zakonodavstva u ovome području osigurala su potrošačkim organizacijama odvojeno pravo na zaustavljanje nelojalnih postupaka. Prema članku 10ter Pariške konvencije, države članice moraju predvidjeti mjere kojima će se

⁸⁰ Zakon o parničnom postupku ("Narodne novine", br. 53/91., 91/92., 111/99., 88/01. i 117/03., dalje: ZPP) objavljen je u Mirošević, I., Zakon o parničnom postupku, Informator, 2003.

⁸¹ Primjerice u Francuskoj, Nizozemskoj i UK.

⁸² WIPO, *op.cit.*, str. 74.

federacijama i savezima koji predstavljaju zainteresirane industrijalce, proizvođače ili trgovce dopustiti podizanje tužbe pred sudovima u slučajevima kada su počinjene radnje nelojalne utakmice, a u mjeri u kojoj pravo zemlje u kojoj se zaštita zahtijeva dopušta takve tužbe. Ipak radi se ovdje o posebnoj zaštiti potrošača izvan prava nelojalne utakmice, te bi prema tim posebnim propisima o zaštiti potrošača koja sadrže i odredbe o nelojalnom postupanju na štetu potrošača trebalo i potrošačkim organizacijama biti moguće tužbom tražiti pravna sredstva protiv povreda do kojih dolazi u tim područjima.⁸³ Primjerice, Smjernica Vijeća EU o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju, od 10. rujna 1984., navodi da organizacije koje prema nacionalnome pravu imaju legitiman interes u predmetu moraju imati sredstva za pokretanje postupaka protiv reklamiranja koje dovodi u zabludu, bilo pred sudom ili pred nadležnim administrativnim tijelom, bilo da odluči o tužbi, bilo da pokrene odgovarajući sudski postupak. Nadalje, javni dužnosnici ili osobe, u nekim zemljama mogu biti ovlaštene temeljem samoga prava da nastupaju kao tužioci pred sudom u građanskim stvarima, a u ime potrošača, kao što to čini Consumer Ombudsman u Švedskoj i Norveškoj ili Federalni ured za potrošačka pitanja u Meksiku.

Ima nekoliko alternativnih načina za utvrđivanje prava na podizanje tužbi. Primjerice, kako bi se spriječila moguća zloraba takvih prava, neke su zemlje ograničile pravo na podizanje tužbi na organizacije koje zaštitu svojih članova od nelojalne utakmice mogu utvrditi kao svoj statutarini cilj ili su službeno ovlaštene kao potrošačke organizacije. Iako se obično ne potražuje stvarna šteta koja je nastala za pojedine članove, većina je zemalja ograničila tužbene zahtjeve dostupne udrugama i asocijacijama na mjere zabrane i/ili popravljjanje štete u području reklamiranja koje dovodi u zabludu. Samo u iznimnim slučajevima organizacije mogu zahtijevati naknadu štete u ime svojih članova.

Položaj ostalih organizacija, poput trgovaca u određenoj industrijskoj grani ili profesionalnih skupina, mnogo je manje jednoobrazan. U nekim zemljama kao što su Belgija, Francuska, Njemačka i Italija, takve organizacije mogu imati pravo tužiti dok god njihovu statutarinu svrhu ozbiljno ugrožava predmetna nelojalna radnja. U drugim zemljama može biti nužno da je stvarna povreda nanesena nekima od članova, te će biti potreban i prijenos njihovih prava na organizaciju jer u protivnome takve organizacije neće imati nikakvo posebno pravo na tužbu, kao što je slučaj u Japanu. Takozvane *class action* (tužbe više tužitelja, zajedničke tužbe)⁸⁴ moguće su u SAD-u. Konačno, tužbe u parničnim postupcima mogu ponekad inicirati tijela odgovorna za nadzor konkurentskog djelovanja, bilo kao polujavna ili državna tijela, ili autonomna tijela.

⁸³ Dika, M., Pravosudna legitimacija udruga za zaštitu potrošača, u Dika, M., Pogarčić, Z. (red.) et al., *op.cit.*, str. 131.

⁸⁴ Marunica, F., *English-Croatian and EU Law Dictionary*, Zagreb, 2003., str. 84.

Ipak u našem ZOT-u ova problematika ne slijedi naznačena komparabilna rješenja. Već smo naznačili da je u ZOT-u predviđeno izrijeckom samo podnošenje tužbe zbog naknade štete uslijed radnji nelojalne utakmice. Nadalje, u odredbi čl. 71. st. 2. ZOT-a izričito je previđeno da ovu tužbu može podnijeti trgovac koji je oštećen, te gospodarska komora i drugi oblici udruživanja trgovaca. Očito je da se pri stipuliranju ove odredbe u zakonodavnoj proceduri nije do kraja vodilo računa o svim posljedicama ovako normiranog ovlaštenja, odnosno aktivne legitimacije. Naime, time što je ovlaštenje za kondemnatornu zaštitu zbog naknade štete u ovim slučajevima dano i gospodarskoj komori te drugim asocijacijama trgovaca, otvoreni su mnogi bitni problemi materijalnopravne i procesnopravne naravi.⁸⁵

Postavlja se pitanje da li u tom slučaju komore i organizacije podnose tužbu u svoje ime a za račun povrijeđenog trgovca ili u svoje ime i za svoj račun, što bi bilo sasvim suprotno zakonodavnoj namjeri uspostavljanja ove zaštite. Ne vidimo razloga da komore ostvaruju iznose naknade štete zbog povrede prava njihovog člana, koji i ne mora biti zainteresiran za određeni slučaj povrede njegovih prava, odnosno takvoj zaštiti nije suglasan ili, štoviše, čak je i protivan. Na ovaj način komore bi ostvarivale materijalnu korist čak i suprotno interesima njihovih članova. Nije riješeno pitanje mogu li komore pokrenuti postupak sukladno čl. 72. ZOT-a ako je postupak već pokrenuo zainteresirani trgovac, zatim što se događa kad ti zahtjevi nisu usklađeni, a polaze od iste situacije i istog činjeničnog i pravnog temelja. Tko u tom slučaju uživa prvenstvo zaštite, nije određeno. Nadalje, otvaraju se pitanja u svezi s identitetom predmeta spora, litispendencijom i pravomoćnošću u slučaju takvih konkurentnih i paralelnih postupaka, odnosno pitanja u svezi mogućeg suparničarstva u takvim postupcima.⁸⁶

Očito da naš zakonodavac nije ovdje postupio s pažnjom dobrog zakonodavca, odnosno donio je nerazumljivu, nepreciznu i kontradiktornu odredbu, koja može imati niz negativnih refleksija, kako u samim konkretnim sporovima, tako i na opću pravnu sigurnost u svezi sa sprječavanjem nelojalne utakmice. Naime, ova pitanja treba što prije u sklopu usuglašavanja našeg zakonodavstva s pravom Europske unije raspraviti i novelirati, na način da trgovci mogu podnositi sve ovdje navedene moguće tužbene zahtjeve, kao i komore i asocijacije, izuzev upravo tužbe radi nakanade štete, koje one iz navedenih razloga ne bi smjele imati pravo podnositi.

2.6.2. Hitni postupak

Većina predmeta iz prava o nelojalnoj utakmici iznosi se pred sud u redovitom građanskopravnom postupku.

⁸⁵ Triva, S., Dika, M., *op.cit.*, str. 841.

⁸⁶ *Ibid.*

U nekim zemljama posebni sudbeni odjeli ili suci mogu imati neke isključive nadležnosti, primjerice, u predmetima trgovačkog prava. Ipak, zaštita od nelojalne utakmice bit će učinkovita ako se navodnome prekršitelju može izdati nalog u brzom i neslužbenom postupku. Stoga je hitni postupak dopušten u mnogim zemljama za ostvarivanje brze i efektivne pomoći. Iako može postojati i nekoliko oblika privremene pomoći, poput one za mijenjanje reklame koja dovodi u zabludu, većina tužbenih zahtjeva temeljem prava o nelojalnoj utakmici uključuje privremene mjere (*interlocutory injunctions*). Ovu vrstu postupka obično karakterizira vrlo kratak rok između sudskog poziva i suđenja, fleksibilniji pristup pravilima dokazivanja, neformalan sudski postupak i relativno kratak rok između suđenja i skraćene presude.

Za dobivanje privremene pomoći, činjenice slučaja moraju otkrivati ne samo ozbiljno pitanje o kojemu se ima suditi, a koje pruža barem neke izgleda za uspjeh na potpunome suđenju, već i potrebu donošenja hitne odluke. Ovu je potrebu moguće utvrditi vjerojatnošću nepopravljive štete (*likelihood of irreparable damage*) ukoliko tuženikove navodno nelojalne radnje odmah ne prestanu. S obzirom da postupak mora ostati brz i učinkovit, formalnosti su manje važne i potrebni su isključivo *prima facie* dokazi, odnosno, dokazi temeljem kojih je moguće donijeti ozbiljne pretpostavke. Stoga, u slučajevima u kojima se činjenice nalaze izvan sumnje i hitnost je bjelodana, sudovi su ponekad u mogućnosti izdati nalog za obustavu i odustajanje od nelojalne radnje bez saslušanja tuženika.

U ovome je smislu švicarskim zakonom (Federal Law Against Unfair Competition, 1986) uveden poseban oblik ubrzanog postupka koji omogućava izdavanje i izvršenje privremenih mjera zabrane unutar nekoliko sati, a kako bi se predmeti kojima se povreda događa privremeno povukli s mjesta prodaje, ili čak s izložbe ili dražbe.⁸⁷ S druge strane, tuženiku ne bi smjela biti uskraćena njegova prava ukoliko je stvar sporna. Stoga sudovi prilikom dopuštanja ili zabranjivanja mjera zabrane razmatraju ravnotežu prikladnosti (*balance of convenience*) Ova ravnoteža za sobom povlači razmatranje interesa objiju strana, uključujući relativnu snagu slučaja svake strane, kao i da li bi tuženik bio na odgovarajući način obeštećen od strane tužiteljevog trgovačkog društva, kao oblik osiguranja za štetu koja može nastati ukoliko mjera zabrane bude dopuštena. U nekim zemljama svaka tužba podignuta u hitnom postupku ujedno se mora podnijeti i pred sudom nadležnim u građanskopravnim stvarima u običnome postupku, po mogućnosti unutar određenog vremenskog roka.⁸⁸

ZOT koji je na snazi ne predviđa hitnost postupka, za razliku od ranijeg ZOT-a 1990. koji je u čl. 40. predviđao da je postupak u povodu tužbe radi imovinskopravne zaštite zbog nelojalne utakmice hitan. Trebalo bi de lege

⁸⁷ Cf. Gorenc, V., *Zaštita od nepošteno tržišne utakmice prema švicarskom zakonodavstvu*, Pravo i porezi, br. 8/99, str. 14.

⁸⁸ WIPO, *op.cit.*, str. 78.

ferenda opet u naše zakonodavstvo uvesti i izrijekom propisati hitnost u postupcima u sporovima u povodu nepoštenog tržišnog natjecanja.

2.6.3. Nadležnost i sastav sudova

Ovi sporovi u povodu nepoštenog tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj spadaju u stvarnu nadležnost trgovačkih sudova.⁸⁹ Naime, prema članku 34b. st. 1. toč. 9. ZPP-a u svezi s odredbom čl. 19. Zakona o sudovima ("Narodne novine", broj 3/94., 100/96., 131/97., 129/00. i 17/04.)⁹⁰, trgovački sudovi u prvom stupnju sude, između ostalog, i u sporovima u povodu djela nelojalne tržišne utakmice, kao i inače u sporovima glede prava intelektualnog vlasništva.⁹¹

Kako druge zakonske odredbe u tome nema, jer ZOT ne sadrži odredbe o nadležnosti sudova u sporovima iz nelojalne tržišne utakmice, u sporovima radi naknade štete zbog djela nelojalne utakmice nadležnost trgovačkih sudova isključiva je i neprijeporna, bez obzira na svojstvo stranaka.⁹²

Ovdje treba ukazati da poseban vid određivanja stvarne nadležnosti predstavljaju pravila o tzv. generalnoj delegaciji, koja omogućavaju da se suđenje u specifičnim sporovima povjerava samo određenim sudovima određene vrste i ranga. Tako je člankom 8. Zakona o područjima i sjedištima sudova ("Narodne novine", broj 3/94., 104/97. i 59/01.) propisao da za rješavanje sporova iz intelektualnog vlasništva, pa ekstenzivnim tumačenjem i sporova iz nelojalne utakmice, budu nadležni sljedeći sudovi:

- Trgovački sud u Osijeku za područje Trgovačkog suda u Slavanskom Brodu

- Trgovački sud u Rijeci za područje trgovačkih sudova u Karlovcu i Pazinu

- Trgovački sud u Splitu za područje trgovačkih sudova u Dubrovniku, Šibeniku i Zadru

- Trgovački sud u Zagrebu za područje trgovačkih sudova u Bjelovaru, Sisku i Varaždinu.

Takvo određenje nadležnosti jamči ujednačenost sudske prakse na ovom području kao i kvalitetan i stručan pristup zaštiti autorskih prava uključiv i sporove radi naknade štete u autorskom pravu.

Mjesto u kojem je štetna radnja počinjena, odnosno gdje je nastupila štetna posljedica, od bitne je važnosti za određivanje mjesne nadležnosti suda prema odredbi članka 52. ZPP.

⁸⁹ O stvarnoj nadležnosti trgovačkih sudova opširnije kod Triva, S., Dika, M., *op.cit.*, str. 264.

⁹⁰ Foretić, D., Zakon o sudovima, Informator, male stranice, br. 5215, od 28.2.2004., str. 16.

⁹¹ V. presudu VTS RH, Pž-1639/94, od 29.11.1994., Zbornik Odluka VTS RH 1994.-2004., br. 9., odl. 595/III

⁹² Za raniju pravnu teoriju i zakonodavstvo primjenjivo i na današnju poziciju vidi kod Dika, M., Stvarna nadležnost trgovačkih sudova u parničnom i izvršnom postupku, Pravo u gospodarstvu, br. 7-8/94.

Sporove u kojima se radi o zaštiti radi djela nelojalne tržišne utakmice uvijek u prvom stupnju sudi sudac pojedinac, jer ZOT-om to nije na drukčiji način određeno (članak 41.stavak 1. ZPP-a).

2.6.4. Dopuštenost revizije u ovim sporovima

Iako se radi o sporovima u kojima bi vrijednosni negativni selektivni kriterij mogao otkloniti mogućnost revizije kao izvanrednog pravnog lijeka, ZPP je poštujući činjenicu da se radi o sporovima od posebne važnosti, reviziju dopuštao⁹³. Naime, isti zakon taksativno je navodio imovinsko-pravne sporove u kojima je revizija uvijek dopuštena, neovisno o vrijednosti predmeta spora. Tako je u ranijem članku 382. stavak 4. točka 4. ZPP-a, koji je brisan, bilo predviđeno da je revizija uvijek dopuštena u sporovima iz nelojalne utakmice.⁹⁴

Ipak, izmjenama ovog zakona iz 1999., ta mogućnost ograničava se uključujući i sporove o naknadi štete radi nelojalne utakmice. Prema tome, radi rasterećenja i ažuriranja rada sudova i na ovom području primjenjuje se vrijednosni negativni selektivni kriterij, pa se pravo na izjavljivanje revizije ostvaruje kao i u drugim imovinskopravnim sporovima ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude prelazi zakonom određeni limit.⁹⁵

O reviziji izjavljenoj protiv pravomoćne presude drugostupanjskog suda u sporu u svezi s djelima nelojalne tržišne utakmice, donesene prije 7. studenoga 1999. godine kao dana stupanja na snagu novele ZPP-a 1999., rješavat će se po pravilima parničnog postupka koja su važila do narečenog datuma.

IV. Umjesto zaključka - potreba harmonizacije domaćih propisa

Hrvatski Zakon o trgovini je samo u naznakama regulirao jedno iznimno važno područje pravne zaštite od nepoštenog tržišnog natjecanja, zadržavajući pretežito rješenja koja egzistiraju u našem pravu još od zakona iz 1930. godine.

Iako Zakon o trgovini nije detaljno uredio ovu materiju, ipak na temelju postojećih zakonskih rješenja moguće je ostvariti i sudsku zaštitu kod povrede prava radnjom nepoštenog tržišnog natjecanja.

Budući da je Zakon o trgovini usvojen u vrijeme kad još u okrilju Europske unije nije bila donesena cjelovita regulativa iz ovog područja, jasno je da nije ni mogao akceptirati moderna rješenja koja su postojala u europskim nacionalnim zakonodavstvima, a koja su poslužila kao temelj

⁹³ Grbin, I., Revizija u parničnom postupku, Informator, br. 4242-4243/94.

⁹⁴ Triva, S., Dika, M., Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, 1991., str. 279.

⁹⁵ Vidi čl.219. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", br. 117/03.).

donošenja i samih rješenja sadržanih u Smjernici EU iz 2005. Namjena ove Smjernice jest doprinijeti pravilnom funkcioniranju unutarnjeg tržišta i postići visoku razinu zaštite potrošača približavanjem zakona, propisa i upravnih odredaba država članica, a koji se tiču nelojalne trgovačke prakse koja šteti ekonomskim interesima potrošača. Smjernica uvodi novu sistematiku radnji koje se mogu okvalificirati kao nelojalnu trgovačku praksu, te je ova rješenja nužno inkorporirati u naše zakonodavstvo, posebice kada se nabrajaju egzemplifikativni primjeri radnji koje su zabranjene kao radnje protivne dobrim poslovnim običajima. Nadalje, kako ova Smjernica mijenja i neke druge europske smjernice, posebice onu koja uređuje materiju zavaravajućeg i komparativnog oglašavanja, ista rješenja je također nužno ugraditi u naš pravni sustav, kako u propise o trgovini, tako i u one o zaštiti potrošača.

Usvojeni standardi zaštite iz Smjernice EU svakako moraju biti akceptirani i u našem zakonodavstvu, sve u cilju usklađivanja pravnog sustava Republike Hrvatske s pravom Europske unije, te je u tom smislu potrebno ovu Smjernicu *de lege ferenda* prenijeti na odgovarajući način i u našu legislativu.

Summary

UNFAIR COMMERCIAL PRACTICE AND INSTRUMENTS OF CIVIL LEGAL PROTECTION IN CROATIAN AND COMPARATIVE LAW

This article, for the first time in our country, presents a unique overview of civil legal protection from unfair commercial practices, i.e., from unfair competition. After discussing the notion and legal nature of this institute, the author systematically presents actions that are treated as unfair commercial practices in domestic law in comparison with international rules and solutions in different countries.

Special attention is given to trademark protection and protection of other forms of identifications. Together with overview of basic mechanisms of legal protection, the author presents available domestic case-law and practice of other relevant bodies, that might be useful to legal practitioners but also to all the persons whose rights have been violated or jeopardized. Finally, several unclear and concurrent solutions in present Croatian legislation with concrete *de lege ferenda* proposals are pointed out.

Key words: *unfair competition, unfair commercial practice, intellectual property, trademark.*

Zusammenfassung

**UNLAUTERER WETTBEWERB UND MODALITÄTEN
DES ZIVILRECHTLICHEN SCHUTZES IM KROATISCHEN
UND VERGLEICHENDEN RECHT**

In dieser Arbeit bietet der Autor – erstmals in Kroatien – einen Gesamteinblick in das Gebiet des zivilrechtlichen Schutzes vor unlauterem Wettbewerb. Außer der Diskussion über den Begriff selbst und die Rechtsnatur dieses Instituts, werden Handlungen des unlauteren Wettbewerbs im kroatischen Recht im Überblick aufgezeigt und mit internationalen und komparablen Entscheidungen verglichen.

Besondere Aufmerksamkeit wird dem Warenzeichenschutz und anderer Unterscheidungen von Zeichen gewidmet. Neben der Darstellung grundlegender ziviler Modalitäten des Schutzes, wird die zugängliche kroatische Gerichts- und andere Praxis präsentiert, die für Juristen der Praxis von Nutzen sein kann sowie für alle, deren Rechte verletzt bzw. bedroht sind. Schließlich wird auf eine Reihe unpräziser und konkurrenzer Entscheidungen in der derzeitigen kroatischen Gesetzgebung in diesem Bereich mit der Notwendigkeit konkreter Interventionen *de lege ferenda* hingewiesen.

Schlüsselwörter: *unlauterer Wettbewerb, unfairer Handel, intellektuelles Eigentum, Warenzeichen.*

Sommario

**CONCORRENZA COMMERCIALE SLEALE
E MODALITÀ DI TUTELA LEGALE CIVILISTICA
NEL DIRITTO CROATO E COMPARATO**

In questo lavoro, per la prima volta nel nostro paese, l'Autore presenta una rassegna unica della tutela legale civilistica della concorrenza commerciale sleale o cosiddetta competizione disonesta. Dopo la discussione del concetto e della natura legale di questo istituto, sono presentate sistematicamente le azioni che sono considerate come concorrenza commerciale sleale nel diritto domestico in comparazione con le soluzioni internazionali e comparate.

Particolare attenzione è data alla tutela del marchio e alla protezione di altre forme di identificazione. Accanto alla rassegna dei meccanismi fondamentali di tutela legale, sono presentati i casi domestici disponibili e le prassi di altri organi rilevanti, che potrebbero essere utili ai pratici forensi ma anche a tutte le persone i cui diritti sono stati violati o minacciati. Infine, sono illustrate diverse soluzioni imprecise e concorrenti nella legislazione croata attuale con concrete proposte *de lege ferenda*.

Parole chiave: *competizione disonesta, concorrenza commerciale sleale, proprietà intellettuale, marchio.*

KOLEKTIVNO PREGOVARANJE I PROŠIRENJE PRIMJENE KOLEKTIVNOG UGOVORA (OKTROIRANJE KOLEKTIVNOG UGOVORA)

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.106.42
Ur.: 25. studenog 2005.
Pr.: 14. veljače 2006.
Stručni članak

Zakon o radu (pročišćeni tekst, NN 137/04.) u odredbama članka 211. uređuje pitanje "Proširenja primjene kolektivnog ugovora". U samo četiri stavka toga članka utvrđeni su: osnova, ovlast, postupak i pravna snaga proširenog kolektivnog ugovora. Propisano je da se akt kojim se primjena kolektivnog ugovora proširuje zove odluka (članak 211. st. 3. i 4. Zakona o radu). Odluku donosi ministar nadležan za rad (čl. 211. st. 1. Zakona o radu). Osnova za donošenje odluke je i razlog "ako postoji javni interes". Postupak započinje "na prijedlog stranke kolektivnog ugovora". Znači da prije odluke postoji kolektivni ugovor, da je na snazi, da se primjenjuje i da aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka ima bilo koja stranka koja je stranka u kolektivnom ugovoru koji se predlaže proširiti. Pasivne stranke su "osobe koje nisu sudjelovale u njegovom sklapanju, odnosno nisu mu naknadno pristupile". Odluka o proširenju je propis: ima svoje ime, donosioca, vremensko i prostorno važenje, sadržaj i druge oznake propisa (u nomotehničkom smislu). Mora se objaviti (čl. 211. st. 3.) i "može se opozvati na način propisan za njezino donošenje" (čl. 211. st. 4.). Bitne su i odredbe st. 2. čl. 211. Zakona o radu koje se odnose na obvezu ministra nadležnog za rad da prije donošenja Odluke o proširenju važnosti kolektivnog ugovora "mora zatražiti mišljenje sindikata, udruga poslodavaca ili predstavnika poslodavaca na koje se kolektivni ugovor proširuje".

To je postupak svojevrsnog kolektivnog pregovaranja, iako je u biti riječ o aktu vlasti koji se donosi po posebnom postupku.

Ključne riječi: proširenje kolektivnog ugovora, postupak i subjekti proširenja, osnova i razlog proširenja, subjekti u postupku, kolektivno pregovaranje.

1. Uvod

Pozivom na odredbe članka 211. Zakona o radu (pročišćeni tekst, odnosno članak 201. Zakona o radu (prije pročišćenog teksta) ministar nadležan za rad donio je nekoliko odluka o proširenju važnosti kolektivnih ugovora.¹

Od 1.7.2005. na snazi su ove odluke ministra nadležnog za rad o proširenju kolektivnih ugovora: Odluka o proširenju kolektivnog ugovora o visini najniže plaće;² Odluka o proširenju Kolektivnog ugovora za djelatnosti trgovine;³ Odluka o proširenju primjene izmjena i dopuna kolektivnog ugovora za djelatnost trgovine;⁴ Odluka o proširenju primjene Kolektivnog ugovora za graditeljstvo;⁵ Odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora o izmjenama i dopunama Kolektivnog ugovora za djelatnost graditeljstva;⁶ Odluka o proširenju primjene Kolektivnog ugovora za graditeljstvo – druge izmjene i dopune za 2004. godinu;⁷ Odluka o proširenju primjene Dodatka I o izmjenama i dopunama kolektivnog ugovora za ugostiteljstvo;⁸ Odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora ugostiteljstva;⁹ Odluka o proširenju kolektivnog ugovora za putničke agencije;¹⁰ Odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora poslodavaca i radnika u obrtu;¹¹ Odluka o proširenju primjene Kolektivnog ugovora za djelatnost drvne i papirne industrije.¹²

Svaka od navedenih odluka ministra nadležnog za rad ima posebno značenje kako za subjekte – stranke koje nisu sudjelovale u sklapanju odnosnog kolektivnog ugovora “niti su mu naknadno pristupile”, tako i još više za druge osobe na koje se primjena kolektivnog ugovora proširuje. Taj odnos nastaje nakon zakonom utvrđenog postupka donošenja odluke, u kome je aktivni subjekt ministar nadležan za rad i inicijator za donošenje odluke o proširenju primjene, a pasivnu stranu čine svi subjekti na koje se odluka odnosi.

Pretpostavke za donošenje odluke nadležnog ministra objektivne su naravi, ali nisu isključene ni one subjektivne pretpostavke koje postoje u vrije-

¹ Zakon o radu, NN 38/95., 59/95., 64/95., 17/01., 82/01., 114/03., 192/03. i 30/04. (sa svim izmjenama i dopunama i ispravkama), te NN 137/04. (pročišćeni tekst).

U ovom radu se koristi numeracija odredbi Zakona o radu iz Zakona o radu (pročišćeni tekst), NN 137/04.

² NN 37/98.

³ NN 41/98.

⁴ NN 75/05.

⁵ NN 56/02.

⁶ NN 120/03.

⁷ NN 75/05.

⁸ NN 75/05.

⁹ NN 69/02.

¹⁰ NN 94/02.

¹¹ NN 75/05.

¹² NN 75/05.

me donošenja odluke. Objektivne pretpostavke vezane su za nadležnost, postupak i važenje odluke, a subjektivne su vezane za donosioca odluke.¹³

Imajući u vidu sve veći broj kolektivnih ugovora i njihovo značenje u radnopravnoj teoriji, zakonodavstvu i praksi, raste i interes za pitanje proširenja primjene kolektivnog ugovora. Kolektivni ugovor sadrži pravna pravila koja se odnose na kolektivne i na individualne radne odnose. To su autonomni, profesionalni izvori Radnoga prava, sankcionirani organiziranom prisilom države. Država može propisivati i obvezu kolektivnog pregovaranja i sklapanje kolektivnog ugovora, bez obzira što bi to bio izuzetak. Država određuje ime ovog autonomnog akta, određuje (u minimumu) njegov sadržaj, barem kada se radi o normativnom dijelu, subjekte, način zaključivanja i objavljivanja (i registracije), pa dijelom i način rješavanja sporova.

Kolektivni ugovor je profesionalni izvor prava. Značajan je njegov normativni učinak, opseg i pravna narav. Njegove se odredbe na ugovor o radu primjenjuju kao i odredbe zakona: neposredno i automatski (kada su povoljnije za konkretan radni odnos). Normativni učinak kolektivnog ugovora znači i njegovu obveznost. Normativne odredbe djeluju *erga omnes*. Obvezni (ugovorni dio) kolektivnog ugovora obično sadržava odredbe o trajanju i produljenju, načinu promjene sadržaja, tumačenju, rješavanju sporova i primjeni normativnog i ugovornog dijela kolektivnog ugovora. (U anglosaksonskom pravu normativnost kolektivnog ugovora mora se utvrditi, istaknuti u kolektivnom ugovoru, a kasnije i u ugovoru o radu.)

Opseg kolektivnog ugovora postaje, što se normativnog učinka tiče, veći kada se njegova primjena proširi na profesiju, granu, djelatnost, grupaciju ili na radnike određenih poduzeća, ustanova (poslodavaca).

Kolektivni ugovor ima normativni učinak. On je propis. Ima i ugovorni učinak jer jedan drugi ne isključuje. Kolektivni interes u kolektivnom ugovoru nije zbroj pojedinačnih interesa, već interes ukupnosti radnika.¹⁴

Evidentni su teško pomirljivi interesi i potencijalni sukobi rada i kapitala. Tendencija je da se uvjeti rada sve više reguliraju (ugovaraju) kolektivnim ugovorom. Radnički sindikati postavljaju nove zahtjeve i nastoje što je više moguće osigurati primjeren i ostvarljiv standard (razinu) reguliranih prava radnika.¹⁵ Poseban je problem ujednačavanje uvjeta rada u djelatnostima, granama, strukama, a još veći na razini države (normalni uvjeti proizvodnje i socijalni mir). Treba smanjivati državni intervencionizam i jačati autonomno reguliranje radnih odnosa. To sve više zahtijeva da se u taj proces uključuju i treći subjekti: miritelji, arbitraže, udruge potrošača i drugi.¹⁶

¹³ UČUR, Marinko, Vrela radnoga prava i promjene u radnim odnosima, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1996., str. 287. i dr.

¹⁴ RAVNIĆ, A. Osnove radnog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2004.

¹⁵ OTTO KAHN-FREUND, Labour and the Law by R. Davies and M. Freedland, Stevens, London, 1983.

¹⁶ R. FAHLBECK, Legal Nature of Collective Agreements, XX Congress International Academy of Comparative Law, Stockholm, Sweden, 1986.

Uravnotežavanja su još potrebija u vrijeme viška radnika i velikog broja nezaposlenih. To se posebno odnosi na razinu sigurnih zarada. Tržište determinira visinu plaća (i drugih primanja) i nezaposlenost. Zapošljavanje se ne jamči. Plaće se ugovaraju, a sporove rješavaju, u pravilu, sudovi. Posebno je pitanje zahtjev za obrazovanjem, kako za potrebe poslodavca i njegove djelatnosti, tako i za potrebe radnika u svim osnovama promjene statusa, što se treba kolektivnim ugovorom urediti.

Razina na kojoj se realizira kolektivno pregovaranje kako bi rezultiralo zaključivanjem kolektivnog ugovora, nije upitna, ali je bitna. Manje zadovoljeni interesi, odnosno manja razina prava, zahtijeva teritorijalno širu razinu i obratno. Viša razina kolektivnog ugovora smanjuje razlike u radnopravnom i socijalnopravnom položaju radnika. To vodi ujednačavanjima u privređivanju i u pravima.

Autonomija sindikata je Ustavom garantirana, a Zakonom o radu detaljnije potencirana. To se odnosi i na autonomiju udruživanja poslodavaca u domeni kolektivnog pregovaranja, bez obzira na obvezu iz Zakona o Hrvatskoj gospodarskoj komori.¹⁷ To je pretpostavka zaštite demokratskih prava i sloboda koje se vrše kolektivno.

Drugo pitanje, ne manje važno, jest decentralizacija sindikata i samostalnost nižih, a i manjih sindikata (jedinica, organizacijskih oblika). To dolazi do izražaja u primjeni povoljnijeg prava za radnike i načela *in favorem laboratores*. Sindikati koriste zaštitnu, primarnu, ali i integrativnu funkciju. Zaštitna funkcija je posebno vidljiva u postizanju što veće stabilnosti (sigurnosti) zaposlenja, uvažavajući ekonomske, organizacijske i tehnološke promjene kod poslodavca.¹⁸

Integrativna funkcija manifestira se u kompromisu sindikata i poslodavaca, u svojevrsnoj suradnji ta dva subjekta. To ima odraza i u smanjivanju radničkog (sindikalnog) radikalizma i postizanju socijalnog mira barem dok se kolektivni ugovor primjenjuje onako kako je u njegovom normativnom dijelu utvrđeno.

Na tome se gradi tripartitnost kolektivnog pregovaranja, ali prvenstveno s pozicije socijalnih partnera i njihove uloge u kolektivnim radnim odnosima.

Predstavnik države nije teško odrediti. To je utvrđeno ustavnim i zakonskim ovlastima (nadležnostima) Hrvatskog sabora, Vlade Republike Hrvatske i pojedinih ministarstava, odnosno drugih tijela.

Predstavnici poslodavaca i njihovih udruga (u gospodarstvu, ustanovama i dr.) određuju se aktom o osnivanju i udruživanju ili posebnim aktom.

Predstavnici radnika su sindikati. Javlja se problem (pitanje) principa većinskog sindikata odnosno predstavljanja, opet u skladu s njihovim aktima.

¹⁷ NN, 66/91., 73/91., 77/93.

¹⁸ Zakon o načinu određivanja zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, NN 19/93.

Ideja o zaključenju kolektivnog ugovora na nacionalnoj (državnoj) razini nije nova. Treba je, u osnovi, podržati, pa i u namjeri da, nakon što stupi na snagu i što se počne primjenjivati, kolektivni ugovor bude odlukom "vlasti" i ministra nadležnog za rad oktroiran, odnosno njegova primjena proširena. Zbog toga je važno objasniti, posebno, pravnu prirodu proširenog (oktroiranog) kolektivnog ugovora.¹⁹

Prije pokušaja da se odredi pravna narav, značenje i doseg proširenja (oktroiranja) kolektivnog ugovora, potrebno je definirati (odrediti) pojmove i kategorije koji se upotrebljavaju u zakonodavstvu, ali i u praksi kolektivnog pregovaranja i kolektivnih ugovora. Odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora nije rezultat kolektivnog pregovaranja u užem smislu, ali jest rezultat inicijative i mišljenja subjekata stranaka kolektivnog ugovora i sindikata, udruga poslodavaca ili predstavnika poslodavaca na koje se kolektivni ugovor proširuje. Svojevrstu ulogu "partnera" (subjekta) toga specifičnog oblika (i sadržaja) kolektivnog pregovaranja ima ministar nadležan za rad. Ipak, on se i u tom postupku javlja kao vlast.

2. Kolektivno pregovaranje

Zaključivanju kolektivnog ugovora prethodi postupak pregovaranja između predstavnika radnika i poslodavaca. Danas u svijetu postoje uglavnom dva sustava pregovaranja. Kriterij je razina pregovaranja (nacionalna (državna), regionalna (grane, grupacije, djelatnosti) i razina tvornice (poslodavca)) i njegovog organiziranja (udruživanja).

U SR Njemačkoj, Francuskoj, Švedskoj, Holandiji i dr. pregovaranje se vrši na nacionalnom i regionalnom nivou između nacionalnih centrala sindikalne organizacije radnika i poslodavaca. Međutim, i u ovim zemljama postoji i sustav "dodatnog" pregovaranja na razini tvornice (kompanije) – poslodavca, a na strani radnika nisu kao pregovarači uvijek predstavnici sindikata.

Sustav pregovaranja na razini poduzeća – kompanije – poslodavca prevladuje u Japanu, Kongu, SAD-u. U SAD-u se regionalno i državno (nacionalno) pregovaranje realizira na željeznici, rudnicima ugljena npr.

Pregovaranje nije jednostavno i nije lako. To je u širem smislu proces pregovaranja i zaključivanja (sklapanja) kolektivnog ugovora. Treba razlikovati nekoliko faza: pregovaranje, posredovanje, mirenje, arbitraža, štrajk, *lock-out* (ili drugi oblik industrijskih akcija). To je složen proces koji ne rezultira uvijek zaključenim kolektivnim ugovorom. Pretpostavljaju se prethodne pripreme u kojima pregovaračke strane koriste različita sredstva za ostvarivanje svojih interesa (štrajk, prijetnja štrajkom, prijetnja *lock-outom*

¹⁹ Jean RIVERO, Jean SAVATIER, Droit du travail, P.U.F. Paris, 1986., G.H. CAMERLYNCK, Gérard LYON-CAEN, Jean PÉLISSIER, Droit du travail, Dalloz, Paris, 1983.

i *lock-out*). Zbog toga su u mnogim zakonodavstvima predviđena sredstva za mirno rješavanje sporova (mirenje, posredovanje, arbitraža), kako bi se ti i takvi interesni sporovi (sporovi interesa) rješavali da ne dođe do štrajkova i drugih industrijskih akcija i veće štete za poslodavce i državu.

Subjekti – stranke pregovaranja pregovaraju izravno ili putem paritetnih komisija (tijela za pregovaranje). Tijela za pregovaranje mogu biti različite razine (grana, djelatnost, državna razina) ili veći sustavi u različitim oblicima organiziranja i udruživanja. Ta tijela nemaju vlasti već su predstavnici onih koji tu vlast imaju. Oni pregovaraju i zaključuju kolektivni ugovor.

Svojevrсни je oblik (i sadržaj) pregovaranja i pregovaranje po uzoru (dogovor o preuzimanju pisanog kolektivnog ugovora koji je već na drugoj razini potpisan i primjenjuje se). Takva je praksa u SAD-u, u Španjolskoj i drugim državama.

Kolektivni ugovor je formalan. Mora se napisati i potpisati nakon uspješnog pregovaranja. U pravilu se registrira i objavljuje po zakonu, pa je i tu volja stranaka isključena (Francuska). Kolektivni subjekti u pregovorima utvrđuju (a u potpisanom kolektivnom ugovoru preciziraju – potvrđuju i potpisuju) stupanje na snagu, početak primjene i trajanje kolektivnog ugovora (na određeno ili neodređeno vrijeme).

Predstavnici su u pregovorima zastupnici interesa “kapitala” i interesa “rada”. U pitanju je svojevrсни postupak uravnoteženja snaga između dobiti i rada, jer kolektivno pregovaranje nije ništa drugo nego borba jedne strane (radnika, sindikata), da što više, ukoliko je moguće, zahvati od druge strane (poslodavca) i obratno.

Pregovaranje znači traženje kompromisa u interesnom sporu. Kompromis je preduvjet socijalnog mira među partnerima: poslodavcima - koji rade i realiziraju registriranu djelatnost i odgovarajuću konkurentsku sposobnost na tržištu, i sindikata, s druge strane. Taj kompromis najočigledniji je kada se pregovara na razini poslodavca “na mjestu rada”, gdje se utvrđuje stvarna cijena rada (tzv. “kućni” kolektivni ugovor o radu).

Kolektivno pregovaranje može se realizirati na svim razinama sindikalnog i poslodavačkog organiziranja. Sustavi, oblici i metode kolektivnog pregovaranja različiti su. Kolektivno pregovaranje ne smije biti sputavano heteronomnim normama, ono je slobodan mehanizam nakon što su zakonom postavljeni suštinski, okvirni principi i instrumenti kolektivnog pregovaranja. Prepušteno je sindikatima i poslodavcima da dobrovoljno reguliraju uvjete rada i zaposlenja, iznad onih u zakonu. Ugovori među njima mogu utvrditi trajnije elemente kolektivnog pregovaranja: započinjanje, trajanje pregovaranja, rješavanje zastoja u pregovaranju, mirenje, arbitriranje, posredovanje pa i štrajk.

Treba razlikovati sukob interesa u procesu kolektivnog pregovaranja od sukoba prava kada se već zaključi kolektivni ugovor i kada se počne primjenjivati. U pregovaranju se prvenstveno koriste mirne metode rješavanja nastalog spora, ali niti štrajk, odnosno *lock-out* nije isključen.

Kolektivno pregovaranje treba biti višestupanjsko.

