

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 24

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 24,
Br. 1, str. XII+1-718, Rijeka, 2003.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJEKI
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. Petar Simonetti, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Dragutin Ledić, doc. dr. sc. Robert Blažević, Sandra Laleta (svi iz Rijeke)

Izvršna urednica/Executive Editor: 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 (Charleston/USA), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO), prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Trieste/I)

Lektorica/Lector: Dušanka Starčević, prof.

Prijevod/Translations: doc. dr. sc. Ute Karlavaris-Bremer (za njemački), mr. 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.: (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: Digital point 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*, San Diego, California, USA.

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

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 24

BROJ 1

RIJEKA, 2003.

SADRŽAJ

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo – obveze – postupak”

(Poreč, 3. i 4. travnja 2003.)

Mihajlo Dika,

Žalba protiv presude prema Noveli ZPP-a iz 2003.

(izvorni znanstveni članak) 1

Petar Simonetti,

Denacionalizacija – prava i ovlaštenici (izvorni znanstveni članak) 41

Edita Čulinović Herc,

Prospekt pri javnoj i privatnoj ponudi vrijednosnih papira – Zakon o
tržištu vrijednosnih papira i pravci razvoja u europskom pravu

(izvorni znanstveni članak) 113

Silvija Petrić,

Odgovornost države za štete od terorističkih akata s osvrtom na
presudu Europskog suda za ljudska prava br. 48778/99

(izvorni znanstveni članak) 145

Meliha Povlakić,

Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi

(izvorni znanstveni članak) 195

Dragan Zlatović,

Character Merchandising i žigovnopravna zaštita

(izvorni znanstveni članak) 245

Marko Bevanda,

Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda

(prethodno priopćenje) 277

Maja Bukovac Puvača,

Zaštita kupaca u time-sharing ugovorima prema Smjernici 94/47/EC

(prethodno priopćenje) 311

Olga Jelčić,

Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu (prethodno priopćenje) 337

Dragutin Ledić,

- Vlasništvo u malom i srednjem poduzetništvu
(pregledni znanstveni članak) 363

Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak,

- Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu
(pregledni znanstveni članak) 393

Jozo Čizmić,

- O dostavi tužbe na odgovor i presudi zbog ogluhe u svjetlu Novele
ZPP-a (pregledni znanstveni članak) 413

Jozo Čizmić,

- Uvođenje zakonske zaštite topografije integriranih sklopova u hrvatsko
pravo (pregledni znanstveni članak) 467

Zvonimir Slakoper,

- Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim
obilježjem (pregledni znanstveni članak) 511

Stefan Pürner,

- Reforma njemačkog Građanskog zakonika s posebnim osvrtom na
europske aspekte te reforme (pregledni znanstveni članak) 549

Marko Baretić,

- Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu
(pregledni znanstveni članak) 571

Dario Đerđa,

- Pojam i obilježja koncesija (pregledni znanstveni članak) 617

Andrija Eraković,

- Izlučna i razlučna prava u stečaju (pregledni znanstveni članak) 639

Jasna Brežanski,

- Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili
neosnovanog uhićenja (stručni članak) 677

TABLE OF CONTENTS

“Ownership – Obligations – Procedure”

(Poreč, April 3-4, 2003)

Conference Texts:

Mihajlo Dika,

Appeal against Judgement under Amendments of 2003 of the Code of
Civil Procedure 1

Petar Simonetti,

Denationalization - Rights and Claimants 41

Edita Čulinović Herc,

Public Offer Prospectus - Croatian Capital Market Act and Developments
in European Law 113

Silvija Petrić,

State Responsibility for Damages as a Result of Terrorist Acts with Analysis
of the European Court of Human Rights Judgment no. 48778/99 145

Meliha Povlakić,

Fiduciary Ownership in Comparative Law and Case-Law 195

Dragan Zlatović,

Character Merchandising and the Trademark Protection 245

Marko Bevanda,

Producer Liability for Damage Caused by Product 277

Maja Bukovac Puvača,

Buyer Protection in Time-sharing Contracts according to Directive
94/47/EC 311

Olga Jelčić,

Fiduciary Ownership in Croatian Law 337

Dragutin Ledić,

Ownership in Small and Medium Businesses 363

Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak,

Labor Relations in Case of Mergers in European Law 393

<i>Jozo Čizmić,</i> On Delivery of Action for Response and on Judgment for Non-Response in Light of Amendment to the Code of Civil Procedure	413
<i>Jozo Čizmić,</i> Introducing Legal Protection of Topography of Integrated Circuits in Croatian Law	467
<i>Zvonimir Slakoper,</i> The Principle of Good Faith in Commercial Contracts with International Element	511
<i>Stefan Pürner,</i> A Reform of German Civil Code with the Special Regard to its European Aspects	549
<i>Marko Baretić,</i> The Principle of Consciousness and Honesty (Good Faith) in Obligations	571
<i>Dario Đerđa,</i> Notion and Characteristics of Concessions	617
<i>Andrija Eraković,</i> Rights <i>Ex Iure Dominii</i> and <i>Ex Iure Crediti</i> in Bankruptcy Proceedings	639
<i>Jasna Brežanski,</i> State Responsibility for Damages in Case of Unjustified Conviction or Unfounded Arrest	677

INHALT

“Eigentum – Pflichten – Verfahren”

(Poreč, 3.-4. April 2003)

Tagungsbeiträge:

Mihajlo Dika,

Berufung gegen Urteile nach der Novelle des Gesetzes zum prozessualen
Verfahren aus dem Jahre 2003 1

Petar Simonetti,

Entnationalisierung - Rechte und Bevollmächtigte 41

Edita Čulinović Herc,

Prospekt bei öffentlichem und privatem Angebot von Wertpapieren –
Gesetz über den Wertpapiermarkt und Richtungen der Entwicklung
im Europarecht 113

Silvija Petrić,

Haftung des Staates für Schaden wegen terroristischer Akte in Hinblick
auf Urteile des Europäischen Gerichts für Menschenrechte Nr. 48778/99 145

Meliha Powlakić,

Fiduziarisches Eigentum im vergleichenden Recht und in der
Gerichtspraxis 195

Dragan Zlatović,

Character Merchandising und warenzeichenrechtlicher Schutz 245

Marko Bevanda,

Haftung des Erzeugers für Schaden durch das Erzeugnis 277

Maja Bukovac Puvača,

Verbraucherschutz in Time-sharing-Verträgen nach der Richtlinie
94/47/EG 311

Olga Jelčić,

Fiduziarisches Eigentum im kroatischen Recht 337

Dragutin Ledić,

Eigentum im kleinen und mittleren Unternehmertum 363

<i>Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak,</i> Arbeitsverhältnis bei Statusveränderungen im Europarecht	393
<i>Jozo Čizmić,</i> Über die Zustellung von Klageerwiderung und Versäumnisurteil im Licht der Novelle des Gesetzes zum prozessualen Verfahren	413
<i>Jozo Čizmić,</i> Einführung des Rechtsschutzes der Topographie integrierter Gefüge im kroatischen Recht	467
<i>Zvonimir Slakoper,</i> Das Prinzip Treu und Glauben in Handelsverträgen internationalen Charakters	511
<i>Stefan Pürner,</i> Reform des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches in Bezug auf die europäischen Aspekte dieser Reformen	549
<i>Marko Baretić,</i> Treu und Glauben im Schuldrecht	571
<i>Dario Derđa,</i> Begriff und Merkmale der Konzession	617
<i>Andrija Eraković,</i> Absonderung- und Aussonderungsrechte bei Konkurs	639
<i>Jasna Brežanski,</i> Haftung des Staates für Schaden im Falle einer ungerechtfertigten Verurteilung oder unbegründeten Verhaftung	677

INDICE

“Proprietà – obbligazioni – procedura”

(Poreč, 3-4 aprile 2003)

Contributi per il Convegno:

Mihajlo Dika,

Ricorso contro la sentenza secondo la Novella della Legge sul processo civile del 2003 1

Petar Simonetti,

Denazionalizzazione - diritti e aventi diritto 41

Edita Čulinović Herc,

Prospetto di pubblica offerta – Legge sul mercato dei titoli in Croazia e sviluppi nel diritto europeo 113

Silvija Petrić,

Responsabilità dello stato per danni da atti terroristici con accenno alla decisione della Corte europea dei diritti umani n. 48778/99 145

Meliha Powlakić,

Proprietà fiduciaria nel diritto comparato e nella prassi giudiziale 195

Dragan Zlatović,

Character Merchandising e tutela del diritto di marchio 245

Marko Bevanda,

Responsabilità del produttore per danno da prodotto 277

Maja Bukovac Puvača,

Tutela dell'acquirente nei contratti di time-sharing secondo la Direttiva 94/47/EC 311

Olga Jelčić,

Proprietà fiduciaria nel diritto croato 337

Dragutin Ledić,

Proprietà nelle piccole e medie imprese 363

Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak,

Rapporti di lavoro in caso di trasformazioni societarie nel diritto europeo ... 393

<i>Jozo Čizmić,</i>	
Sulla notificazione dell'azione per la risposta e sulla sentenza per contumacia alla luce della Novella al Codice sul processo civile	413
<i>Jozo Čizmić,</i>	
Introduzione della tutela legislativa della topografia di strutture integrate nel diritto croato	467
<i>Zvonimir Slakoper,</i>	
Principio di coscienza e onestà nei contratti commerciali con carattere internazionale	511
<i>Stefan Pürner,</i>	
Riforma del Codice civile tedesco con particolare riguardo agli aspetti europei della riforma	549
<i>Marko Baretić,</i>	
Principio di coscienza e onestà nel diritto obbligatorio	571
<i>Dario Đerđa,</i>	
Concetto e caratteristiche della concessione	617
<i>Andrija Eraković,</i>	
Diritti privilegiati e chirografari nel fallimento	639
<i>Jasna Brežanski,</i>	
Responsabilità dello stato per danno nel caso di condanna ingiustificata o arresto infondato	677

Prilozi za Deveto savjetovanje pravnika 2003. g.:

Contributions for Ninth Jurist Conference, 2003

Beiträge für die IX. Juristen-Tagung, 2003

Contributi per il IX Convegno di giuristi, 2003

“Vlasništvo – obveze – postupak”

“Ownership – Obligations – Procedure”

“Eigentum – Pflichten – Verfahren”

“Proprietà – obbligazioni – procedura”

(Poreč, 3.-4. 04. 2003.)

Voditelj Savjetovanja (Conference Moderator / Tagungsleitung / Presidente):

prof. dr. sc. Petar Simonetti

ŽALBA PROTIV PRESUDE PREMA NOVELI ZPP-A¹ IZ 2003.²

Dr. sc. Mihajlo Dika, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.956(497.5)(094.5.072)
Ur.: 17. veljače 2003.
Pr.: 27. veljače 2003.
Izvorni znanstveni članak

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003. (Novela 2003.) revidiran je u mnogim pojedinostima institut žalbe protiv presude u parničnom postupku, tako da se može smatrati da je on dimenzioniran na kvalitativno drugačiji način nego što je to bilo prema ranijem uređenju. U radu se nastoji dati sustavno i cjelovito pregled toga novog uređenja instituta, uz naglašavanje novina koje su unesene Novelom 2003. i objašnjavanje njihovih motiva i značenja.

Ključne riječi: *žalba, bitne povrede postupka, pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, pogrešna primjena materijalnog prava, odluke drugostupanjskog suda.*

I. Uvod

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2003. (Novela 2003.) institut žalbe protiv presude je u pojedinim svojim elementima bitnije revidiran pa i reformiran, zadržavajući ipak svoja osnovna strukturalna i funkcionalna obilježja.

Žalba je i dalje opći, osnovni i redovni pravni lijek. Opći jer je dopuštena protiv svih prvostupanijskih presuda³, osnovni zato što na njoj počiva struktura pravnih

¹ ZPP: Zakona o parničnom postupku, NN 53/91., 91/92., 112/99. Članak je izrađen prema prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama ZPP-a, koji je upućen na prvo čitanje u Hrvatski sabor.

² U ovom radu odredbe pojedinih zakona označavat će se navođenjem broja članka, stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, te točke, odvojene od broja članka ili stavka točkom. Više će stavaka ili točaka istoga članka ili stavka međusobno biti odvojeno zarezom. Crtica između brojeva dvaju članaka ili stavaka koristit će se radi označavanja da se sve odredbe između tih brojeva odnose na tekst ispred njih. Brojevi odredaba bez naznake kratice propisa odnosit će se na odredbe ZPP-a. Za označavanje odredaba drugih propisa koristit će se uz broja odredbe i njihove kratice, koje će biti definirane u tekstu.

³ Pravo na žalbu protiv prvostupanijske presude zajamčeno je Ustavom. Iznimke od toga prava moraju biti predviđene zakonom. (18/1. URH).

lijekova u parničnom postupku, redovni zato što okolnost da se može izjaviti odnosno da je pravodobno izjavljena sprječava nastupanje pravomoćnosti (*arg. ex 333/1*). Ona je devolutivni pravni lijek (v. *infra ad 2*) i u pravilu je suspenzivna (*arg. ex 23. OZ*⁴; 437⁵). Ona je dvostrani i samostalni pravni lijek.

Izmjene i dopune u uređenju instituta tiču se najprije sadržaja samog pravnog lijeka, razloga zbog kojih se može izjaviti, postupka koji se u povodu njega provodi pred prvostupanjским i drugostupanjским sudom, granica ispitivanja pobijane prvostupanjске presude, odluka koje se u povodu njega mogu donositi te postupka koji se nakon toga treba provesti.

Opća je značajka izvršenih zahvata u tome da se njima, s jedne strane, procedura u povodu žalbe funkcionalizira i usklađuje s potrebama prakse i općim ciljevima Novele 2003.,⁶ vodeći pritom, s druge strane, računa o temeljnim ljudskim procesnim pravima utvrđenim Ustavom⁷ i Europskom konvencijom o zaštiti temeljnih ljudskih prava i sloboda iz 1950.⁸

U ovom će se radu nastojati relativno sustavno i pregledno naznačiti uređenje instituta prema Noveli 2003., uz naglašavanje novina koje su njome uvedene.

II. Devolutivnost žalbe protiv presude

I nakon Novele 2003. žalba protiv presude zadržala je obilježja devolutivnog pravnog lijeka - u povodu nje meritorno može odlučivati samo drugostupanjский sud. Ipak prvostupanjский sud i dalje sudjeluje u postupku u povodu žalbe: dužan je obaviti određene radnje, pa i donijeti određene (procesne) odluke.

O žalbama protiv prvostupanjских presuda općinskih sudova u Republici Hrvatskoj odlučuju županijski sudovi (34.a). O žalbama protiv prvostupanjских presuda trgovačkih sudova odlučuje Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (34.c).

III. Rok za žalbu

Odredbe o roku za žalbu Novelom 2003. nisu izmijenjene: protiv prvostupanjске presude stranke mogu (u pravilu) podnijeti žalbu u roku od petnaest dana od

⁴ Sudske presude postaju ovršne kad postanu pravomoćne, ako zakonom nije izriječno drukčije određeno (23. OZ). Budući da žalba djeluje suspenzivno na nastupanje pravomoćnosti (333/1), ona (u pravilu) djeluje suspenzivno i u odnosu na ovršnost.

⁵ U postupku u parnicama iz radnih odnosa sud može iz važnih razloga odlučiti da žalba protiv presude ne zadržava ovrhu odluke (nov. 437). U sporovima male vrijednosti žalba protiv presude nije suspenzivna ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela presude ne prelazi 1.000,00 kuna (u postupku pred općinskim sudovima), odnosno 5.000,00 kuna (u postupku pred trgovačkim sudovima).

⁶ Opći je cilj ZID ZPP-a 2003., prema obrazloženju Konačnog prijedloga toga zakona, funkcionaliziranje, pojednostavljenje, ubrzanje i pojeftinjenje postupka.

⁷ Ustav Republike Hrvatske, proć. NN 124/2000. (URH).

⁸ EK; NN proć. 6/99., 8/99.

dana dostave prijepisa presude (348/1). Taj je rok osam dana u mjeničnim i čekovnim sporovima (348/1), u parnicama iz radnih odnosa (437), u sporovima male vrijednosti (467) te u postupku pred trgovačkim sudovima (500). Rok je prekluzivan (*arg. ex* 358/1; v. *infra ad* 7.2).

Treba uzeti da bi žalitelj dok rok teče, mogao dopuniti, ali i mijenjati svoju žalbu.⁹ Nepravovremeno podnesenu žalbu treba odbaciti kao nedopuštenu.¹⁰

IV. Sadržaj žalbe

Novelom 2003. odredbe o sadržaju žalbe u osnovi nisu izmijenjene.

Žalba se podnosi u obliku podneska, a u postupku pred općinskim sudovima i usmeno na zapisnik kod parničnog suda (*arg. ex* 14, 106/4; 501/1). Pored podataka koje mora imati svaki podnesak (106), ona mora sadržavati oznaku presude protiv koje se podnosi, određenu izjavu o tome da se presuda pobija u cijelosti ili u nekom dijelu, razloge zbog kojih se podnosi te potpis podnositelja žalbe (350). Žalba ne mora sadržavati prijedlog odluke koju bi žalbeni sud trebao donijeti, već i zbog toga što žalbeni sud nije vezan takvim prijedlogom (*arg. ex* 366/2; v. *infra ad* 8.1). Nepotpunom se smatra ona žalba na temelju koje se ne može utvrditi koja se presuda pobija i koja nije potpisana (351/1). Pritom je okolnost da žalba nije potpisana u judikaturi protumačena u smislu da odsutnost potpisa na podnesku upućenom telegrafskim putem nije razlog zbog koga se s njime ne bi moglo postupati (VsH Rev 282/80 - PSP 17/149). Bilo bi dostatno da se iz takve žalbe vidi tko ju je podnio.¹¹

Sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda dužan je odbaciti nepotpunu žalbu ako je podnositelj (ako se uopće može utvrditi tko je on) u roku koji mu je za to određen ne ispravi odnosno ne dopuni (351/2).

Ostali su navedeni elementi sadržaja žalbe preporučljivi, ali nisu nužni da bi se u povodu nje postupalo i meritorno odlučilo.

Ako u žalbi nije naznačeno u kojem se dijelu pobija te zbog kojih razloga, prvostupanjski je sud dužan i takvu žalbu proslijediti žalbenom sudu, ne pozivajući podnositelja da je dopuni (351/3), kao što je to bio dužan učiniti po ZPP 56. Naime, i u povodu takve žalbe drugostupanjski sud može meritorno odlučiti (*arg. ex* 365/2; v. *infra ad* 8.3).

⁹ U tom smislu TRIVA-BELAJEC-DIKA, *Građansko parnično procesno pravo*, 6. izd., 1986 (cit.: TRIVA), 555.

¹⁰ Usp. TRIVA, 555. U tom smislu i: VsH Rev 282/80 - PSP 17/149, PsH Pž 1098/90 - PSP 46/198.

¹¹ U vezi s nepotpunom žalbom treba upozoriti da je Novelom 2003. prekinuta uhodana praksa po kojoj odvjetnici svoje podneske nisu potpisivali već su svoje ime i svoj potpis stavljali na sam početak podneska, ispred njegova teksta, zbog čega taj potpis nije davao osnove za primjenu presumpcije po kojoj tekst iznad potpisa potječe od osobe koja ga je potpisala. Po novome stranke i njihovi zastupnici, što znači i odvjetnici kao punomoćnici, moraju svaki podnesak potpisati na njegovu kraju (106/3).

V. *Beneficium novorum i pravo na iznošenje novih prigovora*

Prema Noveli 2003. žalba nije više pravni lijek koji bi se mogao podnositi zbog svih razloga zbog kojih bi se pravni lijek teorijski gledano mogao izjaviti. Za razliku od prijašnjeg uređenja, po novome se u žalbi **ne mogu** iznositi nove činjenice ni predlagati novi dokazi (352/1). Time se bitno odstupilo od ranije vrlo široko postavljenog načela *beneficium novorum* u parničnom postupku. Novo rješenje u tom pogledu predstavlja zapravo svojevrsni povratak onome iz par. 576. Zakona o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929. (ZSPGP).¹² Ova je izmjena svakako izraz nastojanja da se procedura učini što efikasnijom i bržom te da se stranke navedu na to da već tijekom prvostupanjskog postupka koncentrirano iznesu sav raspoloživ relevantan činjenični i dokazni materijal; njome bi se trebalo prevenirati i zloupotrebu prava na iznošenje novina. Stranke ipak nisu definitivno izgubile pravo na iznošenje novota nakon zaključenja glavne rasprave. One će to moći učiniti, ali tek nakon pravomoćnosti u prijedlogu za ponavljanje postupka, uz sva ograničenja koja su za to predviđena (421/1.10, 422/2).

Navedena se zabrana, međutim, tiče samo materijalnopravno relevantnih novih činjenica i novih dokaza. Činjenice i dokazi koji se tiču bitnih povreda odredaba parničnog postupka mogu se i dalje iznositi odnosno predlagati u žalbi (*arg. ex* 360, 361). Novote koje se tiču procesnopravnih prigovora koji se ne mogu isticati po prvi put tek u žalbi ne mogu se iznositi u tom pravnom lijeku, npr. prigovor stvarne i mjesne nadležnosti (*arg. ex* 17, 20).