Uputno je da se među subjektima prvo pregovara i dođe do dogovora o tzv. "ugovornom dijelu" kolektivnog ugovora. Na početku to može biti i svojevrsni poslovnik: kako se inicira, kako se pristupa pregovaranju, trajanje i druga (značajna) proceduralna pitanja.

Predmet su stvarnog pregovaranja dijelovi kolektivnog ugovora o plaćama, naknadama, materijalnim i drugim pravima radnika i uvjetima rada (tzv. substantivni ugovori).

No, nisu manje bitni niti proceduralni (procesni) elementi kolektivnog ugovora. Jedan od tih je i vrijeme sklapanja kolektivnog ugovora: određeno ili neodređeno vrijeme. Kod ovih koji su neodređenog trajanja treba predvidjeti njihove izmjene i dopune (ili sklapanjem aneksa) radi prilagodbe vremenu i odnosima u njemu. Ugovori se mogu sklapati i s otvorenim rokovima, pa kolektivni ugovor ostaje na snazi sve dok bilo koja strana toga ugovora ne izrazi namjeru za revizijom, jer kolektivni ugovor "s otvorenim rokom" vrijedi dok ga obje strane priznaju. Čim bilo koja strana osporava neki element ugovora, smatra se da otpočinje proces pripreme novog pregovaranja, jer nije riječ o sporu oko primjene i tumačenja ugovora.

Sporove treba prvenstveno rješavati sporazum. Slijedi posredovanje i mirenje. Zbog toga je važno u "ugovornim odredbama" kolektivnog ugovora to urediti. Spor se u tom slučaju iznosi pred treće neutralne osobe, koje nakon objektivnog utvrđivanja činjenica nastoje uvjeriti predstavnike stranaka kako da riješe međusobne razlike, predlažući rješenje. I u tom slučaju stranke donose svoju odluku. Ako nema rješenja posredovanjem i mirenjem, pristupa se arbitraži "samo o pitanju koje pred nju iznesu stranke", a arbitražna odluka "ima snagu i učinke kolektivnog ugovora".²⁰

2.1. Postupci u kolektivnom pregovaranju

Kolektivno pregovaranje zahtijeva komunikacijske vještine, jer je pregovaranje proces komuniciranja. Samo ako stranke komuniciraju međusobno, pregovaranje je moguće. U novijim konvencijama MOR-a kolektivno pregovaranje odnosi se na svako pregovaranje između poslodavaca, skupine poslodavaca ili jedne i više udruga poslodavaca, s jedne strane, i jedne ili više radničkih organizacija, s druge strane, radi: utvrđivanja radnih uvjeta i uvjeta za zapošljavanje; i/ili utvrđivanje odnosa između poslodavaca i radnika i/ili uređivanje odnosa između poslodavaca i njihovih organizacija i jedne ili više radničkih organizacija.

Ako svaka strana "popusti" po nešto od svojih prvobitnih zahtjeva (o veličini protuusluge), onda dolazi do sklapanja ugovora kao rezultata *kompromisa*.

²⁰ Zakon o radu, cit. čl. 203.-209.; Zakon o mirenju, NN, 163/03.; Pravilnik o mirenju, NN 81/02. i 65/04. DIKA, M. i dr., Zasnivanje i prestanak radnih odnosa. Rješavanje radnih sporova, Narodne novine, Zagreb, 2004., Zakon o arbitraži, NN 88/01.

Cilj kolektivnog pregovaranja je postići kvalitetan dogovor i sklopiti kolektivni ugovor uz racionalni utrošak vremena, energije, sredstava, te međusobnu toleranciju i poštivanje pregovaračkih strana. Kvalitetni su oni kolektivni ugovori koji osiguravaju široku primjenu ugovorenog, rješavanje koristi subjekata, operativna i dugoročna rješenja i pouzdanost provedbe ugovorenog.

Pregovaranje je svjesno i kontrolirano vođen proces s novim otvorenim problemima i sposobnosti donošenja pravih odluka. Obavlja se snagom argumenta uz tolerantno povjerenje, uporno i traženjem rješenja. Pregovaranje zahtijeva strpljivost, uvjeravanja i nagovaranja. U pravilu pregovaraju timovi.

U timu moraju biti kompletne osobe – pregovarači. Zahtijeva se opća inteligencija, sposobnost slušanja i brzog mišljenja u uvjetima pritiska i nesigurnosti. Ne može pregovarati onaj koji ne poznaje materiju. Pregovaranje mora imati svoj plan.

Pregovarati se mora u dobroj vjeri, jer mu je cilj postizanje kvalitetnog kolektivnog ugovora, dobri međusobni odnosi u socijalnom miru i pouzdana provedba.

3. Definiranje pojmova i odnosa

3.1. Kolektivni ugovor

Kolektivni ugovor je radnopravni pojam i institut. Originalnim postupcima u pripremi, potpisivanju i primjeni i još originalnijim (primjenljivim i promjenljivim) sadržajem zahtijeva permanentno proučavanje, doradu (izmjene i dopune ili “dotjerivanje”), analizu primjene i kontrolu. Malo je poslodavaca i radnika na koje se, izravno ili neizravno, ne primjenjuju odredbe određenog kolektivnog ugovora. To je najrasprostranjeniji “ugovor – zakon” s najvećim brojem stvaralaca normi i adresata na koje se te norme odnose. Priprema, kolektivno pregovaranje, sklapanje i primjena kolektivnih ugovora složen je i odgovoran posao u kome sudjeluju poslodavci i njihove udruge, radnici i radničke udruge. U tom poslu javlja se i država: u donošenju zakona i drugih propisa koji se odnose na kolektivne ugovore, u fazi proširenja kolektivnog ugovora i u slučaju kada se javlja kao poslodavac. U prve dvije funkcije država je vlast (imperium), a u trećoj ima samo poslodavačku funkciju i ne bi se smjela javljati kao vlast, odnosno s tim atributima (!?).

Sklapanje kolektivnih ugovora stvaranje je prava u kome zakonom određeni subjekti u sučeljavanju različitih interesa nastoje uzeti (zadržati), odnosno ugovoriti, urediti veći fond prava, nijansirajući obveze i odgovornosti u vezi s tim pravima.

Kolektivni ugovori grade se na normama heteronomnog prava (univerzalnog, regionalnog i državnog te multilateralnih i bilateralnih ugovora,

npr. onih iz socijalnog osiguranja). Sve to treba imati na umu u ovoj temi.

Izrada kolektivnih ugovora normativna je aktivnost *sui generis*. To podrazumijeva nomotehnička i druga znanja kako bi se sadržajem kolektivnih ugovora uredila suština radnopravnih odnosa. Nužno je poštivanje načela ustavnosti i zakonitosti, a u okviru toga svih propisa na snazi koji se odnose na sadržaj kolektivnog ugovora.

Za ovu temu manje je bitno određivanje pojma kolektivnog ugovora, ali se ona mora znati i uvažavati u okviru teme o proširenju kolektivnog ugovora.²¹

Kolektivni ugovor ima svoje ime, subjekte, sadržaj i formu. Negdje se govori o kolektivnom ugovoru o radu, a negdje samo o kolektivnom ugovoru. Subjekti su poslodavac, više poslodavaca ili njihova(e) udruga(e), jedan sindikat, više sindikata ili udruge radnika više razine. Kolektivni ugovor je uvijek pisani sporazum. Njegov sadržaj čine uvjeti rada i zaposlenja. Sadržaj je podijeljen u dva dijela: normativni i ugovorni. Zbog takvog sadržaja u teoriji se daju različite definicije i određuje pravna narav kolektivnog ugovora.²² Ovdje naglašavamo značenje nomotehnike, kao znanosti o izradi pravnih propisa, prvenstveno zbog postupka u kome sudjeluje izvanugovorno treći subjekt kao donosilac pravne norme, ali i zbog složenosti jezičnog, logičnog i političkog izražavanja u kolektivnom ugovoru.²³

3.1.1. Nomotehničke napomene uz kolektivne ugovore

Znanstvene pretpostavke za izradu, zaključivanje i primjenu kolektivnih ugovora višeznačne su, višedimenzionalne, heterogene i nedovoljno definirane. Naglašava se značenje i nomotehnička specifičnost postupka sklapanja kolektivnog ugovora zbog mjesta i uloge koju imaju kolektivni ugovori u radnopravnom sustavu Republike Hrvatske.

Pod pretpostavkama pravilne (znanstvene) normativne aktivnosti na izradi i zaključivanju kolektivnih ugovora podrazumijevamo sva djelovanja, pojave, elemente, znanja i vještine i druge okolnosti koje pomažu pri izradi kolektivnog ugovora. To je specifičan posao još specifičnijeg profesionalnog općeg akta: ugovora – “zakona”, ugovora – “statuta”, *sui generis* propisa s normativnim i ugovornim dijelovima.

Rad na izradi, zaključivanju i primjeni kolektivnih ugovora ogroman je, složen i u pravilu permanentan. To je nov i izazovan proces jer uređuje dinamične, žive, primjenljive i promjenljive uvjete rada i zapošljavanja u

²¹ Preporuka br. 91 (1951.) MOR-a (ILO, ITO) koja se odnosi na kolektivne ugovore, NN – MU 2/94.

²² TINTIĆ, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969., str. 263.

²³ BORKOVIĆ, Ivo, Postupak i tehnika izrade pravnih propisa, Informator, Zagreb, 1987.; VUKOVIĆ, Đuro i Mihajlo, Nomotehnika, Informator, Zagreb, 1988. UČUR, Marinko, Pretpostavke za donošenje i primjenu kolektivnih ugovora, Inženjerski biro, Zagreb, 1999.

radnopravnim odnosima. Treba koncipirati, napisati, potpisati i primjenjivati takve kolektivne ugovore koji će odgovoriti zahtjevima vremena. To traži znanje, primjenu i kontrolu znanstvenih pravila i metoda i suvremene pravne prakse (naše i strane), ali i cjelovito znanje o kolektivnim radnim odnosima. U tom procesu i odnosu poslodavaca i sindikata sudjeluje veliki broj “donosilaca”, odnosno stvaralaca pravnih normi.

Objektivne pretpostavke za zaključivanje kolektivnih ugovora jesu: nadležnost, postupak, sadržaj kolektivnog ugovora, djelovanje kolektivnog ugovora u prostoru i vremenu.

Subjektivne pretpostavke za zaključivanje kolektivnih ugovora jesu: priprema gradiva i timski rad (proces kolektivnog pregovaranja), kolektivno pregovaranje, oblici (način) rješavanja kolektivnih radnih sporova, pravna svijest i znanja (opća, posebna, specifična).²⁴

3.2. Odluka ministra nadležnog za rad o proširenju primjene kolektivnog ugovora

Propis je odluka ministra nadležnog za rad o proširenju primjene kolektivnog ugovora. Ima sve oznake (u nomotehničkom smislu) propisa. Ima vizu, pravnu osnovu, donosioca, ime, odredbe sadržaja, broj, datum donošenja, datum stupanja na snagu, objavu u Narodnim novinama i potpis donosioca.

Viza (pravna osnova) je u odredbama članka 211. st. 1. Zakona o radu. Donosilac je odluke (propisa) je ministar nadležan za rad. Ime propisa je odluka. Ime je odredio zakonodavac. Sadržaj odluke čine norme o proširenju primjene točno određenog kolektivnog ugovora ili njegovih izmjena i dopuna, dodataka i dr. koji su sastavni dio tog kolektivnog ugovora. Broj odluke vezan je za datiranje odluke (kao “vremenska klauzula koja pokazuje kad je propisnik nastao”).²⁵ Razlikuje se dan stupanja na snagu, od dana donošenja, a često i od dana objavljivanja. “Odluka o proširenju važnosti kolektivnog ugovora mora se objaviti u Narodnim novinama” (čl. 211. st. 3. Zakona o radu).

²⁴ TINTIĆ, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi, Narodne novine, Zagreb, 1969., Collective Bargaining, A Workers'education Manual, ILO, Geneva, 1986., POTOČNJAK, Željko, Pravo na štrajk, Pravni fakultet, Zagreb, 1992., UČUR, Marinko, Vrela i okvir kolektivnih industrijskih akcija – FOC Campaigne, Informator, 4506, Zagreb, 14.5.1997., str. 8., BUKLIJAŠ, Boris, Lock-out kao instrument poslodavca u radnoj borbi, Vladavina prava, Zagreb, 5/1998.; Opća deklaracija o pravima čovjeka, od 10.12.1948.; Europska socijalna povelja, NN-Međ. ugovori, 15/02.; Konvencija MOR-a broj 87 (1948.) o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, NN-Međ. ugovori, 3/00.; Konvencija MOR-a 98 (1949.) o pravu na udruživanje i kolektivno pregovaranje, NN-MU 3/00; UČUR Marinko, Pravo na štrajk – pravna regulativa i aktualna praksa, Inženjerski biro, Zagreb, 1998.

²⁵ VUKOVIĆ, cit., str. 133.

Odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora akt je *oktroiranja*, kojim određeni kolektivni ugovor postaje oktroirani kolektivni ugovor.²⁶ Odluka je akt nametanja propisa (u ovom slučaju kolektivnog ugovora) odozgo (od ministra nadležnog za rad) onima koji nisu potpisnici kolektivnog ugovora, niti su mu pristupili prije donošenja akta o proširenju kolektivnog ugovora, odnosno akta o oktroiranju.²⁷

Odluka je akt vlasti. Ministar nadležan za rad nameće (određuje), temeljem Zakona o radu i svojim autoritetom (utemeljenim na zakonu), svojom odlukom određenim destinatarima primjenu određenog kolektivnog ugovora bez prethodnog njihovog odobrenja i suglasnosti. Istina, ministar nadležan za rad "Prije donošenja odluke o proširenju važnosti kolektivnog ugovora... mora zatražiti mišljenje sindikata, udruge poslodavca ili predstavnika poslodavaca na koje se kolektivni ugovor proširuje" (čl. 211. st. 2. Zakona o radu). To mišljenje ga ne obvezuje. Međutim, daleko je važnija odredba stavka prvog članka 211. Zakona o radu, da ministar nadležan za rad *može*, a ne mora, prihvatiti prijedlog jedne od *stranaka* kolektivnog ugovora, donijeti odluku o proširenju primjene "kolektivnog ugovora na osobe koje nisu sudjelovale u njegovom sklapanju, odnosno nisu mu naknadno pristupile".

Kolektivni ugovor primjenjuje se na sve radnike poslodavca, tj. i na radnike koji nisu članovi sindikata koji je zaključio (ili mu kasnije pristupio) kolektivni ugovor, odnosno koji uopće nisu sindikalno organizirani.

U pravu Francuske, Njemačke, Švedske i dr. kolektivni ugovor obvezuje samo radnike članove sindikata koji su zaključili kolektivni ugovor s poslodavcem. Kako jedan poslodavac ili udruga poslodavaca može zaključiti kolektivni ugovor s više sindikata, onda postoji mogućnost pojave više "radnopravnih režima".

U pravu SAD-a, poslodavac primjenjuje kolektivni ugovor na sve zaposlene radnike u radnom odnosu s tim poslodavcem, neovisno o tome kom sindikatu pripadaju i neovisno od toga da li su sindikalno organizirani.

Na pitanje koje je rješenje bolje, odgovorit će primjena kolektivnog ugovora. U radnim odnosima (kolektivnim i individualnim) treba osigurati jedinstven režim radnih odnosa i jedinstven položaj zaposlenih radnika, bez obzira na sindikalno organiziranje. Tu se može stvoriti problem sindikalnog organiziranja i njegovog autoriteta u korištenju prava koalicije.

Proširenje primjene kolektivnog ugovora (oktroiranje kolektivnog ugovora) jest *sui generis* institut koji nastoji pomiriti interese i prava "organiziranih i neorganiziranih (sindikalno) radnika".

U nekim pravnim sustavima nadležni ministar može donijeti odluku o proširenju primjene kolektivnog ugovora *ex offio*.

²⁶ TINTIĆ N., cit., str. 283. i dr.

²⁷ KLAIĆ, Bratoljub, Rječnik stranih riječi, Zora, Zagreb 1962., str. 1047. (octroi, franc. "nešto odozgo nametnuto").

Drugdje je ta odluka vezana za reprezentativni sindikat odnosno reprezentativne poslodavce. Moguća su rješenja i da se formira zajedničko tijelo socijalnih partnera (kao po Zakonu o radu Gospodarsko-socijalno vijeće). Njemački Zakon o radu daje ovlast ministru da proširi primjenu normativnog dijela kolektivnog ugovora i on na taj način postaje općeobvezan za određene profesije, grane ili određeni teritorij. Prema zakonu u Španjolskoj ministar rada može proširiti djelovanje odredbi kolektivnog ugovora na neko poduzeće ili na određene radnike u slučaju da se pojave određene teškoće tijekom kolektivnog pregovaranja ili da nastane pogoršanje socijalno-ekonomskog karaktera u određenoj grani odnosno djelatnosti. O tome ministar odlučuje na prijedlog paritetne komisije sindikata i poslodavaca. Negdje je, pak, proširenje moguće ako se ugovor čija se primjena proširuje već primjenjuje na više od polovice poduzeća (poslodavaca) određene struke i da taj poslodavac (odnosno ti poslodavci) zapošljava(ju) bar polovicu ukupnog radništva u toj struci ili području.

Pravna pravila oktroiranog kolektivnog ugovora, usprkos državnom uplitanju, autonomna su pravila u sadržajnom smislu. Zakon o radu ne predviđa djelomično oktroiranje, odnosno proširenje primjene pojedinih odredbi kolektivnog ugovora.

Proširenje (ekstenzija, oktroiranje) kolektivnog ugovora posljedica je akta javne vlasti (ovlaštenog ministra). Što je organ (tijelo) u hijerarhiji vlasti viši, to je i autoritet oktroiranog kolektivnog ugovora veći. U Republici Hrvatskoj je proširenje primjene kolektivnog ugovora, za sada (u praksi), vezano samo za kolektivne ugovore djelatnosti (graditeljstvo, trgovina, ugostiteljstvo...), što ne znači da to ne može biti i druga razina drugih subjekata kolektivnog ugovora.

Praksa je u svijetu da se proširuje "reprezentativni" kolektivni ugovor, čije su stranke "reprezentativni" sindikati i poslodavci.

Proširenje (oktroiranje) nije rezultat volje subjekata stranaka kolektivnog ugovora (i onih koje su mu naknadno pristupile). To je akt vlasti. Istina, volja stranke kolektivnog ugovora bitna je u iniciranju (prijedlogu) da nadležni ministar odluči o proširenju primjene kolektivnog ugovora. Odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora polazi od određenog kolektivnog ugovora (njegovog sadržaja). Time se on primjenjuje na veći broj subjekata: radnika i poslodavaca. Ne mijenja se njegov sadržaj. Ne mijenja se, u pravilu, niti vremensko važenje kolektivnog ugovora. Prostorno važenje može biti prostorno šire (u pravilu na razini cijele države). Na tom prostoru i u tom vremenu vrši se svojevrsna unifikacija uvjeta rada za one na koje se odluka ima primijeniti.

Kolektivni ugovor čija se primjena proširuje ima snagu za pojedine destinatare, po dvije osnove: ugovornu osnovu za subjekte potpisnike – stranke i one koji su mu naknadno svojom voljom pristupili, i kvaziupravnu osnovu u aktu – odluci ministra nadležnog za rad za one subjekte na koje je proširena primjena kolektivnog ugovora. Tim aktom stvorena je

zanimljiva pravna situacija. Iz toga treba dati odgovor na pitanje može li subjekt kao pasivna stranka voditi spor protiv te odluke ako smatra da je ministar nadležan za rad prekoračio ovlasti. Odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora nije upravni akt.

Bez obzira što se sada na veći broj subjekata, po različitoj pravnoj osnovi, primjenjuje kolektivni ugovor, radnici na koje se odnosi sadržaj normativnog dijela kolektivnog ugovora, imaju iste (uređene, ugovorene, regulirane) uvjete rada. Za one koji su bili i jesu zaposleni kod subjekata – stranaka kolektivnog ugovora, osnova je taj ugovor, a za one koji su u radnom odnosu kod poslodavaca na koje je kolektivni ugovor proširen ta osnova je akt – odluka ministra nadležnog za rad.²⁸

3.2.1. Opća obveznost

Za norme kolektivnog ugovora vezani su samo članovi ugovornih strana koje zaključuju ugovor. Zakonodavac je proširenjem primjene stvorio mogućnost da sve posloprimce i poslodavce, koji tako “potpadaju” pod područje važenja ugovora, veže za taj ugovor. Oktroiranjem se opća obveznost propisuje i utvrđuje kao javni interes. Ovime se ne ograničava autonomija strana kolektivnog ugovora. Odluka o proširenju primjene određenog kolektivnog ugovora ne može utjecati na sadržaj ugovora. Opća obveznost se može po istom postupku, po kojem je proglašena, opet ukinuti. Opća obveznost završava automatski prestankom kolektivnog ugovora. U slučaju izmjena i dopuna kolektivnog ugovora čija je primjena proširena ove se neće opće obvezno primjenjivati sve dok po utvrđenom postupku nadležni ministar ne donese odluku o oktroiranju tih izmjena i dopuna. Odluka se objavljuje. To jača autoritet stranaka.

Tko se smatra “strankom kolektivnog ugovora”? Na to pitanje odgovor daje odredba članka 194. Zakona o radu. To je difuzna odredba, zbog drugog dijela u sadržaju te odredbe. Što se smatra strankom kolektivnog ugovora “koja je spremna i sposobna sredstvima pritiska štiti i promicati interese svojih članova prilikom pregovora o sklapanju kolektivnih ugovora”? Svaki sindikat je udruga radnika koja “može biti stranka kolektivnog ugovora samo ako je utemeljena i registrirana u skladu s odredbama ovoga Zakona” (članak 171. st.1. Zakona o radu). Prema tome, svaka je i “spremna i sposobna sredstvima pritiska štiti i promicati interese svojih članova prilikom pregovora o sklapanju kolektivnog ugovora”. Zbog toga se, ako se to želi “pojačati”, ide u udruživanje na višu razinu sindikata.

To je univerzalno pravo organiziranih i legalnih sindikata. Utvrđeno je i u članku 174. stavak 4. Zakona o radu jer “statutom određena svrha udruge mora biti sklapanje kolektivnih ugovora”. Istina, ona se može prenijeti “na udругu više razine”. To je autonomno pravo koje se uređuje “statutom,

²⁸ LUBARDA, B., *Kolektivni ugovor o radu*, Radnička štampa, Beograd, 1990.

odlukom o utemeljenju ili udruživanju u udrugu više razine..." (članak 175. st. 5. Zakona o radu).

Sada se javlja *ozbiljan problem* (u praksi) primjene odredbi članka 195. Zakona o radu o Odboru sindikata za kolektivne pregovore. Koga se isključuje i da li se uopće može netko isključiti iz pregovora o sklapanju kolektivnog ugovora? O tome sindikat odlučuje sporazumno, a ako se ne sporazumiju, slijedi odluka Gospodarsko – socijalnog vijeća "odnosno odlučuje ministar nadležan za rad ako Gospodarsko – socijalno vijeće nije utemeljeno" (članak 195. Zakona o radu). Ovdje se prvenstveno misli na različite razine na kojima se kolektivni ugovor zaključuje. Ali, isključivanja ne može biti, bez obzira na udio u kolektivnom pregovaranju.

U ugovornim odredbama kolektivnog ugovora treba utvrditi (ugovoriti "propisati") pravila prema članku 196. st. 3. Zakona o radu ("pravila o postupku kolektivnog pregovaranja, te o sastavu i načinu postupanja tijela ovlaštenih za mirno rješavanje kolektivnih radnih sporova").

3.2.2. Pitanje javnog interesa za proširenje primjene kolektivnog ugovora

Interes je na izvjestan način preobražena potreba. Potreba se javlja u obliku interesa, kao jedinstvo objektivnoga i subjektivnoga. Interes pretpostavlja određeni odnos, diferencijaciju, pa i konflikt, u pravilu, većeg broja subjekata. Interes je izvjesna uzajamnost, izvjesno učešće. U najširem smislu to je stanje nezadovoljenosti odnosno potrebitosti. Nosioci interesa su socijalni subjekti. Za interes je bitna svijest. Interes je osnova pa i manifestacija za promjenu odnosa.

Odlukom ministra nadležnog za rad manifestira se javni interes. Jedan kolektivni ugovor tim aktom oktroira (nameće) država i postaje obvezan i za one subjekte koji ga nisu zaključili niti su mu kasnije pristupili. Time se taj kolektivni ugovor diže na razinu veću od one na kojoj je bio prije odluke o proširenju njegove primjene.

Javni se interes procjenjuje. Inicira ga stranka kolektivnog ugovora koja predlaže da se taj kolektivni ugovor odnosno njegova primjena proširi. Ta inicijativa (prijedlog) dostavlja se sindikatima, udrugama poslodavaca "na koje se kolektivni ugovor proširuje", jer "prije donošenja odluke o proširenju važnosti kolektivnog ugovora, ministar nadležan za rad **'mora zatražiti mišljenje...'**".

Javni interes je u ravnoteži i jedinstvenoj primjeni na razini države određenog kolektivnog ugovora na one subjekte koji pripadaju istoj djelatnosti, struci, kada su u pitanju njihovi uvjeti rada u najširem smislu riječi. Javni interes usmjeren je na cjelinu, u ovom slučaju na radnike i poslodavce (u ugostiteljstvu, graditeljstvu, trgovini, u obrtu, drvnoj i papirnoj industriji i dr.). Povezuju se individualni interesi radnika da pravo na rad, plaću, odmore i dopuste, zaštitu na radu, stalnost radnog odnosa i druga prava budu uređena i realizirana, kao i prava drugih za koje vrijedi određena pravna norma, s interesima države da uspostavi stanje vladavine

prava u radnim odnosima, određene razine i sadržaja. Cilj je stvaranje veće pravne sigurnosti kako u individualnim tako i u kolektivnim radnim odnosima. Nema javnog interesa koji u sebi ne uključuje i pojedinačne interese. Javni interes je rezultat uprosječenja individualnih interesa.

Sindikati i poslodavci na koje se treba proširiti primjena kolektivnog ugovora sudjeluju u postupku "utvrđivanja" javnog interesa za to proširenje. Tako se stvara veća sigurnost za primjenu pravila u tržišno organiziranim subjektima, odnosno socijalnim partnerima i realizaciju cilja zbog kojeg postoje. To nije statično stanje, već proces u kome će se javni interes modelirati, usavršavati i realizirati, u ovom slučaju, putem udruga, ali i njihovih članova.²⁹

Javni interes je da radni odnosi budu uređeni heteronomnim i autonomnim normama kako bi se štitili i promicali interesi radnika i poslodavaca u određenoj grani, grupaciji, djelatnosti i cjelini. Kada se dođe do saznanja da je jedan kolektivni ugovor stupio na snagu i da se primjenjuje u standardnim, objektivno datim odnosima, da nema ozbiljnijih zamjerki u njegovoj realizaciji, inicira se njegova proširena primjena na sve radnike i poslodavce u određenoj djelatnosti. Zbog toga je bolje da se oktroira kolektivni ugovor koji ima dužu primjenu i koji se odnosi na veći dio subjekata. Time dolazi do svojevrsne unifikacije uvjeta rada u određenoj djelatnosti, za određenu profesiju i dr., ali i do šireg i većeg socijalnog mira u tim odnosima.

Odredba članka 211. st.1. Zakona o radu je tako stipulirana da ministar nadležan za rad ne može *ex offio* donijeti odluku o proširenju primjene kolektivnog ugovora već samo "na prijedlog stranke kolektivnog ugovora". To se objašnjava autonomijom sindikata i poslodavaca ako takva rješenja ne bi bila protivna javnom interesu. Tako donesena odluka obvezna je za sve poslodavce i sindikate u određenoj djelatnosti ili struci, u pravilu na području Republike Hrvatske.³⁰ Odlukom se promovira javni interes da se tako ima proširiti primjena kolektivnog ugovora, ali se ne prepisuje njegov sadržaj. Zbog toga je u tekstu odluke potrebno napisati da je "kolektivni ugovor... sastavni dio ove odluke...". Zbog toga, a i zbog pravne sigurnosti, tekst kolektivnog ugovora na snazi treba objaviti uz odluku.

To se, prvenstveno odnosi na one kolektivne ugovore koji nisu objavljeni u Narodnim novinama.³¹

²⁹ BILIČIĆ, M. Teorija interesa i interesnog djelovanja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991.) Vol. 23 br. 2., str. 391. i 392. (2002.).

³⁰ Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva gospodarstva rada i poduzetništva, NN 22/04., 55/04., 167/04. uređuje i Upravu za rad i tržište rada u kojoj se "obavljaju (se) upravni i drugi stručni poslovi koji se odnose na radne odnose, tržište rada i zapošljavanje, te *kolektivne ugovore i udruge*, kao i aktivnost za promicanje trostrane suradnje socijalnih partnera...", pa pored ostalog i "normativno uređivanje i pružanja stručne pomoći sindikatima i udrugama poslodavaca...". To se realizira u Odjelu radnog prava, kao ustrojbenoj jedinici Uprave za rad i tržište rada.

³¹ Zakon o radu: cit. članak 208. ("Dostava kolektivnog ugovora nadležnom tijelu"); članak 209. ("Objava kolektivnog ugovora"); Pravilnik o vođenju evidencije i objavi kolektivnih ugovora, NN 14/96. i 76/01.

Nepravni interes (ekonomski, moralni, politički, sportski i dr.) u pravilu nije dovoljna osnova za traženje pravne zaštite.

Pravni interes je ono što je pravno uređeno (vrijednost, dobro i dr.) i zaštićeno, "ali koje nije dobilo značenje subjektivnog prava u smislu da se može ostvariti pred ovlaštenim tijelom javne vlasti." Taj mora biti pravni i konkretan.

"Javnim interesom smatra se interes najvišeg kolektiviteta; to je tipični vlastiti interes države... Interes ostaje javan i ako je njegovo ostvarivanje povjereno privatnom subjektu; ovaj ga ostvaruje zajedno s vlastitim interesom."

Kod proširenja kolektivnog ugovora do izražaja dolazi intervencija države i ograničavanje autonomije. Ta autonomija sužava se i aktom (zakonom) države o najreprezentativnijoj organizaciji radnika i poslodavaca.

Za proširenje primjene dovoljan je prijedlog jedne strane (subjekta) kolektivnog ugovora na snazi, uz uvjet javnog interesa. Javni interes za proširenje kolektivnog ugovora ne traži se u Mađarskoj, ali prijedlog za proširenje primjene moraju dati najreprezentativnije udruge radnika i poslodavaca.

Zanimljivo je rješenje u Njemačkoj. Savezno ministarstvo rada donosi "deklaraciju" o proširenju primjene kolektivnog ugovora.³²

Većina zemalja veže proširenje primjene kolektivnog ugovora u poduzeću (kod jednog poslodavca) za broj radnika – članova sindikata na koje se već (kao adresate, strane) primjenjuje kolektivni ugovor zaključen kod tog poslodavca.

Zakonom o sustavu državne uprave, u dijelu koji regulira "Poslove državne uprave – neposredna provedba zakona i drugih propisa – Donošenje provedbenih propisa" propisano je "Ministri i ravnatelji državnih upravnih organizacija donose pravilnike, naredbe i naputke za provedbu zakona i drugih propisa kad su na to izrijeком ovlašteni, u granicama date ovlasti".³³

U Zakonu o radu je u članku 201. izrijeком utvrđeno da ministar nadležan za rad donosi *odluku* o proširenju važnosti kolektivnog ugovora, koja se mora objaviti u Narodnim novinama. Propisi koje po Zakonu o sustavu državne uprave donose ministri, također se objavljuju u Narodnim novinama. Ministarstva "osiguravaju provedbu zakona i drugih propisa". Prema Uredbi o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva gospodarstva, rada i poduzetništva "u Upravi za rad i tržište rada obavljaju se upravni i drugi stručni poslovi koji se odnose na radne odnose, tržište rada i zapošljavanje, te *kolektivne ugovore i udruge*, kao i aktivnosti za promicanje trostrane suradnje socijalnih partnera...".³⁴

³² Nomotehnika uči da je deklaracija akt usmjeravanja, a ne propis (!?).

³³ Zakon o sustavu državne uprave (pročišćeni tekst), NN, 190/03., 199/03.: članak 17.

³⁴ Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva gospodarstva, rada i poduzetništva, NN 24/04., 55/04., 167/04.: članak 53., 54. i dr.

Prema odredbama članka 128. st. 2. Ustava Republike Hrvatske, Ustavni sud Republike Hrvatske, pored ostalog, “odlučuje o suglasnosti *drugih propisa* s Ustavom i zakonom”. Što se smatra “propisom” pozivom na tu odredbu? Da li je odluka ministra nadležnog za rad kojom se proširuje primjena kolektivnog ugovora, u smislu članka 201. Zakona o radu, propis? To nije pojedinačni upravni akt, to je propis.

4. Odnosi koji nastaju nakon odluke o oktroiranju kolektivnog ugovora

Nakon što ministar nadležan za rad donese odluku o proširenju primjene kolektivnog ugovora, nastaju novi odnosi između subjekata na koje se odnosi kolektivni ugovor, odnosno odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora.

4.1. Odnos između stranke kolektivnog ugovora i ministra nadležnog za rad

Već je napisano koji se postupak ima provesti prije nego što ministar nadležan za rad donese odluku o proširenju važnosti kolektivnog ugovora.

U kakvom su odnosu stranke oktroiranog ugovora i ministar nadležan za rad nakon njegove odluke o oktroiranju toga kolektivnog ugovora? Prema odredbi članka 211. st. 4. Zakona o radu “Odluka o proširenju važnosti kolektivnog ugovora može se *opozvati* na način propisan za njezino donošenje”. To znači da stranka kolektivnog ugovora može predložiti ministru nadležnom za rad da opozove odluku o proširenju važnosti kolektivnog ugovora. Ministar je dužan odlučiti hoće li prijedlog prihvatiti ili ne, ali “po istom postupku” kao i kod proširenja “mora zatražiti mišljenje sindikata, udruga poslodavca ili predstavnika poslodavaca na koje je kolektivni ugovor proširio”. Dato mišljenje ga ne obvezuje (?!), ali znači podršku ili negiranje takvoj odluci, opet “ako postoji javni interes”.³⁵

Posebno je pitanje tko je stranka kolektivnog ugovora nakon odluke o njegovom proširenju? I tu se može dati odgovor, pozivom na članak 194. Zakona o radu odnosno članak 195., 198., 199., 201., ali i na odredbe članaka 201., 203., 206., 208., 210. i 212. Zakona o radu.

Stranke kolektivnog ugovora prvenstveno jesu one koje su pregovarale i sklopile kolektivni ugovor u skladu s odredbama članka 194. Zakona o radu. Na to se odnosi i članak 195. Prema članku 196. Zakona o radu kolektivni ugovor ima dva dijela: normativni i ugovorni. Ugovorni dio čine odredbe kolektivnog ugovora kojima se *uređuju prava i obveze stranaka koje su sklopile taj ugovor*, a “može sadržavati i pravna pravila kojima

³⁵ Zakon o načinu određivanja zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, NN 19/99.; Rješenje o određivanju zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, NN 29/04.

se uređuje sklapanje, sadržaj i prestanak radnih odnosa, pitanje radničkog vijeća, pitanje socijalnog osiguranja, te druga pitanja iz radnih odnosa ili u svezi s radnim odnosima” (članak 196. st. 1. Zakona o radu).

Ministarstvo nadležno za rad nije prije proširenja stranka kolektivnog ugovora koji je proširen (oktroiran). Njega ne obvezuje kolektivni ugovor, ali je imao obvezu i u pripremi odluke o proširenju primjene i o opozivu te odluke postupati “u dobroj vjeri” jer se javni interes dokazuje i na taj način - “kolektivni ugovor obvezuje sve osobe koje su ga sklopile... te sve osobe koje su pristupile kolektivnom ugovoru...”. No, ovdje se radi o trećim osobama “koje nisu sudjelovale u njegovom sklapanju, odnosno nisu mu naknadno pristupile”. Bitno je da je prethodno kolektivni ugovor objavljen, da je na snazi, a nadležni ministar se uključuje po posebnom postupku.

Odluka o proširenju važnosti (bolje je bilo zadržati odnosno upotrebljavati termin “primjene”) kolektivnog ugovora akt je ministra i ona je pravni temelj za obveze tih subjekata. Inače, ne bi imalo smisla i ne bi se cilj (javni interes) ostvario. Uostalom, to piše u odredbi članka 201. Zakona o radu. Ti subjekti su “osobe na koje se primjenjuje kolektivni ugovor snagom odluke o proširenju njegove primjene. Oni su dužni, kao i stranke kolektivnog ugovora “u dobroj vjeri ispunjavati njegove odredbe”. U te subjekte ne spada nadležni ministar.

Ministar nadležan za rad ne može odlukom promijeniti vrijeme sklapanja ili bolje reći trajanja oktroiranog kolektivnog ugovora. Kolektivni ugovor prestaje na način određen Zakonom bez obzira što je “oktroiran”. Ministar ne može otkazati kolektivni ugovor, ali može opozvati svoju odluku o proširenju primjene kolektivnog ugovora. On ne može mijenjati ili dopunjavati kolektivni ugovor, ali može novom odlukom proširiti primjenu izmjena i dopuna oktroiranog kolektivnog ugovora.³⁶ Prestanak važenja kolektivnog ugovora znači i prestanak važenja odluke. O tome odlučuju samo potpisnici kolektivnog ugovora. Zbog toga treba odvojeno tumačiti ulogu nadležnog ministra.

Bez obzira što se odluka o proširenju primjene kolektivnog ugovora objavljuje u Narodnim novinama, uputno je da se dostavi nadležnom tijelu ovisno o području primjene. Dakako, ako se kolektivni ugovor registrira u ministarstvu nadležnom za rad uputno je upisati (“u primjedbi”) i činjenicu da je oktroiran. Treba analogno primijeniti odredbu članka 208. st. 3. Zakona o radu.

³⁶ Vidi NN 75/05.; Odluka o proširenju primjene izmjena i dopuna Kolektivnog ugovora za djelatnost trgovine ili u NN 120/03. i 75/05. o odlukama koje se odnose na kolektivni ugovor za graditeljstvo.

4.2. Odnos subjekata na koje je primjena kolektivnog ugovora proširena i strana kolektivnog ugovora, odnosno ministarstva nadležnog za rad

Subjekti na koje je primjena kolektivnog ugovora proširena nisu stranke kolektivnog ugovora niti su osobe koje su mu naknadno pristupile. Ovi nemaju "jednaka prava i obveze" iz ugovornog dijela kolektivnog ugovora kao stranke koje su kolektivni ugovor sklopile odnosno naknadno mu pristupile. Međutim, imaju jednaka prava i obveze iz normativnog dijela kolektivnog ugovora čija je primjena na njih proširena. Oni ne mogu otkazati kolektivni ugovor. Međutim, mogu inicirati izmjene i dopune tog kolektivnog ugovora "u dobroj vjeri".

Bez obzira što nisu stanke kolektivnog ugovora, mogu tražiti sudsku zaštitu prava iz kolektivnog ugovora (članak 212. Zakona o radu), temeljem odredbi članka 10. Zakona o radu o primjeni općih propisa obveznoga prava ("na sklapanje, valjanost, prestanak ili drugo pitanje u svezi s kolektivnim ugovorom").

Ti se odnosi mogu razumjeti samo objašnjenjem pravne prirode oktroiranog kolektivnog ugovora jer "do oktroiranja dolazi nezavisno od volje (ili pristanka) osoba na koje se zaključeni kolektivni ugovor proširuje odlukom za to nadležnih državnih organa".³⁷

Kolektivni ugovor nije ugovor za one subjekte na koje je odlukom ministra za rad proširena njegova primjena. On je ugovor samo za stranke kolektivnog ugovora, on postaje akt – zakon (ugovor – odluka) voljom i snagom vlasti. Taj akt o oktroiranju kolektivnog ugovora, pozivom na odredbe članka 211. Zakona o radu ima isti pravni učinak kao i kolektivni ugovor koji je prethodno zaključen. Ima normativni, a ne ugovorni učinak. Prestankom važenja kolektivnog ugovora koji je oktroiran prestaje i važnost odluke o proširenju njegove primjene.