Isključenjem mogućnosti iznošenja novota u žalbi, postao je opsoletnim problem mogu li se u tom pravnom lijeku iznositi samo činjenice koje su nastale do zaključenja glavne rasprave (tzv. *nova reperta*) ili i činjenice koje su nastale nakon tog momenta (tzv. *nova producta*), odnosno problem mogu li se predlagati i dokazi koji se tiču činjenica nastalih do zaključenja glavne rasprave bez obzira kad su nastali - prije zaključenja glavne rasprave ili nakon toga.¹³ Time je trenutak zaključenja glavne rasprave definitivno stabiliziran kao granični trenutak za razlikovanje između činjenica koje mogu biti osnovom za traženje ponavljanja postupka i činjenica na kojima se mogu utemeljiti tzv. opozicijski prigovor i opozicijska tužba, odnosno neki opugnacijski prigovori i tužbe.¹⁴

¹² Stranke u prizivnom (žalbenom) postupku smjele su svoje zahtjeve i prigovore osnivati samo na onim činjenicama, odnosno dokazima koje su prema sadržaju parničnih spisa i presude već iznijele pred prvostupanjskim sudom. Nove činjenice i nove dokaze stranke su mogle iznijeti samo utoliko ukoliko se njima htjelo dokazati ili opovrgnuti opravdanost istaknutih prizivnih razloga. Međutim, prizivni se sud smio obazirati na takve činjenice i dokaze samo ako su oni u prizivnom pismenu podnesku odnosno u odgovoru na priziv bili priopćeni protivniku. (Par. 576/2. ZSPGP).

¹³ O tom problemu prema prijašnjem uređenju v. TRIVA, 552, 557, 558.

¹⁴ O stanju teorije i judikature prije Novele 2003. v. TRIVA, *op. et loc. ult. cit.*, te DIKA, *Žalba protiv rješenja o ovrsi na temelju ovršne isprave*, u BARBIĆ i dr., *Reforma ovršnog i stečajnog prava*, 1999., str. 56. i sl.

Novelom 2003. unesene su bitne izmjene i u pogledu mogućnosti iznošenja novih prigovora tek u žalbi. Ako stranka nije tijekom prvostupanjskog postupka istaknula prigovor zastare¹⁵ ili prigovor radi prebijanja, odnosno neki drugi materijalnopravni ili procesnopravni prigovor o pitanju na koje prvostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti, ona taj prigovor ne može iznijeti (tek) u žalbi (nov. 352).

Materijalnopravne prigovore koje je istaknula tijekom prvostupanjskog postupka stranka ne može (dopunski) činjenično i dokazno supstancirati tek u žalbi, i to zbog opće zabrane iznošenja novota u tom pravnom lijeku. Isto vrijedi i za procesnopravne prigovore na koje prvostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti, odnosno na koje tako pazi samo do određenog stadija tijekom prvostupanjskog postupka.

Zabrana iznošenja prigovora radi prebijanja tiče se neposredno samo tzv. procesne kompenzacije. Međutim, budući da se u žalbi ne mogu iznositi nove činjenice niti mogu predlagati novi dokazi, žalitelj neće moći po prvi put tek u žalbi tvrditi da je izvan postupka, po općim pravilima građanskog prava o prijeboju, došlo do prijeboja neke njegove protutražbine s tražbinom protivne stranke, neće, dakle, moći istaknuti ni prigovor tzv. građanskopravne kompenzacije.¹⁶

VI. Razlozi za žalbu protiv presude

1. Općenito

I nakon Novele 2003. prvostupanjska se presuda može u pravilu pobijati žalbom zbog sve tri osnovne kategorije razloga za pravne lijekova¹⁷ - zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka, zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja te zbog pogrešne primjene materijalnog prava (353). Ipak, neki su od tih općih razloga za pravne lijekove kao razlozi za žalbu Novelom 2003. pretrpjeli

Ipak već je i prije Novele 2003. pravo na iznošenje novota bilo u izvjesnom smislu ograničeno. Novote nisu mogle biti takve da uvjetuju preinaku tužbenog zahtjeva, jer se tužba mogla preinačiti samo do zaključenja glavne rasprave (190/1). Novote se u pravilu nisu mogle isticati ni u žalbi protiv presude na temelju priznanja, na temelju odricanja i protiv presude zbog izostanka, jer se ove presude nisu mogle pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex prijašnjeg* 353/2, 3). Bile su irelevantne i novote kojima su se potkrepljivali prigovori koji se po prvi put nisu mogli istaknuti tek u žalbi (npr. prigovor mjesne nenadležnosti te prigovor stvarne nenadležnosti suda iste vrste ali višeg ranga). Novote nisu mogle biti razlogom za žalbu ni u sporovima male vrijednosti (*arg. ex prijašnji* 467/1). Usp. TRIVA, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁵ Sudska je praksa i prije Novele 2003. prigovor zastare tretirala kao žalbeni razlog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, zbog čega se smatralo da se zbog njega ne može pobijati presuda zbog izostanka (VtsH Pž 1082/94 - Praxis 2/97).

¹⁶ O razlici između tzv. prigovora prijeboja (*compensatio civilis*) i prigovora radi prebijanja (*compensatio per iudicem*) v. TRIVA, 351. i sl.

¹⁷ Usp. TRIVA, 540.

značajne izmjene u sadržaju i opsegu, ali i u pogledu svoga pravnog značenja i učinaka.

Određena ograničenja žalbenih razloga predviđena su za pojedine kategorije tzv. dispozitivnih presuda te za presude donesene u sporovima male vrijednosti (v. *infra*).

2. Pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje

2.1. Uvod

Prema uređenju prije Novele 2003. smatralo se da je činjenično stanje pogrešno ili nepotpuno utvrđeno ako je sud kakvu činjenicu pogrešno utvrdio, odnosno ako je nije utvrdio (neizmijenjeni 355/1). Činjenično stanje bilo je nepotpuno¹⁸ utvrđeno i kad su na to upućivale nove činjenice i novi dokazi (brisani 355/2).

Nakon Novele 2003. pogrešno utvrđeno činjenično stanje može biti razlogom za žalbu samo ako se prvostupanjskoj presudi prigovara da je sud na temelju raspoloživog dokaznog materijala trebao formirati drukčiji zaključak o svim ili nekim od činjenica koje je utvrđivao, odnosno da je drugim metodama utvrđivanja činjenica koje je primijenio ili trebao primijeniti došao do takvog pogrešnog zaključka.¹⁹ Nepotpuno bi utvrđeno činjenično stanje moglo biti razlogom za žalbu samo ako je prvostupajski sud propustio utvrditi koju od bitnih činjenica koje su stranke iznijele tijekom postupka koji je prethodio donošenju pobijane presude.²⁰

2.2. Pogrešno utvrđeno činjenično stanje

Pogrešno mogu biti utvrđene pojedine činjenice kao elementi činjeničnog stanja, što onda ima za posljedicu pogrešno utvrđenje činjeničnog stanja kao ukupnosti pravno relevantnih činjenica.

Činjenica je pogrešno utvrđena ako zaključak o toj činjenici ne odgovara objektivnoj stvarnosti, dakle ako taj zaključak nije istinit. Takvo je određenje pojma apstraktno, objektivističko i u biti neprocesualističko jer ne vodi računa o tome tko utvrđuje činjenično stanje te tko je ovlašten kontrolirati to utvrđenje i na temelju kojih kriterija smije zaključiti da je neka činjenica pogrešno utvrđena. Drugostupajski je sud ovlašten ocijeniti je li činjenično stanje pogrešno utvrđeno i dužan

¹⁸ Treba primijetiti da su novi dokazi u žalbi koji su se ticali činjenica koje su već bile utvrđivane tijekom prvostupajskog postupka ukazivali na pogrešno utvrđenje činjeničnog stanja, a ne na nepotpuno utvrđeno činjenično stanje. U tom je smislu dopunsko određenje pojma nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja u sada brisanjoj odredbi članka 355. stavka 2. ZPP bilo nedovoljno precizno.

¹⁹ V. pod 2.2.

²⁰ Stranke bi mogle žalbom pobijati prvostupajsku presudu tvrdeći da je sud propustio utvrditi činjenice koje je po službenoj dužnosti bio dužan utvrditi zato što je bilo razloga za kontrolu dopustivosti stranačkih dispozicija (3/3, 7/2). Međutim, stranke bi u tom slučaju presudu pobijale zbog jedne apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka (354/2.5) - ako je sud protivno odredbama ZPP-a svoju odluku utemeljio na nedopuštenim raspolaganjima stranaka.

je zaključiti da je ono tako utvrđeno kad opravdano posumnja u to da su činjenice na kojima je utemeljena prvostupanjska presuda pravilno utvrđene (*arg. ex 370*). Drugostupanjski će sud, dakle, smjeti zaključiti da je činjenično stanje pravilno utvrđeno samo ako nema opravdanih razloga zbog kojih bi trebao posumnjati u to da ono nije tako utvrđeno. Prvostupanjski bi sud zapravo morao tako provesti postupak za utvrđivanje činjeničnog stanja i tako obrazložiti svoje utvrđenje da otkloni svaku opravdanu sumnju u njegovu pravilnost.

Stranke svakako mogu u žalbi dovoditi u pitanje pravilnost utvrđenja činjeničnog stanja navodeći razloge za to, ali je drugostupanjski sud ovlašten ocijeniti opravdanost njihove argumentacije. Stranke ipak u prilog svoje tvrdnje da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno ne bi mogle predlagati nove dokaze.

Budući da sud do svog zaključka o bitnim činjenicama smije doći samo na načine i prema kriterijima propisanim zakonom, činjenica će biti pogrešno utvrđena ako pri formiranju uvjerenja o njezinom postojanju sud nije postupio na način i primjenom kriterija primjerenima konkretnom slučaju.

Budući da je sud u pravilu dužan uzeti da postoje činjenice koje su priznate, trebalo bi uzeti da je činjenično stanje pogrešno utvrđeno ako je sud - u slučaju u kojemu nije ovlašten dokazivati priznatu činjenicu - dokazivanjem došao do zaključka da ona ne postoji, ili obrnuto. U tom smislu protuzakonito dokazivanje činjenica koje je stranka priznala pred sudom tijekom parnice može predstavljati i relativno bitnu povredu odredaba parničnog postupka (VSH: Rev-80/87 PSP 34/142). Činjenično bi stanje bilo pogrešno utvrđeno i kad bi sud propustio dokazivati priznatu činjenicu u slučaju u kojemu je to bio dužan učiniti zato što je bilo osnova za to da posumnja da one time idu za tim da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati. Činjenično bi stanje bilo pogrešno utvrđeno i kad sud neku činjenicu ne bi utvrđivao dokazivanjem pogrešno uzevši da dato priznanje nije opozvano (*arg. ex 221/1, 2*).

Neka je činjenica pogrešno utvrđena i ako je sud pogrešno uzeo da je općepoznata pa je nije utvrđivao dokazivanjem, odnosno ako nije dopustio da se dokazuje da ona nema to svojstvo ili da ne postoji, iako je bilo za to opravdanih razloga (*arg. ex 221/4, 370*).