5. Rješenja u drugim zakonodavstvima

Švedsko radno zakonodavstvo ne sadržava odredbu kojom bi se proširila primjena kolektivnog ugovora na druge radnike i poslodavce. To proizlazi iz načelnog stava da kolektivni ugovor može obvezivati samo subjekte – stranke kolektivnog ugovora, koji su ga sklopili, i njihove članove. Riječ je o čistoj ugovornoj teoriji kolektivnog ugovora.

Prema Zakonu o tarifnim ugovorima SR Njemačke (§ 5.) "Savezno ministarstvo za gospodarstvo i rad može, u sporazumu s jednim od postojećih odbora sastavljenih od triju zastupnika najviših (krovnih) organizacija poslodavaca i posloprimaca, na prijedlog jedne strane tarifnog ugovora, *proglasiti tarifni ugovor opće obveznim...*". Postavljaju se i određeni uvjeti

³⁷ TINTIĆ, N., cit., str. 318. i dr.

za tu odluku (zapošljavanje preko 50% na koje se odnosi kolektivni ugovor i "kada se smatra da je izjava o općoj obveznosti u javnom interesu"), a i od njih se u određenim slučajevima može odustati ako je to potrebno zbog uklanjanja socijalnog stanja nužde. Nadalje propisuje se da zainteresiranim subjektima treba dati mogućnost "da iznesu svoje stajalište u pisanom obliku kao i da se izjasne u usmenoj i javnoj raspravi (poslodavci, sindikati i uprave viših zemaljskih oblasti). Ako postoji protivljenje "više zemaljske uprave" proglašenju kolektivnog ugovora obveznim, o sukobu će odlučiti Savezna vlada, odnosno uz njezinu suglasnost Savezno ministarstvo za gospodarstvo i rad. "Na temelju *izjave o općoj obveznosti* pravne norme tarifnog ugovora obuhvaćaju u svom području važenja također poslodavce i posloprince koji do tada nisu bili vezani tarifnim ugovorom." Po istom postupku izjava se može ukinuti (isti organ, isti postupak suglasnosti i dr.), a "opća obveznost nekog tarifnog ugovora prestaje uobičajeno njegovim istekom (važenja)".

"Izjava o općoj obveznosti i ukidanju opće obveznosti *moraju se javno objaviti*".³⁸

Još detaljniji postupak uređen je u Austriji u *Arbeitsverfassungsgesetz* (ArbVG).³⁹ Uređuje se prethodni postupak prije izjave o proširenju (stranke) i snaga izjave te njezin sadržaj "uz postojanje propisanih pretpostavki". *Izjavom o oktroiranju kolektivnom ugovoru daje se snaga pravila* "izvan njegovog prostornog, stvarnog ili personalnog područja važenja". *Propis (Satzung) čine odredbe kolektivnog ugovora koje su u izjavi označene kao pravno obvezujuće.*" To znači da izjavom o proširenju mogu biti obuhvaćene sve ili samo neke odredbe kolektivnog ugovora", vodeći računa da "neke odredbe zbog pravne ili stvarne uzročne veze ne smiju biti ispuštene". Ne može se proširiti primjena kolektivnog ugovora koji zaključi udruga koja nije sposobna zaključiti kolektivni ugovor. "Odredbe pravilno objavljenog proširenja primjene neposredno su pravno obvezujuće unutar njegovog prostornog, profesionalnog i personalnog područja važenja..." Izjava o proširenju, pored ostalog, mora sadržavati: sadržaj, prostorno važenje, početak i vrijeme važenja proširenja. Izjava se objavljuje i registrira. Značajno je da se ta izjava i prošireni kolektivni ugovor moraju dostaviti i sudovima koji sude radne sporove.⁴⁰

Švicarski Savezni zakon o izjavi o općoj obveznosti kolektivnih ugovora o radu, od 28.9.1956. uređuje pojam, pretpostavke i djelovanje izjave o općoj obveznosti kolektivnog ugovora. Izjava (naredba) nadležnih vlasti donose se "na zahtjev svih ugovornih stranaka". Tom izjavom kolektivni

³⁸ Njemačka: Zakon o tarifnim ugovorima, Tarifvertragsgesetz (TVG), 9. April 1949, WiGBL 1949, 55, 68, neugefaßt durch Bek. v. 25.8. 1969 T 1323; geändert durch Art. 175 V v. 25.11.2003 I 2304.

³⁹ Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), Bundesgesetz vom 14.12.1973 betreffend die Arbeitsverfassung, 1974 SIF: BGBl 1974/22... 2002/100.

⁴⁰ isto: § 21.

ugovor proširuje se “na poslodavce i posloprimce dotičnih ekonomskih grana ili zanimanja “koje nisu sudjelovale u ugovoru”. Mogu se oktroirati samo neke odredbe, a “odredbe o rješavanju sporova od strane arbitraže ili mirovnog vijeća ne mogu se proširiti”. Posebno se ističe potreba i mogućnost proširenja odredbi o radnom vremenu i plaći.

Zakon utvrđuje opće pretpostavke kada se opća obveznost može narediti (npr. većina zaposlenih), ali i pitanja za koja vrijedi poseban postupak proširenja primjene (kase – fondovi; mogućnost učlanjenja u udruge i dr.). “Odredbe kolektivnog ugovora čija je primjena proširena imaju prednost pred odredbama ugovora koje nisu opće obvezne, uz izuzetak onih odredbi koje su povoljnije za posloprimca”. Utvrđena je jednakost subjekata: stranaka kolektivnog ugovora i onih na koje je kolektivni ugovor proširen. Posebna odredba odnosi se na mogućnost da subjekti na koje je proširen kolektivni ugovor zatraže nadzor posebnog tijela “umjesto organa kontrole predviđenog ugovorom”. Utvrđen je postupak predlaganja i sadržaj prijedloga proširenja (objavljivanje, donošenje odluke o proširenju i njezin sadržaj), odnosi kantonalne i savezne vlasti (postupak), objavljivanje, troškovi, stavljanje izvan snage opće obveznosti i dr.

6. Zaključak

6.1. “Pravna priroda oktroiranog kolektivnog ugovora tvori poseban problem”.⁴¹ Radnopravni odnosi su složeni odnosi što izvire iz složenosti gospodarskih, političkih, kulturnih, povijesnih i drugih odnosa i okvira. Brojna su vrela tih odnosa: Ustav Republike Hrvatske, univerzalna vrela, multilateralni i bilateralni ugovori; primarni i sekundarni izvori prava EU; zakoni; podzakonski akti i brojni autonomni izvori (kolektivni ugovori, pravilnici o radu i drugi). Svako od tih vrela ima svoj postupak pripreme, donošenja i primjene.

Priprema, proces kolektivnog pregovaranja, sklapanje i primjena kolektivnog ugovora složen je, zahtjevan posao. To je odgovorna “zakonodavna” aktivnost legitimnih subjekata, profesionalnih udruga poslodavaca i sindikata i u tom procesu sučeljavaju se različiti interesi tih subjekata. To je normativna djelatnost *sui generis*.

U pitanju su autonomni, u pravilu nedržavni, subjekti. Država se u kolektivnom pregovaranju i zaključivanju kolektivnih ugovora javlja kao poslodavac, a ne kao vlast. I onda se javlja iznimka određena kao **proširenje primjene kolektivnog ugovora**, odnosno oktroiranje kolektivnog ugovora koji je na snazi, nakon objave i registracije u skladu s državnim normom.

⁴¹ TINTIĆ, isto.

Stranke kolektivnog ugovora svoju aktivnost temelje na slobodi i pravu udruživanja i dobrovoljnoga kolektivnog pregovaranja.⁴² Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje, ali razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (čl. 16. Ustava Republike Hrvatske). “Svakom se jamči pravo na slobodu udruživanja radi zaštite njihovih probitaka...”. (čl. 43. Ustava RH).

... Radi toga svatko može slobodno osnivati sindikate i druge udruge, uključivati se u njih ili iz njih istupati u skladu sa zakonom”. “Poduzetnička i tržišna sloboda temelj su gospodarskog ustroja Republike Hrvatske”. “Radi zaštite svojih gospodarskih i socijalnih interesa, svi zaposleni imaju pravo osnivati sindikate i slobodno u njih stupati i iz njih istupati... Poslodavci imaju pravo osnivati udruge i slobodno u njih stupati i iz njih istupati” (čl. 59. Ustava RH).

Država ima Ustavom i zakonima utvrđen ustroj i nadležnost: zakonodavnu, izvršnu i sudbenu.

“Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnoga poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona. Njihove se odredbe mogu mijenjati ili ukidati samo uz uvjete i na način koji su u njima utvrđeni, ili suglasno općim pravilima međunarodnog prava”.⁴³

Brojni su univerzalni izvori koji uređuju prava (i slobodu) udruživanja i kolektivnog ugovora.⁴⁴

Postavke iz ovih dokumenata moraju pratiti i heteronomni i autonomni izvori radnoga prava (radnih odnosa).

6.2. Zakon o radu prati rješenja iz navedenih vrela u dijelu o kolektivnim ugovorima (čl. 194.-212.), o: pregovaranju, zaključivanju, obnavljanju i dr., a i o proširenju primjene kolektivnog ugovora. Bez obzira na odluku o proširenju primjene kolektivnog ugovora na prava iz radnog odnosa primjenjuje se načelo *in favorem laboratoris*, odnosno primjena za radnika najpovoljnijeg prava (članak 12. Zakona o radu).

Proširenje primjene kolektivnog ugovora pretpostavlja: da je kolektivni ugovor čija se primjena proširuje u skladu sa zakonom, da je objavljen, da je na snazi, da se radi o “reprezentativnim” subjektima – strankama kolektivnog

⁴² Ustav Republike Hrvatske (proč. tekst), N.N. 41/01., 55/01: članak 16., 19., 22., 43., 49., 59.

⁴³ Ustav – čl. 140.; Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, NN 28/96.

⁴⁴ Opća Deklaracija o pravima čovjeka (10.12.1948.); Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (16.12.1966.); Pakt o građanskim i političkim pravima (16.12.1966.); Statut Međunarodne organizacije rada (MOR, ILO, ITO); Konvencija MOR-a br. 87 o slobodi udruživanja i zaštite prava na organiziranje, NN MU 3/00.; Preporuka MOR-a br. 91 koja se odnosi na kolektivne ugovore (1951.); Europska konvencija ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/97., 6/99., 8/99.; Europska socijalna povelja, NN MU 15/02. i brojni drugi.

ugovora i da se oktroiranjem primjena kolektivnog ugovora odnosi na veći broj poslodavaca i radnika, da postoji prijedlog za proširenje primjene od legitimnih subjekata, da prije donošenja odluke ministar nadležan za rad zatraži mišljenje poslodavca i sindikata na koje bi se primjena odnosila.⁴⁵

Ministar nadležan za rad *može* nakon toga donijeti odluku o proširenju primjene kolektivnog ugovora “ako postoji javni interes”. To mora biti objektivizirano jer bi bez toga pravo i sloboda udruživanja i kolektivnog pregovaranja, odnosno sklapanja kolektivnog ugovora bilo dovedeno u pitanje.

6.3. Zanimljiva je i opravdana inicijativa URSH i prijedlog za “donošenje nacionalnog kolektivnog ugovora kojim bi se odredila minimalna materijalna prava radnika: od minimalne plaće, trajanja godišnjeg odmora, trajanja otkaznog roka, najniže otpremnine, troškovi prijevoza s posla i na posao, troškovi prehrane, naknada za prekovremeni rad, rad praznicima, blagdanima i nedjeljom, odvojeni život i druga materijalna prava sukladno ZOR-u”.⁴⁶ Po tom prijedlogu potpisnici Nacionalnog kolektivnog ugovora bili bi Vlada Republike Hrvatske, poslodavci i sindikati u Republici Hrvatskoj i odnosio bi se na sve zaposlene u Republici Hrvatskoj.

Nakon što bi se potpisao i stupio na snagu Nacionalni kolektivni ugovor, mogao bi se pokrenuti postupak proširenja njegove primjene i na poslodavce koji nisu članovi HUP-a, odnosno na radnike koji nisu članovi sindikata. Sigurno je da sada za to postoji javni interes jer se kao stranka Kolektivnog ugovora javlja Vlada Republike Hrvatske (više kao vlast, a manje kao poslodavac). No, to bi bio poseban primjer i pravni odnos.

Postavlja se pitanje potrebe i opravdanja za potpisivanje Nacionalnog kolektivnog ugovora – ili svojevrstnih zajedničkih temelja (osnova za zaključivanje kolektivnih ugovora u Republici Hrvatskoj).⁴⁷ Postoje iskustva i rješenja i kod nas i u svijetu. Osnova je u konvencijama Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ITO, ILO), koje je prihvatila (notificirala) Republika Hrvatska.

“Najviši” kolektivni ugovor daje “najuža” prava, jer svaki drugi, bez obzira na razinu, može utvrđivati “veći” fond prava. Niža prava ne mogu se

⁴⁵ Preporuka MOR-a br. 91 “Proširenje kolektivnih ugovora (Točka IV. 5. st.1. i 2. a.b.c.).

⁴⁶ Prijedlozi za bolje provođenje Programa borbe protiv siromaštva i socijalne isključenosti donošenjem nacionalnog kolektivnog ugovora uvođenjem socijalne identifikacijske kartice”, Udruga radničkih sindikata Hrvatske, Zagreb, ur.br. 151/05. od 29. lipnja 2005., upućeni Vladi Republike Hrvatske, Ured za socijalno partnerstvo i Gospodarsko – socijalnom vijeću.

⁴⁷ 28.12.1989. godine u Jugoslaviji su sindikati i Privredna komora potpisali “Osnove za zaključivanje kolektivnih ugovora”. Njima su utvrđena ova pitanja: prava koja se odnose na sindikalno organiziranje, raspoređivanje radnika, radno vrijeme, odmori i odsustva, zaštitu radnika na radu, plaće i naknade, disciplinske mjere/organe i postupak), udaljenje radnika s rada; materijalna odgovornost, prestanak radnog odnosa i zaštita prava radnika. Vidi Kolektivni ugovori, Radnička štampa, Beograd, 1990.

urediti ni pravilnicima o radu, sporazumima poslodavca i radničkog vijeća, a pogotovo ne ugovorima o radu, kojima se zasniva radni odnos.

Nakon tog temeljnog kolektivnog ugovora nema zapreke da se pokaže sva autonomnost, samostalnost i konkretnost subjekata "budućih" kolektivnih ugovora svih razina, ali s "većim" pravima od onih u temeljnom kolektivnom ugovoru, poštujući posebnosti i specifičnosti za odgovarajuće subjekte i razine kolektivnog ugovora.

Utvrđivanje najniže cijene rada treba biti zajednički stav i briga subjekata temeljnog kolektivnog ugovora. Njihova rješenja treba da budu optimalna i stimulatívna, a konkretiziraju se još bolje i stimulatívnije na nižim razinama na kojima se kolektivni ugovori budu zaključivali. U nekim državama (npr. SR Njemačka) kolektivni ugovor koji se proširuje "mora biti od pretežitog značenja". U slučaju kolizije imaju se primijeniti pravila povoljnijeg prava za radnika (načelo *in favorem laboratores*).

Koja se svrha postiže? Moglo bi se reći da se zaključivanjem ovog (i ovakvog) kolektivnog ugovora postiže ova svrha: (1) izjednačavanje uvjeta rada za sve radnike grane, grupacije, djelatnosti, (2) ujednačavanje uvjeta poslovanja (privređivanja); (3) uspostavljanje raznih oblika suradnje između radnika (sindikata) i poslodavaca; (4) osiguranje socijalnog mira; (5) inicira se (sugerira) zaključivanje kolektivnih ugovora drugih razina i drugih autonomnih općih akata u oblasti radnih odnosa.

6.4. Kolektivni radni sporovi i njihovo rješavanje posebna je tema. Institucionalizirani sustav alternativne metode rješavanja radnih sporova (individualnih i kolektivnih) nije postao alternativan sudskim sporovima. Prednosti su u brzini, manjim troškovima, procesnim pravilima. Alternativne metode rješavanja sporova brže su, jeftinije, povjerljivije i za ostvarenje dugoročnih interesa bolje odgovaraju potrebi rješavanja radnih sporova.⁴⁸ To je kompleks odnosa (pravila i metoda) o arbitraži i mirenju, utvrđivanju činjenica, pregovora, savjetovanja (interno i eksterno) i dr. Bitna je činjenica da su se strane u sporu sporazumjele i kod izbora miritelja odnosno arbitra.

Predmet radnog spora različit je i može biti interesni i pravni. U pravnim sporovima spor je o primjeni utvrđene pravne norme, a u interesnim sporovima zahtjev je utvrditi novo pravo ili izmijeniti postojeću pravnu normu kojom je pravo utvrđeno nepovoljnije od interesa inicijatora (predlagatelja) promjene. Interesni sporovi su, u pravilu, kolektivni radni sporovi. Kolektivni radni spor je spor o tumačenju ili primjeni kolektivnog ugovora. Interesni kolektivni radni spor rješavaju miritelji i arbitri (arbitraže), ali i jednim od oblika industrijske akcije (najčešće štrajkom).

⁴⁸ GOTOVAC, Viktor, Alternativne metode rješavanja radnih sporova: Mirenje i arbitraža, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 185. i dalje.

Miritelj i arbitar moraju biti neutralne, stručne osobe, dobri poznavatelji radnih odnosa, jednostavne (dostupne, komunikativne) i pravične (nepri-strane). Cilj je izbjegavanje posljedica za bilo koju stranu u sporu.

Mirenje i posredovanje (koncilijacija i medijacija) vode istom cilju. Stranke u sporu treba miriti i posredovati u rješavanju spora. Zakon o radu uspostavio je slobodu ugovaranja. Tako je i s postupkom mirenja u rješavanju nastalog spora. Prema odredbama članka 126. stavak 4. Zakona o radu postoji mogućnost da se zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predvidi postupak mirnoga rješavanja nastalog spora. Republika Hrvatska ima poseban propis o tome.⁴⁹

Kolektivni radni spor može biti interesni i pravni. U interesnom radnom sporu predmet je sklapanje, izmjena ili obnova kolektivnog ugovora (ili sličan spor koji može dovesti do štrajka ili drugog oblik industrijske akcije). U pravilu, još ne postoji pravna norma. Takav slučaj moguć je kod onih poslodavaca i sindikata na koje se ne odnosi kolektivni ugovor (nisu ga potpisali niti su mu naknadno pristupili), pa se može očekivati ili izrada i potpisivanje kolektivnog ugovora ili iniciranje oktroiranja "najbližeg" (najadekvatnijeg) koji je na snazi i koji se primjenjuje na druge subjekte. Interesni spor je rezultat nepomirljivosti kolektivnih subjekata. Kolektivni pravni sporovi su sporovi o tumačenju ili primjeni kolektivnog ugovora, zakona ili drugog propisa. Tih sporova može biti i povodom oktroiranog kolektivnog ugovora.

Neovisno o tome radi li se o interesnom ili pravnom kolektivnom sporu, Zakon o radu propisuje obvezu provođenja postupka mirenja. Postupak mirenja utvrđuju stranke ili zakon.⁵⁰

Ne može se voditi kolektivni radni spor ako ministar nadležan za rad ne prihvati inicijativu legitimnih subjekata da određeni kolektivni ugovor oktroira, jer se ne radi o tumačenju niti primjeni zakona, drugog propisa ili kolektivnog ugovora, i ako to izričito nije zakonom određeno. Naime, nema drugog subjekta – nema poslodavca, a u ovom slučaju to nije "nadležni ministar". Prema tome, može biti samo u pitanju druga vrsta postupka.

Zakon o radu uređuje i pitanja arbitražnog rješavanja kolektivnog radnog spora. Stranke mogu povjeriti arbitražnom sudu na rješavanje kolektivni radni spor. Imenovanje arbitra ili arbitražnog vijeća te druga pitanja arbitražnog postupka mogu se urediti kolektivnim ugovorom ili sporazumom stranaka nakon nastanka spora. Arbitražni sud može odlučiti samo o pitanju koje su pred njega iznijele stranke spora. Osnova za arbitražnu odluku o pravnom kolektivnom sporu je propis (zakon, drugi propis, kolektivni ugovor), a u slučaju interesnog radnog spora osnova je pravičnost. I u

⁴⁹ Zakon o mirenju, NN 163/03.

⁵⁰ Riječ je o sporovima u kojima je obvezno mirenje "ako stranke spora nisu dogovorile neki drugi način njegovog mirnog rješavanja...". Zakon o radu: čl. 203., stranka u sporu koja odbije sudjelovati u postupku mirenja čini prekršaj (čl. 228.a, 229. i 230. Zakona o radu).

jednom i u drugom slučaju arbitražna odluka mora biti obrazložena, ako stranke ne odrede drukčije. Odluka arbitraže u pravnom kolektivnom sporu ima snagu (učinke) pravomoćne sudske presude.⁵¹

Pravna pravila sadržana u kolektivnom ugovoru primjenjuju se neposredno i obvezujuće na sve osobe na koje se primjenjuje kolektivni ugovor. To znači i na one na koje je kolektivni ugovor proširen (oktroiran). Sugerirati je da se u ugovornim odredbama kolektivnog ugovora uglave i odredbe o iniciranju postupka proširenja primjene kolektivnog ugovora, kako bi se izbjegli sporovi.⁵²

6.5. Tema ovog rada malo je obrađivana u teoriji kolektivnih radnih odnosa, iako je zahtjevna i značajna.⁵³

6.6. Nomotehnička je zamjerka nazivu akta (propisa) o oktroiranju kojega donosi ministar nadležan za rad. Naime, u koliziji su navedene odredbe Zakona o radu i Zakona o sustavu državne uprave jer ministar donosi pravilnike, naredbe i napatke kao provedbene propise.⁵⁴ To je akt o proglašenju opće obveznim kolektivnog ugovora koji je na snazi (u djelatnosti, grani, grupaciji, državi). Ovo može samo opća norma i ako postoji javni interes. Do odluke nadležnog ministra dolazi se u precizno propisanom postupku. To nije "pravo" kolektivno pregovaranje, nije, strogo uzevši, niti "standardni" postupak donošenja propisa, već način (postupak) *sui generis* s privatnopravnim i javnopravnim elementima. U tom postupku ključni su subjekti potpisnici kolektivnog ugovora (koji se primjenjuje) i ministar nadležan za rad, bez obzira što imaju posebno mjesto i ulogu sindikati i poslodavci na koje će se kolektivni ugovor primjenjivati ako bude oktroiran. On je, kada se oktroira, akt-zakon jer za te subjekte nije obvezan temeljem ugovora već temeljem opće norme (propisa) nadležnog ministra. Dok postoji kolektivni ugovor i dok postoji javni interes, on se temeljem te opće norme primjenjuje na one na koje je proširena njegova primjena. Zbog toga se akt (odluka) nadležnog ministra mora objaviti javno. Oktroirati kolektivni ugovor znači dati mu snagu pravila (propis). Zapravo su odredbe oktroiranog kolektivnog ugovora propis, bez obzira da li su sve ili samo neke od tih odredbi oktroirane. Proširenje primjene kolektivnog ugovora određeno je precizno. Prostorno, vremenski i profesionalno javno objavljivanje jedan je od dokaza da se radi o propisu *erga omnes*. Na ovim postavkama može se očekivati rad na izradi "zajedničkih osnova za nacionalni kolektivni ugovor".

⁵¹ Zakon o arbitraži, NN 88/01.

⁵² Zakon o radu, cit., čl. 187. st. 2., čl. 187. st. 3. i čl. 203.

⁵³ ZUBER, Marija, Proširena primjena kolektivnih ugovora u gospodarstvu, Računovodstvo i financije, Zagreb, 2005., br. 8/05., str. 39.

⁵⁴ Zakon o sustavu državne uprave (pročišćeni tekst), NN 190/03., čl. 17. i 18.

Literatura

1. BILIČIĆ, M. Teorija interesa i interesnog djelovanja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 23 br. 2 (2002.).
2. BORKOVIĆ, Ivo, Postupak i tehnika izrade pravnih propisa, Informator, Zagreb, 1987.
3. BUKLIJAŠ, Boris, Lock-out kao instrument poslodavca u radnoj borbi, Vladavina prava, Zagreb, 5/1998.
4. CAMERLYNCK, G.H., LYON-CAEN Gérard, PÉLISSIER, Jean, Droit du travail, Dalloz, Paris, 1983.
5. Collective Bargaining, A Workers' education Manual, ILO, Geneva, 1986.,
6. DIKA, Mihajlo i dr., Zasnivanje i prestanak radnih odnosa, Rješavanje radnih sporova, Narodne novine, Zagreb, 2004.
7. FAHLBECK, R., Legal Nature of Collective Agreements, XX Congress International Academy of Comparative Law, Stockholm, Sweden, 1986.
8. GOTOVAC, Viktor, Alternativne metode rješavanja radnih sporova: Mirenje i arbitraža, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 185. i dalje.
9. KLAIĆ, Bratoljub, Rječnik stranih riječi, Zora, Zagreb, 1962.
10. Kolektivni ugovori, Radnička štampa, Beograd, 1990.
11. LUBARDA, B., Kolektivni ugovor o radu, Radnička štampa, Beograd, 1990.
12. OTTO KAHN-FREUND, Labour and the Law by R. Davies and M. Freedland, Stevens, London, 1983.
13. POTOČNJAK, Željko, Pravo na štrajk, Pravni fakultet, Zagreb, 1992.
14. RAVNIĆ, A. Osnove radnog prava, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2004.
15. RIVERO, Jean, SAVATIER, Jean, Droit du travail, P.U.F. Paris, 1986.
16. TINTIĆ, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi, Narodne novine, Zagreb, 1969.
17. UČUR, Marinko, Pravo na štrajk – pravna regulativa i aktualna praksa, Inženjerski biro, Zagreb, 1998.
18. UČUR, Marinko, Pretpostavke za donošenje i primjenu kolektivnih ugovora, Inženjerski biro, Zagreb, 1999.
19. UČUR, Marinko, Vrela i okvir kolektivnih industrijskih akcija – FOC Campaigne, Informator, 4506, Zagreb, 14.5.1997., str. 8.,
20. UČUR, Marinko, Vrela radnoga prava i promjene u radnim odnosima, Pravni fakultet u Rijeci, Rijeka, 1996., str. 287 i dr.
21. VUKOVIĆ, Đuro i Mihajlo, Nomotehnika, Informator, Zagreb, 1988.
22. ZUBER, Marija, Proširena primjena kolektivnih ugovora u gospodarstvu, Računovodstvo i financije, Zagreb, 2005., br. 8/05, str. 39.

Izvori

1. Austrija, Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), Bundesgesetz vom 14.12.1973 betreffend die Arbeitsverfassung, 1974 SIF: BGBl 1974/22... 2002/100.
2. Europska konvencija ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN MU 18/97., 6/99., 8/99.
3. Europska socijalna povelja, NN MU 15/02.
4. Konvencija MOR-a 98 (1949.), o pravu na udruživanje i kolektivno pregovaranje, NN MU 3/00.
5. Konvencija MOR-a broj 87 (1948.) o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, NN MU, 3/00.
6. Njemačka: Zakon o tarifnim ugovorima, Tarifvertragsgesetz (TVG), 9. April 1949, Wi GBL 1949, 55, 68, neugefaßt durch Bek. v. 25.8. 1969 T 1323; geändert durch Art. 175 V v. 25.11.2003 I 2304.
7. Opća deklaracija o pravima čovjeka, od 10.12.1948.
8. Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (16.12.1966.), vidi UČUR, M. Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet u Rijeci, 2004.
9. Pakt o građanskim i političkim pravima (16.12.1966.), vidi UČUR, M. Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet u Rijeci, 2004.
10. Pravilnik o mirenju, NN 81/02 i 65/04.
11. Pravilnik o vođenju evidencije i objavi kolektivnih ugovora, NN 14/96 i 76/01.
12. Preporuka br. 91 (1951.), koja se odnosi na kolektivne ugovore, NN MU 2/94.
13. Prijedlozi za bolje provođenje Programa borbe protiv siromaštva i socijalne isključenosti donošenjem nacionalnog kolektivnog ugovora uvođenjem socijalne identifikacijske kartice, Udruga radničkih sindikata Hrvatske, Zagreb, ur.br. 151/05, od 29. lipnja 2005.
14. Rješenje o određivanju zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, NN 29/04.
15. Statut Međunarodne organizacije rada (MOR, ILO, ITO), vidi UČUR, M. Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet u Rijeci, 2004..
16. Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva gospodarstva rada i poduzetništva, NN 22/04., 55/04., 167/04.
17. Ustav Republike Hrvatske (proč. tekst), NN 41/01., 55/01.
18. Zakon o arbitraži, NN 88/01.
19. Zakon o mirenju, NN 163/03.
20. Zakon o načinu određivanja zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, NN 19/99.
21. Zakon o radu, NN 38/95., 59/95., 64/95., 17/01., 82/01., 114/03., 192/03. i 30/04. (sa svim izmjenama i dopunama i ispravkama), te NN 137/04. (pročišćeni tekst).
22. Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, NN 28/96.
23. Zakon o sustavu državne uprave (pročišćeni tekst), NN, 190/03., 199/03.

Summary

COLLECTIVE BARGAINING AND WIDENING OF COLLECTIVE AGREEMENT'S APPLICATION (OCTROYED COLLECTIVE AGREEMENT)

Labor Law (final version, Official Gazette 137/2004) regulates in article 211 the issue of "Widening of collective agreement's application". Only four paragraphs of the said article determine: basis, right, procedure, and legal force of widened collective agreement. It is established that the name of the act by which widening of collective agreement occurs, is Decision (article 211 paragraph 3 and 4). Decision is made by the minister competent for labor (article 211 paragraph 1). Basis for such a decision is, among others, "public interest". Procedure is commenced "on a proposal of a party to collective agreement". It follows that a collective agreement already exist, it is in force, it is applied, and the right to action is attributed to any party to collective agreement. Passive parties are "those who did not participate in its conclusion, and have not afterwards joined it". Decision on widening is a general legal act: it has a name, issuer, temporal and spacial application, content and other characteristics of a general legal act (in terms of nomotechnics). It must be published (article 211 paragraph 3) and "may be revoked under the same conditions provided for its issuance" (article 211 paragraph 4). Provisions of paragraph 2 of the same article are also important; they regulate obligation of the minister competent for labor. Prior to issuing a Decision on widening of a collective agreement, he "must obtain opinion of labor unions, employers' associations, or representatives of employers to whom the collective agreement will be applied".

It is a sort of collective bargaining procedure, although in essence it represents an act of governance that is issued in a special procedure.

Key words: *widening of collective agreement, procedure and subjects of widening, basis and reason for widening, subjects to the procedure, collective bargaining.*

Zusammenfassung

**TARIFVERHANDLUNGEN UND ERWEITERUNG DER
ANWENDUNG DES TARIFVERTRAGS
(BEWILLIGUNG DES TARIFVERTRAGS)**

Das Arbeitsgesetz (gereinigter Text NN 137/04) reguliert in den Bestimmungen des Artikels 211 die Frage der "Erweiterung der Anwendung des Tarifvertrags". In den nur vier Absätzen dieses Artikels werden bestimmt: Basis, Befugnis, Verfahren und Rechtskraft des erweiterten Tarifvertrags. Es ist vorgeschrieben, dass sich der Akt, durch den die Anwendung des Tarifvertrags erweitert wird, Entscheidung nennt (Art. 211 Abs. 3, 4 Arbeitsgesetz). Die Entscheidung verabschiedet der Arbeitsminister (Art. 211 Abs.1 Arbeitsgesetz). Die Basis für das Fällen der Entscheidung ist auch ihr Grund "wenn öffentliches Interesse besteht". Das Verfahren beginnt auf "Vorschlag der Parteien des Tarifvertrags". Das bedeutet, dass vor der Entscheidung ein Tarifvertrag besteht, dass er in Kraft ist, dass er angewandt wird und dass jede Partei des Tarifvertrages, der erweitert werden soll, dafür die aktive Legitimation besitzt. Passive Parteien sind "Personen, die nicht an seinem Abschluss teilgenommen haben bzw. ihm nicht nachträglich beigetreten sind". Die Entscheidung über die Erweiterung ist Vorschrift: sie hat ihren Namen, Überbringer, zeitliche und räumliche Gültigkeit, Inhalt und andere Merkmale einer Vorschrift (im nomotechnischen Sinne)). Sie muss bekannt gemacht werden (Art. 211 Abs. 3) "und kann auf die Art, wie sie verabschiedet wird, widerrufen werden" (Art. 211 Abs. 4). Wichtig sind auch die Bestimmungen aus Abs. 2 Art. 211 des Arbeitsgesetzes, die sich auf die Pflichten des Arbeitsministers beziehen, der vor der Verabschiedung der Entscheidung über die Erweiterung der Gültigkeit des Tarifvertrags "die Meinung der Gewerkschaft, des Unternehmerverbandes oder eines Vertreters der Unternehmer, auf die der Tarifvertrag erweitert werden soll, einholen muss".

Dies ist ein spezifisches Verfahren von Tarifverhandlungen obwohl im Grunde genommen von einem Akt der Regierung die Rede ist, der in einem besonderen Verfahren verabschiedet wird.

Schlüsselwörter: *Erweiterung des Tarifvertrags, Verfahren und Subjekte der Erweiterung, Basis und Grund der Erweiterung, Subjekte im Verfahren, Tarifverhandlungen.*

Sommario

TRATTATIVA ED ESTENSIONE COLLETTIVA DELL'APPLICAZIONE DEL CONTRATTO COLLETTIVO (IMPOSIZIONE DEL CONTRATTO COLLETTIVO)

La Legge sul lavoro (versione emendata, *Narodne Novine* n. 137/2004) regola nell'art. 211 la questione dell'"estensione dell'applicazione del contratto collettivo". In soli quattro paragrafi di questo articolo sono determinati: base, autorizzazione, procedura, e forza legale del contratto collettivo esteso. È stabilito che il nome dell'atto mediante il quale avviene l'estensione del contratto collettivo è "decisione" (art. 211 co. 3 e 4 Legge sul lavoro). La decisione è adottata dal ministro competente per il lavoro (art. 211 co. 1 Legge sul lavoro). La base per l'adozione della decisione è la ragione "se sussiste pubblico interesse". La procedura è avviata "su proposta di una parte del contratto collettivo". Ciò significa che un contratto collettivo già esiste, è in vigore, è applicato, e il diritto all'azione è attribuito a qualunque parte del contratto collettivo. Le parti passive sono "le persone che non hanno partecipato alla sua conclusione, e dopo non ne hanno goduto". La decisione sull'estensione è una prescrizione: ha il suo nome, responsabile, applicazione spaziale e temporale, contenuto e altre caratteristiche della prescrizione (in senso nomotecnico). Deve essere pubblicata (art. 211 co. 3) e "può essere revocata alle stesse condizioni previste per la sua adozione" (art. 211 co. 4). Essenziali sono anche le norme del co. 2 dell'art. 211 della Legge sul lavoro, che si riferiscono alle obbligazioni del ministro competente per il lavoro perché prima dell'adozione della decisione sull'estensione dell'importanza di un contratto collettivo "deve richiedere il parere dei sindacati, delle associazioni padronali o delle rappresentanze padronali cui il contratto collettivo si estenderà".

Questa è la procedura di una singolare trattativa collettiva, nonostante sia nella sostanza l'espressione di un atto di governo che si adotta mediante una procedura particolare.

Parole chiave: *estensione del contratto collettivo, procedimento e soggetti dell'estensione, base e ragione dell'estensione, soggetti nel procedimento, trattativa collettiva.*

RATNA ŠTETA PROUZROČENA TERORISTIČKIM AKTOM

Mr. sc. Jasna Brežanski, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 341.384::323.285
347.512.3::323.285
Ur.: 9. siječnja 2006.
Pr.: 2. veljače 2006.
Stručni članak

U radu se govori o ratnoj šteti prouzročenoj terorističkim aktom, s obzirom na potrebu razgraničenja te štete od one prouzročene terorističkim aktom, a koja nema karakter ratne štete. S tim u svezi razmatra se pitanje pojmovnog određenja ratne štete i terorističkog akta. Posebno se razmatra pitanje odgovornosti i popravljivanja ratne štete u svezi s pravnim učincima nastalih šteta. Naglasak je i na stajalištima sudske prakse zauzetim prilikom odlučivanja o tim pitanjima.

Ključne riječi: ratna šteta, teroristički akt.

I. Uvod

Agresija na Republiku Hrvatsku i višegodišnja ratna zbivanja nanijela su mnogostruke štete Republici Hrvatskoj i njezinim fizičkim i pravnim osobama. U svezi s tim javilo se niz specifičnih pitanja od kojih među najznačajnija ubrajamo ona koja se tiču tih šteta, odgovornosti za nastalu štetu i popravljivanja te štete.

Znatan dio nastale štete ima karakter ratne štete, a kao štetna radnja kojom je prouzročena ratna šteta javljaju se i različiti oblici akata terora i nasilja.

U teoriji i sudskoj praksi nije bilo sporno da ratna šteta može biti prouzročena aktom koji po svojim pojavnim oblicima ima značajke terorističkog akta. Međutim, kako nije svaka šteta prouzročena takvim aktom ratna šteta, u praksi se postavilo pitanje razgraničenja između šteta prouzročenih terorističkim aktom koje imaju karakter ratne štete i onih koje to nisu, iako su, također, prouzročene terorističkim aktom. Ovisno o tom razgraničenju različiti su bili učinci u svezi s odgovornošću za štetu i s pravom oštećenog na naknadu štete.

Pitanje razgraničenja javlja se posebno iz razloga, što su se teroristički akti javljali istovremeno, odnosno u prostoru i vremenu ratnih zbivanja u Hrvatskoj kad svaka šteta može imati karakter ratne štete, ali naravno nisu sve nastale štete ratne štete.¹

Navedena pitanja u okviru ovog rada razmatramo sa stajališta propisa koji su na snazi u Republici Hrvatskoj, s posebnim osvrtom na sudsku praksu koja se bavila tim pitanjima i izjašnjavala o spornim situacijama i slučajevima.

U primjeni propisa prvenstveni je naglasak na posebnim zakonima koji su doneseni 2003. godine jer neposredno uređuju ili su od bitnog utjecaja za tu materiju. To su Zakon o odgovornosti za štetu Republike Hrvatske uzrokovane od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata (NN, broj 117/03., dalje: Zakon o odgovornosti za štetu RH) i Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata (NN, broj 117/03., dalje: Zakon o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata).

Smatramo, međutim, nužnim osvrnuti se i na razdoblje koje je prethodilo donošenju navedenih posebnih zakona, kako s obzirom na tada postojeće zakonsko uređenje tako i s obzirom na sudsku praksu koja je, u nedostatku posebnog zakonskog uređenja, zauzimala stajališta o nizu značajnih pitanja koja su se stajališta pokazala aktualnim i primjenjivim i u okviru sadašnjeg zakonskog uređenja ratne štete i štete prouzročene terorističkim aktom.

U svezi sa specifičnim pitanjima ratne štete prouzročene terorističkim aktom nužno je prethodno razmotriti pojam i karakteristike ratne štete kao i pojam i karakteristike terorističkog akta i šteta prouzročenih takvim aktom, s težištem na ispitivanju prirode štetne radnje, o čemu govorimo nastavno.

II. Pojmovno određenje ratne štete

II.1. Do donošenja Zakona o odgovornosti za štetu RH, koji je stupio na snagu 31. srpnja 2003. istovremeno sa Zakonom o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata, općim propisima važećim u Republici Hrvatskoj, a tu prvenstveno mislimo na Zakon o obveznim odnosima kako prema dosadašnjim odredbama (NN, broj 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01.) tako i prema odredbama novog istoimenog Zakona (NN, broj 35/05) – dalje: Zakon o obveznim odnosima ili ZOO uz pojedine članke²) nisu sadržavali odredbe o ratnoj šteti u smislu, moglo bi

¹ Petar Klarić: "Ratna šteta i štete nastale zbog akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija", Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva, 1999., str. 60.

² Članci navedeni u ovom radu odnose se na dosadašnji Zakon o obveznim odnosima koji je i nadalje u primjeni, budući da se novi Zakon o obveznim odnosima primjenjuje od 1. siječnja 2006.

se reći, općeg pojma ratne štete, o odgovornosti za ratnu štetu i naknadi te štete.

U hrvatskom zakonodavstvu postoje, međutim, propisi koji u okviru predmeta svog reguliranja, što posebno naglašavamo, sadrže odredbe o ratnoj šteti, bilo da izričito utvrđuju ratnu štetu i određuju njezin pojam ili uređuju odnose u svezi s pojedinim oblicima ratne štete, ne određujući njezin pojam, ili se ratnom štetom bave, iako je izrijekom ne spominju.

Tako npr: Zakon o utvrđivanju ratne štete (NN, broj 61/91., 70/91.) i Uputstvo za primjenu Zakona o utvrđivanju ratne štete (NN, broj 54/93.) sadrže izričite odredbe koje određuju pojam ratne štete, Međutim, treba uzeti u obzir da je citirani Zakon donesen s ciljem da se popiše i procijeni ratna šteta učinjena Republici Hrvatskoj, njezinim fizičkim i pravnim osobama u svezi s neprijateljstvima te ratnim operacijama koje se protiv nje vode od 15. kolovoza 1990. do njihova prestanka (čl. 1.)³, pa je u skladu s tom svrhom određen i pojam ratne štete.

Spominjemo, nadalje, i niz propisa koji se svrstavaju u skupinu onih kojima se uređuju različiti oblici popravljavanja štete (to je npr. Zakon o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata - NN, broj 86/92.-pročišćeni tekst, 27/93., 58/93., 2/94., 76/94., 108/95., 108/96., 82/01.; Zakon o obnovi - NN, broj 24/96., 54/96., 8/96.; Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji - NN, broj 94/01., 122/02., 114/04.).

Važnost pitanja vezanih uz ratnu štetu, osim na području upravnog prava i u svezi s izvanugovornom odgovornošću za štetu, došla je do izražaja i na području ugovornih odnosa.

Zakon o obveznim odnosima u odredbama koje se odnose na ugovor o osiguranju, sadrži i odredbe (čl. 931. ZOO-a – sada čl. 955. novog Zakona i čl. 952. ZOO-a – sada čl. 976. novog Zakona) o odgovornosti osiguratelja za štete prouzrokovane ratnim operacijama i pobunama. Ne daje pri tome definiciju tih pojmova, kao što ne daje ni definiciju ratne štete općenito. Stoga se i u njegovoj primjeni postavilo pitanje razgraničenja šteta koje se mogu smatrati posljedicom tih događaja od onih koje to nisu.

Odredbe o tome sadrže i posebni zakoni za neka druga područja (npr. na području pomorskog prava), međutim, oni nisu predmet razmatranja u okviru ovog rada.

Prilikom donošenja Zakona o odgovornosti za štetu RH u obrazloženju⁴ je, između ostalog, navedeno “da je agresija na Republiku Hrvatsku aktualizirala potrebu preciznog normativnog uređivanja problematike ratne štete, u svrhu njezina jasnog razgraničenja od šteta sličnih pojavnih oblika uzrokovanih klasičnim građanskim deliktom, terorističkim aktom ili pak

³ Petar Klarić: “Ratna šteta i štete nastale zbog akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija”, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, 1994. (dalje: P. Klarić, op. cit.) str. 67.

⁴ Konačni prijedlog Zakona o odgovornosti za štetu Republike Hrvatske (dalje: Konačni prijedlog Zakona), obrazloženje str. 2.

onim štetnim radnjama vojnih osoba počinjenih tijekom vremenskog razdoblja rata koje, međutim, nisu posljedica ratnog čina (ratnih operacija, ratnih djelovanja ili neprijateljstava), a niti su u izravnoj uzročnoj vezi s ratom.”

S pravom se ističe da su se navedena pitanja vezana uz ratnu štetu reflektirala kako u pravnoj teoriji tako i u praksi svih triju vlasti – zakonodavne, sudbene i upravne.⁵

II.2. Posebnost materije vezane uz ratnu štetu je i u tome,⁶ što se ističe i u Konačnom prijedlogu Zakona o odgovornosti za štetu Republike Hrvatske (dalje: Konačni prijedlog Zakona), da je ona predmet uređivanja kako pravila međunarodnog prava tako i pravila unutarnjeg prava.

Već smo uvodno istaknuli da je u ovom radu težište na propisima na snazi u Republici Hrvatskoj, dakle na unutarnjem pravu. Na pravila međunarodnog prava osvrnut ćemo se u mjeri u kojoj je to smatrao potrebnim i zakonodavac prilikom donošenja Zakona o odgovornosti za štetu RH, radi boljeg razumijevanja kriterija kojima se rukovodio i koncepcije koju je prihvatio.

U svezi s pitanjem pojmovnog određenja ratne štete gotovo uvijek postavlja se i pitanje definicije ratne štete.

Pravila međunarodnog prava ne daju definiciju ratne štete.⁷

Prema odredbama Zakona o odgovornosti za štetu RH, (članak 3. st. 1.) ratnom štetom u smislu tog Zakona smatra se *osobito*:

– šteta uzrokovana za vrijeme i na prostoru odvijanja vojnih akcija svim sredstvima i oblicima ratnih borbenih djelovanja (bombardiranje, granatiranje, mitraljiranje, eksplozije, miniranje, pokreti trupa i sl.),

– šteta od izravne i konkretne vojne koristi ako je, s obzirom na vrijeme i mjesto izvršenja u izravnoj i neposrednoj funkciji vojnih operacija, i to posebice:

a) šteta nastala kao izravna posljedica bilo koje zaštitne ili pripremljene mjere nadležnih vojnih vlasti poduzete s ciljem otklanjanja, odnosno sprječavanja izvršenja bilo kojega neprijateljskog napada,

b) šteta nastala kao izravna posljedica zaštitnih ili pripremljenih mjera nadležnih vojnih vlasti poduzetih u očekivanju neprijateljske akcije (radovi na zemljištu, oduzimanje pokretnina, zauzimanje nekretnina i sl.),

c) šteta nastala kao izravna posljedica mjera poduzetih s ciljem sprječavanja širenja ili ublažavanja posljedica štete opisane u podstavku 1. ovoga stavka,

– šteta koja je po svojim učincima, te konkretnim okolnostima vremena i mjesta počinjenja štetne radnje, izravno izazvana ratnim stanjem i nepo-

⁵ P. Klarić, op. cit., str. 59.

⁶ P. Klarić, op. cit. str. 59.

⁷ P. Klarić, op. cit. str. 63.; Srećko Jelinić: “O naknadi štete prouzročenoj ratnim operacijama” *Zakonitost* (46) 1992. (dalje: S. Jelinić, op. cit.), str. 1339.

sredno se nadovezuje na ratne operacije (izravne posljedice ratnih događaja u svezi s neredima, metežom, panikom, evakuacijom i sličnim zbivanjima neposredno nakon poduzetih ratnih operacija).

Radi se, dakle, o afirmativnom određenju, primjerice navedenih šteta, koje se "osobito" smatraju ratnom štetom. Iz takvog zakonskog uređenja nedvojbeno proizlazi mogućnost da se i u drugim slučajevima utvrdi da nastala šteta ima karakter ratne štete.⁸

Takav pristup u svezi s određivanjem pojma ratne štete ne smatramo nedostatkom Zakona o odgovornosti za štetu RH, iako ima i takvih mišljenja, za razliku od onih koji smatraju da je upravo takav način definiranja ratne štete bio nužan s obzirom na prirodu stvari odnosno na različitost mogućih situacija.⁹

Neovisno o tome što će, s obzirom na takve zakonske odredbe, sudska praksa i nakon stupanja na snagu Zakona o odgovornosti za štetu RH, kao što je to činila i ranije, u nizu pojedinih slučajeva morati odlučivati radi li se o ratnoj šteti ili ne, suglasni smo s mišljenjem da će smjernice koje u svezi s time postavlja navedeni Zakon¹⁰ biti od odlučujuće važnosti i koristi prilikom odlučivanja o tom pitanju.

Opisanim definiranjem ratne štete zakonodavac upućuje na moderna shvaćanja komparativnog zakonodavstva, a što je smatrao potrebnim naglasiti i u obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona u kojem ističe:

"Komparativno pravo i pravna teorija, pri definiranju pojma ratne štete, odlučujućom okolnošću smatra prirodu štetne radnje kojom je ova šteta prouzročena. Ratnom štetom kvalificira se samo ona šteta koja je posljedica nekog ratnog čina ili je u izravnoj vezi s ratom. Pri tome se posebno izdvajaju ratne štete u užem smislu ili direktne ratne štete. To su štete koje nastaju kao posljedica korištenja sredstvima i metodama kojima se izvode ratne operacije kao što su bombardiranja, pokreti trupa, granatiranja itd. To su dakle štete prouzročene od ratnih operacija, odnosno ratnih djelovanja ili neprijateljstava. Ostale ratne štete, dakle one koje nisu prouzročene ratnim činom u spomenutom značenju, moraju biti u izravnoj uzročnoj vezi s ratom. Uzročna veza se mora dokazati u svakom konkretnom slučaju, pri čemu ona ne smije biti previše udaljena ili spekulativna."

Bitne odrednice navedenog shvaćanja i dosega njegove primjene su, dakle, sljedeće:

a) *Priroda štetne radnje* kojom je šteta prouzročena odlučujuća je okolnost za kvalifikaciju pojma ratne štete.¹¹

Takvo stajalište zauzima, a zauzimala je već i ranija sudska praksa.

Tako npr. prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje: Vrhovni sud RH ili VSRH uz pojedine odluke), Rev 2366/1995. od 20. veljače

⁸ Zrinko Zrilić: "Odgovornost za ratnu štetu i štetu nastalu uslijed terorističkog akta" Hrvatska pravna revija br. 3., Inženjerski biro Zagreb (dalje: Z. Zrilić, op. cit.), str. 15.

⁹ Z. Zrilić, op. cit. str. 16.

¹⁰ Z. Zrilić, op. cit. str. 16.

¹¹ P. Klarić, op. cit. str. 65.

1997., (objavljena u Izboru odluka broj 1/1997. sent. 17) u obrazloženju koje se, između ostalog navodi: “dakle, odlučujuća okolnost na osnovi koje određenu štetu možemo kvalificirati ratnom, priroda je štetne radnje kojom je prouzročena.”

Isto tako i odluka Vrhovnog suda RH, Rev 197/2001. od 10. veljače 2004.

b) Ratnom štetom kvalificira se samo ona šteta koja je posljedica nekog *ratnog čina* ili je u *uzročnoj vezi s ratom*. S obzirom na karakter štetne radnje i intenzitet uzročne veze razlikuju se, dakle:

1) ratne štete *uzrokovane ratnim činom*, koje čine skupinu ratnih šteta u užem smislu ili direktne ratne štete.¹²

S obzirom na određenje pojma ratnog čina takvim se štetama smatraju štete koje nastaju kao posljedica “korištenja sredstvima i metodama kojima se izvode ratne operacije” (kao što su bombardiranje, pokreti trupa, granatiranje, miniranje), dakle odnosne štete, koje su prouzročene ratnim operacijama, odnosno ratnim djelovanjima ili neprijateljstvima.¹³

Budući da je za određenje navedenih ratnih šteta u užem smislu odlučujuće pitanje određenja pojma ratnog čina, zakonodavac u obrazloženju Konačnog prijedloga Zakona smatra potrebnim naglasiti da je moderno komparativno zakonodavstvo, a i pravna doktrina napustila prvotnu klasičnu koncepciju koja je ratnim činom smatrala samo ono djelovanje izravno povezano s borbenim sukobom, i to samo ako je do štete došlo za vrijeme trajanja vojne akcije i u granicama prostora na kojem se ta akcija odvijala (vojišna prostorija).

Prema modernim shvaćanjima (tzv. teorija ratnog čina na osnovi asimilacije) u pojam ratnog čina ulaze sve one radnje i događaji koji, premda u uskoj vezi s ratom, ipak nemaju izravnu vezu s pojedinim vojnim operacijama, nego se izjednačuju s ratnim činom po svojim učincima odnosno po općim okolnostima vremena i prostora određenog ratnim stanjem. Posebice se u tom kontekstu podrazumijevaju djelovanja izravno izazvana neredima i dezorganizacijom kao posljedicama ratnih događaja. Riječ je o inače deliktnim ponašanjima koja prate pojave meteža, panike, egzodusa ili evakuacije, a smatra ih se ratnim činom ne po njihovom unutrašnjem karakteru, nego na osnovi općih okolnosti vremena i mjesta u kojima su ostvarena.

2) *ostale ratne štete*, što znači one ratne štete koje nisu prouzročene ratnim činom (u naprijed izloženom značenju pod a1), ali moraju biti u *izravnoj uzročnoj vezi s ratom*.

Uzročnu vezu s ratom treba dokazati u svakom konkretnom slučaju, pri čemu ona ne smije biti previše udaljena.

¹² P. Klarić, op. cit. str. 65.

¹³ Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona, str. 2.

c) *Vrijeme i prostor* nastanka štete važni su elementi za određivanje ratne štete.

Vremensko razdoblje koje je obuhvatio Zakon o odgovornosti za štetu RH, u svezi s predmetom svog reguliranja, ne ograničava mogućnost da se izvan okvira predmeta tog Zakona kao ratne štete obuhvate i one štete nastale izvan tih vremenskih granica.

U tom smislu suglasni smo s mišljenjem da je kao ratne štete potrebno obuhvatiti one štete koje su nastupile za vrijeme trajanja rata kao i one koje su nastale nakon okončanja ratnih operacija, a čija je pojava i nastanak u izravnoj uzročno-posljedičnoj vezi s odvijanjem rata¹⁴, a isto bi se moglo zaključiti i za štete vezane uz događaje koji su prethodili ratnim događanjima.

Prema odluci Rev 1410/2000. od 10. rujna 2003., “ocijenjeno je da se radi o ratnoj šteti kad je oštećeni ozlijeđen eksplozijom mine postavljene na prostoru na kojem su se ranije odvijale ratne operacije, a koju su postavile nadležne vojne vlasti s ciljem sprječavanja neprijateljskog napada.”

Prostor uzrokovanja štete od bitnog je utjecaja na određenje ratne štete i najčešće sastavni dio kvalifikacije ratne štete, što proizlazi iz citiranih zakonskih odredaba Zakona o određivanju pojedinih slučajeva ratne štete i o presumpciji postojanja ratne štete (čl. 3. st. 1. i 2. Zakona o odgovornosti za štetu RH), a izričito to naglašava i zakonodavac u obrazloženju uz Konačni prijedlog Zakona, kako smo to već izložili u toč. b).

Podsjećamo s tim u svezi na napuštanje koncepcije koja je ratni čin vezivala za granice prostora na kojem se ta akcija odvijala, već se naprotiv obuhvaća vrijeme i prostor koje određuje ratno stanje.¹⁵

Sve izloženo treba, dakle, imati na umu i kad se radi o ratnim štetama prouzročenim ratnim činom i kad se radi o ostalim ratnim štetama koje nisu prouzročene ratnim činom, ali su u izravnoj uzročnoj vezi s ratom.

U više odluka Vrhovnog suda RH izražen je stav da se može raditi o šteti uzrokovanoj “ratnim operacijama ili pobunama”, iako se u vrijeme štetnog događaja na tom području nisu vodile ratne operacije.

Navodimo razloge odluke Rev 3503/1993. od 29. studenog 1995., (objavljena u “Izboru odluka” 1/1996 sent. 67) u kojima se između ostalog navodi: “po ocjeni ovog revizijskog suda, “ratnim operacijama ili pobunama” iz citirane zakonske odredbe treba smatrati i sve one aktivnosti što su nesumnjivo i neposredno, za trajanja rata ili pobune, izazvane ratom ili pobunom, zbog čega se ne bi mogao prihvatiti kao pravilan zaključak nižestupanijskih sudova da se ne radi o šteti prouzrokovanoj ratnim operacijama ili pobunom, jer da iz provedenih dokaza ne proizlazi da su se u vrijeme štetnog događaja na području grada V. vodile ratne operacije ili da bi došlo do pobuna.”

¹⁴ S. Jelinić, op. cit. str. 1338 – 1340.

¹⁵ Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona, str. 3.

Iako je u ovoj odluci u primjeni čl. 931. ZOO-a koji se odnosi na ugovor o osiguranju, izraženo stajalište primjenjivalo se i u slučajevima izvanugovorne odgovornosti za štetu.

Sudska praksa nije, međutim, uvijek bila ujednačena, što će se vidjeti iz pojedinih odluka koje citiramo u daljnjem tekstu.

d) Zakon o odgovornosti za štetu RH u okviru *predmeta* svog reguliranja, u smislu svega izloženog, daje za ratnu štetu odnosno za njezino pojmovno određenje razrađene odrednice, obuhvaćajući i razlikujući pri tome ratne štete koje su posljedica ratnog čina i ostale ratne štete koje su u izravnoj uzročnoj vezi s ratnim operacijama odnosno, ratnim djelovanjima i neprijateljstvima, opisujući primjerice one štete koje se osobito smatraju ratnim štetama.

Međutim, u primjeni citiranog Zakona, odnosno u ocjeni domašaja njegovih odredaba treba imati na umu upravo to da je prema čl. 1. Zakona predmet njegovog uređenja odgovornost za štetu koju su uzrokovali:

- pripadnici hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga,
- u vojnoj ili redarstvenoj službi ili u svezi s obavljanjem vojne ili redarstvene službe,
- tijekom Domovinskog rata od 17. kolovoza 1990. do 30. lipnja 1996. godine.

Prema čl. 2 istog Zakona Republika Hrvatska po općim pravilima o odgovornosti za štetu odgovara samo za onu štetu iz čl. 1. ovoga Zakona koja nema karakter ratne štete. U praksi to znači da se odštetni zahtjevi mogu odnositi na štete ili na ratne štete koje nisu obuhvaćene predmetom reguliranja Zakona o odgovornosti za štetu RH. Npr. štete koje su počinili pripadnici hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga, ali ne u vojnoj ili redarstvenoj službi ili u svezi s obavljanjem te službe, zatim one ratne štete na koje se citirani Zakon ne odnosi s obzirom na predmet svog reguliranja, npr. ratne štete počinjene djelovanjem neprijateljskih snaga.

Međutim, neovisno o izloženom, opće odrednice Zakona o odgovornosti za štetu RH glede pojmovnog određenja ratne štete, načelno, mogu imati širu primjenu na području izvanugovorne odgovornosti za ratnu štetu, vodeći pri tom računa o okolnostima svakog konkretnog slučaja, a naročito o specifičnim pretpostavkama odgovornosti.

II.3. Već smo uvodno istaknuli da se niz propisa u Republici Hrvatskoj svrstava u skupinu propisa kojima se uređuju različiti oblici popravljivanja ratne štete (npr. Zakon o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata, Zakon o obnovi, Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji).

Autori kao i sudska praksa suglasni su pri tome u stajalištu koje izražava i odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 197/2001. od 10. veljače 2004., a prema kojem "da bi se osiguralo obeštećenje pojedinaca ili pravnih

osoba za pretrpljenu ratnu štetu posebnim propisima ustanovljava se autonoman sustav popravljivanja štete koji ovisi prvenstveno o mogućnostima države”.

Što se tiče pojma ratne štete, navedeni propisi ne govore izričito o tome, iako nesumnjivo obuhvaćaju događaje čije se posljedice odnosno šteta uzrokovana takvim događajima kvalificira kao ratna šteta. Karakteristično je za većinu navedenih propisa da sadrže razrađene odredbe glede štetne radnje,¹⁶ pa i na taj način određuju pojam ratne štete.

Treba, međutim, imati na umu da te pojmove treba tumačiti u svezi s predmetom reguliranja pojedinih zakona jer je to nesumnjivo bio i odlučujući motiv kojim se rukovodio zakonodavac npr. u zaštiti vojnih i civilnih invalida rata, hrvatskih branitelja, a pravu na obnovu i dr.

U primjeni navedenih propisa tijela koja odlučuju o kvalifikaciji pojedinih događaja (bilo upravna bilo sudovi) zadiru time i u pojam ratne štete.

Tako je u primjeni Zakona o obnovi (čl. 4. st. 1.) Upravni sud Republike Hrvatske (dalje: Upravni sud RH), zauzeo sljedeća stajališta:

“Ukoliko je šteta na objektu nastala uslijed terorističkog čina, objekt ne podliježe obnovi sukladno Zakonu o obnovi, iako je oštećenje na objektu utvrđeno i zapisnikom o očevidu Komisije za procjenu ratne štete.” (Us 2300/1999, od 18. travnja 2001.)

“Šteta koja je nastala na objektu zbog terorističkog čina nije ratna šteta.” (Us 8026/1997, od 27. rujna 2000.)

U razlozima presude Upravnog suda RH, Us 2962/1999. od 14. veljače 2001., a u svezi s primjenom čl. 2. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihove obitelji, između ostalog se navodi:

“U tužbi protiv osporenog rješenja tužitelj navodi da je pogrešna ocjena tuženog tijela da se nisu stekli uvjeti iz članka 2. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji. Tvrdi da je njegova bolest nastala kao neposredna posljedica sudjelovanja u obrani suvereniteta, jer je bilo nužno opskrbljivati vojnike na prvoj crti bojišnice. Bio je izložen ratnim događanjima kao i drugi branitelji. Često je putovao i u obavljanju svojeg posla stradao je 1994., u prometnoj nesreći kada je zadobio ozljede.

Prema odredbi članka 2. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji, hrvatski branitelj iz Domovinskog rata je dragovoljac i pripadnik oružanih snaga koji je organizirano sudjelovao u obrani neovisnosti, teritorijalne cjelovitosti, odnosno suvereniteta Republike Hrvatske u bilo kojem razdoblju od 30. svibnja 1990. do 30. lipnja 1996. Prema stavku 6. istog članka, hrvatski ratni vojni invalid je i osoba iz stavka 4. i 5. kojoj je oštećenje organizma nastalo zbog bolesti ili pogoršanja bolesti koje su neposredna posljedica sudjelovanja u obrani suvereniteta Republike Hrvatske.

Tuženo tijelo nije na pravilan i potpun način utvrdilo je li bolest tužitelja nastala kao neposredna posljedica sudjelovanja u obrani suvereniteta Republike Hrvatske. Smatra, naime, da zbog same činjenice što je tužitelj bio pripadnik pričuvnog sastava i obavljao dužnosti skladištara u logističkoj satniji zapovjednika intendantskog

¹⁶ P. Klarić, op. cit. str. 69.

voda logističke satnije, upravitelja intendantskog servisa zapovjednika voda za opsluživanje zbornog mjesta te dužnosti referenta opskrbe struke u zapovjedništvu 143. Domobranske pukovnije nema uvjeta za utvrđenje da je do oboljenja došlo u obrani suvereniteta Republike Hrvatske.”

O popisima koji se odnose na popravljjanje štete, o kojima smo ovdje govorili, u svezi s određivanjem pojma ratne štete, govorimo i nastavno, u dijelu izlaganja koje se odnosi na popravljjanje štete (točka V.).

II.4. Zakon o obveznim odnosima, kao što smo već uvodno istakli, u svezi s ugovorom o osiguranju, sadrži odredbe o štetama uzrokovanim ratnim operacijama i pobunama. Ne daje pri tome definiciju tih pojmova niti sadrži definiciju pojma ratne štete.

Prema odredbama čl. 931. ZOO-a, o osiguranju imovine, osiguratelj nije dužan naknaditi štete uzrokovane ratnim operacijama ili pobunama, osim ako je drugačije ugovoreno. Osiguratelj je dužan dokazati da je šteta uzrokovana nekim od tih događaja.¹⁷

Prema odredbama čl. 952. ZOO-a o osiguranju osoba, osiguratelj nije u obvezi isplatiti osiguranu svotu ako je smrt odnosno nesretni slučaj uzrokovan ratnim operacijama, ako što drugo nije ugovoreno.¹⁸

U svezi s isključenjem navedenih šteta iz osiguranja ističe se¹⁹ da takve odredbe nalazimo i u nizu drugih zakonodavstava (npr. francuskom, njemačkom, talijanskom, austrijskom). Obrazlaže se to time da su štete koje su uzrokovane ratnim operacijama i pobunama redovito velike i masovne za čiju naknadu sredstva većine osiguratelja nisu dovoljna.²⁰

Komentatori Zakona o obveznim odnosima u svezi s odredbama čl. 931. i čl. 952. ZOO-a ističu dispozitivnost tih odredaba u tom smislu da se ugovorom mogu obuhvatiti i navedeni rizici ali navode i primjere u kojima odredbe općih uvjeta osiguranja pojedinih osiguratelja daju širu mogućnost tumačenja navedenih pojmova ili proširuju osnove isključenja.²¹

¹⁷ Članak 931. ZOO u cijelosti glasi:

(1) Osiguratelj nije dužan naknaditi štete uzrokovane ratnim operacijama ili pobunama, osim ako je drugačije ugovoreno.

(2) Osiguratelj je dužan dokazati da je šteta uzrokovana nekim od tih događaja

¹⁸ Članak 952. ZOO u cijelosti glasi:

“(1) Ako je smrt osiguranika uzrokovana ratnim operacijama, osiguratelj, ako što drugo nije ugovoreno, nije dužan isplatiti korisniku osiguranu svotu, ali je dužan isplatiti mu matematičku rezervu iz ugovora.

(2) Ako nije što drugo ugovoreno, osiguratelj se oslobađa obveze iz ugovora o osiguranju od nesretnog slučaja, ako je nesretni slučaj uzrokovan ratnim operacijama.”

¹⁹ Vilić Gorenc: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Zagreb, 1998. (dalje: V. Gorenc, op. cit.), str. 1187.

²⁰ V. Gorenc, op. cit. str. 1187.

²¹ V. Gorenc, op. cit. str. 1215.; Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj: Komentar Zakona o obligacionim odnosima II. (dalje: B. Blagojević, V. Krulj, op. cit.), str. 503. i 541.; Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović: Komentar Zakona o obligacionim odnosima (dalje: S. Perović, D. Stojanović, op. cit.), str. 855 i 918.

Tako se npr. za osiguranje imovine isključuju rizici “pobuna, nemira i sličnih oružanih akcija”. Za slučaj osiguranja života isključena je obveza osiguratelja ako je smrt osiguranika nastupila zbog “ratnih i s ratom sličnih događaja”.

Citiraju se i Opća pravila za osiguranje osoba od posljedica nesretnog slučaja Zajednice osiguranja imovine i osoba “Croatia” (iz 1975. g.) kojima su isključene obveze osiguratelja ako je nesretni slučaj nastao zbog ratnih događaja ili aktivnog učešća u oružanim akcijama. Sukladno tome razlikuju se ratni rizici u užem smislu i ratni rizici u širem smislu.²²

Navodi se i to da se isključenje obveze osiguratelja (u svezi s odredbama čl. 931. ZOO-a) odnosi, kako na štete koje su neposredno uzrokovane ratnim operacijama i pobunama, tako i na one štete koje su uzrokovane ostvarenjem rizika koji je obuhvaćen osiguranjem, ukoliko se ostvarenje tog rizika može pripisati ratnim operacijama ili pobunama. Tako npr. osiguratelj neće biti obvezan, temeljem osiguranja od požara, isplatiti naknadu za izgorjelu nekretninu ako se požar može pripisati ratnim operacijama.²³

Iznosi se, međutim i to da citirane odredbe Zakona o obveznim odnosima ne govore o ratnoj šteti već o šteti uzrokovanoj ratnim operacijama, što je najuži pojam ratne štete, pa da stoga osiguratelj da bi se oslobodio obveze, mora dokazati da je šteta uzrokovana nekim od događaja koji pripadaju u sklop ratnih operacija.²⁴

Stajališta koja je sudska praksa zauzimala u primjeni čl. 931. ZOO-a pokazuju da se bavila određivanjem pojma ratnih operacija i pobuna.

Sudska praksa, a što je vidljivo, npr. iz naprijed citirane odluke Vrhovnog suda Rev 3503/1993. (Točka II/2. pod c), susrela se pri tome s većinom izloženih pitanja, odlučujući o užem ili širem tumačenju pojedinih događaja, o izjednačavanju određenih događaja s predviđenim rizicima, o postojanju uzročne veze i dr.

Tako prema odluci Županijskog suda u Dubrovniku, Gž 97/1993. (objavljena u “Izboru odluka” 1994. sent. 254) “pod “ratnim operacijama ili pobunama” iz čl. 931. ZOO-a treba smatrati i sve one aktivnosti što su nesumnjivo i neposredno, za trajanja stanja rata ili pobune, izazvane ratom ili pobunom, među koje aktivnosti svakako spadaju akti diverzija i sabotaza, ali i akti zastrašivanja (terora) počinjeni u ratne odnosno pobunjeničke ciljeve ili s tim ciljevima u vezi te s političkim nakanama.”

U obrazloženju te odluke navodi se:

“Nije sporno da je tužiteljjev automobil 26.II.1992.g. uništen eksplozivnom napravom. Po pravnom poimanju ovoga drugostupanjskog suda, pod “ratnim operacijama ili pobunama” iz čl. 931. Zakona o obveznim odnosima treba smatrati i sve one aktivnosti što su nesumnjivo i neposredno, za trajanja stanja rata ili pobune,

²² B. Blagojević, V. Krulj, op. cit. str. 502. i 503.

²³ S. Perović, D. Stojanović, op. cit. str. 855.

²⁴ Petar Klarić: Ratne štete i štete nastale zbog akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija, Informator, broj 4241, str. 17.

izazvane ratom ili pobunama, među koje aktivnosti svakako spadaju akti diverzija i sabotaza, ali i akti zastrašivanja (terora) počinjeni u ratne odnosno pobunjeničke ciljeve ili s tim ciljevima u vezi s političkim nakanama. Pod izrazom “operacija” zakonodavac, naime, očigledno nije podrazumijevao samo djelatnost velikih vojnih postrojbi (armija i čitavih frontova odnosno bojišnica), kako bi se to uskom jezičnom interpretacijom moglo shvatiti, nego je sigurno podrazumijevao i sve one ratom i pobunama (revolucije, državni udari s posljedicama građanskog rata, politički nemiri širih i pogubnijih razmjera i sl.) nužno izazvane destruktivne djelatnosti. Svakako, u nastavku postupka pred prvostupanskim sudom valja zatražiti od Policijske uprave D. obavijest o relevantnim ratnim zbivanjima koncem veljače 1993.g., te da li se u međuvremenu došlo do novih spoznaja o štetnom događaju. Treba, naime, imati na umu da i teritoristički akti, iz razloga već navedenih, u određenom trenutku, kad dostignu određeni stupanj brojnosti, učestalosti i istovjetnosti u cilju, mogu postati ili se tretirati ratnim operacijama pa o tome sud mora steći nedvojbenu spoznaju.”

U odluci Vrhovnog suda RH, Rev 1613/1993, od 2. svibnja 1996., (objavljena u “Izboru odluka” 2/1996. sent. 32) u razlozima se, između ostalog navodi:

“Predmet spora je zahtjev tužitelja za naknadu štete koja mu je nastala otuđenjem njegova osobnog automobila. Sporno je pitanje je li tuženik odgovoran da tužitelju naknadi nastalu štetu. U provedenom parničnom postupku sud prvog stupnja je utvrdio, a sud drugog stupnja prihvatio utvrđenje: - da je tužitelj kao pripadnik bivše JNA na parkiralištu luke početkom osmog mjeseca 1991. ostavio predmetni automobil; - da je dana 16. IX. 1991. tužitelj napustio jedinice JNA, ali vozilo nije “mogao dići” iz luke; - da je nakon odlaska bivše JNA evidentirano da nedostaje osobni automobil, vlasništvo tužitelja. S obzirom na ovako iznesena utvrđenja, koja u ovoj fazi postupka nisu više sporna, sud je odbio zahtjev tužitelja za naknadu štete za nestali automobil. Ovaj zahtjev tužitelj postavlja s naslova ugovora o kombiniranom osiguranju motornog vozila, a sud izražava stav da je šteta koju je tužitelj pretrpio “uzrokovana upravo ratnim operacijama”, da “je posljedica rata”, a osiguravatelj da nije dužan naknaditi tužitelju takvu štetu. Iznesen pravni stav sudova prihvaća i ovaj revizijski sud iz razloga koji slijede. U smislu odredbe iz čl. 931. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 53/91, 73/91, u daljnjem tekstu: ZOO), osiguravatelj nije dužan nadoknaditi štete uzrokovane ratnim operacijama ili pobunama osim ako je drugačije ugovoreno, ali je njegova dužnost dokazati da je šteta uzrokovana ratnim operacijama ili pobunom. I prema uvjetima za kombinirano osiguranje motornih vozila osiguravatelj nije u obvezi naknaditi štetu koja je nastala uslijed ratnih operacija, pobuna, nemira i sličnih oružanih akcija (čl. 5. st. 1. toč. 17. Uvjeta za kombinirano osiguranje motornih vozila). Te odredbe prema stanovištvu ovog suda obuhvaćaju sve djelatnosti koje su u neposrednoj vezi sa stanjem rata ili pobune. Izraz “ratne operacije” ne odnosi se samo na djelatnost vojnih postrojbi, “pobuna” nisu samo revolucije, državni udar ili određeni politički nemiri s ozbiljnim posljedicama, već sve djelatnosti koje se događaju mimo postojećega ustavnog uređenja i koje su usmjerene na rušenju tog uređenja”. Stoga je relevantno stanje u vezi s “ratnom operacijom ili pobunom”, kako to zakon navodi, odnosno “ratnih operacija, pobuna, nemira i sl. oružanih akcija”, kako to navode uvjeti za kombinirano osiguranje motornih vozila, vrijeme i mjesto gdje se sve to događa. S obzirom na vrijeme kada je otuđen automobil tužitelja (kolovoz 1991. - 4. siječnja 1992.), vrijeme kada je sama luka bila pod “okupacijom neprijateljske vojske i nedostupna hrvatskim civilnim i vojnim vlastima”, kako to određeno navodi sud drugog stupnja,

i to sve do "4. siječnja 1992. kada je okupatorska vojska bila primorana napustiti Split", a kada je i evidentirano otuđenje osobnog automobila tužitelja, valjan je stav suda da je otuđenje i nestanak vozila tužitelja vezan za "ratne operacije ili pobune" koji su se u to vrijeme događale u gradu i na području luke."

U razlozima već citirane odluke Vrhovnog suda RH, Rev 3503/1993, od 29. studenog 1995., (objavljena u "Izboru odluka" 1/1996. sent. 67) ističe se da je "tužitelj u tužbi naveo da je od nepoznate osobe postavljena eksplozivna naprava na parkiralištu u V. dana 1. siječnja 1992.g. oko 22,00 sata i ponovno dana 2. siječnja 1992.g. oko 19,45 sati, kojom prilikom je uništen njegov osobni automobil. Nadalje se navodi stajalište revizijskog suda da "ratnim operacijama ili pobunama" iz citirane zakonske odredbe treba smatrati i sve one aktivnosti što su nesumnjivo i neposredno, za trajanja rata ili pobune, izazvane ratom ili pobunom, zbog čega se ne bi mogao prihvatiti kao pravilan zaključak nižestupanjskih sudova da se ne radi o šteti prouzrokovanoj ratnim operacijama ili pobunom, jer da iz provedenih dokaza ne proizlazi da su se u vrijeme štetnog događaja na području grada V. vodile ratne operacije ili da bi došlo do pobuna."

U razlozima odluke Vrhovnog suda RH, Rev 3428/1993, od 12. travnja 1995., (objavljena u "Izboru odluka" 1/1996. sent. 67) navodi se sljedeće:

"Predmet prijepora u ovoj parnici predstavlja zahtjev tužitelja kao osiguranika da mu tuženik kao osiguratelj, na temelju ugovora o osiguranju tužiteljevog stambenog objekta od rizika požara i nekih drugih opasnosti (dobrovoljno imovinsko osiguranje) naknadi štetu nastalu na osiguranoj imovini dana 26. srpnja 1992. g. djelovanjem eksplozije eksplozivne naprave postavljene u garaži tužiteljeva susjeda. Temeljno prijeporno pitanje u ovoj parnici tiče se prigovora tuženika da je tužitelju šteta nastala u svezi s ratnim operacijama ili pobunama, dakle nastupanjem rizika za koji je, prema odredbama čl. 931. Zakona o obveznim odnosima (NN, broj 53/91), isključena odgovornost osiguratelja za naknadu takve štete. Prvostupanjski sud je ocijenio ovaj prigovor neosnovanim jer da tuženik nije dokazao da je šteta uzrokovana ratnim operacijama i pobunama, te je slijedom toga prihvatio tužbeni zahtjev. Okolnost koju drugostupanjski sud navodi kao opće poznatu, da prije izbijanja oružane pobune u Republici Hrvatskoj, na području S. gdje je šteta nastala, nije bilo slučajeva miniranja kuća, sama po sebi ne može predstavljati temelj za zaključak da se u konkretnom slučaju radi o radnji koja je u svezi s oružanom pobunom, već ta okolnost može predstavljati samo indicijalnu činjenicu koja tek zajedno s drugim činjenicama istog kvaliteta može dati visok stupanj vjerojatnosti za zaključak da je konkretno nastala šteta posljedica oružane pobune ili ratnih operacija. Prvostupanjski sud nije raspravio i utvrdio okolnosti događaja, pa nije niti imao temelja zaključiti da tuženik nije dokazao da je događaj uzrokovan ratnim operacijama ili pobunom. Radi pravilne primjene materijalnog prava sud je u svakom slučaju trebao od policijske uprave zatražiti podatke o rezultatima očevida, kojeg su u svezi nazočnog događaja, sasvim izvjesno, obavili djelatnici unutarnjih poslova, te pribaviti podatke o brojnosti i načinu izvršenja terorističkih radnji na području S. u vrijeme kada se je predmetni događaj zbilo, a zatim ocijeniti je li šteta uzrokovana tužitelju posljedica oružane pobune, pri čemu treba imati u vidu da i terorističke akcije, bez obzira tko ih vrši, mogu imati značaj ratnih operacija odnosno pobune."

Odluka Vrhovnog suda RH, Rev 1524/1994, od 17. travnja 1996., (objavljena u "Izboru odluka" 1/1997. sent. 24A) zauzima stajalište, da je šteta izazvana ratnim operacijama i pobunama u sljedećim okolnostima:

"Tužitelji u ovom slučaju potražuju od tužene naknadu štete na temelju tzv. proširenog obveznog osiguranja kojeg je zaključio njihov prednik pok. K. P. Štetni događaj se dogodio tako što je pok. K. P. upravljajući osobnim vozilom 9. listopada 1991. godine, vraćajući se od svoje kuće nepažnjom nagazio na protutenkovsku minu i poginuo. Tužitelji smatraju da navedena nezgoda nema nikakve veze s ratnim operacijama ili pak pobunama u smislu čl. 931. st. 1. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 53/91, 73/91, 3/94, dalje ZOO). U prvostupanjskom postupku je, međutim, utvrđeno da je pok. P. K. za postavljanje protutenkovske mine na cesti znao, da su ih postavili pripadnici HV, da su mine bile postavljene na asfaltnu cestu, pokrivene pijeskom, postavljene u "cik-cak" redovima, tako da se osobnim automobilom pažljivo vozeći moglo proći. Utvrđeno je, također, da je pok. K. P. bio pripadnik HV, a za vrijeme tih poznatih ratnih događaja na tom području bio je na drugom borbenom položaju, da je on vozeći između mina, čiji je raspored znao, došao do kuće, ali kada je krenuo natrag na položaj, bio je nepažljiv i naletio je na zadnju minu postavljenu na tom dijelu ceste, prednjim desnim kotačem nakon što je mina eksplodirala, pa je došlo do štetnog događaja. Mine su na tom dijelu ceste bile postavljene petnaestak dana prije navedene nesreće radi osiguranja od neprijateljskog prodora. Iz tih činjeničnih utvrđenja i po ocjeni ovog revizijskog suda proizlazi da je pravilan zaključak nižestupajnskih sudova da je sporna šteta uzrokovana ratnim operacijama i da tužena nije dužna naknaditi štetu tužiteljima na temelju odredbe čl. 931. ZOO."