Ako je neku činjenicu utvrđivao primjenom pravila o zakonskim presumpcijama, rezultat bi takvoga utvrđivanja mogao biti pogrešan npr. zato što je sud pogrešno utvrdio tzv. presumptivnu bazu, odnosno zato što je na temelju pravilno utvrđene presumptivne baze primjenom pravila o zakonskoj presumpciji pogrešno zaključio da postoji tzv. presumirana činjenica, ili zato što je pogrešno uzeo da se radi o apsolutnoj presumpciji pa nije dopustio dokaz o protivnom, ili zato što je pogrešno smatrao da se radi o oborivoj presumpciji pa je dopustio taj dokaz (*arg. ex 221/3; v.*).

Ako je činjenicu utvrđivao dokazivanjem, sud je mogao pogriješiti najprije u tome što nije izabrao prave dokaze (220/2), što se opredijelio za neadekvatan način njihova izvođenja (224) ili što nije valjano ocijenio dokaznu snagu izvedenih dokaza (8).

Prigodom utvrđivanja neke činjenice na temelju indicija sud je mogao pogriješiti najprije prigodom utvrđivanja indicija, zatim u odabiru pravila iskustva primjenom kojega je trebalo zaključiti o postojanju neposredno relevantne činjenice, a zatim i u samom zaključivanju o postojanju te činjenice (*arg. ex* 373.2).

Ako činjenicu nije uspio sigurno utvrditi nekom od navedenih metoda, sud je mogao pogriješiti u izboru pravila o teretu dokazivanja primjenom kojega je trebalo zaključiti o njezinu postojanju, odnosno u primjeni toga pravila (221.a).

Pogreška u utvrđivanju iznosa novca ili količine zamjenjivih stvari po slobodnoj ocjeni mogla bi biti izazvana pogrešnim stavom o tome da su ispunjeni uvjeti za takvo utvrđivanje tih okolnosti, odnosno u pogrešnom formiranju te ocjene (223).

Činjenica bi bila pogrešno utvrđena i ako je, po ocjeni drugostupanjskog suda, prvostupanjski sud morao po službenoj dužnosti izvesti i dokaze koje stranke nisu predložile (*arg. ex*: 7/2; 220/2) (VTSRH: PŽ-3860/94 od 7.3.1995, Zbirka 3/86).

2.3. Nepotpuno utvrđeno činjenično stanje

Sud je dužan utvrditi sve činjenice koje su važne za donošenje odluke o tužbenom zahtjevu, u pravilu ako su ih stranke iznijele tijekom prvostupanjskog postupka (*arg. ex* 7/2, 219). Koje su činjenice važne za suđenje, sud ocjenjuje na temelju norme materijalnog prava za koju smatra da je treba primijeniti u konkretnom slučaju (v. 6.4). Upravo stoga valja uzeti da je sud nepotpuno utvrdio činjenično stanje ako nije utvrdio koju od bitnih činjenica koje je trebalo utvrditi.

Činjenično bi stanje nakon Novele 2003. bilo nepotpuno utvrđeno: (1) ako je sud propustio utvrditi neku činjenicu koju stranke nisu iznijele, a trebalo je to učiniti jer su stranke time htjele disponirati svojim zahtjevima na nedopušteni način (*arg. ex* 3/3, 7/2); (2) ako je pogrešno uzeo da neka činjenica koju stranke nisu iznijele nije općepoznata, pa ju zato nije uzeo u obzir po službenoj dužnosti (*arg. ex* 221/4);²¹ (3) ako nije primjenom zakonskih presumpcija izveo zaključak o postojanju tzv. presumirane činjenice, na postojanje koje se kao pravno relevantne činjenice stranke doduše nisu pozvale, iako su tijekom postupka iznesene tvrdnje o postojanju činjenica koje tvore tzv. presumptivnu bazu;²² (4) ako je sud, pogrešno materijalno-pravno kvalificirajući činjenično stanje, pogrešno ocijenio da neke od iznesenih činjenica nisu pravno relevantne, pa ih zato nije utvrđivao.

3. Bitne povrede odredaba parničnog postupka

3.1. Općenito

O povredi odredaba parničnog postupka može se govoriti kad sud tijekom postupka ne primijeni ili pogrešno primijeni neku postupovnu odredbu (354).

²¹ Usp. TRIVA, 142.

²² Usp. TRIVA, 142.

Razlogom za žalbu mogu, međutim, biti samo tzv. bitne povrede odredaba parničnog postupka - tzv. apsolutno bitne koje su u zakonu taksativno navedene (354/2) i tzv. relativno bitne za koje se mora u svakom pojedinom slučaju učiniti barem vjerojatnim da su dovele ili mogle dovesti do nepravilne odluke (tj. do odluke utemeljene na pogrešnom i/ili nepotpunom utvrđenju činjeničnog stanja), odnosno do nezakonite odluke (tj. do odluke utemeljene na pogrešnoj primjeni materijalnog prava) (354/1).²³

Novelom 2003. određenje navedenih pojmova nije na načelnom planu pretrpjelo nikakve bitne promjene. Izmjene i dopune tiču se tek pojedinih od apsolutno bitnih povreda.

3.2. Pojedine apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka

Lista taksativno navedenih bitnih povreda odredaba parničnog postupka, tzv. apsolutno bitnih povreda, Novelom 2003. nije bitno izmijenjena. Izmjene do kojih je došlo uvjetovane su drukčijom impostacijom niza instituta u Zakonu, ali i drukčijim vrednovanjem nekih od prije postojećih bitnih povreda. Određene intervencije su i sustavno-redakcijskog karaktera.

Za apsolutno bitne povrede određujuće je to da one uvijek dovode do ništavosti pobijane presude, zbog čega u povodu njih nije potrebno učiniti čak ni vjerojatnim da su u pojedinom slučaju dovele ili mogle dovesti do nepravilne ili nezakonite odluke. Prema ocjeni zakonodavca te su povrede tako ozbiljne da same po sebi opravdavaju sankcioniranje presude, neovisno o tome jesu li utjecale na njezin sadržaj. One su izraz impliciranog načelnog pravnog stava da nije prihvatljiv rezultat suđenja koji nije posredovan korektno provedenim postupkom, ali, u pogledu nekih povreda, i spoznajom da nepoštivanje stanovitih proceduralnih zahtjeva redovito dovodi do grešaka u suđenju. U tom smislu može se uzeti da se u povodu (nekih) apsolutno bitnih povreda presumira da one uvijek dovode do nepravilne i nezakonite presude.

U nastavku će biti izložene pojedine apsolutno bitne povrede prema novom uređenju.

3.3. Povreda pravila o izuzeću (354/2.1)

Povreda pravila o izuzeću kao apsolutno bitna povreda nije Novelom 2003. pretrpjela nikakvih izmjena - takva povreda postoji ako je u donošenju presude sudjelovao sudac koji se po zakonu mora izuzeti (71/1.1-6), odnosno koji je rješenjem suda bio izuzet (71/1.7). Ta povreda ne postoji ako je takav sudac sudjelovao samo u postupku, pa čak i u donošenju nekih procesnih odluka.²⁴ Na ovu apsolutno bitnu povredu drugostupanjski sud u povodu žalbe ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. ex nov.* 365/2).

²³ O teorijskim aspektima ovoga žalbenog razloga, osobito o nekim terminološkim pitajima, o pravnoj prirodi te o pravnim posljedicama bitnih povreda - usp. TRIVA, 560, 561.

²⁴ Usp. TRIVA, 569.

3.4. Sudjelovanje u suđenju osobe bez svojstva suca (354/2.1)

Novelom 2003. je među apsolutno bitne povrede *per nefas* svrstan i slučaj u kojemu je u donošenju presude sudjelovala osoba koja nema svojstvo suca (354/2.1). Na ovu apsolutno bitnu povredu drugostupanjski sud u povodu žalbe ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. iz nov. 365/2*).

Ako je u donošenju odluke sudjelovala osoba koja nije ovlašteni sudac - npr. sudski savjetnik, sudački vježbenik, tajnik suda, zapisničar, razriješeni sudac, sudac koji još nije dao svečanu izjavu, sudac nekog drugog suda koji nije upućen na rad u sud u kome je presuda izrečena, itd., donesena bi odluka zapravo bila nepostojeća.²⁵ Nepostojeća bi bila i presuda koju bi donijelo vijeće u kojemu su neki članovi imali svojstvo suca, a drugi nisu (npr. zbog toga što je isteklo razdoblje za koje su bili izabrani): tijelo u čijem su sastavu odlučivale i osobe koje na to nisu bile ovlaštene ne bi se moglo smatrati sudskim vijećem, pa stoga ni njegov judikat odlukom suda. Vrhovni sud Hrvatske, očito zanemarujući sve relevantne argumente, bio je još prije Novele 2003. zauzeo stav da hrvatski procesni sustav ne prihvaća teorijske konstrukcije o nepostojećoj presudi, pa da i u ovakvom slučaju nepobijana presuda stječe svojstvo pravomoćnosti.²⁶ U drugim je slučajevima taj sud zauzeo stav da sudjelovanje u vođenju postupka odnosno u odlučivanju osoba koje nemaju sudačko svojstvo ima značenje tek apsolutno bitne povrede.²⁷

Uvrštavanjem među apsolutno bitne povrede, povredu pravila o sastavu suda, a koja se sastoji u sudjelovanju u suđenju osobe koja nema svojstvo suca, što implicira prihvaćanje rješenja po kojemu bi presuda koju bi donijela ili u čijem bi donošenju sudjelovala takva osoba mogla postati pravomoćna i stoga pravno djelotvorna, bilo bi protuustavno zato što u Republici Hrvatskoj sudbenu vlast smiju obavljati samo sudovi (117/1. URH), a u suđenju sudjelovati samo suci i suci porotnici, u skladu sa zakonom (120. URH). Prihvaćeno bi rješenje omogućavalo da se posredno, nesankcioniranjem toga nedostatka tijekom postupka, osobito u povodu pravnih lijekova, i pridavanjem pravne djelotvornosti odluci koju bi donijela ili u čijem bi donošenju sudjelovala osoba koja nema svojstvo suca, toj osobi, protivno Ustavu i zakonima, u konkretnom slučaju priznavalo to svojstvo. To bi rješenje bilo protuustavno i zato što bi dovodilo u pitanje ostvarenje temeljnog ljudskog prava na to da u građanskim stvarima sudi nezavisni i nepristrani sud ustanovljen zakonom, a to znači osoba ili osobe koja su po Ustavu i zakonu ovlaštene suditi - suci (*arg. 29/1. URH, 6/1. EK*).

²⁵ Usp. TRIVA, 564, 565.

²⁶ VsH Rev 845/79 - ZSO 4/79-177.