U razlozima odluke Vrhovnog suda RH, Rev 1036/2001, od 10. srpnja 2001., (objavljena u "Izboru odluka" 1/2002. sent. 73) navodi se, između ostalog:

"Predmet spora u ovoj parnici predstavlja zahtjev tužiteljice kao osiguranika da joj tuženica kao osiguratelj, temeljem zaključenog ugovora o kasko osiguranju, naknadi štetu koja joj je nastala otuđenjem njenog osobnog automobila. Temeljno prijeporno pitanje u ovoj parnici tiče se prigovora tuženice da je tužiteljici šteta nastala u svezi s ratnim operacijama ili pobunama, tj. nastupanjem rizika za koji je prema odredbama čl. 931. Zakona o obveznim odnosima (NN, broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99 – u daljnjem tekstu ZOO) i čl. 18. toč. 15. Pravila za osiguranje automobilskog kaska, isključena odgovornost osiguratelja za naknadu takve štete, a prijeporna je u revizijskom stadiju postupka i visina štete. Nižestupajnski sudovi prihvatili su tužbeni zahtjev, ocjenjujući prigovor tuženice neosnovanim, izražavajući stav da je šteta koju je pretrpjela tužiteljica "uzrokovana upravo krađom osobnog automobila", da je posljedica krađe, pa da je stoga osiguratelj dužan nadoknaditi štetu tužiteljici prema odredbama čl. 15. toč. 13. Pravila za osiguranje automobilskog kaska. Pogrešan je pravni pristup predmetu spora, radi čega sud prvog stupnja nije raspravio i utvrdio sve pravne relevantne okolnosti konkretnog događaja, pa nije niti imao temelja zaključiti da otuđenje, odnosno nestanak osobnog automobila tužiteljice uopće nije vezan uz "ratne operacije ili pobune", koje su se u to vrijeme (17.09.1991. godine) događale u Gradu Drnišu. U smislu odredbi iz čl. 931. ZOO, osiguratelj nije dužan nadoknaditi štete uzrokovane ratnim operacijama ili pobunama, osim ako je drugačije ugovoreno, ali je njegova dužnost dokazati da je šteta uzrokovana ratnim operacijama ili pobunama. I prema Pravilima

za osiguranje automobilskog kaska, osiguratelj nije u obvezi nadoknaditi štetu koja je nastala uslijed ratnih operacija ili pobuna (čl. 18. toč. 15. Pravila za osiguranje automobilskog kaska). S obzirom na vrijeme kada je otuđen osobni automobil tužiteljice (između 16.09.1991. i 18.09.1991. godine), tj. vrijeme kada je upravo na Grad Drniš topovima, granatama i sl. izvršen napad neprijateljske vojske i njegova privremena okupacija od 16. rujna 1991. godine do 05. kolovoza 1995. godine (list 67 spisa), obzirom na tužbene navode tužiteljice da je predmetni automobil otuđen od "četničke bande" i preregistriran na beogradsku registraciju (BG 210-089), kao i obzirom na potvrdu tadašnjeg Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije u Beogradu od 21. veljače 1992. godine da je upravo tužiteljica otuđila predmetni automobil J.S.P. iz Beograda, te rješenje Komisije za popis, procjenu ratne štete Općine Drniš od 11. prosinca 1992. godine kojim je utvrđena i visina nastale ratne štete na predmetnom automobilu u iznosu od 18.000,00 DEM u protuvrijednosti tadašnjih HRD, pogrešan je stav nižestupanijskih sudova da nestanak automobila tužiteljice nije vezan za "ratne operacije ili pobune."

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 119/1997, od 28. siječnja 1998., (objavljena u "Izboru odluka" 1/1998. sent. 50) "nižestupanijski sudovi su utvrdili da je pok. otac, suprug i sin tužitelja I.Č. poginuo u prometnoj nezgodi u studenom 1991. godine kao suvozač u vozilu osiguranom kod I-tuženice, u sudaru s neregistriranim vozilom, a oba su se kretala sredinom ceste i ugašenih svjetala zbog opasnosti od neprijateljskih napada. Revidentica tvrdi da je šteta uzrokovana ratnim operacijama, pa da je u smislu čl. 931. Zakona o obveznim odnosima (NN, broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 91/96, dalje ZOO) isključena njena odgovornost kao osiguravatelja vozila u kojem je stradao otac, suprug i sin tužitelja. Sudovi su pravilno ocijenili da je šteta posljedica nepropisne vožnje obaju vozača sudionika prometne nezgode, jer su se kretali sredinom ceste s ugašenim svjetlima u noćnim uvjetima, te da nije uzrokovana ratnim operacijama."

U odluci Rev 1070/1998, od 27. prosinca 2001., (objavljena u "Izboru odluka" 2/2002. sent. 60) zauzeto je stajalište da "smrt osiguranika nije uzrokovana ratnim operacijama kad je on stradao naišavši na minu nakon završetka ratnih operacija."

U razlozima se navodi:

"Tuženica (osiguratelj) opravdavajući reviziju ponavlja ranije izrečeni pravni stav da je u konkretnom slučaju trebalo primijeniti čl. 952. st. 2. Zakona o obveznim odnosima (NN broj 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99), prema kojem se osiguravatelj oslobađa obveze iz ugovora o osiguranju od nesretnog slučaja, ako je nesretni slučaj uzrokovan ratnim operacijama i ako nije što drugo ugovoreno. Osim toga, tuženica ističe da je oštećenik s obzirom da je stanovao na području gdje je bila crta razdvajanja znao odnosno morao znati, gdje se nalaze minirana područja, pa je na sebe preuzeo rizik kada se sa svojim traktorom kretao takvim područjem i nagazio na minu koja ga je usmrtila, jer da nije bilo za očekivati da dva mjeseca poslije oslobođenja sva minirana područja budu označena trakama. Suprotno gore istaknutom pravnom stajalištu nižestupanijski sudovi nalaze da je nastupio osigurani slučaj, te da se tuženica ne može osloboditi ugovorne obveze na temelju čl. 9. toč. 3. Općih uvjeta za osiguranje osoba od posljedica nesretnog slučaja. Naime, utvrđeno je da je pok. M.Ž. poginuo 11. listopada 1995. godine kada je traktorom na poljskom

putu aktivirao protupješačku minu. Također je nesporno da je pok. M.Ž. radio u poduzeću "S." d.d. P. u kojem je bio osiguran policom za kombinirano kolektivno osiguranje za slučaj smrti na svotu od 110.000,00 kn za razdoblje od 25. ožujka 1995. do 25. ožujka 1996. godine. Prema odredbi čl. 9. st. 1. toč. 3. Općih uvjeta tuženice za osiguranje osoba od posljedice nesretnog slučaja - koji su sastavni dio ugovora o osiguranju - osiguratelj je isključen u cijelosti od svoje obveze, ako je nesretna slučaj nastao uslijed ratnih događaja, neprijateljskih i ratu sličnih radnji, građanskog rata, revolucije, pobune, ustanka, ili građanskih nemira koje nastanu iz takvih događaja, sabotaze ili terorizma počinjenog iz političkih pobuda, nasilja ili drugih sličnih događaja u kojima je sudjelovao osiguranik. Slijedom gore navedenog, okolnost što je šteta uzrokovana minsko-eksplozivnim sredstvom, sama za sebe ne daje dovoljno elemenata za zaključak da se radi o ratnoj šteti (kako tvrdi revidentica), kao šireg pojma koji isključuje isplatu osigurane svote, već to određuju konkretne okolnosti samog događaja. Kako su nižestupanjski sudovi utvrdili, a koja utvrđenja ni revizijski navodi ne mogu dovesti u sumnju da se nesretni slučaj zbilo dva mjeseca nakon prestanka ratnih događanja u području P. i cijele B. (koja je oslobođena u kolovozu mjesecu 1995. godine) da se oštećenik svojim traktorom kretao poljskim putem, da osobno nije postavljao mine, te da na samom putu nije bilo označeno da je miniran, za zaključiti je da nesretni slučaj nije uzrokovan ratnim događajem u kojem je sudjelovao osiguranik. Stoga su nižestupanjski sudovi pravilno zauzeli stajalište da se u konkretnom slučaju nisu ostvarile pretpostavke koje oslobađaju osiguratelja obveze iz ugovora o osiguranju od nesretnog slučaja u smislu čl. 952. st. 2. ZOO, a niti one navedene u čl. 9. st. 1. toč. 3. Općih uvjeta za osiguranje od posljedica nesretnog slučaja (nezgode). S obzirom da je dakle oštećenik smrtno stradao nesretnim slučajem, a to je svaki iznenadni i od volje osiguranika neovisni događaj (čl. 5. Uvjeta), te budući da mu se ne može pripisati ni namjera, kao osnova isključenja u smislu toč. 6. čl. 9. Uvjeta, to su sudovi pravilno primijenili materijalno pravo kada su prihvatili tužbeni zahtjev i supruzi tužitelja kao korisniku osiguranja prema sklopljenom ugovoru dosudili osiguranu svotu."

Autori naglašavaju, inače poznatu činjenicu, da ratna događanja, kada do njih zaista dođe, izazivaju prilagodbu propisa i prakse u svezi s pojmom ratne štete, odgovornošću za tu štetu i dr.²⁵

Na području osiguranja štete zbog ratnih događaja brojne su, velike i mogu poprimiti specifične i nove oblike, teško su predvidive. Takve su nesumnjivo bile i posljedice ratnih događaja u Hrvatskoj. To se sigurno moralo odraziti i na sadržaj općih uvjeta osiguranja koje su donosili osiguratelji u Hrvatskoj.

Kao što je vidljivo iz svega do sada izloženog, tumačenje pojma ratnih operacija ili pobune jedno je od ključnih pitanja u primjeni čl. 931. i 952. ZOO-a, a u svezi s time postavlja se i daljnje pitanje ovlaštenja osiguratelja da svojim općim uvjetima odnosno pravilima poblizje odredi pojam navedenih rizika ili drugih rizika koji isključuju obvezu osiguratelja.

Treba naglasiti da, osim zakonskog ograničenja rizika (čl. 931. i 952. ZOO-a) Zakon o obveznim odnosima predviđa i mogućnost ugovornog isključenja rizika. Kod osiguranja imovine prema čl. 929. st. 1. ZOO-a

²⁵ P. Klarić, op. cit. str. 71.

(sada čl. 953. novog Zakona), osiguratelj je dužan naknaditi štete nastale slučajno ili krivnjom ugovaratelja osiguranja, osiguranika ili korisnika osiguranja, "izuzev ako je u pogledu određene štete ova njegova obveza izrično isključena ugovorom o osiguranju".

Kod osiguranja osoba mogućnost ugovornog isključenja rizika izričito je predviđena odredbama čl. 953. ZOO-a (sada čl. 977. novog ZOO-a).

Kao što smo već isticali, u sudskoj praksi u nizu predmeta na temelju okolnosti svakog konkretnog slučaja, trebalo je cijeliti radi li se o šteti koja ima karakter ratne štete, što je bilo od odlučujućeg utjecaja za daljnje pitanje odgovornosti za štetu.

U svezi s izloženim treba naglasiti, da je uzročnu vezu između štete i ratnog događaja uvijek potrebno dokazati.

Smatrali smo potrebnim nešto opsežnije navesti primjere iz sudske prakse u svezi s određivanjem pojma ratne štete upravo zbog razloga što smo suglasni s mišljenjem da će sudska praksa i nadalje u nizu slučajeva polazeći, naravno, od odredaba i odrednica navedenih posebnih propisa morati odgovoriti na pitanje da li se u okolnostima određenog konkretnog slučaja radi o šteti koja ima karakter ratne štete.

III. Pojmovno određenje terorističkog akta

Prema odredbama čl. 1. st. 1. Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata Zakon uređuje odgovornost za štetu počinjenu aktima terora i drugim aktima nasilja poduzetim s ciljem teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana te uslijed demonstracija i drugih oblika masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima (u daljnjem tekstu: šteta).

U smislu tog Zakona terorističkim aktom smatra se, osobito, akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana (čl. 1. st. 2.).

Određujući polje svoje primjene Zakon, dakle, razlikuje:

- akte terora i
- druge akte nasilja.

U svakom od tih slučajeva bitan je cilj zbog kojeg se ti akti poduzimaju, a to je teško narušavanje javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana.

Kod određivanja pojma terorističkog akta treba uočiti da Zakon propisuje da se takvim aktom smatra *osobito* akt nasilja izvršen, *u pravilu*, iz političkih pobuda, čiji je cilj izazivanje straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana. Iz toga slijedi da i u drugim slučajevima neki akt može imati značaj terorističkog akta, iako nema obilježja iz čl. 1. st. 2. Smatramo, međutim, da bi morao imati obilježja iz čl. 1. st. 1.

Na sličan način, kao i u slučaju iz čl. 1. st. 2. citiranog Zakona, zakonodavac je postupio i kod određivanja ratne štete, navodeći također pri-

mjerene slučajeve u kojima se “osobito” radi o ratnoj šteti (čl. 3. Zakona o odgovornosti Republike Hrvatske za ratnu štetu).

S obzirom na predmet našeg rada, pojam terorističkog akta ne razmatramo načelno, sa stajališta primjene Zakona o odgovornosti za štete uslijed terorističkih akata već prvenstveno sa stajališta prirode štetne radnje kojom je prouzročena ratna šteta. U tim okvirima pojmovno određenje terorističkog akta citiranim zakonskim odredbama, samo po sebi, ne isključuje mogućnost da svakim od tih akata prouzročena šteta ima karakter ratne štete, dakle štete koja je u uzročnoj vezi s ratom, u okvirima u kojima se određuje pojam ratne štete, o čemu smo govorili u točki II.

Kao što smo već isticali, u sudskoj praksi, u nizu predmeta na temelju okolnosti svakog konkretnog slučaja trebalo je cijeniti radi li se o šteti koja ima karakter ratne štete, što je bilo od odlučujućeg utjecaja za daljnje pitanje odgovornosti za štetu.

Pri tome su se mogli uočiti slučajevi i događaji koje možemo ocijeniti kao karakteristične u svezi s određivanjem pojma ratne štete prvenstveno zbog njihove brojnosti, a zatim i zbog određenih okolnosti koje se odnose npr. na vrstu štetne radnje, pitanje uzročne veze i dr. Tako se kao karakteristični slučajevi javljaju i štete nastale aktom terora i nasilja, odnosno terorističkim aktom koje, pod određenim pretpostavkama, također mogu imati pravni karakter ratne štete. To nesumnjivo proizlazi iz činjenice, što smo već uvodno naglasili, da su se akti terora i nasilja javljali u isto vrijeme ili su neposredno prethodili ili se nastavljali na ratna zbivanja.

Tako prema jednom mišljenju, “u začecima opstojnosti hrvatske države i državnosti, oružani napadi su se kvalificirali kao teroristički akti upereni na unutrašnju sigurnost i stabilnost u Hrvatskoj. Nedvojbeno je kako su mnoge izolirane, odvojene i međusobno nepovezane operacije, pa i uz uporabu oružane sile, u samom početku imale značajke akata kojih je cilj ugrožavanje unutarnje sigurnosti i reda u državi Hrvatskoj. No onog trenutka kad su postale sastavnim dijelom jedne cjelovite i vanjske politike uperene na ostvarivanje (ratnog) cilja protiv druge suverene, kasnije i međunarodno priznate države (konkretno Hrvatske), koja se sastojala u potiskivanju državne vlasti s određenih područja (vojnim osvajanjem odnosno područja), one su izgubile značajke terorističkih napada.”²⁶

Zakonodavac, prilikom donošenja Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata, također, naglašava da se “agresija na Republiku Hrvatsku najočitije manifestirala u vidu umišljajnih fizičkih napada na život i tjelesni (te psihički) integritet ljudi kao i uništavanje, oštećivanje te oduzimanje imovine fizičkih i pravnih osoba.”

Sve posljedice takvih akata ne predstavljaju u pravnom smislu ratnu štetu samom činjenicom “što su počinjeni u vremenskom i prostornom kontekstu

²⁶ S. Jelinić, op. cit. str. 1341.

ratnog stanja.”²⁷ Upravo stoga javlja se pitanje razlikovanja ratnih šteta i šteta uzrokovanih terorističkim aktima koji nemaju karakter ratne štete.

Donošenje Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata istovremeno sa Zakonom o odgovornosti za štetu RH ponovno je potaknulo raspravu od ranije prisutnog pitanja tog razgraničenja.²⁸

Nakon donošenja citiranih zakona uslijedile su i kritičke primjedbe na nepreciznost definicija pojmova²⁹ i na teškoće koje mogu nastati u sudskoj praksi u razgraničenju šteta uzrokovanih djelovanjima koja imaju značaj terorističkog akta od onih koja uzrokuju ratnu štetu.³⁰

Odgovarajući na slične primjedbe prilikom donošenja, kako Zakona o odgovornosti za štetu RH, tako i Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata, zakonodavac ih je otklonio i u jednom i u drugom slučaju, ističući, u bitnome, u svezi s pitanjem razgraničenja, da to nije moguće “zakonom na taksativan način urediti”, što znači da je u svakoj situaciji potrebno cijeniti okolnosti pojedinog slučaja.

Budući da, u okviru ovog rada, štete uzrokovane aktima terora i nasilja razmatramo sa stajališta pojmovnog određenja terorističkog akta i prirode štetne radnje kojom se uzrokuju ratne štete, ne ulazeći u potpunije razmatranje odredaba Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata, svakako je potrebno naglasiti da ratne štete nisu predmet reguliranja tog Zakona, što, također, naglašava i zakonodavac u obrazloženju prilikom donošenja navedenog Zakona.

U svezi s pitanjem razgraničenja i pravne kvalifikacije određenog djelovanja odnosno štete čini nam se korisnim uputiti na onaj dio obrazloženja prilikom donošenja Zakona o odgovornosti za štete uslijed terorističkih akata u kojem je naglašeno: “da se jedna te ista šteta uzrokovana nasiljem kao svojom bitnom odrednicom (npr. oštećenje ili uništenje kuće uslijed podmetnute eksplozivne naprave, palež, pljačka i sl.) može trojako pravno kvalificirati, odnosno može imati pravni karakter:

a) klasičnog građanskog (civilnog) imovinskog delikta – kao štetne radnje koja se može počinuti različitim sredstvima (uključivo vatrenim

²⁷ Konačni prijedlog Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, obrazloženje, str. 2.

²⁸ S. Jelinić, op. cit. str. 1341.; P. Klarić, op. cit. str. 73.; I. Crnić, op. cit. str. 127.

²⁹ Prema članku 1. st. 1. i 2. Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija:

“(1) Ovim se Zakonom uređuje odgovornost za štetu počinjenu aktima terora i drugim aktima nasilja poduzetim s ciljem teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana te uslijed demonstracija i drugih oblika masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima (u daljnjem tekstu: šteta).

(2) U smislu ovoga Zakona terorističkim aktom smatra se osobito akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana.”

³⁰ Z. Zrilić, op. cit. str. 21.; Darko Butorović: “Odgovornost za štetu Republike Hrvatske”, Informator broj 5104, str. 7.

oružjem, eksplozivnim sredstvima itd.) te iz različitih pobuda (osveta, utjerivanje dugova, mafijaški obračun i sl.) u vrijeme mira, ali i za trajanja ratnog stanja. Na odgovornost za ovu vrstu šteta primjenjuju se opća pravila obveznog prava o deliktnoj odgovornosti štetnika odnosno odgovorne osobe, a naknada se određuje i dosuđuje za sve vidove i za ukupni obujam štete (tzv. integralna naknada) bez ograničenja.

b) specifičnog građansko pravnog delikta – uobičajeno označenog kao akt terorizma ili nasilja, te nasilja u svezi s javnim demonstracijama i manifestacijama, koji akti također mogu biti počinjeni i u vrijeme rata, a da pri tome ne poprimaju karakter ratne štete. U pogledu ovih šteta, odgovornost je propisana specijalnim odredbama koje pripadaju kompleksu građanskog odštetnog prava, bilo kao sastavni dio zakona koji uređuju materiju opće odštetne odgovornosti, bilo u formi posebnog zakona. Za sve vrste šteta uobičajen je režim objektivne odgovornosti države, a naknađuju se samo štete zbog smrti odnosno povrede tijela i zdravlja građana do određenog limitiranog iznosa, na principima pravičnosti i solidarnosti.

c) ratne štete u pravom smislu riječi – kao štete u izravnoj uzročnoj vezi s ratnim činom koje se uobičajeno objašnjavaju posljedicom izvanrednog događaja (više sile) a ne lošeg funkcioniranja vojnoobrambenog sustava države, zbog čega vrijedi temeljno pravilo neodgovornosti države za ratnu štetu, sasvim neovisno o tome je li štetu počinila tuđa ili vlastita vojska. Bez posebnih propisa internog prava koji se u toj materiji mogu (ali i ne moraju) donijeti, odgovornost države za ovu vrstu štete ne proizlazi ni iz općih načela građanskog odnosno upravnog prava, a niti iz međunarodnog prava odnosno općih principa pravnog poretka.³¹

To znači da u svim onim slučajevima u kojima se utvrdi da šteta nastala zbog terorističkog akta ima pravni značaj ratne štete na takvu se štetu ne primjenjuju odredbe Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata već se prosuđuje (pitanje odgovornosti, popravljajanja i dr.) po propisima koji se odnose na ratnu štetu.

Uočavajući problem razgraničenja između šteta uzrokovanih terorističkim aktom koje su po svom karakteru ratne štete od onih koje to nisu, zakonodavac ističe³² da je svim navedenim slučajevima šteta osnovna sličnost u prirodi štetne radnje koja se svodi na nasilje, a da se vrlo značajno razlikuju u pogledu dodatnih elemenata: oblika i karaktera nasilja, sredstava izvršenja štetne radnje, motiva i ciljeva nanošenja štete, vremena i mjesta počinjenja te općeg konteksta prilika i događaja u kojima su štetne radnje počinjene.

Uzimajući u obzir sve izloženo treba zaključiti da se priroda štetne radnje kojom je prouzročena ratna šteta i u slučaju kad postoji sličnost ili identičnost u pojavnim oblicima s aktima terora i nasilja odnosno terorskim

³¹ Konačni prijedlog Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, obrazloženje, str. 2.

³² Konačni prijedlog Zakona o odgovornosti za štete uslijed terorističkih akata, str. 2.

aktom, razlikuje od prirode štetne radnje terorističkog akta, u smislu Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata.

Te razlike prvenstveno će se očitovati u motivima, cilju i svrsi djelovanja i nanošenja štete, ali će se javljati i u drugim pojedinostima.

Smatramo da to nije zapreka da i one akte kojima je uzrokovana ratna šteta nazivamo terorističkim aktima, neovisno o tome što se oni razlikuju od ostalih terorističkih akata po dodanim elementima, što daje i različit pravni karakter šteti koja je počinjena pojedinim od tih terorističkih akata.

Napominjemo da je i zakonodavac u jednom od zakona koji se odnosi na popravljavanje ratne štete, tj. u već spomenutom Zakonu o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata pod pojmom ratne štete (iako je izričito ne spominje) naveo i one štete prouzročene, između ostalog, terorističkom akcijom, predviđajući da se civilnim invalidom rata smatra i osoba kojoj je organizam oštećen "u svezi s diverzantskim odnosno terorističkim akcijama kojima se ugrožava sigurnost ili ustavni poredak Republike Hrvatske" (čl. 5. i čl. 8. toga Zakona).

Međutim, neovisno o tome da li ćemo, u izloženom smislu, štetnu radnju kojom je prouzročena ratna šteta nazvati terorističkim aktom ili ne, samo po sebi nije presudno za ocjenu karaktera nastale štete.

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 2057/2001-2, od 1. srpnja 2004., "granatiranje grada (Vinkovaca) tijekom Domovinskog rata nije teroristički akt (u smislu čl. 1. st. 2. Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata) već ratno djelovanje, pa se šteta nastala takvim djelovanjem smatra ratnom štetom, a za ratne štete Republika Hrvatska ne odgovara."

U razlozima se navodi:

"Zakonom o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (NN 117/03) terorističkim aktom smatra se osobito akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti (čl. 1. st. 2. tog Zakona). Granatiranje Vinkovaca tijekom Domovinskog rata ne predstavlja teroristički akt u smislu citiranog Zakona, već ratno djelovanje, pa se stoga i šteta nastala takvim djelovanjem smatra ratnom štetom, za koju Republika Hrvatska ni Grad Vinkovci ne odgovaraju."

Kao što smo već uvodno isticali, sudska se praksa vrlo često susretala s pitanjem ocjene karaktera štete uzrokovane aktima terora i nasilja, npr. podmetanjem eksploziva.

Niz takvih odluka citirali smo u točki II/b u svezi s primjenom čl. 931. i čl. 952. ZOO-a.

Podsjećamo u svezi s time, da u nizu revizijskih odluka Vrhovni sud RH, u onim slučajevima u kojima je trebalo cijeliti da li je šteta posljedica ratnih operacija ili pobuna, polazi od pravnog shvaćanja "da i terorističke akcije, bez obzira tko ih vodi mogu imati značaj ratnih operacija ili pobuna."

To je istaknuto npr. u razlozima odluke Rev 3428/1993, od 12. travnja 1995., (objavljena u "Izboru odluka" 1/1996. sent. 67).

Ponavljamo da prema odluci Rev 3503/1993, od 29. studenog 1995., (objavljena u "Izboru odluka" 1/1996. sent. 67) pod ratnim operacijama ili pobunama "treba smatrati i sve one aktivnosti što su nesumnjivo i neposredno za trajanja stanja rata ili pobune izazvane ratom ili pobunom (kao npr. diverzije, zastrašivanja i sl.), a koje su počinjene u ratne odnosno pobunjeničke ciljeve ili s tim ciljevima u svezi s političkim nakanama."

I novija sudska praksa, također, polazi od izraženog pravnog shvaćanja.

Tako iz razloga odluke Vrhovnog suda RH, Rev 928/2004, od 12. srpnja 2005., proizlazi da "po ocjeni ovog revizijskog suda, pod ratnim operacijama ili pobunama iz čl. 931. ZOO treba smatrati sve one aktivnosti što su nesumnjivo i neposredno, za trajanja stanja rata ili pobune, izazvane ratom ili pobunama, među koje aktivnosti svakako spadaju akti diverzija i sabotaza, ali i akti zastrašivanja, terora, počinjeni u ratne, odnosno pobunjeničke ciljeve ili s tim ciljevima u svezi s političkim nakanama, zbog čega se za sada ne može prihvatiti kao pravilan zaključak nižestupanskih sudova da se ne radi o šteti prouzročenoj ratnim operacijama ili pobunama zbog toga jer iz provedenih dokaza ne bi proizlazilo da su se u vrijeme štetnog događaja u mjestu K., gdje se nalazila kuća tužitelja, vodile ratne operacije ili da bi došlo do pobuna, tj. da se nisu ostvarili razlozi zbog kojih tužena ne bi bila u obvezi naknaditi tužitelju nastalu štetu."

IV. Odgovornost za ratnu štetu

Odgovornost za ratnu štetu i u slučaju kad je ona prouzročena terorističkim aktom, ne razlikuje se od pravnog uređenja koje općenito vrijedi za ratnu štetu.

U tom smislu pitanje razgraničenja između štete uzrokovane terorističkim aktom koja ima karakter ratne štete od one koja to nije, pitanje je na koje treba prethodno odgovoriti, međutim, ako se utvrdi da se radi o ratnoj šteti za tu štetu glede odgovornosti, vrijede sva ona pravila po kojima se i inače prosuđuje odgovornost za ratnu štetu, o kojima nastavno govorimo.

Pitanje odgovornosti za ratnu štetu na planu unutaršnjeg zakonodavstva prvenstveno se postavlja sa stajališta odgovornosti *države*.

U obrazloženju uz Konačni prijedlog Zakona o odgovornosti za štetu RH zakonodavac je smatrao potrebnim naglasiti "da opći propisi unutrašnjeg prava država ne poznaju pravnu osnovu odgovornosti za ratnu štetu koja bi bila sadržana u odredbama građanskog ili upravnog prava, odnosno u temeljnim načelima pravne regulacije ovih pravnih područja. Opći propisi hrvatskog građanskog prava također ne predviđaju odgovornost za ratnu štetu, osim na ugovornoj osnovi (ugovor o osiguranju). Isto tako, u pravnoj doktrini postoji potpuno suglasje o tome da se odgovornost države za ratne štete ne temelji na pravilima o odgovornosti države za grešku, a ni na onima o odgovornosti bez greške, jer se uzima da su ratne štete posljedica

izvanrednog događaja, a ne lošeg funkcioniranja vojnoobrambenog ustroja države.”

Odredbama Zakona o odgovornosti za štetu RH izrijekom je propisano u čl. 2. da Republika Hrvatska odgovara samo za onu štetu (iz čl. 1. tog Zakona) koja nema karakter ratne štete.

Također i prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 670/2003, od 27. listopada 2003., “Republika Hrvatska odgovara po općim pravilima odgovornosti za štetu samo za onu štetu koja nema karakter ratne štete.”

Međutim, i prije stupanja na snagu tog Zakona u teoriji i sudskoj praksi nije bilo dvojbeno da, prema našem zakonodavstvu, odgovornost države za ratnu štetu nije predviđena općim propisima građanskog ili upravnog prava. Isto tako niti bilo kojim posebnim propisom, uključujući i one o odštetnoj odgovornosti države, nije predviđena odgovornost države za ratnu štetu fizičkim ili pravnim osobama.³³

Članak 180. ZOO-a koji je uređivao pitanje odgovornosti za štetu od terorističkih akata, javnih demonstracija i manifestacija, također se nije odnosio na ratnu štetu.

Pravno shvaćanje da opći propisi građanskog prava ne predviđaju odgovornost države za ratnu štetu izraženo je u nizu sudskih odluka (npr. VSRH, Rev 2366/1995, od 20. veljače 1997., objavljena u “Izboru odluka” 1/1997. sent. 17).

Iako se u ovom radu ne bavimo pitanjem ratne štete sa stajališta međunarodnog prava napominjemo da postoji suglasnost o tome da “međunarodno pravo ne obvezuje državu da svojim državljanima – fizičkim osobama i pravnim osobama popravi ratnu štetu, nego uređuje pitanje odgovornosti za ratnu štetu između država i drugih subjekata međunarodnog prava.”³⁴

U sudskoj praksi postavilo se i pitanje odgovornosti *poslodavca* za ratnu štetu.

Ujednačeno je stajalište da “poslodavac ne odgovara za štetu koju je zaposlenik pretrpio na radu uslijed ratnih događanja” (VSRH, Rev 3221/1994, od 29. listopada 1997., objavljena u “Izboru odluka” 2/1998. sent. 29). Polazi se, također, od stajališta da “opći propisi građanskog prava ne predviđaju odgovornost poslodavca za ratnu štetu (VSRH, Rev 2245/1997, od 28. veljače 2001., objavljena u “Izboru odluka” 2/2001. sent. 40).

Međutim, prema istoj odluci “odgovornost poslodavca može postojati zbog propusta u organizaciji rada, ako su takvi propusti u svezi s nastankom te štete”.

³³ Petar Klarić: *Pravna osnova odgovornosti za ratnu štetu*, *Zakonitost* (46) 1992. br. 10, str. 1248.

³⁴ I. Crnić, op. cit. str. 128.; P. Klarić, op. cit. str. 61.; *Konačni prijedlog Zakona, obrazloženje*, str. 2.

U razlozima se, između ostalog, navodi:

“U postupku je utvrđeno, da se tužitelj kao policajac MUP RH dana 5. kolovoza 1993.g. nalazio u P. na terenu u patroli sa još sedam policajaca. Iz zasjede je izvršen oružani napad neprijateljskih vojnika na policijsku patrolu. Četiri policajca su ubijena, a četiri policajca ranjena, a među njima i tužitelj. Tužitelj smatra, da mu tuženica odgovara za štetu temeljem odredbe čl. 15. Zakona o zaštiti na radu (NN, broj 19/83, 17/86, 46/92, 26/93, 29/94), a koji zakon je bio na snazi u vrijeme štetnog događaja. Niži sudovi odbili su zahtjev tužitelja, jer smatraju da tužitelju pripadaju prava utvrđena za branitelje i invalide domovinskog rata, koja prava je tužitelj i ostvario, a ne i pravo na štetu po općim propisima građanskog prava. Ovaj sud smatra, da štetu tužitelja treba podvesti pod pojam ratne štete s obzirom na prirodu štetne radnje kojom je šteta prouzročena. Opći propisi građanskog prava ne predviđaju odgovornost poslodavca za ratnu štetu, pa revident neosnovano prigovara da postoji odgovornost tuženice kao poslodavca za štetu tužitelju.”

U ovom posljednjem slučaju, ne radi se, dakle o odgovornosti poslodavca za ratnu štetu već o njegovoj odgovornosti zbog propusta u primjeni propisa koji poslodavcu nalažu određeno postupanje u provođenju zaštite na radu. Kao poslodavac javlja se i država. Dosljedno je stajalište sudske prakse da niti država, kao poslodavac, ne odgovara za ratnu štetu.

U svezi s time ističemo, da su se u praksi često javljali slučajevi u kojima su npr. pripadnici hrvatskih redarstvenih snaga bili izloženi djelovanjima koji su po svojim karakteristikama imali značaj terorističkog akta.

Prema već citiranoj odluci Vrhovnog suda RH, Rev 197/2001, od 10. veljače 2004., u razlozima odluke se ističe:

“U ovom sporu predmet tužbenog zahtjeva je naknada nematerijalne štete koju je pretrpio tužitelj kao pripadnik djelatnog sastava Ministarstva unutarnjih poslova u Domovinskom ratu prilikom obrane suvereniteta Republike Hrvatske. U postupku je utvrđeno:- da je tužitelj prilikom jedne akcije zarobljen 9. 11. 1991. u Brčkom, - da je u zarobljeništvu proveo devet mjeseci i pet dana, sve do razmjene zarobljenika 14. 8. 1992.,- da je u zarobljeništvu zbog zlostavljanja pretrpio teške tjelesne povrede koje imaju trajne posljedice i da zbog toga traži naknadu štete.

Štetu tužitelja treba podvesti pod pojam ratne štete nastale zarobljavanjem - kako su to pravilno ocijenili nižestupanjski sudovi. Pri tome valja navesti da za ocjenu da li se radi o ratnoj šteti ili ne, nije pravno odlučno da li je oštećenik civil, vojnik ili pripadnik - djelatnik MUP-a, neovisno o tome da li je oštećeni u radnom odnosu, ili mobilizirana osoba, već je odlučna jedino priroda štetne radnje kojom je počinjena šteta oštećeniku. Opći propisi građanskog prava ne predviđaju odgovornost države ili pak poslodavca za navedenu ratnu štetu, a nema niti posebnog propisa koji bi predviđao takvu odgovornost. Da bi se osiguralo obeštećenje pojedinca ili pravnih osoba za pretrpljenu ratnu štetu bilo bi potrebno donijeti posebne propise kojima se ustanovljava autonoman sustav popravljivanja ratne štete nanesene od strane neprijatelja koji će ovisiti prvenstveno o materijalnim mogućnostima države. Zakonom o utvrđivanju ratne štete propisano je samo pitanje popisa i procjene štete, a nije propisano pitanje odgovornosti i naknade štete.”

Tako prema već citiranoj odluci Vrhovnog suda RH, Rev 2245/1997, od 28. veljače 2001., (objavljena u “Izboru odluka” 2/2001. str. 40) “Država kao poslodavac ne odgovara policajcu za štetu koju je pretrpio u obavljanju patrole, kad se radi o ratnoj šteti.”

U obrazloženju se navodi:

“U postupku je utvrđeno, da se tužitelj kao policajac MUP RH dana 5. kolovoza 1993.g. nalazio u P. na terenu u patroli sa još sedam policajaca. Iz zasjede je izvršen oružani napad neprijateljskih vojnika na policijsku patrolu. Četiri policajca su ubijena, a četiri policajca ranjena, a među njima i tužitelj. Tužitelj smatra, da mu tuženica odgovara za štetu temeljem odredbe čl. 15. Zakona o zaštiti na radu (NN, broj 19/83, 17/86, 46/92, 26/93, 29/94), a koji zakon je bio na snazi u vrijeme štetnog događaja. Niži sudovi odbili su zahtjev tužitelja, jer smatraju da tužitelju pripadaju prava utvrđena za branitelje i invalide domovinskog rata, koja prava je tužitelj i ostvario, a ne i pravo na štetu po općim propisima građanskog prava. Ovaj sud smatra, da štetu tužitelja treba podvesti pod pojam ratne štete s obzirom na prirodu štetne radnje kojom je šteta prouzročena. Opći propisi građanskog prava ne predviđaju odgovornost poslodavca za ratnu štetu, pa revident neosnovano prigovara da postoji odgovornost tuženice kao poslodavca za štetu tužitelju.”

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 1864/2001, od 24. rujna 2003., (objavljena u “Izboru odluka” 2/2003. sent. 45) “država, kao poslodavac, ne odgovara za štetu koju je pretrpio pripadnik MUP-a u izvršenju zadatka kad ta šteta ima karakter ratne štete.”

Prema odluci Rev 676/2002, od 4. veljače 2004., “šteta koju je pripadnik MUP-a pretrpio ozljeđivanjem uslijed eksplozije neprijateljske granate ratna je šteta za koju država ne odgovara.”

“Ocijenjeno je da nema karakter ratne štete i da država odgovara za štetu koju je pretrpio policajac dok se nalazio na terenu (29. lipnja 1994.) zbog trovanja hranom” (VSRH, Rev 504/2003, od 28. listopada 2003.).

V. Popravljanje ratne štete

Kad šteta prouzročena terorističkim aktom ima karakter ratne štete, popravljanje te štete podliježe istim pravilima koja vrijede za ratnu štetu općenito. U primjeni tih propisa nije odlučujuća, sama za sebe, okolnost da je ratna šteta prouzročena terorističkim aktom.

U svezi s time ponovno naglašavamo da se Zakon o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata ne bavi ratnom štetom, pa se stoga njegove odredbe glede popravljanja štete ne odnose na slučajeve kad je terorističkim aktom prouzročena ratna šteta. Stoga, s obzirom na predmet našeg rada, ne razmatramo cjelovito odredbe navedenog Zakona o popravljanju štete prouzročene terorističkim i drugim aktima nasilja, koja su predmet uređenja tog Zakona. Treba, međutim, naglasiti da je razgraničenje šteta nastalih uslijed terorističkih akata, na one koje su po svojem karakteru ratne štete i na one koje to nisu, od posebne važnosti upravo s obzirom na pravo oštećenih na naknađivanje odnosno popravljanje štete.

Napominjemo, tako, da Zakon o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata za materijalne štete nastale uslijed uzroka navedenih u tom Zakonu upućuje na popravljanje štete “u obliku oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno odredbama Zakona o obnovi” (čl. 8. Zakona).

Budući da se primjenom Zakona o obnovi popravlja i ratna šteta za spomenute oblike materijalne štete, nastale zbog terorističkih akata, vrijede ista pravila o popravljanju štete, neovisno o tome da li se radi o ratnoj šteti ili ne.