²⁷ VsH Gž 1738/79 - PSP 16/197, u slučaju u kojemu je raspravu umjesto suca proveo stručni suradnik; VsH Rev 1436/92 - IO 1994/303, u slučaju u kome je u suđenju sudjelovala osoba koja u to vrijeme nije više bila sudac.

3.5. Povreda pravila o sudska nenadležnosti (354/2.2)

Dosadašnja apsolutno bitna povreda koja je postojala ako je odlučeno o zahtjevu koji ne ide u sudsku nadležnost (16), ostala je neizmijenjena. Na ovu apsolutno bitnu povredu drugostupanjski sud pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. nov. 365/2*).

3.6. Relativna nenadležnost suda (354/2.3)

Apsolutno bitna povreda određaba parničnog postupka postoji i ako je sud u povodu prigovora stranaka pogrešno odlučio da je stvarno i mjesno nadležan (354/2.3). Budući da je Novelom 2003. dužnost suda da po službenoj dužnosti pazi na svoju stvarnu nenadležnost ograničena na početne stadije prvostupanjskog postupka te da je i pravo stranaka da prigovaraju zbog te nenadležnosti reducirano na te stadije (nov. 17), bilo je moguće povrede pravila o stvarnoj nadležnosti kao žalbeni razlog izjednačiti u tretmanu s povredama pravila o mjesnoj nadležnosti (20). Na ovu apsolutno bitnu povredu drugostupanjski sud u povodu žalbe ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. iz nov. 365/2*).

Ako je o relativnoj nadležnosti sud odlučio odvojeno od glavne stvari, pa je u povodu samostalne žalbe potvrđena njegova odluka kojom se odbija prigovor nenadležnosti, zbog ovakvog pravomoćnog rješenja presuda se ne može napadati zbog povrede pravila o nadležnosti suda.²⁸

3.7. Nedopuštena raspolaganja stranaka (354/2.4)

Okolnost da je sud utemeljio svoju odluku na nedopuštenim raspolaganjima stranaka protivno odredbama Zakona (3/3) zadržala je značenje apsolutno bitne povrede. Ta povreda dolazi do izražaja kao poseban razlog za pobijanje tzv. dispozitivnih presuda (v. *ad* 3.3.8. - 3.3.12).²⁹ Na tu povredu drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti (nov. 365/2).

3.8. Donošenje presude na temelju nagodbe protivno Zakonu (354/2.5)

Novelom 2003. uvedena je nova vrsta dispozitivne presude - presuda na temelju nagodbe (332). Budući da se ova presuda ne smije donijeti ako je nagodba na kojoj se temelji rezultat nedopuštenih dispozicija stranaka, trebalo je omogućiti i pobijanje i te presude zbog toga. Na ovu povredu drugostupanjski sud ne pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. ex nov. 365/2*).

Kod presude na temelju nagodbe, na temelju priznanja i na temelju odricanja, okolnost da su one utemeljene na nedopuštenim raspolaganjima stranaka ima zapravo značenje pogrešne primjene materijalnog prava. Međutim, time što je ta

²⁸ Usp. TRIVA, 569.

²⁹ O ovoj povredi v.: DIKA, *Žalba protiv presude*, Novo parnično i procesno pravo, 1977., par. 30/15-16; TRIVA, 571.

povreda učinjena i apsolutno bitnom povredom, te će se presude, premda se ne mogu pobijati zbog pogrešne primjene materijalnog prava, moći (posredno - u formi procesne povrede) pobijati i zbog toga razloga, ali samo u mjeri u kojoj će on koincidirati s nedopuštenim raspolaganjima stranaka kao apsolutno bitnom povredom.

3.9. Donošenje presude na temelju priznanja protivno Zakonu (354/2.5)

Okolnost da je sud protivno odredabama Zakona donio presudu na temelju priznanja predstavlja i dalje apsolutno bitnu povredu. Na ovu povredu drugostupanjski sud u povodu žalbe ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. iz nov. 365/2*).

Prema judikaturi ova povreda postoji ako je presuda na temelju priznanja donesena u povodu priznanja tužbenog zahtjeva koji se odnosi na prijenos prava korištenja zemljišta protivno zakonskim odredbama.³⁰

O tome da se ova presuda može posredno pobijati i zbog pogrešne primjene materijalnog prava v. *ad* 3.3.8.

3.10. Donošenje presude na temelju odricanja protivno Zakonu (354/2.5)

Okolnost da je sud protivno Zakonu donio presudu na temelju odricanja zadržala je značenje apsolutno bitne povrede. Za tu povredu na odgovarajući način vrijedi ono što je rečeno u vezi s presudom na temelju nagodbe odnosno na temelju priznanja.

3.11. Donošenje presude zbog ogluhe protivno Zakonu (354/2.5)

Okolnost da je sud protivno Zakonu donio presudu zbog ogluhe je nova apsolutno bitna povreda, jednako kao što je i ta presuda novi institut u hrvatskom sustavu parničnog procesnog prava uveden Novelom 2003. Na ovu povredu drugostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. ex nov. 365/2*).

Premda se ova presuda u načelu ne može pobijati zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, ona se zbog toga razloga (posredno - u formi bitne povrede) može pobijati u onoj mjeri u kojoj su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su opće poznate. I pogrešna primjena materijalnog prava (zbog koje se inače ova presuda može pobijati), zato što je jedna od pretpostavaka za donošenje ove presude okolnost da iz činjenica navedenih u tužbi primjenom toga prava proizlazi zaključak o osnovanosti tužbenog zahtjeva, dobiva u tom smislu i značenje bitne povrede procesnog prava.

Unatoč koincidenciji istih okolnosti kao bitnih povreda i pogrešne primjene materijalnog prava, treba uzeti da se presuda zbog ogluhe ne bi smjela zbog pogrešne primjene materijalnog prava kada ono ima značenje i bitne povrede, ukidati, što bi

³⁰ VsH Gzz 76/86 - PSP 34/143.

bila standardna reakcija drugostupanjskog suda u povodu bitnih povreda, već bi trebalo zbog tog razloga za žalbu donositi one odluke koje su predviđene za taj razlog, dakle u određenim slučajevima i preinačiti pobijanu prvostupanjsku presudu i odbiti tužbeni zahtjev.³¹

3.12. *Donošenje presude zbog izostanka protivno Zakonu (354/2.5)*

Okolnost da je sud protivno Zakonu donio presudu zbog izostanka ima značenje apsolutno bitne povrede. Na ovu povredu drugostupanjski sud u povodu žalbe ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. ex* 362/2). Za tu povredu na odgovarajući način vrijedi ono što je rečeno za presudu zbog ogluhe (v. 3.3.11).³²

3.13. *Donošenje presude bez održavanja rasprave protivno Zakonu (354/2.5)*

Okolnost da je sud protivno Zakonu donio presudu bez održavanja rasprave je nova apsolutno bitna povreda. Na ovu povredu drugostupanjski sud ne pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. iz nov.* 365/2).

Do Novele 2003. postojala je apsolutno bitna povreda i ako bi sud donio presudu bez glavne rasprave, a bio ju je dužan održati (prijašnji 354/2.9). U tom smislu ta povreda nije mogla biti počinjena ako bi sud u skladu sa zakonom donio presudu na temelju priznanja, presudu na temelju odricanja i presudu zbog izostanka, odnosno u postupku u trgovačkim sporovima i presudu bez održavanja rasprave. Novelom 2003., kojom je presuda bez održavanja rasprave postala presuda koju je moguće donijeti u svim vrstama postupaka, a ne samo u postupku u trgovačkim sporovima (pred trgovačkim sudovima), ranija povreda, koja se sastojala općenito u donošenju presude bez održavanja rasprave, pretvorena je u povredu zbog donošenja jedne specifične vrste presude protivno zakonu - (kontradiktorne) presude bez održavanja rasprave.³³

³¹ V. i TRIVA, 571.

³² Prema stavu judikature nisu, npr., bili ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog izostanka: ako je tuženik na dan donošenja te presude dostavio sudu podnesak i zatražio donošenje presude nakon izvođenja dokaza saslušanja stranaka (VsH Gzz 44/83 - PSP 24/206; ako na pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu kad pripremno ročište nije održano, nisu došle obje stranke, unatoč tome što je tužitelj predložio da se održi u njegovoj odsutnosti (Os ZD GŽ 839/89 - PSP 44/166); ako je tuženik telegramom predložio odgodu ročišta jer se takva aktivnost tuženika smatra osporavanjem tužbenog zahtjeva (PsH Pž 328/90 - PSP 47/214); ako je tuženik istakao prigovor nenadležnosti, zato što se on po svom sadržaju smatra osporavanjem tužbenog zahtjeva (PsH Pž 1361/91 - PSP 50/190; ako je tuženik od dana kojega je primio poziv za ročište na kojem je donesena presuda zbog izostanka do dana kojega je to ročište održano prošlo manje od osam dana (VsH Rev 263/93 - IO 1994/298; VpsH Pž 1371/79 - PSP 18/224); ako je tuženik telefonom opravdao svoj nedolazak na zakazano ročište, jer je time pokazao volju da raspravlja o predmetu spora, što znači da je osporio tužbeni zahtjev (VsH Rev 3330/94 - IO 1/1998-176).

³³ Ako je tuženik u odgovoru na tužbu priznao odlučne činjenice, neovisno o tome što je osporio tužbeni zahtjev, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća može bez zakazivanja ročišta donijeti presudu, ako ne postoje druge smetnje za njeno donošenje (332.a).

Inače i nakon Novele 2003. sud može, pod uvjetima predviđenim zakonom, bez održavanja glavne rasprave donijeti i presudu zbog ogluhe, presudu zbog izostanka, presudu na temelju priznanja i presudu zbog odricanja.

Okolnost da je sud donio presudu bez održavanja rasprave u skladu sa zakonom ne može biti ni relativno bitnom povredom.

3.14. *Povreda načela saslušanja stranaka (354/2.6)*

Okolnost da kojoj stranci nezakonitim postupanjem, a osobito propuštanjem dostave, nije dana mogućnost da raspravlja pred sudom zadržala je, sasvim razumljivo, značenje apsolutno bitne povrede i nakon Novele 2003.³⁴ Na ovu

³⁴ Prema judikaturi, koja je u svemu i dalje aktualna, ova je povreda npr. počinjena: ako je dostava provedeno protivno pravilima o dostavi (dostava za državu ministarstvu umjesto javnom pravobranitelju koje ju je zastupalo po zakonu - VsH Gzz 69/76 - ZSO 4/77-283, VsH Gzz 9/96 - IO 2/1996-115; dostava stranci a ne njenom punomoćniku - VpsH Pž 1405/79 - SP 1/81-48); ako sud nije odgodio ročište s kojega je udaljio punomoćnika stranke koja nije prisustvovala tom ročištu (VsH II Rev 50/87 - PSP 38/129); ako je propušteno da se protivniku dostavi žalba na odgovor (VsJ Rev 301/69 - ZSO 1/70-163; VsH Rev 856/81 - PSP 20/134; VsH Rev 35694 - IO 1/1995-115); ako se povodom odgode ročišta strankama ne saopći mjesto i vrijeme održavanja novog ročišta niti im se dostavi poziv na novo ročište (VpsH Pž 134/78 - PSP 13/357; VpsH Pž 17/81 - SP 6/83-51); ako je sud stranku pozvao da se pismeno u određenom roku izjasni o nalazu i mišljenju vještaka, a zatim je, ne čekajući da taj rok protekne, donio presudu (VpsH SI 2157/77 - PSP 14/536); ako je stranci ostavljen tako kratki rok za pribavu adrese protivnika da je ona u tom roku prema redovnom tijeku stvari ne može pribaviti (VsH Rev 95/79 - PSP 16/198); ako odbaci tužbu koju je tužitelj (i uz pomoć suda) poduzimao radnje da je uredio (VsH Gž 1488/79 - PSP 16/199); ako sud, nakon što je tužitelj na ročištu na kojemu tuženik nije bio prisutan povisio tužbeni zahtjev, nije odgodio ročište i dostavio tuženiku prijepis zapisnika (VsH Gž 1488/79 - PSP 16/200; VsH Rev 1386/85 - PSP 32/155; VsH Rev 2015/94 - IO 1/1997-94)); ako pri izricanju presude u sporu male vrijednosti nije dano nikakvo obrazloženje (VpsH Pž 1487/83 - SP 2/85-50); ako uz poziv na ročište u sporu male vrijednosti nisu strankama saopćena posebna upozorenja u skladu sa zakonom (VpsH Pž 2319/82 - NZp 23/84-274); ako prigovori stranke na nalaz i mišljenje vještaka nisu dostavljeni vještaku niti je on o njima saslušan na glavnoj raspravi (VsH Rev 1614/85 - PSP 32/154; slično i VsH Rev 3073/90 - PSP 51/184); ako je na ročište pozvana samo stranka, a ne i njezin punomoćnik (VsH Rev 1632/86 - PSP 33/170); ako je poštanski dostavljač koji stranku nije zatekao u stanu ostavio stranci obavijest o prispjeloj sudskoj pošiljci i naložio joj da pismeno dođe preuzeti na poštu (VsH Rev 2580/86 - PSP 35/159; VsH Rev 2747/94 - IO 1/1996-166); ako je saslušao samo jednu stranku, a ne i drugu koja se nije odazvala pozivu suda jer je u tome bila spriječena (VsH Rev 588/86 - PSP 35/166; VsH Rev 1496/97 - IO 1/1998-186); ako je odluka suda o prigovorima istaknutim tijekom glavne rasprave utemeljena na dokazima koji su predloženi odnosno izvedeni nakon zaključenja glavne rasprave, dakle o kojima stranka nije mogla raspravljati (VsH II Rev 55/89 - PSP 47/144); ako prigodom zakazivanja ročišta za glavnu raspravu stranci nije ostavljen ni rok od osam dana od primitka poziva za ročište (Os SI Gž 977/90 - PSP 48/91); ako stranci nije omogućeno da se izjasni o ispravama koje je njezin protivnik priložio uz podnesak predan sudu (PsH Pž 241/91 - PSP 52/181); ako drugostupanjski sud odluči o žalbi ne ocjenjujući pri tome sadržaj odgovora na žalbu (VsH Rev 2289/95 - IO 1/1997-95); zato što u postupku u sporu radi zabrane štrajka odnosno isključenja s rada, iako je on hitan, nisu poštivane procesne odredbe o dostavi (VsH Gž 12/98 - IO 2/1998-108). Djelomično cit. i prema TRIVA, 570.

Prema judikaturi nema takve povrede npr.: ako vještak nije pozvan na raspravu radi usmenog iznošenja nalaza i mišljenja ako stranke nisu imale primjedbi ni pitanja u vezi s tim nalazom i mišljenjem (VsH Rev 394/87 - PSP 37/65); ako sud ne odgodi ročište zato što punomoćnik stranke u isto vrijeme mora

povredu drugostupanjski sud više ne pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. iz nov. 365/2*), i to stoga što se pošlo od stava da su stranke, ne napadajući presudu žalbom zbog povrede načela saslušanja stranaka, konvalidirale tu povredu. Premda to u zakonu nije izriječno rečeno, trebalo bi uzeti da zbog ove povrede žalbu ne može podnijeti stranka koje se ona ne tiče. Naime, prema odredbi članka 354. stavka 3. ZPP-a zbog grešaka u zastupanju stranke žalbu može izjaviti samo stranka koje se ti nedostaci tiču. Budući da povreda pravila o zastupanju (354/2.8) ima zapravo značenje jednog kvalificiranog slučaja povrede načela saslušanja stranaka, moguće je navedeno pravilo, *argumento a minori ad maius, a cohaerentia*, proširiti na sve povrede načela saslušanja stranka.

U judikaturi je izražen stav da se bitna povreda onemogućavanjem raspravljanja pred sudom može počinuti samo prema nekoj od stranaka, a ne i prema trećim osobama.³⁵ Treba, međutim, primijetiti da bi ta povreda, *arg. a maiori ad minus*, bila počinjena i ako umješaču ne bi bila pružena mogućnost da raspravlja u postupku. Jer onemogućiti umješaču da raspravlja, ima u krajnjoj konzekvenciji isto značenje kao i onemogućiti stranci na čijoj se on strani umiješao u parnicu da raspravlja pred sudom.

Apsolutne povrede nema ako se stranka, unatoč izloženome, upustila u raspravljanje,³⁶ treba dodati, u stadiju postupka u kojemu je svojim radnjama mogla otkloniti sve štetne posljedice okolnosti da joj do tada nije bila pružena mogućnost da raspravlja pred sudom.

3.15. Povreda pravila o jeziku (354/2.7)

Okolnost da je sud protivno odredbama Zakona odbio zahtjev stranke da se u postupku služi svojim jezikom i pismom i da prati tijek postupka na svom jeziku, a stranka se zbog toga žali, zadržala je svojstvo apsolutno bitne povrede u neizmijenjenom obliku.³⁷ Povreda navedenih prava drugih sudionika u postupku može biti samo relativno bitna povreda. Isto bi značenje imala i povreda prava stranaka da se služe nekim drugim, a ne svojim jezikom.³⁸

Na ovu apsolutno bitnu povredu drugostupanjski sud u povodu žalbe ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. iz 365/2*).

prisustvovati drugom ročištu (VsH Rev 1847/97 - IO 1/1998-170); ako sud odbije prijedlog stranke da odgodi ročište, pa se na tom ročištu ispune ponovno pretpostavke za mirovanje postupka, zbog čega se tužba smatra povučenom (VsH Rev 1841/97 - IO 1/1998-108).

³⁵ VsH Rev 1847/97 - IO 1/1998-170.

³⁶ Usp. TRIVA, 570, koji se pritom poziva na odredbu 82/2. ZRSZ. V i Okr. sud Zgb Gž 3581/87 - PSP 38/130.

³⁷ Prema judikaturi nema npr. ove povrede: ako je cijeli nalaz i mišljenje vještaka, koji inače dijelom nije pisan na jeziku stranaka, pročitao u prisutnosti stranaka na njihovom jeziku (VsH Rev 843/79 - PSP 16/20); ako stranka nije tražila da se u postupku služi svojim jezikom (VsH Rev 1062/85 - PSP 29/149).

³⁸ Usp. TRIVA, 570.

Neprimjenjivanje ravnopravne službene uporabe jezika i pisma nacionalnih manjina, odnosno njena primjena protivno odredbama zakona o postupcima pred tijelima koja su dužna provesti ravnopravnu uporabu jezika i pisma nacionalne manjine, predstavlja bitnu povredu postupka (25. ZUJPNM).³⁹

3.16. Povreda pravila o stranačkoj sposobnosti (354/2.8)

Okolnost da je u postupku sudjelovala kao tužitelj ili tuženik osoba koja ne može biti stranka u postupku (77-78) zadržala je značenje apsolutno bitne povrede.⁴⁰ Na ovu apsolutno bitnu povredu drugostupanjski sud pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (365/2).

Treba uzeti da bi ova povreda postojala i kad bi kao umješac u parnici sudjelovala osoba koja nema stranačke sposobnosti.

3.17. Povreda pravila o parničnoj sposobnosti (354/2.8)

Okolnost da je sud dopustio da parnično nesposobna stranka sama poduzima radnje u postupku (79), također je zadržala značenje apsolutno bitne povrede.⁴¹ Na ovu povredu može se pozivati samo parnično nesposobna stranka (*arg. iz 354/3 ; v. br. 13*). Premda je na ovu povredu drugostupanjski sud dužan paziti u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. nov. iz 365/2*), tu bi njegovu dužnost trebalo dovesti u sklad s odredbom da zbog nje presudu može pobijati samo stranka koje se ona tiče i razumjeti je u smislu da bi sud bio dužan voditi računa o povredi pravila o parničnoj sposobnosti samo ako bi to bilo u interesu stranke koje se ta povreda tiče.

3.18. Nedostaci u zastupanju (354/2.8)

Okolnost da je stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba, ili ako parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili ako zakonski zastupnik odnosno punomoćnik stranke nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili za pojedine radnje u postupku, ako vođenje parnice odnosno obavljanje pojedinih radnji u postupku nije bilo naknadno odobreno, zadržalo je i nakon Novele 2003. značenje apsolutno bitne povrede.⁴²

³⁹ ZUJPNM: Zakon u uporabi jezika i pisma nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj, NN 51/00., 56/00.

⁴⁰ Prema judikaturi ova povreda npr. ne postoji ako kao stranka u postupku sudjeluje pravna osoba sve dok se njezin prestanak ne upiše u (sudski) registar (VsH Rev 70/85 - PSP 30/107). S druge strane strankom u postupku ne mogu biti: uprava carina jer nema svojstvo pravne osobe (VsH Rev 254/87 - PSP 36/98); ministarstvo zbog istih razloga (VsH Rev 3006/93 - IO 1/1995-114). Bitno su povrijeđene odredbe parničnog postupka i kad je postupak vođen protiv nepostojeće pravne osobe (VsH Gzz 46/97 - IO 1/1998-184).

⁴¹ Prema judikaturi stranka može (zbog zdravstvenih poremećaja) biti parnično nesposobna, iako joj nije oduzeta poslovna sposobnost (VsH Rev 5/83 - PSP 23/266).