Naprotiv, pravo na naknadu štete zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, priznato oštećeniku u smislu čl. 7. st. 1. Zakona, neće pripadati oštećenima kad se radi o ratnoj šteti prouzročenoj terorističkim aktom, budući da takav način popravljivanja tih oblika ratne štete nije predviđen niti jednim propisom koji je na snazi.

U nastavku ovog izlaganja govorimo o popravljanju ratne štete općenito, dakle, i one ratne štete koje su prouzročene terorističkim aktima.

Već smo istakli da se niz zakona u Hrvatskoj svrstava u skupinu propisa kojima se uređuju različiti oblici popravljivanja štete, obuhvaćajući pri tome i popravljivanje ratne štete. Kao primjere naveli smo Zakon o zaštiti vojnih i civilnih invalida rata, Zakon o obnovi, Zakon o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji (točka II). O tim propisima, u dosadašnjem izlaganju posebno smo govorili sa stajališta pojmovnog određenja ratne štete.

S obzirom da prema propisima koji su na snazi u Republici Hrvatskoj nije uspostavljena izvanugovorna odgovornost za ratnu štetu, ne postoji ni obveza na popravljivanje te štete koja bi inače proizlazila iz opće obveze naknade štete temeljem tog osnova, dakle, temeljem izvanugovorne odgovornosti za štetu, osobe koja odgovara za štetu.

Iz dosadašnjih izlaganja proizlazi da niti međunarodno pravo ne obvezuje državu da svojim državljanima popravi ratnu štetu, već prepušta unutarnjem pravu države da utvrdi osnovu, povredu i opseg naknade.³⁵ Dakle, da bi država imala obvezu popraviti ratnu štetu svojim državljanima, moraju biti doneseni posebni propisi iz kojih proizlazi takva obveza. Pravna, a nesumnjivo i politička osnova tog posebnog zakonodavstva nije, dakle, postojanje odgovornosti za štetu, već su to načela solidarnosti pravičnosti i jednakosti pri preuzimanju javnih tereta.

Naglašava se da je izloženo gledište općenito prihvaćeno u pravnoj teoriji,³⁶ a suglasno stajalište zauzima i sudska praksa. Tako npr. prema već citiranoj odluci Vrhovnog suda RH, Rev 197/2001, od 10. veljače 2001., "da bi se osiguralo obeštećenje pojedinaca ili pravnih osoba za pretrpljenu ratnu štetu posebnim propisima ustanovljava se autonoman sustav popravljivanja štete koji ovisi prvenstveno o mogućnostima države." Isto stajalište izraženo je i u odluci Rev 2366/1995, od 20. veljače 1997.

Pitanja vezana uz popravljivanje štete pretežno se uređuju propisima javnog odnosno upravnog prava. Takve propise donijela je i naša država, izražavajući na taj način volju da oštećenima pomogne u popravljanju štete iako za nju ne odgovara.

³⁵ P. Klarić, op. cit. str. 1247.

³⁶ I. Crnić, op. cit. str. 128.; P. Klarić, op. cit. str. 1247.; S. Jelinić, op. cit. str. 1339.

U svezi s prethodnim izlaganjem o pojmovima određenja ratne štete (točka II.) već smo naglasili da propisi koji se odnose na popravljavanje štete, osim što ne govore o odgovornosti za ratnu štetu, izričito ne spominju niti određuju ratnu štetu, ali obuhvaćaju i takva događanja koja imaju značaj ratne štete.

Svrha ovog rada nije cjeloviti prikaz sadržaja tih propisa već naglasiti osnovna polazišta glede svrhe i cilja s kojima su doneseni, predmet njihova reguliranja i prava koja se njima priznaju.

Svrha donošenja propisa i *predmet* reguliranja određen je pojedinim posebnim propisom npr. Zakonom o obnovi na sljedeći način: "Ovim se Zakonom uređuje obnova uništenih ili oštećenih materijalnih dobara u Republici Hrvatskoj koja su bila izložena razornim djelovanjima i posljedicama tih djelovanja od početka velikosrpske agresije, pa tijekom Domovinskog rata, do završetka mirne reintegracije" (članak 1.).

Objekt obnove su "uništena ili oštećena materijalna dobra kao što su stambene i gospodarske zgrade, objekti i uređaji komunalne infrastrukture i objekti javne namjene te kulturna dobra i prirodne vrijednosti" (čl. 3. st. 1.), te "gospodarstvo, kao što su poljodjelska domaćinstva (i to poglavito obnova gospodarskih zgrada, dugogodišnjih nasada, stočnog fonda, peradi i riba, poljoprivrednih ratila i oprema, osiguranje nabave osnovnog reprod materijala), obrt, zadruge, trgovačka društva te unapređenje i pokretanje poduzetničkih programa"³⁷ (čl. 3. st. 3.).

Prema odredbama članka 1. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji navodi se, između ostalog: "ovim se Zakonom uređuju prava hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji, na način da se propisuju prava kojima se osigurava po-sebna zaštita članova obitelji poginuloga, zatočenog ili nestaloga hrvatskog branitelja, članova obitelji umrlih hrvatskih ratnih vojnih invalida iz Domovinskog rata od I. do IV. skupine, hrvatskih ratnih vojnih invalida iz Domovinskog rata, hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji, te uvjeti i postupak za ostvarivanje tih prava."

Subjekti koji ostvaruju prava, također, su određeni pojedinim zakonima.

Iako autori osvrćući se, općenito, na propise te vrste, gotovo isključivo govore o popravljaju štete državljanima odnosno države, u našim propisima nalazimo odredbe kojima se ta obveza proširuje, bilo tako da se pod određenim pretpostavkama izričito odnosi i na strane državljane, bilo tako da se državljanstvo ne predviđa kao pretpostavka za ostvarivanje prava.

Tako prema odredbi čl. 10. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji "prava utvrđena ovim Zakonom mogu ostvariti hrvatski državljani, a strani državljani pod uvjetom da ta prava ne ostvaruju prema propisima države čiji su državljani."

³⁷ Za unapređenje i pokretanja poduzetničkih programa jasno da mogu biti samo oblici obnove, a ne i njen objekt.

Prema izmijenjenom čl. 4. st. 1. Zakona o obnovi (Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o obnovi, NN, broj 57/00.) "pravo na obnovu pod uvjetima iz ovoga Zakona imaju vlasnici, odnosno suvlasnici u ratu uništenih ili oštećenih stambenih zgrada te zaštićeni najmoprimci u stanovima u tim zgradama kao i vlasnici drugih uništenih ili oštećenih materijalnih dobara, koji su državljani Republike Hrvatske te osobe koje su 1991. godine imale prebivalište u Republici Hrvatskoj (dalje u tekstu: korisnici prava na obnovu)."

Štetna radnja i uzročna veza između predviđene štetne radnje i štete, bitne su pretpostavke da bi se ostvarilo pravo na popravljavanje štete.

Već smo istaknuli da je za propise koji se odnose na popravljavanje štete karakteristično da sadrže razrađene odredbe koje se odnose na štetnu radnju.

Tako npr. prema čl. 2. st. 2. Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji "pod sudjelovanjem u obrani suvereniteta, neovisnosti i teritorijalne cjelovitosti Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: obrana suvereniteta Republike Hrvatske), u smislu stavka 1. ovoga članka, podrazumijeva se izravni oružani otpor agresoru i djelovanje u izravnoj svezi s tim otporom na bojišnici u obavljanju vojne dužnosti (i odlazak u postrojbu radi odlaska na bojišnicu, na borbeni položaj kao i povratak s izravnoga oružanog otpora agresoru)."

Pravo na naknadu i obeštećenje koje se priznaje može se predvidjeti u različitim oblicima.

Jednom od karakteristika sustava popravljavanja ratne štete smatra se i to da se gotovo nikada ne osigurava potpuna naknada.

Tako npr. prema odredbama čl. 3. st. 2. Zakona o obnovi "pod obnovom materijalnih dobara razumijeva se takav opseg radova koji je nužan kako bi se ta dobra dovela u stanje prikladno za život, boravak, odnosno korištenje."

Polazeći od navedenih karakteristika, svrhe i cilja propisa koji se odnose na popravljavanje ratne štete koje možemo naći i u našim propisima koji uređuju tu materiju, u nastavku izlaganja govorimo o nekim pitanjima koja su se javila u praksi, a koja, s obzirom na predmet našeg rada, također ukazuju na utjecaj i značaj razgraničenja šteta nastalih uslijed terorističkog akta koje imaju karakter ratne štete od onih koje to nisu.

V.1. Ostvarivanje prava

S obzirom na predmet ovog rada pitanje ostvarivanja prava na naknadivanje odnosno popravljavanje štete nastale uslijed terorističkog akta, razmatramo prvenstveno s težištem na prouzročenu ratnu štetu, dok o ostaloj šteti prouzročenoj terorističkim aktom govorimo koliko je to potrebno da bi se uočile razlike glede prava koja se priznaju u svakom od navedenih slučajeva. Pri tome, u nastavku izlaganja osvrnut ćemo se na neka sporna pitanja koja

su se javila u praksi u svezi s ostvarivanjem prava na popravljavanje štete, primjenom propisa, pojedinim oblicima štete i opsegom naknade štete, te s pitanjem nadležnosti za odlučivanje o takvim zahtjevima.

Stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima (NN, broj 7/96.) brisan je čl. 180. ZOO-a i predviđeno (čl. 2. istog Zakona) da se prekidaju postupci za naknadu štete pokrenuti po odredbama čl. 180. ZOO-a time da će se nastaviti nakon što se donese poseban propis kojim će se urediti odgovornost za štetu nastalu uslijed terorističkih akata. Čl. 180. ZOO-a bila je propisana, kao poseban slučaj, odgovornost za štetu, odgovornost uslijed terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija.³⁸

Posebni zakon kojim je uređeno to pitanje jest Zakon o odgovornosti za štete nastale uslijed terorističkih akata, koji je u čl. 10. predvidio da će se sudski postupci radi naknade štete koji su bili prekinuti stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZOO-a, nastaviti po odredbama Zakona o odgovornosti za štete uslijed terorističkih akata.

S obzirom na prigovore istaknute u nastavljenim postupcima, koji su se pozivali na primjenu čl. 180. ZOO-a, sudska praksa bila je jedinstvena u tumačenju odredaba čl. 10. Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata i u stajalištu da nema mjesta primjeni čl. 180. ZOO-a.

Tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 860/2004, od 1. studenog 2004.:

“U tijeku ovog postupka stupio je na snagu Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima (NN, broj 7/96) kojim je brisan članak 180. ZOO i kojim je propisano da se prekidaju postupci pokrenuti temeljem te zakonske odredbe, a da će se nastaviti nakon što se donese poseban propis kojim će se urediti odgovornost za štetu nastalu uslijed terorističkih akata.

Ovaj postupak, koji je bio u prekidu temeljem ranije važeće odredbe čl. 180. ZOO, nastavljen je temeljem odredbe čl. 10. Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (NN, broj 117/03), kojom je propisano da se takvi prekinuti postupci “nastavljaju po odredbama ovog Zakona”.³⁹

To znači da u svim postupcima koji su nastavljeni, do primjene dolazi Zakon o odgovornosti uslijed terorističkih akata, neovisno o tome kada se zbio štetni događaj.

³⁸ Čl. 180. ZOO u cijelosti je glasio:

“(1) Za štetu nastalu smrću, tjelesnom povredom ili oštećenjem odnosno uništenjem imovine fizičke osobe uslijed akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija i manifestacija odgovara društveno-politička zajednica čiji su organi po važećim propisima bili dužni spriječiti takvu štetu.

(2) Organizatori, sudionici, podstrekači i pomagači u aktima nasilja ili terora, javnim demonstracijama i manifestacijama koje su usmjerene na podiranje ustavom utvrđenog društvenog uređenja, nemaju pravo na naknadu štete po toj osnovi.

(3) Društveno-politička zajednica ima pravo i obvezu zahtijevati naknadu isplaćenog iznosa od osobe koja je štetu uzrokovala.

(4) To pravo zastarijeva u rokovima propisanim za zastaru potraživanja naknade štete.”

³⁹ Isto i odluke Vrhovnog suda RH, Rev 920/2004, od 20. travnja 2005., Rev 106/2003, od 3. prosinca 2003., Rev 276/2004, od 8. travnja 2004. i dr.

Međutim, neovisno o izloženom treba naglasiti da se navedeno pitanje u svezi s primjenom čl. 180. ZOO-a i ne odnosi na slučajeve kad prouzročena šteta ima karakter realne štete, budući da čl. 180. ZOO-a nije dolazio do primjene kad se radilo o ratnoj šteti.

O tome se izjasnila i sudska praksa u vrijeme kad je čl. 180. ZOO-a bio na snazi, koja je otklanjala njegovu primjenu kad je utvrđeno da se radi o ratnoj šteti.

Tako prema razlozima presude Vrhovnog suda RH, Rev 2316/1995, od 6. listopada 1998., "imajući u vidu da je šteta uzrokovana eksplozijom granate dakle uslijed ratnih događanja, a za ratnu štetu Republika Hrvatska niti poslodavac ne odgovaraju, a u postupku nije utvrđeno da bi bilo propusta u organizaciji rada koji se mogu dovesti u vezu s nastankom štete, to je i po stajalištu ovog suda materijalno pravo pravilno primijenjeno kada je tužbeni zahtjev tužitelja odbijen u cijelosti".

V.2. Oblici štete i opseg popravljanja

U nizu predmeta koji se javljaju u parničnim postupcima u sudskoj praksi, tužitelji zahtijevaju isplatu određene novčane svote kao naknadu za štetu nastalu aktom koji kvalificiraju kao teroristički akt (npr. miniranje kuće, postavljanje eksplozivne naprave ispod automobila, sve od strane nepovratnog počinitelja). Naknada se zahtijeva bilo s naslova štete na materijalnim dobrima (nekretninama, pokretninama), bilo s naslova štete zbog smrti, ozljeđivanja, straha, povrede ugleda i časti.

Tuženik je gotovo isključivo Republika Hrvatska.

Što se tiče prava na popravljanje štete, situacija oštećenih različita je ovisno o tome da li se radi o imovinskoj šteti na materijalnim dobrima ili o imovinskoj i neimovinskoj šteti zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja.

a) Kad se radi o *imovinskoj šteti na materijalnim dobrima*, prema odredbama čl. 8. Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata "materijalne štete nastale uslijed uzroka navedenih u ovom Zakonu nadoknađuju se na teritoriju cijele Republike Hrvatske u obliku obnove oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno odredbama Zakona o obnovi."

S obzirom na neke dvojbe koje su se javile u tumačenju te zakonske odredbe glede pitanja na koju se "materijalnu štetu" odnosi, suglasni smo s tumačenjem da se odnosi na materijalnu štetu na materijalnim dobrima. U tom smislu razumljiva je i okolnost da upućuje na odredbe Zakona o obnovi, koje se odnose na materijalna dobra. To za razliku od odredaba čl. 7. Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata koje se odnose (uz neimovinsku) i na imovinsku štetu zbog smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, na koje se slučajeve Zakon o obnovi ne može primijeniti.

Prema odredbama Zakona o obnovi, pravo na obnovu pod pretpostavkama tog Zakona imaju vlasnici, suvlasnici stambenih zgrada te zaštićeni najmprimci u stanovima u tim zgradama i vlasnici drugih uništenih ili oštećenih materijalnih dobara koji su državljani Republike Hrvatske te osobe koje su 1991. imale prebivalište u Republici Hrvatskoj (čl. 4. Zakona o obnovi).

Prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 155/2005, od 16. ožujka 2005., (objavljena u "Izboru odluka" 2/2005.) u predmetu u kojem se od tužene Republike Hrvatske zahtijevala novčana naknada za štetu nastalu 26. travnja 1992. miniranjem vikend-kuće, zauzeo je sljedeće stajalište: "Kad je štetna radnja po svojoj prirodi teroristički akt u smislu odredaba Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, materijalnu štetu na nekretnini (vikend-kući) Republika Hrvatska je u obvezi popravljati samo pod pretpostavkama i na način propisan Zakonom o obnovi."

Isto stajalište zauzeto je npr. i u odluci Rev 617/2004, od 21. travnja 2005.

Uvodno smo, govoreći o popravljanju štete istaknuli da se i u slučaju ratne štete kad se radi o materijalnoj šteti na materijalnim dobrima, ta šteta popravlja pod pretpostavkama Zakona o obnovi.

Uzimajući u obzir sve izloženo, kad se radi o toj materijalnoj šteti, oštećeni će, načelno, ostvariti pravo na popravljanje štete pod istim pretpostavkama i u istom opsegu, neovisno o tome da li se radi o ratnoj šteti prouzročenoj terorističkim aktom ili o šteti koja nije ratna, a prouzročena je terorističkim aktom u smislu Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata.

Tako se i prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 596/2004, od 2. ožujka 2005., novčana naknada zahtijevala za oštećenje ugostiteljskog objekta tužiteljice postavljanjem eksplozivne naprave od strane nepoznate osobe: "tuženica ne bi odgovarala za štetu koja je nastala tužiteljici ni u slučaju kada bi se radilo o pojedinačnom kriminalnom aktu kako to cijeni prvostupanjski sud ni u slučaju da se radi o ratnoj šteti kako je štetni događaj ocijenio sud drugog stupnja, no tužiteljica ne može ostvariti naknadu materijalne štete u ovom predmetu niti u slučaju da je uzrok nastanka štete teroristički akt, kako tvrdi tužiteljica.

Odredbom čl. 7. st. 1. Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija propisano je da oštećenik ima pravo samo na naknadu one štete koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, dok je čl. 8. istog Zakona propisano da se materijalne štete nastale uslijed uzroka navedenih u tom zakonu nadoknađuju na teritoriju cijele Republike Hrvatske u obliku obnove oštećenih ili uništenih materijalnih dobara sukladno odredbama Zakona o obnovi (NN, broj 24/96, 87/96, 57/00).

Ocijenivši zahtjev tužiteljice kroz spomenute odredbe zakona, koji regulira pitanje odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, i ovaj sud ga ocjenjuje neosnovanim, jer tužiteljica ne može u parničnom postupku ostvariti naknadu materijalne štete koja je nastala miniranjem od strane nepoznate osobe ugostiteljskog objekta koji je bio u njezinom vlasništvu.”

Stoga, kad se radi o materijalnoj šteti na materijalnim dobrima, oštećeni niti u jednom od navedenih slučajeva nemaju pravo na popravljavanje štete po općim odredbama o popravljaju štete, a to su u našem pravu opće odredbe Zakona o obveznim odnosima o popravljaju izvanugovorne štete. To stoga jer općim propisima o odgovornosti i popravljaju izvanugovorne štete nije predviđena odgovornost i popravljavanje te štete, niti glede ratne štete niti glede štete prouzročene terorističkim aktom, već ta pitanja uređuju posebni zakoni.

Iz toga, nadalje, slijedi da u slučajevima kad se radi o materijalnoj šteti na materijalnim dobrima, sud se i ne mora baviti pitanjima razgraničenja glede štetne radnje odnosno pravnog značaja nastale štete, tj. radi li se o ratnoj šteti ili ne.

U tom pravcu jedinstveno stajalište zauzima i sudska praksa.

Tako, npr. i prema razlozima odluka Vrhovnog suda RH, Rev 155/2005, od 16. ožujka 2005., Rev 100/2005., od 3. prosinca 2003., Rev 617/2004, od 21. travnja 2005.

Prema odluci Rev 920/2004, od 20. travnja 2005., (radilo se o šteti zbog postavljanja eksplozivne naprave 27. siječnja 1992.) tužiteljima ne pripada pravo na naknadu štete u novčanoj protuvrijednosti visine nastale štete na njihovoj kući, već isključivo u prirodnoj restituciji obnovom uništene ili oštećene kuće, sukladno odredbama Zakona o obnovi, pa odbijanjem tužbenog zahtjeva u odnosu na oštećenu kuću tužitelja materijalno pravo nije pogrešno primijenjeno.

b) Što se tiče šteta koje su posljedica *smrti, tjelesne ozljede ili oštećenja zdravlja* (čl. 7. Zakona o odgovornosti za štete uslijed terorističkih akata), pravo na naknađivanje te štete pripada oštećenima kad je ta šteta uzrokovana terorističkim aktom u smislu spomenutog Zakona.

Kad se radi o ratnoj šteti, oštećenima za te oblike štete, koja može biti imovinska i neimovinska, posebnim zakonima nije priznato pravo na novčanu naknadu.

V.3. Nadležnost za odlučivanje

U dosadašnjoj sudskoj praksi, u parničnim postupcima, tužbenim zahtjevima s naslova naknade štete prouzročene terorističkim aktima zahtijeva se gotovo isključivo isplata novčane naknade neovisno o tome da li se radi o naknadi imovinske štete na nekretninama (kućama, stanovima,

ugostiteljskim objektima i dr.) ili naknadi štete, bilo imovinske bilo neimovinske, zbog smrti, pretrpljenih ozljeda, straha i dr.

Budući da se radi o novčanom zahtjevu na isplatu, o takvom su zahtjevu nadležni odlučivati sudovi u parničnom postupku u smislu odredaba čl. 1. Zakona o parničnom postupku (NN, broj 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., dalje: ZPP).

Na postojanje navedene sudske nadležnosti, s obzirom na imovinskopravni karakter istaknutog tužbenog zahtjeva, ne utječe okolnost da oštećeni, kojem je šteta prouzročena terorističkim aktom u smislu Zakona o odgovornosti za štetu uslijed terorističkih akata kao i u slučaju kad se radi o ratnoj šteti, može ostvarivati pravo na popravlanje štete po odredbama Zakona o obnovi.

Drugo je pitanje osnovanosti odnosno neosnovanosti istaknutog novčanog zahtjeva za naknadu štete, o čemu smo govorili pod točkom V/1.

Inače, nema spora o tome da o pravu na obnovu po Zakonu o obnovi odlučuje nadležno upravno tijelo.

Upravo ta okolnost izazvala je neke dvojbe u sudskoj praksi, što je rezultiralo odbacivanjem tužbe, iako za to nisu postojale pretpostavke budući da se radilo, kako je to već istaknuto, o novčanim, dakle imovinskopravnim zahtjevima.

Navodimo i stajališta sudske prakse, pa tako prema odluci Vrhovnog suda RH, Rev 617/2004, od 21. travnja 2005., "tužbeni zahtjev za naknadu štete na nekretnini uslijed terorističkog akta ili javnih demonstracija nije osnovan.

O zahtjevu za naknadu štete kao imovinskopravnom zahtjevu odlučuje sud u parničnom postupku (čl. 1. ZPP-a) te nije bilo mjesta odbacivanju tužbe već je trebalo odbiti tužbeni zahtjev. Međutim, time što je tužba odbacjena, umjesto da je odbijen tužbeni zahtjev, nije suđeno na štetu tužiteljice, pa nema razloga za ukidanje pobijanog rješenja.

Kada bi tužbeni zahtjev glasio na utvrđivanje pravo na obnovu, te traženje prava u smislu Zakona o obnovi, onda o takvom zahtjevu ne bi bio nadležan odlučivati sud jer se o takvom zahtjevu odlučuje u upravnom postupku. Ovdje pak nije postavljen zahtjev za obnovu u skladu sa Zakonom o obnovi, već za novčanu nadoknadu materijalne štete u kojem odlučuje sud."⁴⁰

VI. Zaključak

Ratna šteta može biti prouzročena aktima odnosno djelovanjima koja po svojim karakteristikama imaju značaj terorističkog akta.

Pri ocjeni pravnog karaktera nastale štete prvenstveno se postavlja pitanje pravne prirode štetne radnje kojom je prouzročena ta šteta. Odgovor

⁴⁰ Isto i odluke Vrhovnog suda RH, Rev 905/2004, Rev 998/2004, Rev 155/2005 i dr.

na to pitanje ovisit će s jedne strane o pojmovnom određenju ratne štete, a s druge strane uključivat će istovremenu potrebu razgraničenja te štete od štete prouzročene terorističkim aktom koja nema karakter ratne štete i koja je u našem pravu uređena posebnim propisom, tj. Zakonom o odgovornosti za štete uslijed terorističkih akata.

Potreba navedenog razgraničenja nužna je s obzirom na različite pravne učinke koji se vezuju za svaku od tih šteta glede odgovornosti, prava na popravljjanje štete, ostvarivanje tog prava i dr.

S obzirom na zakonske odredbe koje svojim sadržajem daju odrednice i kriterije za to razgraničenje, ali ne i konačni odgovor za konkretne situacije, pravni značaj nastale štete trebat će i nadalje cijiniti uzimajući u obzir okolnosti pojedinog slučaja.

Upravo stoga u ovom radu naglašen je značaj sudske prakse koja će i nadalje, kao što je to činila i do sada, u okolnostima svakog pojedinog predmeta, ocjenjivati sve odlučujuće činjenice glede prirode štetne radnje i nastale štete.

Summary

WAR DAMAGE CAUSED BY A TERRORIST ACT

The article discusses war damage caused by a terrorist act distinguishing it from damage caused by a terrorist act that does not have a character of war damage. Issues related to appropriate determination of notions "war damage" and "terrorist act" are examined. Emphasis is placed on legal effects of damages, especially on the issues of responsibility and reparation. The author analyses reasoning in existing national case-law.

Key words: *war damage, terrorist act.*

Zusammenfassung

KRIEGSSCHÄDEN, DIE DURCH EINEN TERRORAKT VERURSACHT WURDEN

In der Arbeit ist von Kriegsschäden die Rede, die durch einen Terrorakt verursacht wurden, wobei es notwendig ist, diese Schäden von denen zu unterscheiden, die durch einen Terrorakt entstanden sind, jedoch nicht den Charakter von Kriegsschäden haben. Verbunden damit wird das Problem der begrifflichen Bestimmung von Kriegsschäden und Terrorakt betrachtet. In Verbindung mit den Rechtswirkungen der entsandenen Schäden wird besonders die Frage der Haftung und der Verbesserung der Schäden

betrachtet. Betont werden die Auffassungen der Gerichtspraxis, die anlässlich der Entscheidungen über diese Fragen vertreten wurden.

Schlüsselwörter: Kriegsschäden, Terrorakt.

Sommario

DANNO BELLICO CAUSATO DA ATTO TERRORISTICO

Nel lavoro si discute del danno bellico causato da un atto terroristico, con la sua distinzione dal danno causato da un atto terroristico che non ha il carattere del danno bellico. Si esaminano le questioni riguardanti l'appropriata determinazione dei concetti di danno bellico e di atto terroristico. Sono enfatizzati gli effetti legali dei danni, in particolare sulle questioni della responsabilità e della riparazione. Sono evidenziati i punti di vista della prassi giudiziale, con interesse alle circostanze delle decisioni su queste questioni.

Parole chiave: danno bellico, atto terroristico.

MIRENJE - ALTERNATIVNI NAČIN RJEŠAVANJA SPOROVA

Mr. sc. Srđan Šimac, sudac
Visoki trgovački sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 347.91
347.925
Ur.: 2. studenog 2005.
Pr.: 28. studenog 2005.
Stručni članak

Mirenje, kao alternativni način rješavanja sporova s obzirom na sve njegove prednosti, zasigurno predstavlja najpogodniji, najbrži i najjeftiniji način rješavanja sporova između stranaka. Ono će kao svojevrsni "drugi put do pravde", pored onog uobičajenog i redovnog, i u danim uvjetima neefikasnog sudskog postupka, pronaći zasluženo mjesto u svakodnevnoj praksi rješavanja sporova u Republici Hrvatskoj onog trenutka kada stranke otkriju kako rješenje svih problema vezanih uz njihove sporove, zapravo leži u njihovim vlastitim rukama, a ne u rukama drugih - odvjetnika, sudaca i drugih pravnih stručnjaka. Od tog trenutka stranke će postati istinskim gospodarima svoga spora, a time i svoga vremena i svojih materijalnih sredstava, kao što su to zapravo oduvijek i bile. Tada će suđenje biti na dobrom putu da postane alternativa upravo mirenju.

Ključne riječi: mirenje, posredovanje, alternativni način rješavanja sporova, Zakon o mirenju.

Uvod

Mirenje¹ kao alternativni način rješavanja sporova pronašlo je veoma široku i uspješnu primjenu u praksi rješavanja sporova u modernim zapadnim državama. Stupanjem na snagu Zakona o mirenju (u nastavku: ZM)² stvo-

¹ *Mirenje* (posredovanje, medijacija, koncilijacija) je svaki postupak, bez obzira na njegov naziv, u kojem stranke nastoje sporazumno riješiti svoj spor uz pomoć jednog ili više izmiritelja, koji strankama pomažu postići nagodbu, bez ovlasti da im nametnu obvezujuće rješenje (Zakon o mirenju, Narodne novine broj 163/2003.; u nastavku: ZM).

² ZM je stupio je na snagu 24. listopada 2003.

rene su formalne pretpostavke za primjenu mirenja u praksi rješavanja sporova i u Republici Hrvatskoj. Mirenje je specifičan oblik posredovanja u sporu između stranaka nad kojim one imaju potpunu kontrolu, a posebice nad njegovim rezultatom. Odatle i odgovornost stranaka za uspjeh, odnosno neuspjeh mirenja. Sama činjenica što je u postupku mirenja konačni način rješavanja spora u rukama stranaka, jasno ukazuje na prednosti mirenja u odnosu na druge vrste rješavanja sporova. Mirenje stoga treba promatrati s jedne strane kao izvanrednu priliku za rasterećenje neefikasnog državnog sudbenog aparata,³ a s druge strane, treba učiniti sve za stvaranje uvjeta da stranke prepoznaju mirenje kao najpovoljniji i najbrži način rješavanja njihovih sporova, kojim ne samo rješavaju međusobni spor na obostrano zadovoljstvo, već njime ujedno osiguravaju očuvanje njihovih dobrih odnosa u budućnosti.

1. O mirenju - općenito

*Mirenje*⁴ je specifičan oblik posredovanja u kojem stranke rješavaju vlastite sporove pod vodstvom i uz pomoć neovisne treće strane – *izmiritelja*.⁵ Tijekom mirenja traži se rješenje koje je u interesu obje stranaka. Pri tome izmiritelj mora u prvom redu obratiti pažnju na ponovno uspostavljanje komunikacije između stranaka kako bi one bile u stanju pregovarati. Za razliku od sudskog postupka, ovdje se svi detalji spora iznose na vidjelo, a ne samo njihova pravna interpretacija. Svrha mirenja nije utvrditi tko je od stranaka u pravu, već pronaći prihvatljivo rješenje od zajedničkog interesa za obje stranke.⁶

³ “U svijetu su poduzetnici davno izgubili iluzije o učinkovitosti sudskih sustava u rješavanju poslovnih sporova, ponajprije zbog previsokih sudskih troškova i odvjetničkih tarifa, te sve teže dostupnosti sudske zaštite. Zbog toga se u rješavanju poslovnih sporova umjesto sudskim postupcima sve češće pribjegava pregovorima ili se koriste postupci mirenja (medijacija), odnosno ugovaraju izvansudske arbitraže.” I. Grčar, *Kako riješiti poslovni spor, Umjesto nagodbe Hrvati još skloniji sudovanju, Globalne kompanije bježe od rješavanja sporova pred sudom. S obzirom na stanje u hrvatskom sudstvu, bilo bi logično da njihov primjer slijede hrvatski poduzetnici*, Bussines, Poslovni tjednik bez naznake broja, str. 26.

“Moramo biti iskreni i priznati da mnogo odgovornosti za dugotrajne poslovne sporove (pored odvjetnika i sudova) snose i same stranke u sporovima, osobito tužitelji, koji možda ne pripreme sve pravodobno ili ne prilažu kvalitetnu dokumentaciju, pa se svaki njihov propust koristi za sazivanje novog ročišta.” Izjava Marije Šola iz Partner banke d.d., I. Grčar, Bussines, ibidem, str. 27.

⁴ “Medijacija je jedan od načina rješavanja sporova uz pomoć treće neutralne osobe, koja nije ovlaštena donositi obvezujuću odluku, već svojim djelovanjem samo pomagati strankama u donošenju sporazuma kojim razriješuju međusobni spor, uređuju na novi način međusobna prava i obveze, a sve kroz prizmu zadržavanja dobrih odnosa i u budućnosti.”, mr. sc. N. Betteto, *Metode in tehnike medijacije v pravdnem postupku*, Pravna praksa, št. 1-2/2002, str. 1.

⁵ *Izmiritelj* (posrednik, medijator, koncilijator) označava jednu ili više osoba koje na temelju sporazuma stranaka provode mirenje (čl. 2. st. 1b. ZM).

⁶ Vidi poblizhe, M. Pel. *Mediation P.S: for the Lawyer*. Advocatenblad, 10, 18. 05.2001. M.

Mirenje je postupak uz pomoć kojeg se rješavaju postojeći sporovi i kojim se pomaže izbjeći slične sporove u budućnosti i ublažiti negativne efekte samog sporenja. Izmiritelji pomažu strankama u pregovorima kroz niz zajedničkih sastanaka ili povjerljivih pojedinačnih sastanka sa svakom od stranaka. Oni pomažu strankama uvidjeti njihov položaj, odrediti njihove interese, pronaći moguća rješenja i razmotriti sve mogućnosti i alternative s ciljem postizanja sporazuma.

Mirenje je samo jedan od alternativnih načina rješavanja sporova. Tako su uz mirenje poznati još: *conciliation*,⁷ *minitrial*, *summary jury trial*, *early neutral evaluation*,⁸ *arbitraža*, *ombudsmani* i dr.

2. Razlike između postupka mirenja te parničnog i arbitražnog postupka

2.1. Parnični postupak⁹

Značajne prednosti postupka mirenja kao alternativnog načina rješavanja sporova u odnosu na druge načine rješavanja sporova,¹⁰ moguće je najbolje uočiti ako ga usporedimo s nama najpoznatijim i ujedno najšire zastupljenim postupkom rješavanja sporova – parničnim postupkom te, naravno, s odlukama u tom postupku. Građanski parnični postupak opća je, redovna i osnovna metoda zaštite ugroženih ili povrijeđenih građanskih prava, koju pruža državna pravosudna organizacija. Stoga parnični postupak često se

Pel je doctor iuris, potpredsjednica je Prizivnog suda u Arnhemu, Nizozemska, medijator je i voditeljica nacionalnog projekta "Medijacija i sudstvo."

⁷ "Za razliku od medijacije, postupak institut "koncilijacije" (*conciliation*) koristi se veoma rijetko. Razlika između ova dva oblika veoma je mala. Najlakše je reći da je medijacija ("posredovanje") koncentrirana na sadržaj rješenja, a koncilijacija ("*mirenje*") na socijalno psihološki okvir spora." slobodni prijevod, N. M. Doukoff, *ARS v Nemčiji s poudarkom na medijaciji*; Pravna praksa, št. 1-2/2002, str. IX.

⁸ Posrednik, međutim, može naznačiti sadržaj nekih propisa ili skrenuti pozornost stranaka na potrebu traženja savjeta o sadržaju od treće osobe. Ova vrsta posredovanja poznata je pod nazivom "evaluativno" posredovanje. O ovom načinu rješavanja sporova vidi više; *Neutralna ekspertna ocena spora*, Okružno sodišće u Ljubljani, II/2002.

⁹ U ovom podpoglavlju – Parnični postupak u cijelosti je citirana M. Pel, *Upućivanje na mirenje u parničnom postupku: dodatna usluga ili neodređenost profesije?*

¹⁰ "Danas se naimo moderno poimanje mirenja svodi na to da mirenje nije puki formalni postupak koji tek prethodi sudskom ili arbitražnom postupku, nego posve samosvojan način rješavanja sporova i pri tom se polazi od pretpostavke da će, ako stranke žele mirenje, zapravo to biti jedini način rješavanja spora. Pojedine statistike pokazuju da postupak mirenja, ako se u njega ušlo, recimo u Americi, pokazuje 90-postotni uspjeh.

Kod nas se često smatra da mirenje jest samo jedan tegoban period koji treba proći prije nego što će doći glavna stvar. To možda upravo zbog toga što smo mirenje imali i imamo kao obavezu u bračnom pravu." V. Rubčić, odvjetnik u Zagrebu, *Alternativni načini rješavanja sporova – medijacija*, Bilješke za Okrugli stol uz Jubilarni XX Dan hrvatskih odvjetnika u Zagrebu, 14. – 15. 03. 2002., *Odvjetnik*, 3-4, 2002., str. 36.

označava kao “redovni put pravne zaštite.”¹¹ Sudski parnični postupak¹² najčešće završava presudom, a jedan je od mogućih načina njegovog okončanja i sudska nagodba.

a) Presuda

Presudom se odlučuje o osnovanosti tužbenog zahtjeva, o osnovanosti tužiteljevog traženja upravljenog pružanju pravne zaštite određenog sadržaja. Presudom kao aktom državne suverenosti konkretizira se pravilo sadržano u apstraktnoj pravnoj normi. Presuda postaje konkretna pravna norma, izvor prava za konkretan društveni pravni odnos – *res iudicata facit jus inter partes*.¹³ Presudom se na autoritativan način utvrđuje sadržaj pravnih odnosa (*daklaratorna zaštita*), nalaže se osuđenome u korist protivne stranke nešto učiniti, trpjeti ili propustiti (*kondemnatorna zaštita*) ili se postojeći pravni odnos preinačuje ili ukida (*konstitutivna zaštita*).

Stranke u parnici žele dobiti presudu kojom se rješava o podnesenim zahtjevima na temelju pravnih, ugovornih i sudskih odrednica. Drugim riječima, sucu se mogu izložiti samo sporovi u kojima je potrebno dati sudske mišljenje. Sudske rasprave su u većini slučajeva paravan za svijet zatomljenih interesa, briga, želja i sukoba, koji se ne mogu pravno protumačiti. Pravni sukob i sukob koji se iza njega krije ponekad se ne poklapaju u cijelosti ili se uopće ne poklapaju.

¹¹ S. Triva, Građansko procesno pravo; Narodne novine, Zagreb, 1983., str. 3.

¹² “Stranke dolaze u sud i traže pravnu zaštitu. One se pojavljuju sa suprotnim interesima, zahtjevima i shvaćanjima. Sud treba opredijeliti se za jednu stranu. U takvom kaleideskopskom šarenilu stavova, prašumi suprotnosti, treba naći istinu i pravdu. Sud treba povratiti narušenu harmoniju. Nitko ne traži sudske samovolju. Stranke vode spor, jer misle da su u pravu, a pravo ne može biti na obje strane. Za pravilno rešenje spora potrebna je istina, a utvrđivanje istine skopčano je sa ogromnim teškoćama. (...) Sudu je potrebna istina za pravilnu primjenu propisa. Sudska istina ne predstavlja savršenstvo. Ona može biti vrlo udaljena od prave istine. Kad sudac ocjenjuje dokaze, onda se odigrava interesantan kognitivni proces: on asimilira svoje iskustvo sa svojim znanjem, pa tako ranijim iskustvom i znanjem osvjetljava nove činjenice, novo iskustvo. On starom dodaje novo. To se odigrava u svakom procesu saznanja. U svakom novom saznanju ima malo povijesti, prošlosti subjekta koji saznaje. To važi i za sudske istinu, sudske saznanje. Ne postoji jedinstvena sudska istina. Svi suci nemaju jednako iskustvo, jednako znanje, jednaku želju za istinom, jednak pogled na život i svijet, jednaku moć percepcije i apercepcije, jednaku snagu vjerovanja, jednaku moć suđenja. Kad bi dvojica sudaca tražili istinu istim dokaznim sredstvima, ali odvojeno, oni bi mogli doći do istog ili do različitih rezultata. Jedan sudac drži istinom što drugi drži neistinom. I ovdje relativizam pokazuje svoje lice. Istina je gravitacijsko središte u svakom dokaznom postupku, ali različiti ljudi različito gledaju na to središte. Istina - prema Jamesu - živi “najvećim dijelom po kreditnom sistemu”; ona je “zbirna imenica za sve radnje provjeravanja.” Sudska istina može da se poklapa sa stvarnošću, a može da joj proturječi. Sudska istina je iskustvena, koju može oboriti novo iskustvo. Pravna mogućnost za ponavljanje sudske postupka dokazuje da i zakonodavac sudske istinu ne smatra savršenstvom. Sudska istina je samo najvjerojatnija pretpostavka. To mišljenje je sadržano i u staroj izreci: *pro veritate habetur*.” S. M. Slijepčević, odvjetnik iz Osijeka, *Advokatura i društveni progres*, Sto godina advokature u Hrvatskoj 1868-1968, Odvjetnik, god XVIII, rujan 1968., broj 9, str. 378-379.