⁴² Prema judikaturi postoji, npr., apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka o zastupanju: ako je dijete zastupao roditelj kojemu ono nije povjereno na odgoj i čuvanje (VsH Rev 902/88 - PSP

Novelom 2003. izrijekom je predviđeno da zato što stranku koja je pravna osoba nije zastupala ovlaštena osoba, ili zato što parnično nesposobnu stranku nije zastupao zakonski zastupnik, ili zato što zakonski zastupnik odnosno punomoćnik nije imao potrebno ovlaštenje za vođenje parnice ili pojedine radnje u postupku - žalbu može izjaviti samo stranka koje se ti nedostaci tiču (nov. 354/3). Time je zakonski sankcionirana praksa koja se formirala u okviru prijašnjeg uređenja.⁴³

Na ovu apsolutno bitnu povredu drugostupanjski sud pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. iz 365/2*), a treba uzeti u razmatranja samo ako je to u interesu stranke koje se tiče.

3.19. Dvostruka litispendencija, ranija pravomoćna presuda i sudska nagodba (354/2.9)

Okolnost da je presudom odlučeno o zahtjevu o kojemu teče parnica (194/3), ili o kojemu je već prije pravomoćno presuđeno (333/2), ili o kojemu je zaključena sudska nagodba⁴⁴ ili nagodba koja po posebnim propisima ima svojstvo sudske nagodbe predstavlja također apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka (354/2.9).⁴⁵ Na ovu povredu drugostupanjski sud pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. iz nov. 365/2*). U usporedbi s prijašnjim uređenjem, Novelom 2003. značenje apsolutno bitne povrede pridano je i nagodbama koje po posebnim

46/93); ako je tužbeni zahtjev priznao bez izričitog ovlaštenja za to punomoćnik koji nije odvjetnik (VtsH Pž 1435/94 - Zbirka 3/88). Nema npr. takve povrede: ako je stranku u parnici zastupao staratelj (skrbnik) za posebni slučaj koga je imenovao organ starateljstva (VsH Rev 612/85 - PSP 29/150); ako je za stranku pokrenuo imovinskopravni spor pred sudom bez posebnog odobrenja organa starateljstva (centra za socijalnu skrb) staratelj (skrbnik) koji joj je postavljen upravo zato da je zastupa pred sudovima radi zaštite njezinih imovinskih prava i interesa (VsH Rev 531/89 - PSP 47/132); ako se o stranci samo zbog njezina fizičkog stanja brinu druge osobe (VsH Rev 2915/94 - IO 1/1998-185); ako umre punomoćnik koji je prije toga prenio punomoć na drugu osobu (VsH Rev 827/86 - PSP 35/158).

⁴³ VsH Rev 704/78 - PSP 15/248; VsH Rev 612/85 - PSP 39/122; VsH Rev 778/88 - PSP 43/112; VsH Rev 873/90 - PSP 50/139; VsH Rev 2915/94 - IO 1/1998-185.

⁴⁴ Premda je sud nakon Novele 2003. u povodu sudske nagodbe zaključene u postupku pred njime dužan donijeti presudu na temelju nagodbe, bilo je potrebno okolnost da je u određenoj pravnoj stvari takva nagodba zaključena po propisima prije stupanja na snagu Novele 2003. i dalje tretirati kao apsolutno bitnu povredu.

⁴⁵ Prema judikaturi ova apsolutno bitna povreda postoji: ako je o tražbini koja je navedena u rješenju o odobrenju prisilne nagodbe pokrenut nova parnica (VpsH Pž 83/79 - PSP 17/340; PsH Pž 3433/93 - Praxis 2/98). Nema te povrede: ako je pravomoćna presuda donesena u sporu između drugih stranaka (VpsH Pž 1850/78 - PSP 16/299); ako su pravomoćnom presudom dosuđene zatezne kamate po stopi nižoj od propisane (VsH Rev 2295/87 - PSP 42/27). Moglo bi se primijetiti da bi precizan odgovor na pitanje predstavlja li ranija takva pravomoćna presuda zapreku za naknadno utuženje kamata morao ovisiti o tome kako je tužba bila koncipirana u prvom slučaju - je li tužitelj nastupio kao da utužena tražbina čini ukupnost onoga što ima pravo potraživati od tuženika, ili se opredijelio za parcijalno ostvarivanje svoje tražbine; ako je u prvoj parnici tužitelj odbijen kao mjenični vjerovnik, a u novoj parnici isti iznos traži kao vjerovnik iz osnovnog pravnog posla (VsH II Rev 63/88 - PSP 43/108); ako se u jednoj parnici traži utvrđenje da je ugovor o doživotnom uzdržavanju ugovor o darovanju, dok se u drugoj traži njegovo poništenje (VsH Rev 2546/90 - PSP 50/140).

propisima imaju svojstvo sudske nagodbe. Među te bi nagodbe npr. spadali sporazumi stranaka o dobrovoljnom sudskom ili javnobilježničkom založnompravnom odnosno fiducijarnom osiguranju (263/2, 269/2, 274/3, 279/1. OZ).

3.20. Povreda načela javnosti (354/2.10)

Okolnost da je protivno Zakonu s glavne rasprave bila isključena javnost predstavlja i dalje apsolutno bitnu povredu (354/2.10). Na ovu povredu drugostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. ex nov.* 365/2). Isključenje javnosti s kojeg drugog ročišta može imati samo značenje relativno bitne povrede (*arg. a contrario ex* 354/2; 354/1). Po prirodi stvari zbog ovog se razloga mogu pobijati samo presude čijem donošenju mora prethoditi kontradiktorna javna rasprava.

Okolnost da je javnost bila dopuštena u postupku, iako je po zakonu ili na temelju odluke suda morala biti isključena, može imati značenje samo relativno bitne povrede (*arg. a contrario ex* 354/2; 354/1).

3.21. Prekoračenje tužbenog zahtjeva (354/2.12)

Prije Novele 2003. prekoračenje tužbenog zahtjeva nije bilo navedeno u članku 354. stavku 2. ZPP-a zajedno s drugim apsolutno bitnim povredama, već je kao procesna povreda zbog koje se presuda mogla pobijati bilo utvrđeno u posebnoj odredbi (prijašnji 372). Ta okolnost, međutim, nije dovođila u pitanje značenje te povrede kao apsolutno bitne.⁴⁶

Novelom 2003. prekoračenje tužbenog zahtjeva je izrijekom svrstano među apsolutno bitne povrede. Time je otklonjen redakcijski nedostatak prijašnjeg uređenja.

Drugostupanjski sud o ovoj povredi ne pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. iz nov.* 365/2).

3.22. Nedostaci zbog kojih se presuda ne može ispitati (354/2.11)

Okolnost da presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati zadržala je i nakon Novele 2003. značenje apsolutno bitne povrede.

U Zakonu su primjerice navedeni neki nedostaci koje treba smatrati nedostacima zbog kojih se presuda ne može ispitati. Time su oni apsolutizirani u smislu da treba uzeti da uvijek postoji ta apsolutna bitna povreda ako se utvrdi postojanje nekog od njih. Ti su primjerice navedeni nedostaci: ako je izreka presude nerazumljiva; ako protuslovi sama sebi ili razlozima presude; ako presuda uopće nema razloga ili ako u njoj nisu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama, ili su ti razlozi nejasni ili protuslovni; ako o odlučnim činjenicama postoji protuslovlje

⁴⁶ Usp. TRIVA, 571. Prema judikaturi tužbeni je zahtjev prekoračen: ako je odluka utemeljena na činjeničnoj osnovi drukčijoj od one na koju se tužitelj pozvao (VsH Rev - 2790/91 - IO 1994/305); žalbeni sud čini bitnu povredu ako zbog prekoračenja tužbenog zahtjeva preinači prvostupanjsku presudu iako to stranka nije zatražila (VsH Rev 1632/94 - IO 1/1998-190).

između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržaju isprava i zapisnika o iskazima danim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika.⁴⁷

Na ovu povredu drugostupanjski sud pazi u povodu žalbe po službenoj dužnosti (*arg. ex nov.* 365/2).

Povreda pravila o sadržaju uvoda ne predstavlja razlog apsolutne ništavosti. Ovi se nedostaci mogu otkloniti po pravilima o ispravljanju presude.⁴⁸

Sudska će praksa morati značenje ove odredbe dovesti u vezu s odredbama koje prema Noveli 2003. na izmijenjeni način definiraju sadržaj obrazloženja presude (338/4; v. par. 135/4).

3.23. Povreda načela neposrednosti (prijašnji 354/2.1)

Do Novele 2003. apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka postojala je i ako je u donošenju presude sudjelovao sudac ili sudac porotnik koji nije sudjelovao na glavnoj raspravi (prijašnji 354/2.1). Novelom 2003. je toj povredi oduzeto značenje apsolutno bitne povrede (*arg. iz nov.* 354/2), pa će se ona, kao uostalom i druge povrede načela neposrednosti, moći u žalbi isticati samo kao relativno bitna povreda.

4. Pogrešna primjena materijalnog prava

Novelom 2003. značenje pogrešne primjene materijalnog prava kao razloga za žalbu nije izmijenjeno.

Materijalno pravo čine pravna pravila o primijeni kojih ovisi odluka o osnovanosti tužbenog zahtjeva; pravna pravila koja čine *praemissu maior* logičkog

⁴⁷ Prema stavovima izraženim u judikaturi prije Novele 2003., za koje je moguće uzeti da su i dalje relevantni, apsolutna povreda koja se očituje u tome da presuda ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati postoji: ako je izreka presude kojom je tuženik obavezan naknaditi štetu protivna provedenim dokazima iz kojih takav zaključak ne proizlazi (VsH Rev 510/80 - PSP 17/150); ako sud nije obrazložio koje činjenice važne za odluku "smatra istinitim" i na čemu zasniva tu svoju odluku, ili ako su u obrazloženju navedeni samo izvedeni dokazi i drugi procesni materijal, a izostali su zaključak i ocjena tih dokaza, ako ne postoje razlozi o tome kojim je dokazima sud poklonio vjeru, a kojima nije te zbog kojih je razloga tako postupio (VsH II Rev 76/81 - PSP 21/198); ako se presuda poziva na isprave koje nisu priložene spisu (VpsH Pž 1679/84 - SP 11/85-65); ako rješenje kojim se odbija prijedlog za povrat u prijašnje stanje ne sadrži obrazloženje (Os ZGB Gž 172/87 - PSP 35/160); ako sud nije naveo koje je materijalnopravne propise primijenio, a to se ne može razumjeti ni iz teksta obrazloženja (Okr. sud ZGB Gž 4316/87 - PSP 41/100; VsH II Rev 93/94 - IO 1/1996-168); ako sud u presudi kojom dosuđuje nematerijalnu štetu, na koju se zatezne kamate plaćaju od donošenja prvostupanjske odluke, nije naveo koji se dio tužbenog zahtjeva odnosi na nematerijalnu, a koji na materijalnu štetu i ako u skladu s time nije odredio plaćanje zateznih kamata (PsH Pž 1204/89 - PSP 44/229); ako je izrekom presude tuženiku naloženo da tužitelju za određeno razdoblje isplati naknadu osobnog dohotka a da pritom nije naveo iznos te naknade (VsH Rev 137/93 - IO 1/1995-117); ako se sud u obrazloženju presude samo općenito poziva na nalaz, mišljenje vještaka bez navođenja koje se činjenice i zbog kojih razloga smatraju utvrđenim (VsH II Rev 93/93 - IO 2/1995-134); ako izreka presude nije tako određena da može steći svojstvo ovršne isprave (VtsRH, Pž 2476/96 - Zbirka 4/90).