¹³ S. Triva; supra, str. 125.

Sukobi nastaju kada međusobno ovisne stranke imaju ili se čini da imaju istovremeno suprotstavljene interese, shvaćanja, ciljeve i/li uloge. U svakom sukobu riječ je o jednom ili više poremećaja u komunikaciji. Dakle, osim razlike u mišljenju o sadržaju spora, većinom je riječ o problemu komunikacije između stranaka i pri tome o izražavanju više ili manje snažnih osjećaja. Sukob koji je potpuno bez poremećaja komunikacije ili bez emocija ne postoji, jer u tom slučaju nema sukoba, već se radi o razlici mišljenja koju stranke mogu same vrlo dobro riješiti. Općenito, sukobi se mogu riješiti na tri različita načina: na osnovi sile, na osnovi pravnih propisa ili na osnovi interesa. Ako razlika u mišljenju još nije prerasla u sukob, najčešće se vode pregovori na temelju interesa kako bi se pronašlo zajedničko rješenje. Nakon što su osjećaji ovladali pregovaračima, oni se priklanjanju rješavanju sukoba na temelju onoga tko je u pravu nasuprot onoga tko je u krivu, pri čemu je jedna strana, naravno, uvijek u pravu, a druga u krivu. I na kraju, sredstvo sile je oružje, za kojim većina ljudi ne poseže izravno, ali i ono služi svrsi kada ništa drugo ne pomaže.

Svrha je parničnog postupka dobiti pravo na temelju pravnih propisa. Kako bi to postigla, svaka stranka mora sukob pravno interpretirati, pretvarajući izvorni osobni interes u tužbu ili u obranu. Tužba pred sudom stoga u pravilu predstavlja samo jedno određeno, nefleksibilno i jednostrano rješenje sukoba, koje se temelji isključivo na interesu njenog podnositelja. Tome se, naravno, moraju pridodati još i sve "pravno relevantne" činjenice. Posljedica takvog postupanja jest prisiljenost stranaka kopati po njihovoj prošlosti, pri čemu pravo "pravnoj bitci" trebaju pribaviti dokaze i činjenice relevantne za sudsku odluku. Takvo njihovo postupanje dovodi do daljnjeg zaleđivanja njihovih suprotnih stajališta, koja za stvaran spor između njih zapravo nisu važna. Pri tome se početni interesi nerijetko gube i stoga se često događa da stranke ubrzo od pravnog "drveća" (vlastitih zauzetih stajališta i njima pripadajućih činjenica) više ne prepoznaju izvornu "šumu" (vlastite interese). Zauzimanje pozicija (stajališta) u sukobima i postupcima, potiče ljude u mislima usredotočiti se samo na suprotstavljanje i na međusobne razlike.

U parničnom postupku formalno se radi samo o pravnom sadržaju, a poremećaji u komunikaciji i emocije koji prate sukobe nisu u djelokrugu odlučivanja suca. To, naravno, ne znači da emocije i poremećeni odnosi ne igraju ulogu u parničnom postupku, ali i pored toga sasvim je jasno kako parnični postupak sam po sebi nije sredstvo pogodno za obnovu odnosa ili za izražavanje emocija na odgovarajući način. Naprotiv, upravo je daljnja eskalacija poremećenih odnosa između stranaka u sporu sastavni dio, a često i posljedica sudskog postupka. Uzrok tome treba zasigurno pored ostalog tražiti i u činjenici što se kroz parnični postupak u isti kalup pokušavaju ugurati sukobi vrlo raznolike prirode.

b) Nagodba

Sudska nagodba (poravnanje; *res judicialiter transacta*) je ugovor kojim stranke utvrđuju svoje građanskopravne odnose kojima mogu slobodno raspolagati, zaključen u pisanoj formi u parnici ili izvan parnice pred nadležnim sudom i dopušten od suda, koji ima svojstva pravomoćne presude i ako se njime utvrđuje obveza za neku činidbu, onda ima i svojstvo ovršne isprave.¹⁴ Sudska nagodba kao i pravomoćna presuda također dovodi do okončanja parnice i u procesno pravnom smislu izjednačena je s pravomoćnom presudom.

Aktivnosti stranaka i njihovih punomoćnika te sudaca, koje dovode do uspješne nagodbe, čine sve sudionike u parničnom postupku zadovoljnim. Stranke stoga što su na taj način postigle sporazumno rješenje spora na obostrano zadovoljstvo i što su time isključile svaki rizik eventualne nepovoljne sudske odluke, kao i zbog toga što su time uštedjele i vrijeme i novac. Suci su, s druge strane, zadovoljni što su na taj način na relativno ugodan način riješili predmet, a rješenje ne zahtijeva pisani otpisak odluke i njeno obrazloženje, čime ujedno izostaje i potreba za njihovim opredjeljivanjem za pružanje pravne zaštite samo jednoj od stranaka u sporu.

Osobe koje nisu upućene u metode mirenja često postavljaju pitanje *postoji li razlika između sudske nagodbe i mirenja kao načina rješavanja sporova i ima li uopće smisla uz nagodbu koju provodi sudac dodavati još jednu metodu posredovanja?* Najbolji odgovor na to pitanje daju upravo elementi po kojima se razlikuje mirenje i sudska nagodba.¹⁵

Mirenje je poseban oblik rješavanja sukoba u kojemu izmiritelj kao nepristrana treća osoba pokušava strankama pomoći postići rješenje koje se temelji na obostranim interesima. Ova vrsta rješavanja sukoba ima dvije glavne značajke. *Prva* je usmjeravanje znatne pozornosti prema ponovnom uspostavljanju prekinute komunikacije između stranaka, a time i prema emocijama u pozadini i poremećenim odnosima, i to u onoj mjeri u kojoj te emocije i poremećeni odnosi ometaju postizanje rješenja. *Drugo* glavno obilježje mirenja jest metoda pregovaranja koja se koristi, tzv. *harvardska metoda*.¹⁶ Taj pristup podrazumijeva vođenje pregovora na temelju interesa, a ne na temelju prava. Značajka gotovo svakog sukoba je ta da stav ili

¹⁴ Triva; supra str. 449.

¹⁵ Vidi поближе, M. Peł, Court-Annexed Mediation in the Netherlands, The Execution of the nation-wide project "Mediation and Judiciary." - *Posredovanje uz sudski postupak u Nizozemskoj, Provedba projekta na nacionalnoj razini "Posredovanje i sudstvo."*

¹⁶ Tako zvana *Harvardska pravila* pregovaranja vrijede i prilikom medijacije:

- odvojiti ljude od problema ("udari po lopti, a ne po čovjeku");
- tražiti rješenja na temelju interesa, a ne pozicija;
- tražiti rješenja u interesu obiju stranaka;
- uspostaviti objektivna mjerila za rješavanje suprotstavljenih interesa.

Vidi detaljnije, R. Fisher, W. Ury i B. Patton, Kako do da, Do dogovora pregovorom, a ne predajom, Neretva d.o.o., Zagreb, 2003.

tražbinu jedne stranke (rješenje sukoba koje je ona odabrala) druga stranka drži neprihvatljivim. Međutim, iza svakog stava često se nalazi jedan ili više interesa, i kada oni postanu poznati, mogu predstavljati ključ za moguće djelotvorno rješenje. Jednostavan primjer je radnik koji je želio dobiti na korištenje automobil poduzeća. Njegovi interesi u pozadini mogu se kretati u sljedećem nizu: potreban mi je prijevoz (svakodnevno); vjerujem kako korištenje automobila poduzeća odgovara mom statusu; ne želim biti iza mojih kolega u drugim poduzećima; želim priznanje za sav moj dodatni rad; želim ostaviti dojam na mog partnera.

Osim toga, ono o čemu se između stranaka raspravlja u postupku mirenja povjerljive je naravi, pa čak i onda ako mirenje ne uspije. Izmiritelj je neutralan i u slučaju kada stranke ne postignu sporazum, on za razliku od suca nema ovlaštenje donijeti odluku o njihovom sporu. Posljedica je takvog pristupa sloboda stranaka u izražavanju onoga što stvarno misle, a da se pritom ne izlažu riziku vezanosti tim svojim izjavama ili prijedlozima u slučaju da njihovi pregovori ne uspiju. Stranke su slobodne svakodobno povući se iz postupka mirenja ako smatraju da im ono neće biti od koristi.

Određeni broj navedenih značajki nije svojstven pregovorima koji se vode radi nagađanja u sudskom postupku. Nagodba, dakle, ima različit karakter. Sadržaj i provedbu nagodbe određuje sudac. Neki se suci pri tome drže veoma kruto pravnih stavova u potrazi za odgovarajućim rješenjem, dok su drugi skloniji istraživanju interesa u pozadini. Stoga, nije bez značenja činjenica je li sudac na početku karijere ili je iskusan, zanima li ga prvenstveno pravni sadržaj ili interesi stranaka u pozadini. Rad suca i kod sklapanja sudske nagodbe ograničen je obilježjima pravnog postupka u kojem je bitno zauzimanje stavova i njihovo dokazivanje. Osim toga, stranke su svjesne kako će sudac donijeti odluku ako one to ne budu mogle, što ima specifične posljedice na pregovore tijekom nagodbenog ročišta.

Stranke prilikom pregovora radi sklapanja sudske nagodbe polaze prije svega s pravnih pozicija, a ne toliko od interesa. Tijekom postupka one su istrenirane pregovarati na temelju pravnih argumenata, uzimajući u obzir najvjerojatniji ishod postupka. U postupku mirenja stranke slobodno izražavaju svoje stavove i njihov sadržaj ostaje povjerljiv, dok sve što stranke iznesu pred sucem pri nagodbi, sudac čuje i to može imati utjecaja na daljnji tijek postupka ako ga stranke ne dovrše nagodbom. Ova okolnost povlači za sobom moguću suzdržanost stranaka prilikom iznošenja svojih skrivenih interesa, naročito ako ti interesi mogu ugroziti održivost njihovih pravnih stajališta. Povrh svega, i sudac je tijekom postupka nagađanja postao dodatno obaviješten o sadržaju spora i u tom pogledu, bez obzira na svoju neopredijeljenost, nije neutralan, jer i on u sebi stvara sliku o pravnoj održivosti na taj način iznesenih stranačkih stajališta i dobivene obavijesti stavlja u taj okvir, u slučaju da stranke ne postignu nagodbu.¹⁷

¹⁷ Vidi, M. Pel., *Upućivanje na mirenje u parničnom postupku: dodatna usluga ili neodređenost profesije? s.a., s.l.*

Može se smatrati kako su razlike između sudske nagodbe i mirenja sljedeće: sudac koji nastoji postići nagodbu usmjerava stranke u pravcu sadržaja nagodbe,¹⁸ ima ovlast i donosi odluku ako to stranke ne uspiju, usredotočen je na sukob i argumente, ima ograničeno vrijeme za ročište za nagodbu i pravni je stručnjak. Nasuprot tome, izmiritelj vodi postupak prema određenoj metodi, nema ovlasti i ne odlučuje, usredotočen je na sukob i interese stranaka, i ima mnogo više vremena, a stručnjak je za posredovanje u sukobima.

2.2. Arbitražni postupak

*Arbitražni postupak*¹⁹ je također jedan od alternativnih načina rješavanja spora. Arbitražni postupak provode jedna ili više osoba o čijem izboru su se stranke sporazumjele i kojima stranke sporazumno i dobrovoljno povjeravaju donošenje meritorne odluke (*pravorijeka*) u sporu, a zakon tu odluku izjednačava s pravomoćnom sudskom odlukom.²⁰

U prilog arbitražnom postupku u odnosu na sudski postupak, navode se primjerice sporost i kompliciranost sudskog postupka; sudski postupak ne jamči diskreciju o podacima, koji se tiču odnosa između stranaka i dr. Arbitražni postupak za razliku od sudskog postupka, osigurava strankama trajnost raspravljanja (*sine strepitu forensi*), ugodan ambijent i pomirljiv ton raspravljanja, jednostavnost procesnih normi i brzinu. Arbitri su za razliku od sudaca, koji su nametnuti strankama, osobe od njihova povjerenja i u pravilu su eksperti za područje u kojemu arbitriraju. Relativna nepovezanost arbitara za određeni sistem prava pruža im mogućnost pronalaženja pravične solucije u sporu.²¹ Za razliku od mirenja, utjecaj stranka na arbitražni postupak iscrpljuje se već kod samog izbora arbitra.

Postupak pred arbitražnim vijećem također predstavlja suđenje i o sporu se također odlučuje presudom. Ovlaštenje arbitrima za suđenje daje ugovor sklopljen između stranaka. Stranke se i u arbitražnom postupku,

¹⁸ Upravo stoga ocjena o radu suca u sklapanju sudske nagodbe između stranaka varira od hvale upućene "prijateljskom sucu" do objeda sucu kao "silomnagoditelju." M. Pel., ibidem.

¹⁹ "Arbitražno sudovanje razvilo se kao odraz nezadovoljstva zbog učmalog, sporog, skupog, krutog i nesigurnog državnog sudovanja. Na međunarodnom planu afirmira se kao odraz nepovjerenja prema pravosudnim organima i zakonodavstvu države protivnika. Sporazum o arbitraži predstavlja kompromisnu točku do koje partneri dolaze jedan drugome u susret, odričući se domaćeg pravosuđa i osjećaja sigurnosti koji im ulijeva svojim postupanjem i pravilima na temelju kojih odlučuje. Porast prakse arbitražnog sudovanja tumači se i kao simptom loših prilika u državnom pravosuđu. Intenzitet rada izbranih sudova u funkcionalnoj je zavisnosti od kvalitete rada državnih sudova. Ukoliko su ovi pouzdaniji, efikasniji i ekonomičniji, utoliko stranke imaju manje razloga da od njih »bježe« utječući se nedržavnom sudu svog povjerenja." Triva, supra, str. 649.

²⁰ Triva, ibidem, str. 647.

²¹ "Pred arbitre se izlazi s nadom da se sve neće izgubiti, ali i uz spremnost na to da se sve neće dobiti." (Ciceron).

kao i u sudskom postupku, upinju dokazati suprotne tvrdnje i suprotne pozicije. Arbitri izabrani od stranaka odluku donose kao i suci, a stranke na nju nemaju utjecaja, kao ni na tijek postupka, koji prethodi toj odluci. Arbitražni postupak je, za razliku od sudskog, prvostupanjski, mnogo je kraći od sudskog, ali nerijetko i mnogo skuplji.²²

Arbitražno sudovanje ima i negativnih osobina. One se najčešće iskazuju kroz poteškoće stranaka oko izbora arbitara i stoga u dugotrajnosti konstituiranja arbitražnog vijeća. Ponekad se očituju i u sporosti postupanja, s jedne strane zbog mogućeg nedovoljnog poznavanja prava od strane arbitara, a s druge strane zbog nedostatka čvrstine i nepristranosti arbitara. Često postoji i opasnost da se suđenje na temelju pravičnosti pretvori u arbitrarnost i konačno, arbitražna odluka podložna je ocjeni suda na zahtjev jedne od stranaka, nezadovoljne njenim sadržajem.

Nasuprot svim slabostima arbitraže, državno pravosuđe i nadalje predstavlja atraktivan forum²³ – čvrstinom i trajnošću organizacije, nepristranošću sudaca koji poznaju pravna pravila, određenošću i strogoćom procesnih formi i rokova.²⁴

3. Pretpostavke upućivanja stranaka u postupak mirenja

Kada govorimo o mirenju, treba imati na umu kako ono nije pogodno rješenje za sve vrste sporova. Naime, svaki spor nije pogodan za mirenje kao što ni svaki trenutak tijekom samog spora nije pogodan za upućivanje stranaka u mirenje. Stranke mogu izabrati mirenje kao način rješavanja svoga spora prije započinjanja sudskog postupka ili tijekom samog sudskog postupka. Istina, upućivanje na mirenje tijekom sudskog postupka čini se pomalo paradoksalnim, ali samo na prvi pogled. Naime, ako stranke već nisu mogle riješiti međusobni spor samostalno, pa ni uz pomoć odvjetnika, postavlja se pitanje zašto bi to učinile nakon što su se za rješenje svog problema kao krajnjoj instanci obratile sudu. U tom trenutku, a i kasnije tijekom postupka, već su zauzele, odnosno učvrstile svoja početna pravna mišljenja i stavove. Je li moguće ili je li poželjno stoga u tom trenutku vratiti se putem kojim su došle?

Postoje različita mišljenja o najpovoljnijem trenutku u kojem se treba odlučiti za mirenje. Jedno mišljenje vjeruje kako bi se izbor trebao napraviti što je prije moguće, prije nego se stranački stavovi uvriježe i prije nego stranke počnu pružati otpor jedna drugoj. Drugo mišljenje drži kako svaki sukob treba doći do određene faze zrelosti prije nego stranke u tom sukobu odluče napustiti borilačku arenu i vratiti se za pregovarački stol. U svakom

²² Vidi, prof. dr. sc. D. Wedam-Lukić i A. Galić, *Sklepno: Perspektive alternativnega rešavanja civilnih sporova v Sloveniji*, str. 3.

²³ "Kad su sigurne u svoja prava, stranke radije idu pred suca nego pred arbitra (*Seneka*).

²⁴ S. Triva, supra, str. 650.

slučaju, dobro je poznato kako je čak i u sukobima koji su veoma eskalirali moguće postići fazu u kojoj stranke shvaćaju beskorisnost daljnjih pravnih koraka i vraćaju se prvobitnom pitanju koje se nalazi u pozadini njihova sukoba. Međutim, s druge strane, postoje također i oni koji puštaju probleme eskalirati do točke kada bi radije s protivnikom zajedno potonuli nego pred njim popustili.²⁵

Naime, sasvim je jasno da je u svim predmetima koji su došli pred sud, odnos između stranaka eskalirao do određene mjere. Predmeti u kojima je sukob između stranaka najviše eskalirao najčešće su oni koji su izneseni pred žalbeni sud²⁶, kao i oni u kojima su se te iste stranke na sudu susrele više puta. I u tim predmetima postoje elementi za upućivanje u postupak mirenja, međutim, prava je umjetnost pronaći ih. Naravno, ima i predmeta koje njihova sama narav čini neprikladnima za mirenje, o čemu će niže više biti riječi.

Istraživanja u Nizozemskoj, SAD i Kanadi²⁷ pokazala su da upućivanja u mirenje koja vrši sudac na ročištu za glavnu raspravu daju najbolje rezultate. Sudac ili druga osoba koja upućuje u postupak mirenja, mora voditi računa o tome je li dotični predmet pogodan za mirenje. Nema jedinstvenih mjerila za upućivanje. Ključna je spremnost stranaka na pregovore. Iskusni izmiritelji suglasni su kako vrsta predmeta nije ono što određuje izgleda za uspješno mirenje, već su to stavovi i shvaćanja stranaka. One moraju biti spremne i sposobne raspravljati o rješenju svoga problema i istodobno razviti osjećaj za svoje obostrane interese.

Prilikom upućivanja stranaka u mirenje tijekom parničnog postupka sudac će prethodno testirati njihovu "opredijeljenost" za mogućnost mirnog rješenja spora i pri tome će ih poučiti kako njihovo odbijanje prijedloga za upuštanje u postupak mirenja ili eventualni neuspjeh u tom postupku nemaju

²⁵ M. Pel, supra pod 15.

²⁶ Postupak medijacije predviđen je i za sporove pred drugostupanjskim sudom u fazi odlučivanja od žalbi. Takvi postupci su naravno mnogo rjeđi od onih pred prvostupanjskim sudom, jer barem jedna od stranka donošenjem prvostupanjske odluke ima mnogo povoljniji i time snažniji pravni položaj. Međutim i pored toga, zbog posebnih interesa stranaka u određenim vrstama sporova moguća je medijacija i u tom stadiju parničnog postupka. Primjerice u Kanadi takav oblik posredovanja naziva se *conciliation*, u kojem žalbeni sud u građanskim, trgovačkim i obiteljskim sporovima nudi zainteresiranim strankama mogućnost zajedničkog susreta sa sućem s ciljem traženja konačnog rješenja njihovog međusobnog spora na obostrano zadovoljstvo. Takav postupak je besplatan, brz i utemeljen na elastičnoj proceduri. Uspješni postupak također završava sporazumom sudski osnaženim. Postupak je povjerljiv i nema tragova o njegovom sadržaju u spisu. Za slučaj da ovaj oblik posredovanja, točnije mirenja, ne da rezultat, sudac koji je u njemu sudjelovao izuzima se iz postupka odlučivanja o žalbi. (*Court of Appeal of Quebec: Conciliation, Service program*).

²⁷ Odabir trenutka upućivanja i metode upućivanja pokazali su se dosta složenima. Istraživanja u Nizozemskoj i prekomorskim zemljama pokazala su kako upućivanje koje vrši sudac na ročištu daje najveće izgleda za uspjeh, ali je ono istovremeno najviše radno intenzivno. Nadalje, istraživanja o upućivanjima u Engleskoj pokazala su kako se stranke koje u postupku zastupa ili nadzire odvjetnik znatno rjeđe odlučuju za posredovanje nego stranke koje u parnici sudjeluju same (op.a.).

utjecaj na njihov pravni položaj u sporu. Upućivanje stranaka u postupak mirenja od strane suca, s jedne strane, za njih može predstavljati olakšanje, jer se najčešće ni jedna od njih ne usuđuje sama predložiti mirenje zbog straha da bi na taj način suprotna stranka mogla pomisliti kako je ona slaba, a opet, s druge strane, upućivanje u mirenje od strane suca može dovesti do sumnje stranaka u razloge upućivanja. Upravo stoga je upućivanje u mirenje veoma osjetljiv trenutak, posebno za suca, koji to mora izvesti s mnogo takta kako ne bi doveo u pitanje svoju nepristranost i objektivnost u parničnom postupku za slučaj da stranke ne prihvate upućivanje.

Naime, sudac svoju ulogu osobe koja upućuje stranke na mirenje vrlo teško može jasno odvojiti od svoje uloge suca u parničnom postupku. Ovo stoga jer je on i u toj ulozi "opterećen" svojim sudačkim zapažanjima utemeljenim na utvrđenim činjenicama i izvedenim dokazima. Stoga sudac tijekom parničnog postupka stvara "sliku" o tome tko je od stranaka u pravu (na temelju zakona), a ako znate tko je u pravu, teško je odoljeti to ne kazati. Upravo je u takvoj situaciji veoma značajna uloga suca, jer on treba procijeniti sve dane okolnosti i na temelju njih odlučiti je li upućivanje u postupak mirenja u interesu konkretnih stranaka, a sve s ciljem ponovnog uspostavljanja njihovih prekinutih odnosa te zadržavanja dobrih odnosa u budućnosti, kakav rezultat presuda, koja najčešće daje za pravo samo jednoj stranci, ne može postići.

3.1. Okolnosti koje idu u prilog upućivanja stranaka u medijaciju

- poželjan rezultat različit od onoga koji je moguće postići sudskom odlukom (sud presudom može odlučiti samo na jedan uobičajen način);
- stranke žele postići brzo rješenje spora ("umor od sudskog postupka" ili brzo rješenje zahtjeva vrsta spora, primjerice započeta izgradnja objekta i sl.);
- postojeći dugotrajni odnos i s tim u vezi postojanje zajedničkog interesa (želja za zadržavanjem dobrih odnosa u budućnosti, posebno kada se radi o sporovima vezanim za obitelj, susjede, poslovne partnere, dugoročne ugovore itd.);
- važnost povjerljivog postupanja (želja za uklanjanjem rizika od neželjenih otkrića iz odnosa između stranaka: poslovna tajna, zaštita poslovne reputacije i dr.).

3.2. Okolnosti koje ne idu u prilog upućivanja stranaka u mirenje

- prijašnji pokušaj mirenja nije dao rezultata;
- stranke su dopustile da sukob previše eskalira;
- ne postoji prava volja stranaka za traženje izvansudskog rješenja;
- stranke žele dobiti sudsku odluku o određenom pravnom pitanju ("presedan");

- jedna od stranaka želi presudu - javnu odluku o njihovom sporu (prevelika neravnoteža u pravnom položaju);
- osvetoljubivo držanje jedne od stranaka;
- zlonamjerno postupanje;
- stranke dolaze iz sredine u kojoj nema mjesta mirenju;
- radi se o odnosima kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati.

4. Najpogodnije vrste sporova za upućivanje u postupak mirenja

Najpogodniji su sporovi za mirenje trgovački sporovi, a među njima posebno građevinski sporovi, sporovi vezani za intelektualno vlasništvo, autorska prava, menadžment, naknadu štete i dr. Upravo se u tim sporovima postiže najveći postotak uspjeha u mirenju i ujedno najbrže se dolazi do rješenja. Naime, predstavnici trgovačkih društava, a i drugih pravnih osoba, najčešće nisu osobno interesno i emocionalno izravno uključeni u spor, zbog običnog razloga nepostojanja izravne interesne zajednice između njih i spora. Odatle i njihov pristup mirenju uz manje emocija, napetosti i time uz veću spremnost na postizanje zajedničkog rješenja.

Pored trgovačkih sporova, mirenja su veoma uspješna u obiteljskim sporovima zbog osjetljivosti te vrste sporova za stranke i posebno zbog uključenosti djece u te sporove. Pored njih, za mirenje su veoma pogodni radni sporovi, jer je njihovo brzo i zadovoljavajuće rješenje od važnosti za cjelokupnu sredinu u kojoj je takav spor nastao i, konačno, svi sporovi vezani uz pitanja povjerljive prirode čije iznošenje strankama iz razno raznih razloga ne odgovara (primjerice sporovi između dioničara i uprave, sporovi između članova društva, sporovi između ortaka, i dr.). Za mirenje pogodni su i svi sporovi vezani za onečišćenje okoliša. Naime, takvi sporovi u pravilu zahtijevaju brzu akciju stranaka i često su veoma skupi, zato mirenje u njima najčešće daje najbrže i najpovoljnije rješenje za obje stranke.

Izbor pogodnog spora za upućivanje na mirenje, kao i uspjeh u postupku mirenja najčešće ne ovisi o vrsti, već o stavu i mišljenju stranaka i njihovih odvjetnika, odnosno o njihovoj spremnosti riješiti spor na taj način.

5. Izmiritelj

Osim same spremnosti stranaka u sporu na mirenje, za uspjeh mirenja veoma je važna je i kvaliteta izmiritelja.²⁸ Ukratko, od izmiritelja se traži posjedovanje iskustva u radu sa strankama u konfliktnim situacijama, poznavanje sudskog postupka i time sposobnost ocjenjivanja kako sudski postupak može utjecati na stranke i njihov međusobni sukob, posjedovanje

²⁸ Od medijatora se traži da svake godine pohađaju dodatne tečajeve odnosno da budu u mogućnosti pokazati kako unaprjeđuju svoje vještine i kvalitetu.

sposobnosti sastavljanja (ili traženja pomoći oko sastavljanja) nagodbe u kojoj se utvrđuje kakvo je rješenje spora postignuto, komunikativnost, posebna obučenost o komunikacijskim i pregovaračkim tehnikama²⁹ i, što je najvažnije, prihvaćenost o strane stranaka.

Naprijed navedene osobine upućuju na zaključak da prednost u obavljanju poslova izmiritelja imaju pravnici i, doista, pravnička struka je svugdje u svijetu kod izmiritelja najviše zastupljena (suci, bivši suci, odvjetnici i drugi pravnici).³⁰ Međutim, pored pravnika u poslove izmiritelja su u značajnom broju uključene i osobe iz drugih struka, posebno u predmetima u kojima osjetljivost spornih pitanja (obiteljski sporovi) ili složenost i specifičnost područja spora, koji nije prvenstveno pravne prirode (građevinski sporovi, liječničke pogreške, složeni financijski sporovi i dr.) zahtijeva posebna znanja, koje pravnici, naravno, ne posjeduju. Tako su među izmiriteljima često računovođe, inženjeri, arhitekti, socijalni radnici, psiholozi, stručnjaci za pitanja iz radnih odnosa, liječnici, konzultanti, pedagozi i dr.³¹ Značenje nedostatka pravnih znanja kod izmiritelja nepravne struke umanjeno je činjenicom što u postupku mirenja uz stranke najčešće sudjeluju i njihovi odvjetnici, koji nadziru pravne aspekte postignute nagodbe.

Osobni temperament izmiritelja značajno utječe na stil i strategiju njegovog posredovanja u postupku mirenja stranaka u sporu. Pojedini ljudi po svoj prirodi prepuštaju drugima vodeću ulogu u rješavanju konflikta i posreduju samo kad je to potrebno. Drugi su ekstrovertirani i uvijek u grupi prvi preuzimaju riječ i prvi pristupaju pregovorima s ciljem rješenja osobnog problema. Kakvu će strategiju u mirenju odabrati izmiritelj, ovisi i o njegovoj formalnoj naobrazbi. Pravnik će instinktivno potražiti pravna pravila koja bi mogao upotrijebiti za rješenje spora. Nasuprot tome, izmiritelju koji je psiholog ili socijalni radnik mnogo je važniji emocionalni odnos između stranaka u sporu, dok će ekonomist odlučnu ulogu pripisati ekonomskom aspektu spora, itd. Od jednake važnosti za pristup mirenju je i različito izmiriteljevo životno i radno iskustvo. Tako će sudac kao izmiritelj u postupku mirenja u pravilu upotrebljavati bolji pravni stil nego pravnik iz gospodarstva, ali će zato možda više naginjati rješenju spora na način kako je to propisano zakonom. Odvjetnik i sudac će također lakše strankama ukazati na prednosti rješenja spora u postupku mirenja u odnosu na njihova očekivanja u rješavanju tog spora u sudskom postupku.³²

²⁹ Vidi detaljnije, *Skills & Techniques for Mediators*, Melinda Ostermeyer, Washington DC, 2002.

³⁰ U Sloveniji u Pilot projekt medijacije pred Okrožnim sodišćem v Ljubljani uključeno je 9 sudaca, 3 suca u mirovini, 6 odvjetnika i 3 socijalna radnika. Vidi detaljnije, M. Kociper, *Special Programmes of Alternative Dispute Resolution*, nov. 2002, str. 2.

³¹ U nekim slučajevima (sukobi na području graditeljstva, radni sporovi, liječničke greške) stranke poklanjaju više povjerenja posredniku koji nije pravni stručnjak. Takva osoba može biti inženjer, arhitekt, liječnik, savjetnik za pitanja rada, i sl., M. Pel, supra pod 15.

³² Vidi detaljnije mr. sc. N. Betto, *Metode in tehnike medijacije v pravnem postopku*, Pravna praksa, št. 1-2/2002., str. II.

Od izmiritelja se očekuje da u svim svojim izjavama i postupcima tijekom mirenja neprekidno čuva svoj neutralni položaj, da pokazuje razumijevanje za položaj stranaka poistovjećujući se s njihovim problemima (empatija, engl. *empathy*), da ne postupa kao njihov pravni savjetnik, da im pomaže pronaći razumna i realna rješenja, da ih vodi kroz postupak mirenja, da se usredotočuje na interese, potrebe i prioritete stranaka i da upravlja ozračjem i stranačkim emocijama s ciljem zadržavanja njihove neprekidne komunikacije.

6. Postupak mirenja

Suglasnost stranaka oko njihovog sudjelovanja u postupku mirenja te o osobi izmiritelja, predstavlja polovicu njihovog uspjeha na putu ka postizanju konačnog rješenja njihovog spora. Izmiritelj je neutralna osoba, koja pomaže strankama riješiti njihov spor na obostrano zadovoljstvo, a odgovornost za uspjeh ili za neuspjeh mirenja isključivo je u njihovim rukama. Upravo je ta kontrola stranaka nad postupkom mirenja od njegovog samog početka osnovna prednost u odnosu na sve druge načine rješavanja sporova. Drugim riječima, stranke su slobodne svakodobno započeti s postupkom mirenja, ali isto tako su slobodne i svakodobno ga okončati zbog nemogućnosti postizanja nagodbe, a bez posljedica za njihov pravni položaj u nastavku sudskog postupka.

Povjerljivost postupka mirenja i izmiritelja druga je značajna prednost mirenja u odnosu na druge načine rješavanja sporova. Naime, sve što je tijekom postupka mirenja rečeno ili napisano povjerljive je prirode i ne može se koristiti u eventualnom kasnijem sudskom postupku. Ova povjerljivost daje strankama slobodu u iznošenju njihovih stavova, u otkrivanju njihovih interesa i potreba te u pregovaranju tijekom mirenja s ciljem postizanja najpovoljnijeg rješenja. Upravo stoga povjerenje koje kod stranaka uživa izmiritelj kao neutralna osoba daje mu iznimnu moć u obavljanju njegove zadaće.

Radi usporedbe izmiriteljevog položaja s položajem odvjetnika ili suca, treba reći kako odvjetnik dobiva informacije samo od jedne (njegove) stranke, a sudac, s druge strane, izvodi dokaze saslušanjem obiju stranaka, ali samo o okolnostima pravno relevantnim za donošenje odluke o predmetu spora. Nadalje, sudac nema mogućnost o predmetu spora razgovarati samo s jednom strankom na individualnim sastancima. Za razliku od suca, izmiritelj ima ovlaštenje razgovarati o predmetu spora kako s obje stranke istovremeno, tako i sa svakom od njih zasebno.³³ Naime, stranke u

³³ Saznanja koja medijator stekne u povjerljivom razgovoru sa svakom od stranaka zasebno, on zadržava isključivo za sebe i ne smije ih iznositi pred drugom strankom bez njene suglasnosti, a ni u postupku medijacije ili u eventualnom kasnijem sudskom postupku (op.a.).

pravilu nisu pred drugom strankom spremne iznositi sve informacije kojima raspolažu u vezi s predmetom spora, a još i manje su spremne otkriti njihove skrivene potrebe, želje i interese. Takvo njihovo postupanje prirodno je, jer nitko u pregovorima ne želi “iznijeti sve karte na stol” niti u očima protivnika eventualno proizvesti dojam slabije strane, koji kao takav može poremetiti ravnotežu u njihovim pregovaračkim pozicijama.

Ostvarenjem mogućnosti pribavljanja povjerljivih informacija od obje stranke zasebno izmiritelju je, za razliku od odvjetnika ili suca, pružena dragocjena prilika razumijevanja što svaka od stranaka u sporu stvarno želi. Shvaćanjem stvarnih interesa stranaka njegova uloga njihovog pomagača u postizanju rješenja spora uvelike je osnažena.

6.1. Stadij koj prethodi postupku mirenja

Započinjanju postupka mirenja prethodi izbor izmiritelja, te moguće održavanje prvog uvodnog skupnog sastanka izmiritelja i stranaka.³⁴ Primarni cilj ovog uvodnog sastanka predstavljanje je izmiritelja strankama sa svrhom uspostavljanja prisnog odnosa i razvijanja povjerenja kod stranaka. Na skupnim sastancima tijekom mirenja najčešće sudjeluje pet osoba - dvije stranke, njihovi odvjetnici i izmiritelj. Odvjetnici u mirenju nastupaju kao pravni savjetnici strankama i ujedno kontroliraju je li se postupak mirenja i konačni sporazum kreću u okvirima prava. Pored odvjetnika, u postupak mirenja mogu se prema potrebi uključiti i eksperti (vještaci) iz područja na koje se odnosi spor. U svakom slučaju, dosadašnja praksa pokazala je da manji broj osoba koje sudjeluju u postupku daje mirenju veće izgleda za postizanje brzog i povoljnog rješenja spora.

6.2. I. stadij postupka mirenja – upoznavanje s postupkom mirenja

Nakon što je došlo do upoznavanja izmiritelja i stranaka slijedi njihov dogovor o novom sastanku ili se taj uvodni sastanak jednostavno nastavlja. Jedna je od prvih izmiriteljevih zadaća u nastavku postupka provjeriti imaju li stranke, odnosno njihovi predstavnici, valjano ovlaštenje (punomoć) za sklapanje nagodbe. U protivnom, dakle, ako u postupku mirenja sudjeluju osobe koji nisu ovlaštene sklopiti nagodbu, svi postignuti rezultati mirenja mogu “pasti u vodu” zbog jednostavnog razloga što se konačno sa sadržajem sporazuma nije eventualno suglasila ovlaštena osoba koja, naravno, nije ni sudjelovala u postupku.

Slijedi upoznavanje stranaka s postupkom mirenja. Izmiritelj upoznaje stranke sa svojom ulogom u mirenju, kao i ograničenjima. Također ih upo-

³⁴ Vidi detaljnije, P. V. Leynseele – T. Frisbie, *Medijacija opći okvir i neophodni elementi, Medijacija kao vještina*, predavanje i radionica, Hotel Marjan, Split, 12. i 13. veljače 2003.

znaje s njihovim ulogama u mirenju, ukazuje im kako je rješenje spora u njihovim rukama, te da je i odgovornost za eventualni neuspjeh mirenja na njihovoj strani. Upućuje ih na pravila povjerenja u postupku, na mogućnost zasebnog sastanka sa svakom od stranaka, na njihovu dužnost aktivnog slušanja protivne strane i na dužnost uzajamnog poštivanja tijekom postupka sve u svrhu unapređenja međusobne komunikacije. Izmiritelj također nudi strankama mogućnost potpisivanja sporazuma o mirenju, o čijem sadržaju najčešće ne postoje čvrsta pravila. Ovaj sporazum u naravi predstavlja dokaz o pokušaju mirenja i njime stranke ujedno preuzimaju obvezu poštivati pravila o kojima su se unaprijed suglasile, kao što su: obveza aktivnog slušanja druge strane, uzajamno poštivanje i poštivanje pravila povjerljivosti, odnosno tajnosti svih rezultata postupka mirenja za slučaj nepostizanja sporazuma, uključujući i obvezu da neće predlagati sudu pozivati izmiritelja u svojstvu svjedoka u nastavljenom sudskom postupku. Sporazumom se mogu utvrditi ovlasti stranaka i izmiritelja oko sastavljanja pisane nagodbe, kao i visina troškova mirenja koje stranke plaćaju na jednake dijelove.³⁵

6.3. II. stadij postupka mirenja – predstavljanje položaja stranaka i analiza činjenica

U ovom stadiju svaka stranka iznosi svoju verziju viđenja spora utemeljenu na njihovim različitim percepcijama. Njihovi odvjetnici također predstavljaju svoj pogled na spor. Razmjenjuju se informacije, postavljaju pitanja, daju pojašnjenja, izražavaju emocije, otkrivaju se izražene i skrivene potrebe, definira se bit spora, sve uz aktivnu ulogu izmiritelja, koji pomaže strankama u artikuliranju njihovih suprotstavljenih pozicija i pronalaženju elemenata oko kojih postoji stranačka suglasnost, a sve koristeći se pri tome naučenim tehnikama komuniciranja i pregovaranja.

³⁵ U postupku medijacije uobičajeno je da svaka stranka snosi svoje troškove, dok troškove medijatora snose na jednake dijelove, ako se drugačije nisu sporazumjele. Sustav troškova i njihova visina su različiti u pojedinim državama. U Nizozemskoj u kojoj je u tijeku Pilot projekt medijacije pridružene sudovima, država snosi troškove medijatora (130,00 EUR za medijaciju koja traje do 2 sata, 1.000 EUR za medijaciju koja traje preko 2 sata; u Nizozemskoj određeni paušal drže najprikladnijim, jer na zahtjeva nadzor nad medijatorima), a troškove odvjetnika snose same stranke. Troškovi medijatora određuju se ili prema satu ili prema vrijednosti predmeta spora. Među troškove medijacije mogu se svrstati još i pristojbe, administrativni troškovi, te materijalni troškovi medijatora ili vještaka). U SAD u kojima medijacija djeluje već 20-ak godina, medijacija je jako raširena i popularna, zbog čega u njoj djeluju medijatori profesionalci. U slovenskom Pilot projektu medijacije pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani postupak medijacije je besplatan za stranke, vidi, M. Kociper, supra pod 30, str. 1.

6.4. III. stadij postupka mirenja – utvrđenje opcija i alternativa

U ovom stadiju postupka, definiraju se potrebe i interesi stranaka, pronalaze se zajednički interesi, utvrđuju njihova prava i dužnosti, što bi trebalo biti predmetom sporazuma, utvrđuju se prioritete, nude se različita rješenja, ukazuje na potrebu održavanja dugoročnih odnosa između stranaka u budućnosti, raspravlja se o najboljim i najgorim mogućim rješenjima i alternativama za stranke. Održavaju se zasebni sastanci izmiritelja sa strankama. I kod zajedničkih, a posebno kod pojedinačnih sastanaka sa strankama, izmiritelj mora neprekidno paziti da zadrži svoj neutralni položaj i da zbog toga ne dovede u pitanje uspjeh mirenja. Svako mirenje priča je za sebe, ali se prema dosadašnjem iskustvu izmiritelja pokazalo kako nije dobro prerano dobiti od stranaka povjerljive informacije, jer tada postoji mogućnost da izmiritelj na temelju tih informacija požuruje konačno rješenje prije nego što su stranke iznijele sve što su željele i prije nego što su spremne ("sazrele") za konačni sporazum. Također je preporuka izmiriteljima da osobno ne traže od stranaka da im one povjere tajne informacije, nego da čekaju da im se stranke same u tom pravcu same obrate. Na taj način više dolazi do izražaja njihova neutralnost i jača povjerenje stranaka prema njima.

6.5. IV. stadij postupka mirenja – dijalog i pregovaranje³⁶

Izmiritelj u ovom stadiju postupka pojašnjava pozicije i stavove stranaka, potiče njihove prijedloge upravljene ka konačnom rješenju primjenjujući pristup "korak po korak", dovodi u pitanje sve nefleksibilne stranačke stavove, podsjeća stranke zašto su izabrale postupak mirenja, uključujući i procjenu svake od stranaka o očekivanom postotku njihova uspjeha u sudskom postupku (za slučaj da mirenje ne uspije; kolike su šanse dobiti, odnosno izgubiti sudski spor?). Pri tome izmiritelj sa strankama često razmatra i visinu troškova, koje bi imale tijekom eventualnog nastavka

³⁶ "Nagovaranje i pregovaranje oblici su komunikacije, no tijekom *nagovaranja* uvjeravate (nagovarate) sugovornika da kaže ili uradi nešto što odgovara ispunjenju samo vaših ciljeva, a *pregovaramo* kada sa sugovornikom (ili više njih) ostvarujemo najbolji mogući dogovor, kojim do ciljeva dolazimo zajedno (...). Mogućnost promjene mišljenja naznaka je otvorenosti, poštenja i želje da upoznate nove poglede na stvari i događaje. Stoga je pregovarač koji ne zatvara misli u kalupe i ne brani im promjene i prilagodbe uspješniji od sugovornika koji se drži početnih misli kao pijan plota. Nemojte se bojati otvorenosti, to ne znači da morate prihvatiti sve što vam se kaže, da se morate odreći stavova i okretati se na vjetru poput vjetrenjače. To samo znači da je *pregovaranje* *dvosmjernan proces*. Stoga pazite na svoje ponašanje, promatrajte sebe tuđim očima onako kako bi to učinio vaš sugovornik i ne slušajte samo vlastite riječi. Prihvatite li argumente sugovornika, ne znači da ste se odrekli svojih. Ako znate što želite, to vjerojatno zna i vaš sugovornik. Ostvarenje je blizu sredine." mr. sc. S. Petar, *Pregovaranjem do cilja, Tko ispuni očekivanja drugih, postići će što i sam želi*, Menadžment, Poslovni tjednik, Zg, broj 42, 2002, str. 50-51.

sudskog postupka (sudske pristojbe, troškovi odvjetnika, troškovi vještačenja i dr.), kao i trajanje sudskog postupka bilo pred prvostupanjskim ili drugostupanjskim sudom te trajanje eventualnog postupka prisilne ovrhe, sve u cilju motiviranja stranka za postizanje konačnog rješenja.

6.6. V. stadij postupka mirenja – sklapanja nagodbe

U ovom završnom stadiju postupka sažimlje se sve što je nesporno između stranaka, eliminišu se sve nejasnoće, predlaže se nacrt nagodbe i, konačno, izrađuje se i potpisuje pisana nagodba.³⁷ Nije preporučljivo da izmiritelj prednjači u ponudi nacrta sporazuma, osim ako stranke od njega to ne zatraže. Njegova je uloga poticati stranke i pomagati im u tom pravcu. Davanjem prijedloga koji je stigao prerano ili bez zahtjeva stranaka, posebno ako se takav prijedlog ne sviđa jednoj od njih, izmiritelj može dovesti u pitanje svoju neutralnost. U svakom slučaju, preporučuje se da izmiritelj ponudi soluciju strankama u trenutku kada stranke dođu do točke u kojoj ni jedna od njih ne odstupa u svojim stavovima. Izmiritelj treba voditi računa o tome da postignuta nagodba bude razumna, realna, provediva (moguća i ovršna) i u duhu zakona.

Za slučaj da stranke postupak mirenja ne okončaju sklapanjem nagodbe, one nastavljaju postupak pred sudom, a svi povjerljivi rezultati postupka mirenja ne mogu se koristiti u sudskom postupku.

7. Razlozi zbog kojih se stranke opredjeljuju za medijaciju

- Postupak mirenja je neformalan i elastičan i daje strankama bolje šanse izjasniti se o njihovom položaju i suprotnim interesima u sporu;
- u mirenju se na vidjelo iznose svi detalji spora, a ne samo njihova pravna interpretacija;
- stranke neposredno i slobodno izmjenjuju svoje poglede o predmetu spora;
- stranke zadržavaju kontrolu nad postupkom;
- mirenje se može prekinuti u svakom trenutku;
- smanjena je mogućnost sukobljavanja između stranaka i njihovih punomoćnika;
- izbjegava se pojava emocionalne frustracije kod stranaka, koja ih uobičajeno prati tijekom sporenja (pred sudom);

³⁷ U Nizozemskoj stranke imaju mogućnost podnošenja sporazuma na potpis sucu kako bio dobio snagu sudske nagodbe odnosno izvršne isprave. Stranke najčešće ne koriste tu mogućnost nakon što su uspješno na obostrano zadovoljstvo okončali postupak medijacije, jer takav zahtjev dovodi u sumnju sklopljeni sporazum i rađa eventualno novo nepovjerenje (op. a.).

- rezultat je u rukama stranaka (stranke u mirenju postižu vlastito rješenje spora);
- postignutom nagodbom u mirenju nitko se ne proglašava pobjednikom, odnosno gubitnikom (nitko ne “gubi obraz” – “win-win solution”);
- mirenjem se poboljšava se komunikacija između stranaka;
- mirenje za razliku od suđenja poništava sve uzroke i posljedice sporenja;
- mirenje osigurava očuvanost dobrih odnosa između stranaka u sporu i omogućuje njegovo zadržavanje u budućnosti;
- u mirenju nije važno koja je stranka u pravu;
- u mirenju se utvrđuju interesi stranaka, a ne njihovo pravo;
- postiže se obostrano zadovoljstvo zajedničkim rješenjem;
- neutralnost izmiritelja;
- postupak mirenja je povjerljiv (uklonjen je rizik od neželjenih otkrića iz odnosa između stranaka: poslovna tajna, zaštita poslovne reputacije i dr.);
- za rješenje spora mirenjem potrebno je mnogo manje vremena (brzina);
- troškovi mirenja znatno su niži (ograničeni su i podijeljeni);
- mirenje nudi mnogo mogućnosti za rješenje spora (sudska odluka pruža samo jednu uobičajenu soluciju);
- isključena je nesigurnost u pogledu prava i činjenica;
- isključeni su rizici nepovoljne sudske odluke;
- mirenjem postignuta nagodba od zajedničkog interesa, proizašla iz postupka otvorenog pregovaranja, daje manje povoda strankama za njeno naknadno osporavanje³⁸;
- mirenje završava nagodbom koju stranke dobrovoljno izvršavaju, što isključuje potrebu za vođenjem često dugotrajnog i skupog ovršnog postupka pred sudom.

Svi navedeni razlozi svojom brojnošću i neporecivom snagom argumentacije, jasno ukazuju na prednosti mirenja u odnosu na sve druge načine rješavanja sporova.

8. Zaključak

Preopterećenost naših sudova brojnim predmetima i samim tim njihova neučinkovitost i sporost u pružanju pravne zaštite te zbog toga prateće snažno nezadovoljstvo stranaka i svekolike javnosti njihovim radom upravo vane za novim rješenjima. Jedna od mogućnosti upravljena k popravljaju takvog stanja svakako je šira primjena u praksi brojnih oblika alternativnih načina rješavanja sporova. *Mirenje*, kao specifični oblik posredovanja u sporu između stranaka zbog svojih značajnih prednosti u odnosu na dru-

³⁸ M. Menschik, odvjetnik u Zuerihu, predsjedavajući Odbora za medijaciju Ciriške odvjetničke komore, *Mediation – Quo vadis?*, Odvjetnik, 3-4, 2002., str. 21.

ge oblike rješavanja sporova, predstavlja izvanredno rješenje. Osnovna zadaća svih sudionika sudskih postupaka poraditi je na tome da što veći broj sporova više ne završava isključivo pred sudovima. Široka edukacija³⁹ svekolike stručne i laičke javnosti, o svim pogodnostima i prednostima koje pruža postupak mirenja stvorit će novu društvenu klimu u kojoj sporenje pred državnim sudom u parničnom postupku više neće biti jedina, uobičajena solucija. Predstojeći *Pilot projekt mirenja pridružen Trgovačkom sudu u Zagrebu*⁴⁰ svakako će predstavljati zamašnjak naporima upravljenim ka postizanju tako zadanog cilja.

Summary

CONCILIATION – ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Conciliation as an alternative dispute resolution presents a widespread and very successful means of dispute settlement in modern western countries. With entering into force of the Law on Conciliation formal prerequisites for application of conciliation as a means of dispute resolution in the Republic of Croatia have been fulfilled. Conciliation is a unique form of mediation over which parties have total control, especially in relation to its result. As a consequence, success or failure of conciliation depends solely on parties involved. The very fact that final solution of a dispute completely lies in parties' hands clearly demonstrates advantages of conciliation in relation to other forms of dispute resolution. Conciliation, therefore, should be regarded, on one side, as an extraordinary opportunity for relieving pressure from inefficient state judicial system and, on the other side, as the most appealing and efficient means of dispute resolution since parties not only solve their disputes to the mutual content, but also assure future good relations. The author emphasizes the importance of creating conditions that would enable future parties in dispute to recognize benefits of conciliation.

Key words: *conciliation, mediation, alternative dispute resolution, Law on Conciliation.*

³⁹ Povećanje broja sporova koji bi bili rješavani na miran način najčešće traži širi zahvat u postojeću društvenu svijest - naučenu na rješavanje sporova na jedan jedini način, pred državnim sudom. Pri tome mislimo na poučavanje o metodama mimog rješenja sporova ne samo odrasle populacije naših građana, već i na poučavanje djece (hvalevrijedan primjer *Centra za mir i nenasilje i ljudska prava, Osijek*) i u osnovnim i srednjim školama te studenata na fakultetima. Saznanja tih novih generacija naših građana o učinkovitim alternativama u rješavanju sporova s vremenom bi dovela do značajnijih pozitivnih promjena u općoj klimi sporenja u našem društvu (op.a.).

⁴⁰ Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske u suradnji s Visokim trgovačkim sudom Republike Hrvatske, Hrvatskom udrugom za mirenje i British Association for Central and Eastern Europe (BACEE) priprema navedeni pilot projekt čije započinjanje se očekuje sredinom ožujka 2006. godine (op. a.).

Zusammenfassung

AUSSÖHNUNG - EINE ALTERNATIVE ZUR LÖSUNG VON RECHTSTREITIGKEITEN

Aussöhnung als Alternative zur Lösung von Streitigkeiten ist in den modernen westlichen Staaten in der Praxis sehr weit verbreitet und erfolgreich. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Aussöhnung (ZM) wurden die formalen Voraussetzungen für die Anwendung von Aussöhnung in der Praxis der Lösung von Streitigkeiten in der Republik Kroatien geschaffen. Aussöhnung ist eine besondere Form der Vermittlung in Streitigkeiten zwischen den Parteien, wobei diese darüber völlige Kontrolle haben und besonders über das Resultat. Daher auch die Verantwortung der Parteien für den Erfolg bzw. Misserfolg der Aussöhnung. Allein die Tatsache, dass in dem Aussöhnungsverfahren die endgültige Art der Lösung des Rechtsstreites in den Händen der Parteien liegt, zeigt klar die Vorteile der Aussöhnung im Vergleich zu anderen Arten der Lösung von Streitigkeiten. Aussöhnung sollte deshalb einerseits als ausgezeichnete Gelegenheit zur Entlastung des wirkungslosen staatlichen Gerichtsapparates betrachtet werden und andererseits sollte alles unternommen werden, um Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die streitenden Parteien Aussöhnung als beste und schnellste Art zur Lösung ihrer Streitigkeiten erkennen können, womit nicht nur ihr Rechtsstreit zur beidseitigen Zufriedenheit gelöst wird, sondern gleichzeitig gesichert ist, dass ihre guten Beziehungen auch in Zukunft bestehen werden.

Schlüsselwörter: *Aussöhnung, Vermittlung, Alternative zur Lösung von Streitigkeiten, Gesetz zur Aussöhnung.*

Sommario

CONCILIAZIONE – MODI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

La conciliazione come risoluzione alternativa delle controversie presenta una molto ampia ed efficace applicazione nella prassi di soluzione delle dispute nei paesi occidentali moderni. Con l'entrata in vigore della Legge sulla conciliazione (*Zakon o mirenju, ZM*) sono stati soddisfatti i requisiti formali per l'applicazione della conciliazione come mezzo di risoluzione delle controversie nella Repubblica di Croazia. La conciliazione è l'unica forma di mediazione sulla quale le parti hanno il controllo totale, particolarmente in relazione al suo risultato. Di conseguenza il successo o il fallimento della conciliazione dipende solo dalle parti coinvolte. Proprio il fatto che la soluzione finale della controversia risieda nelle mani delle

parti dimostra chiaramente i vantaggi della conciliazione rispetto ad altre forme di soluzione delle dispute. Perciò la conciliazione dovrebbe essere considerata, da una parte, come un'opportunità straordinaria per sollevare la pressione dall'inefficiente sistema giudiziale statale e, dall'altra parte, come il modo più attraente ed efficiente di soluzione delle dispute poiché le parti non solo risolvono le loro controversie nel mutuo consenso, ma anche assicurano buoni rapporti futuri, sicché è importante creare le condizioni che consentano alle prossime parti in causa di riconoscere i benefici della conciliazione.

Parole chiave: *conciliazione, mediazione, modi alternativi di risoluzione delle controversie, Legge sulla conciliazione.*

UPUTE AUTORIMA

Časopis objavljuje radove koji se recenziraju i one koji ne podliježu recenzentskom postupku. Recenzirani radovi kategoriziraju se u ove kategorije:

- * izvorni (originalni) znanstveni članak - original scientific paper
- * prethodno priopćenje - preliminary communication
- * pregledni znanstveni članak - review
- * izlaganje (referat) sa znanstvenog skupa - conference paper
- * stručni članak - professional paper

Izvorni znanstveni članak sadrži dosad još neobjavljene rezultate izvornih istraživanja. Prethodno priopćenje sadrži nove rezultate znanstvenih istraživanja, koji zahtijevaju brzo objavljivanje. Pregledni znanstveni članak mora biti originalan, sažet i kritički prikaz jednog područja ili njegova dijela u kojem autor i sam aktivno sudjeluje. Mora biti istaknuta uloga autora izvornog doprinosa u tom području s obzirom na već publicirane radove, kao i pregled tih radova. Izlaganje sa znanstvenog skupa, prethodno referirano na takvom skupu, mora biti objavljeno u obliku cjelovitog članka, i to samo ako nije prije toga objavljeno u zborniku skupa. Stručni članak sadrži korisne prijedloge iz određene struke i ne mora sadržavati izvorna istraživanja.

Odluku o kategorizaciji pojedinog rada donosi uredništvo na temelju prijedloga dva recenzenta.

Rad će se objaviti jedino temeljem pozitivnih recenzija.

Prihvatanje kategoriziranih članaka za objavljivanje obvezuje autora da isti članak ne smije objaviti na drugomu mjestu bez dopuštenja uredništva časopisa ako je ono članak prihvatilo, a i tad uz podatak o tome gdje je prvi put članak objavljen. Kategorija članka navodi se u zaglavlju članka i u sadržaju sveska. Ostali se prilozi koje časopis objavljuje, ne kategoriziraju.

Radovi predloženi za objavljivanje moraju zadovoljiti sljedeće:

1. Rukopis ne smije biti već objavljen ili u tom cilju upućen drugom časopisu;
2. Naslov mora biti koncizan i istovremeno informativan;
3. U lijevom kutu naslovne stranice rukopisa treba stajati ime i prezime autora te naziv i adresa ustanove u kojoj radi;
4. Uz rukopis je potrebno priložiti objašnjenje o značenju upotrijebljenih kratica i simbola;
5. Tablice moraju biti pregledno i korektno priređene, te uredno opisane (broj, naslov, legenda);
6. Bilješke se posebno prilažu rukopisu;
7. Izvorni znanstveni radovi, prethodna priopćenja, pregledni znanstveni članci i stručni članci moraju biti opremljeni zaključkom i sažetkom koji ne treba prelaziti 250 riječi i ključnim riječima (2-3 riječi). Sažetkom se na skraćen način predstavlja sadržaj članka. U sažetku pisanom u trećem licu ukratko se naznačuju rezultati istraživanja prezentirani u članku;
8. Opseg rukopisa koji podliježe kategorizaciji, ograničen je, u pravilu, do 1,5 autorska arka. Šesnaest kartica čini jedan autorski arak (30.000 znakova);
9. Radovi se dostavljaju u tri primjerka, od kojih jedan mora biti original. Uz rad treba priložiti i disketu s naznakom programa u kojem je rad pisan;
10. Rad koji ne odgovara uputama vratit će se autoru.

INFORMATION FOR CONTRIBUTORS

This journal publishes papers subject to review as well as those which are not subject to review. The papers subject to review are categorised as follows:

- * original scientific paper
- * preliminary communication
- * review article
- * conference paper
- * professional paper

An original scientific paper contains yet unpublished results of original research. A preliminary communication contains new research results which demand prompt publication. A review article ought to be an original, concise and critical review of a certain field or its segment in which the author herself actively participates. There must be emphasised the author's original contribution to the field with regard to the works already published. There must also be provided a list of those works. A conference paper, i.e. a written form of a presentation submitted at a conference, must be published as a complete paper, provided that it has not been published as part of the collected papers of the conference. A professional paper contains useful suggestions concerning a certain field and need not involve original research.

The category to be assigned to a certain paper is within the sole discretion of the Editorial Board, which will base its decision on the proposals by two reviewers.

The journal will publish only those papers which received a positive review.

Upon acceptance of her paper for publication by this journal the author undertakes not to cause the paper to be published elsewhere without the permission of the Editorial Board. Should the Editorial Board grant the permission, a repeated publication should contain a notice as to where the paper was originally published.

The category of a paper shall be indicated in the head of the paper and in the journal's table of contents.

Other contributions published by the journal are not subject to categorisation.

Any written work submitted for publication in this journal must satisfy the following conditions:

1. The manuscript should not have been already published or under consideration by another journal.
2. The title should be both concise and informative.
3. The author's name and surname, as well as her employment address should be indicated in the left hand side of the title page.
4. The manuscript should be accompanied by an explanation as to the meaning of the abbreviations and symbols used.
5. Tables must be drawn clearly and correctly, and must be accompanied by appropriate explanations.
6. Notes should be numbered in sequential order, as cited in the text, and should be enclosed on a separate sheet.
7. Original scientific papers, preliminary communications, review articles and professional papers, should be accompanied by a conclusion, summary and key words (2-3 words). A summary should provide a short outline of the contents of a paper. It should be written in the third person singular and should not exceed 250 words in length.
8. The manuscript should be double-spaced and should not exceed 8.000 words, approximately 24 pages in length.
9. A contribution ought to be submitted in three copies, one of which must be the original. The written manuscript must be accompanied by a floppy disk with the indication of the word processor used.
10. Manuscripts which do not comply with the above conditions shall be returned to their authors.

HINWEISE FÜR DIE AUTOREN

Die Zeitschrift veröffentlicht Arbeiten, die rezensiert werden und solche, die keine Rezension erfordern. Die rezensierten Arbeiten werden folgendermaßen kategorisiert:

- * wissenschaftlicher Originalbeitrag
- * vorläufige Mitteilung
- * Übersichtsartikel
- * Referat auf einer wissenschaftlichen Tagung
- * fachlicher Beitrag

Der wissenschaftliche Originalbeitrag enthält bisher unveröffentlichte Resultate originaler Untersuchungen. Die vorläufige Mitteilung enthält neue Resultate wissenschaftlicher Untersuchungen, die eine schnelle Veröffentlichung erfordern. Ein Übersichtsartikel muß eine originale, kurzgefaßte und kritische Darstellung eines Gebiets oder Teilgebiets sein, mit dem sich der Autor selbst aktiv auseinandersetzt. Es muß die Bedeutung des originalen Beitrags des Autors auf diesem Gebiet hinsichtlich schon veröffentlichter Arbeiten hervorgehoben werden. Ein Referat, das auf einer wissenschaftlichen Tagung gehalten wurde, muß in Form eines vollständigen Aufsatzes veröffentlicht werden und zwar nur dann, wenn es vorher noch nicht veröffentlicht worden ist. Der fachliche Beitrag enthält nützliche Vorschläge aus einem bestimmten Fach und muß keine originalen Untersuchungen enthalten.

Die Entscheidung über die Kategorisierung der einzelnen Arbeit fällt die Redaktion auf Vorschlag zweier Rezensenten.

Eine Arbeit wird nur aufgrund einer positiven Rezension veröffentlicht.

Die Annahme des kategorisierten Aufsatzes zur Veröffentlichung verpflichtet den Autor, denselben Aufsatz an keinem anderen Ort ohne Zustimmung der Redaktion zu veröffentlichen, und wenn diese zustimmt, dann mit dem Hinweis auf den Ort der Erstveröffentlichung. Die Kategorie des Aufsatzes wird in seiner Überschrift und im Inhaltsverzeichnis des Heftes angeführt. Die anderen Beiträge, die in der Zeitschrift veröffentlicht werden, werden nicht kategorisiert.

Arbeiten, die zur Veröffentlichung vorgeschlagen werden, müssen folgende Bedingungen erfüllen:

1. Das Manuskript darf noch nicht veröffentlicht oder zu diesem Zweck einer anderen Zeitschrift eingereicht sein.
2. Die Überschrift muß konzis und gleichzeitig informativ sein.
3. In der linken oberen Ecke der Titelseite des Manuskriptes müssen Vorname und Name des Autors angeführt werden sowie Bezeichnung und Adresse seiner Arbeitsstelle.
4. Dem Manuskript muß eine Erklärung der benutzten Abkürzungen und Symbole beigefügt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigefügt.
7. Wissenschaftliche Originalbeiträge, vorläufige Mitteilungen, Übersichtsartikel und fachliche Beiträge müssen eine Schlußbetrachtung, eine Zusammenfassung die 250 Wörter nicht übersteigen darf, und Schlüsselwörter (2-3 Schlüsselwörter) haben. In der Zusammenfassung wird kurz der Inhalt des Artikels dargelegt bzw. werden kurz die Ergebnisse der Untersuchung, die in der Arbeit präsentiert werden, aufgezeigt.
8. Der Umfang der Manuskripte, die der Kategorisierung unterliegen, ist begrenzt und zwar bis zu 24 Seiten (30 000 Zeichen).
9. Arbeiten werden in dreifache Ausführung eingereicht, von denen eine das Original sein muß. Der Arbeit ist die Diskette mit der Bezeichnung des Textprozessors beizulegen.
10. Eine Arbeit, die den Hinweisen nicht entspricht, wird dem Autor zurückgegeben.

INFORMAZIONI PER GLI AUTORI

Questa rivista pubblica saggi soggetti a recensione così come quelli che non sono soggetti a recensione. I saggi soggetti a recensione sono classificati nelle seguenti categorie:

- * articolo scientifico originale
- * comunicazione preliminare
- * articolo di rassegna
- * relazione seminariale
- * articolo specialistico

L'articolo scientifico originale contiene i risultati di una ricerca originale non ancora pubblicati. La comunicazione preliminare contiene i risultati di una ricerca nuova che richiede una sollecita pubblicazione. L'articolo di rassegna dovrebbe essere un'originale, concisa e critica rassegna di una determinata materia o settore al quale l'autore partecipa attivamente; dovrebbe essere enfatizzato il contributo originale dell'autore alla materia in relazione alla quale sono già stati pubblicati lavori; dovrebbe altresì essere fornita una lista di tali lavori. La relazione seminariale, cioè lo scritto relativo ad una presentazione ad un incontro scientifico, deve essere pubblicato come saggio completo, purché non sia stato pubblicato come parte della pubblicazione degli atti dell'incontro scientifico. L'articolo specialistico contiene utili proposte relative ad una determinata materia e non bisogna contenga una ricerca originale.

La categoria da assegnare ad un determinato saggio è ad esclusiva discrezione del Comitato di redazione, che fonderà la propria decisione sulle proposte di due recensori.

All'accettazione del suo saggio per la pubblicazione nella presente rivista l'autore si impegna a far sì che il saggio non sia pubblicato in altro luogo senza il permesso del Comitato di redazione. Se il Comitato di redazione dovesse accordare il permesso, la nuova pubblicazione deve contenere l'informazione di dove il saggio è stato originariamente pubblicato.

La categoria di un saggio deve essere indicata nell'intestazione del saggio e nell'indice sommario della rivista.

Gli altri contributi pubblicati dalla rivista non sono soggetti a classificazione.

Ciascun lavoro scritto presentato per la pubblicazione nella presente rivista deve soddisfare le seguenti condizioni:

1. Il manoscritto non deve essere stato precedentemente pubblicato o essere presentato per l'accettazione da parte di un'altra rivista;
2. Il titolo deve essere conciso e informativo insieme;
3. Il nome e il cognome dell'autore, così come la sua posizione professionale, devono essere indicati nel lato sinistro della pagina di intitolazione;
4. Il manoscritto deve essere accompagnato da una spiegazione del significato delle abbreviazioni e dei simboli utilizzati;
5. Le tabelle devono essere elaborate chiaramente e correttamente, e devono essere accompagnate da appropriate spiegazioni;
6. Le note devono essere numerate in ordine sequenziale, come citate nel testo, e devono essere incluse in un foglio separato;
7. Gli articoli scientifici originali, le comunicazioni preliminari, gli articoli di rassegna e gli articoli specialistici dovrebbero essere accompagnati dalla conclusione, il sommario (massimo 250 parole) e le parole chiave (2-3 parole). Il sommario deve prevedere una breve descrizione dei contenuti del saggio. Esso deve essere scritto in terza persona e indicare i risultati presentati nel saggio;
8. Il manoscritto deve essere con doppia interlinea e non deve superare le 8.000 parole per circa 24 pagine;
9. Il contributo deve essere presentato in tre copie, una delle quali deve essere originale. Il manoscritto deve essere accompagnato da un floppy disk con l'indicazione del programma di scrittura utilizzato;
10. I manoscritti che non si attengono alle suddette condizioni sono restituiti ai loro autori.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Iz sadržaja *Zbornika Vol. 26 br. 2 (2005.)*

I. Članci: *Lujo Margetić*, Pravni aspekti Rižanskog placita; *Velinka Grozdanić*, *Ute Karlavaris Bremer*, Kazna zatvora za ovisnike – represija i/ili prevencija?; *Ljiljana Mikšaj-Todorović*, *Ksenija Butorac*, Ispitivanje razlika u strukturi obitelji maloljetnih delinkvenata u Republici Hrvatskoj u prijeratnom i poslijeratnom razdoblju; *Bariša Gašpar*, Identifikacija i sistematizacija temeljnih čimbenika u ekološkoj degradaciji prirode i ljudskog okoliša; *Ivana Kunda*, *Jasmina Mutabžija*, Odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje trećih osoba s osnove intelektualnog vlasništva prema Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe; *Aleksandra Maganić*, Zemljišnoknjižni službenici prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama; *Douwe Korff*, The Gibraltar Shooting Case: An Analysis of the European Court of Human Rights Judgment in the Case of *McCann & Others –v– the United Kingdom*; *Milovan Jovanović*, Pomorsko dobro u talijanskom i hrvatskom zakonodavstvu – Gospodarski aspekti; *Andrija Crnković*, Ozelenjivanje ekonomije: ekološki porezi; *Ante Perkušić*, *Blanka Ivančić*, Ugovor o darovanju nekretnine *de lege lata* i *de lege ferenda* – pobijanje paulijanskim tužbama, nasljednopravni i poreznopravni aspekti; *Marissabell Škorić*, Mješoviti međunarodni kazneni sudovi; *Dalida Ritossa*, Prijepori o pravu na pobačaj u Republici Hrvatskoj; *Antun Jurman*, Bruto domaći proizvod – čimbenik rasta depozita pravnih osoba u hrvatskim bankama; *Davor Bukšu*, Institucionalna potpora izvozu kapitalnih objekata; *Ivana Radačić*, Status of Women and Treatment of Gender-Specific Violence in International Humanitarian and International Criminal Law; *Dragan Zlatović*, Kazališna djela kao autorska djela; **II. Prikazi; III. Fakultetska kronika.**

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!



Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

- po jedinstvenoj cijeni od **25,00 kn**:
 - Vol. 20 br. 2 (1999.): _____ primjeraka
 - Vol. 21 br. 1 (2000.): _____ primjeraka
 - Vol. 21 br. 2 (2000.): _____ primjeraka
 - Vol. 22 br. 1 (2001.): _____ primjeraka
 - Vol. 22 br. 2 (2001.): _____ primjeraka
 - Supplement br. 1 (2001.): _____ primjeraka
 - Vol. 23 br. 1 (2002.): rasprodan
 - Vol. 23 br. 2 (2002.): _____ primjeraka
 - Supplement br. 2 (2002.): _____ primjeraka
 - Vol. 24 br. 1 (2003.): _____ primjeraka
 - Vol. 24 br. 2 (2003.): _____ primjeraka
 - Supplement br. 3 (2003.): _____ primjeraka
 - Vol. 25 br. 1 (2004.): _____ primjeraka
 - Vol. 25 br. 2 (2004.): _____ primjeraka
- po cijeni od **50,00 kn**:
 - Vol. 26 br. 1 (2005.): _____ primjeraka
 - Vol. 26 br. 2 (2005.): _____ primjeraka
- po cijeni od **150,00 kn**:
 - Vol. 27 br. 1 (2006.): _____ primjeraka

Ime i prezime/ Poduzeće/ Ustanova: _____

Sjedište, adresa, telefon, fax: _____

MB / JMBG _____

U _____, _____ godine

MP

Potpis: _____

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci
br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić br. 6, 51000 Rijeka
Tel.: 051/359-500, fax 051/675-113
e-mail: skriptarnica@pravri.hr

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ

Biblioteka je Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose.

Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- ◆ Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika. (Uvod, Kompendij silogističke kriminalistike, Bibliografija), 1995. (rasprodano)*
- ◆ Berislav Pavišić, *Kriminalistika. 1. Uvod, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- ◆ Lujo Margetić, *Opća povijest prava i države, 1998. (rasprodano)*
- ◆ Lujo Margetić, Mile Boras, *Rimsko pravo, 1998. (unutarnja cijena: 150,00 kn; vanjska cijena: 175,00 kn)*
- ◆ V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo, 2000. (rasprodano)*
- ◆ Vinko Hlača, *Hrvatsko prometno pravo i međunarodne konvencije, 2000. (rasprodano)*
- ◆ Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo. Izabrani radovi, 2001. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn)*
- ◆ Dragutin Ledić, *Pravo društava i trgovačko pravo, 2002. (unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 220,00 kn)*
- ◆ V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- ◆ Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (unutarnja cijena: 150,00 kn; vanjska cijena: 170,00 kn)*
- ◆ Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (unutarnja cijena: 200,00 kn; vanjska cijena 250,00 kn)*
- ◆ Vladimir Degan, Berislav Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo, tvrdi uvez, 2005. (unutarnja cijena: 270,00 kn; vanjska cijena: 330,00 kn)*
- ◆ Vladimir Degan, Berislav Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo, meki uvez, 2005. (unutarnja cijena: 190,00 kn; vanjska cijena: 280,00 kn)*

MONOGRAFIJE:

- ◆ Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet, 1995. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- ◆ Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo. Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora njerodavnog prava, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika. 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Boris Banovac, *Društvena pripadnost, identitet, teritorij, 1998. (rasprodano)*
- ◆ Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. (unutarnja cijena: 20,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*

- ◆ Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra*, 1999. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)
- ◆ Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku*, 2000. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)
- ◆ Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, 2001. (rasprodano)
- ◆ Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora*, 2002. (unutarnja cijena: 120,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)
- ◆ Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID* (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)
- ◆ Petar Simonetti, *Denacionalizacija*, 2004. (unutarnja cijena: 200,00 kn; vanjska cijena: 250,00 kn)
- ◆ Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law*, 2004. (unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 280,00 kn)

GODIŠNJA PREDAVANJA:

- ◆ Lujo Margetić, *Rimsko pravo kao europski pravni fenomen i hrvatska pravna povijest*, 1997. (rasprodano)

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- ◆ Vinko Hlača (priređio), *Pomorsko dobro i koncesije*, 1995. (rasprodano)
- ◆ Vinko Hlača (priređio), *Pomorsko dobro. Društveni aspekti upotrebe i korištenja*, 1996. (rasprodano)
- ◆ Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora*, 2001. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)
- ◆ Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, 2001. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn)
- ◆ Vesna Tomljenović, Edita Čulinović-Herc, *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu, Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala*, 2005. (cijena: 150,00 kn)

KOMENTARI:

- ◆ Željko Horvatić, Milan Batinica, Ante Škorić, Borislav Blažević, Ivica Crnić i Petar Veić, *Komentar Zakona o prekršajima*, 1996. (rasprodano)
- ◆ Berislav Pavišić i Velinka Grozdanić, *Komentar Osnovnoga krivičnog zakona Republike Hrvatske*, 1996. (rasprodano)
- ◆ Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o sigurnosti prometa na cestama*, 1995. (rasprodano)
- ◆ Vinko Hlača i Gordan Stanković, *Pravo zaštite morskog okoliša. Priručnik odabranih propisa*, 1997. (rasprodano)

PRIJEVODI:

- ◆ Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi*, 1998. (besplatno izdanje)
- ◆ R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje*, 1999. (besplatno izdanje)
- ◆ T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 1999. (besplatno izdanje - nema na zalih)
- ◆ T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 2004. (meki uvez - unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn; tvrdi uvez - unutarnja cijena: 290,00 kn; vanjska cijena: 350,00 kn)

PRIRUČNICI:

- ◆ Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe*, 2001. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U
RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/359-500

Dekanat tel.: 051/359-600 fax: 051/675-113

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

mirjanap@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

MB/JMBG _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ___ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

BIBLIOTEKA ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

- ◆ Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava*, Rijeka, 1997. **(unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)**
- ◆ Berislav Pavišić, Duško Modly i suradnici, *Kriminalistika*, 2. izd., Rijeka, 1999. **(rasprodano)**
- ◆ Berislav Pavišić, Petar Veić, *Komentar Kaznenoga zakona*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, 1999. **(rasprodano)**
- ◆ Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, Rijeka, 2000. **(rasprodano)**
- ◆ Berislav Pavišić i suradnici, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, 2. izd., Knj. 1, 2001. **(rasprodano)**
- ◆ *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2001. **(rasprodano)**
- ◆ *Kazneni zakon, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2. izd., 2001. **(rasprodano)**
- ◆ *Ley penal croata, coordinacion de Davide Bertaccini*, Berislav Pavišić, Máximo Sozzo, Rijeka, 2001. **(rasprodano)**
- ◆ *Kazneni zakoni*, priredio: Berislav Pavišić, Rijeka, 2001. **(rasprodano)**
- ◆ *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 1. izd., 2002. **(rasprodano)**
- ◆ *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 2. izd., 2002. **(rasprodano)**
- ◆ Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku s prilogima*, 3. izd., 2002. **(rasprodano)**
- ◆ Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima*, 1. izdanje, Rijeka, 2002. **(rasprodano)**
- ◆ *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra*, Rijeka, 2002. **(unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)**
- ◆ Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima*, 2. izdanje, Rijeka, 2002. **(rasprodano)**
- ◆ *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski i pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 3. izdanje, 2003. **(rasprodano)**
- ◆ Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II.*, 2004. **(unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 225,00 kn)**
- ◆ Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta*, 2005. **(unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)**
- ◆ *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica*, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, *poredbeni pregled: Vanina Ferreccio*, 2005. **(unutarnja cijena: 55,00 kn, vanjska cijena: 55,00 EUR)**
- ◆ Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru - Mošćenički zakoni i statuti, Knjiga prva*, 2006. **(unutarnja cijena: 95,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)**

Nakladnik **PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI**

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel./fax: 051/359-500

Dekanat tel.: 051/359-600 fax: 051/675-113

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

mirjanap@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

MB/JMBG _____

Tel./Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

br. 2402006 -1100110025 poziv na broj 050-13

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

Vol. 27 br. 1 (2006)

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo – obveze – postupak”

(Poreč, 6.-8. travnja 2006.)

Petar Simonetti,

Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj

Edita Čulinović-Herc, Mira Dimitrić,

Način obračuna kamatne stope kod potrošačkog zajma – otvorena pitanja hrvatskog prava i financijske prakse

Silvija Petrić,

Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima

Aldo Radolović,

Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima

Zvonimir Slakoper,

Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o obveznim odnosima (u poredbenopravnom kontekstu)

Dario Derđa,

Komunalne djelatnosti i pravo vlasništva na građevinskim objektima komunalne infrastrukture

Nataša Žunić Kovačević,

Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika

Maja Bukovac Puvača,

Odgovornost Republike Hrvatske za štetu prouzročenu terorističkim aktom

Antonija Zubović,

Primjena trgovačkih običaja

Vlado Belaj,

Izvršavanje ovlasti i dužnosti glede posebnoga dijela nekretnine

Jozo Čizmić,

Novi Zakon o zastupanju u području prava industrijskog vlasništva – korak naprijed ili natrag?

Eduard Kunštek,

Osiguranje tražbina prijenosom prava vlasništva i prijenosom prava – neka otvorena pitanja

Duško Medić,

Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke

Aleksandra Maganić,

Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava

Dragan Zlatović,

Nepošteno tržišno natjecanje i modaliteti građanskopravne zaštite u hrvatskom i komparativnom pravu

Marinko Đ. Učur,

Kolektivno pregovaranje i proširenje primjene kolektivnog ugovora (oktroiranje kolektivnog ugovora)

Jasna Brežanski,

Ratna šteta prouzročena terorističkim aktom

Srđan Šimac,

Mirenje – alternativni način rješavanja sporova