⁴⁸ Usp. TRIVA, 571.

silogizma presude. Izložena je definicija funkcionalna - ona polazi od funkcije koju određena pravila igraju u procesu suđenja, a ne od sadržaja odnosa što ih uređuju.

U pravilu će odredbe materijalnog prava biti odredbe koje uređuju neki građanskopravni odnos u širem smislu. Međutim, u funkciji materijalnog prava mogu se iznimno javiti i norme koje inače uređuju procesnopravne odnose (tzv. procesnopravne tužbe). Takvo značenje ima, npr. tužba za poništaj odluke arbitražnog suda zbog grešaka u arbitražnom postupku u kojemu je donesena (36. ZA).

Prema zakonskoj definiciji, pogrešna primjena materijalnog prava postoji kad sud nije primijenio odredbu materijalnog prava koju je trebao primijeniti ili kad takvu odredbu nije pravilno primijenio (356). Razrađujući tu odredbu, bilo bi moguće uzeti da pogrešna primjena materijalnog prava postoji:

- (1) ako je sud izabrao pogrešno pravilo pod koje slučaj treba podvesti. Do te greške u identifikaciji (kreaciji) pravila koje treba primijeniti može doći zbog različitih razloga: - npr. zato što je sud pogrešno pravno kvalificirao slučaj, dakle zato što je pogrešno uzeo da se radi o jednoj kategoriji pravnoga odnosa, a radilo se o drugoj, ili zato što je pogrešno smatrao da treba primijeniti opću odredbu ili stvoriti tu odredbu popunjavajući pravnu prazninu analogijom ili polazeći od općih pravnih principa, a trebalo je primijeniti posebnu, ili obrnuto, itd.; - zato što je previdio postojanje nekih propisa, odnosno zato što je previdio da više nisu na snazi ili da su zamijenjeni novima. I greška u izboru pravila iskustva kada su ona sastavni dio pravne norme također može dovesti do pogrešne primjene materijalnog prava. Prema jednom stavu izraženom u hrvatskoj judikaturi prije Novele 2003. nema pogrešne primjene materijalnog prava ako je sud svoju odluku utemeljio na odredbi materijalnog prava koju nije trebao primijeniti, ali bi uz primjenu materijalnopravne odredbe koju je trebalo primijeniti valjalo donijeti jednaku odluku (VSH: Rev 463/93 - IO 1/1995).⁴⁹ Novelom 2003. je taj stav dobio i svoju zakonsku potvrdu (268/2);
- (2) ako je sud pogrešno interpretirao pravnu normu, utvrdio njezin sadržaj *in abstracto*. Do te greške može doći npr. stoga što je sud smatrao da neko pravilo prigodom utvrđivanja njegovog značenja treba tumačiti izolirano, dakle ne dovoditi ga u vezu s nekim drugim pravilima istoga ili drugoga zakona, ili obrnuto (greška u izboru metode interpretacije), odnosno zato što je, izabравši odgovarajuću interpretativnu metodu, došao do pogrešnog zaključka o sadržaju pravila koje treba primijeniti (greška u određivanju sadržaja interpretiranog pravila);
- (3) ako je pogriješio u individualizaciji apstraktne pravne norme s obzirom na konkretni slučaj, u njezinoj kazuističkoj razradi. Do te greške može doći

⁴⁹ Valja primijetiti da je u konkretnom slučaju sud pogrešno primijenio materijalno pravo, ali da zbog toga nije trebalo pobijanu presudu preinačiti ili ukinuti, jer bi se i pravilnom primjenom materijalnog prava došlo do iste odluke (*arg.* 368/2).

- ako je sud, previđajući specifičnosti konkretnog slučaja, propustio izvesti iz jednog ili više općih pravila, posebno pravilo za takve kategorije slučajeva;
- (4) ako je pogrešno zaključivao o osnovanosti zahtjeva primjenom pravnoga pravila čiji je sadržaj pravilno utvrdio na pravilno utvrđeno činjenično stanje (greška u logiciranju).

Različite od navedenih operacija u izboru, kvalifikaciji, tumačenju, individualiziranju i zaključivanju mogu zapravo interferirati, kompleksno se nametati, jedna drugu uvjetovati.

Zbog pogrešne primjene materijalnog prava ne mogu se pobijati presuda na temelju nagodbe, presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja (353/3) ako se ne uzme u obzir okolnost da se i te presude posredno (u ograničenoj mjeri) mogu zbog toga pobijati, ali u formi jedne apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka - zato što je sud protivno odredbama ZPP-a takvu svoju odluku utemeljio na nedopuštenim raspolaganjima stranka (354/2.5).

Na pogrešnu primjenu materijalnog prava drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti (365/2). Ako ocijeni da je uslijed pogrešne primjene materijalnog prava nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, drugostupanjski sud mora ukinuti pobijanu presudu i predmet vratiti na ponovno suđenje (*arg. ex* 370), a ako utvrdi da je činjenično stanje pravilno utvrđeno, a da je samo pogrešno primijenjeno materijalno pravo, dužan je preinačiti pobijanu presudu (373/3).

5. Presude koje se ne mogu pobijati zbog svih žalbenih razloga

5.1. Općenito

Među presude koje se ne mogu pobijati zbog svih razloga zbog kojih je žalba inače dopuštena, spadaju tzv. dispozitivne presude te presuda u sporovima male vrijednosti.

Među dispozitivne presude spadaju presuda na temelju nagodbe (322), presuda na temelju priznanja (331), presuda na temelju odricanja (331.a), presuda zbog ogluhe (331.a) i presuda zbog izostanka (332). Od navedenih presuda Novelom 2003. uvedene su dvije od tih presuda - presuda na temelju nagodbe i presuda zbog ogluhe.

5.2. Presuda zbog ogluhe i zbog izostanka

Presude zbog ogluhe i zbog izostanka ne mogu se pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (*arg. ex* 353/2). To je ograničenje posljedica okolnosti da se te presude temelje na presumpciji da je tuženik koji nije u roku podnio odgovor na tužbu (presuda zbog ogluhe - 331.b) odnosno koji najkasnije na pripremnom ročištu ili prvom ročištu za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, nije osporio tužbeni zahtjev (presuda zbog izostanka - 332), priznao da su istiniti činjenični navodi tužitelja u tužbi te da oni predstavljaju jedinu relevantnu osnovu za donošenje odluke o osnovanosti tužbenog zahtjeva. Budući da je prigodom donošenja tih presuda sud u osnovi vezan tom presumpcijom i da su

njegove mogućnosti provjeravanja njezine pravilnosti ograničene,⁵⁰ presuda zbog ogluhe i zbog izostanka bi se u vrlo ograničenoj mjeri mogle pobijati zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Međutim, s obzirom na to da su greške suda u provjeri pravilnosti presumpcije o priznanju činjenica koje je tužitelj naveo u tužbi sankcionirane kao apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka,⁵¹ otpala je potreba da se i u tom malom segmentu u kojemu se sudu može pripisati greška da je nepravilno utvrdio činjenično stanje žalba dopusti zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Sud je prigodom donošenja presude zbog ogluhe i presude zbog izostanka dužan primijeniti materijalno pravo na presumpcijom utvrđeno činjenično stanje (*arg. ex* 331.b/1.2; 332/1.3). Budući da sud može pogriješiti u primjeni materijalnog prava, te se presude mogu pobijati zbog toga (*arg. a contrario ex* 353/2) sud je prigodom donošenja tih presuda dužan voditi postupak, pa s obzirom da i u tome može pogriješiti, one se mogu pobijati zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka (*arg. a contrario ex* 353/2).⁵² Pritom je donošenje tih presuda protivno zakonu sankcionirano kao posebna apsolutno bitna povreda (354/2.5).

Zato što se presuda zbog ogluhe i presuda zbog izostanka temelje na presumiranoj izjavi volje tuženika (priznanju činjenica navedenih u tužbi) trebalo bi, iako to nije izričito predviđeno, te presude moći pobijati i zbog mana u volji, analogno kao što je to predviđeno za presude na temelju priznanja i na temelju odricanja (353/3).⁵³ U krajnjem slučaju moglo bi se uzeti da su presuda zbog ogluhe i presuda zbog izostanka donesene protivno zakonu ako je presumirana dispozicija na kojoj se temelje opterećena manama volje, pa bi se u tom slučaju one mogle pobijati zbog posebne apsolutno bitne povrede (354/2.5).

5.3. *Presuda na temelju nagodbe, presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja*

Presuda na temelju nagodbe, presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja ne mogu se pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ni zbog pogrešne primjene materijalnog prava (353/3). Takvo je ograničenje žalbenih razloga posljedica okolnosti da se te presude temelje na suglasnoj volji stranaka (sudska nagodba), odnosno na izjavama volje tuženika (priznanje tužbenog zahtjeva) ili tužitelja (odricanje od tužbenog zahtjeva) koje izravno determiniraju

⁵⁰ Prigodom donošenja presude zbog ogluhe i zbog izostanka sud je dužan paziti na to da stranke stvaranjem uvjeta za donošenje tih presuda ne idu za time da raspolažu pravima kojima ne mogu raspolagati (3/3, 331.b/2, 332/2), odnosno da činjenice navedene u tužbi nisu u protivnosti s dokazima koje je tužitelj priložio (331.b/4, 332/4) ili s općepoznatim činjenicama (331.b/1.3; 332/1.4).

⁵¹ Okolnost da je sud donio presudu zbog ogluhe i presudu zbog izostanka protivno Zakonu ima značenje apsolutno bitne povrede (354/2.5; v. *ad* 6.3.11, 6.3.12).

⁵² U tom smislu i TRIVA, 559.

⁵³ U tom smislu i TRIVA, 559, 560.

njihov sadržaj - pri donošenju tih presuda sud ne utvrđuje činjenično stanje niti primjenjuje materijalno pravo.⁵⁴ Međutim, budući da je sud prigodom donošenja tih presuda dužan voditi računa o tome ne raspolažu li stranke zaključenjem nagodbe, priznanjem odnosno odricanjem od tužbenog zahtjeva pravima kojima ne mogu raspolagati (322, 331/2, 331.b/2), dakle u ograničenoj mjeri paziti na pravilnu primjenu materijalnog prava, i njih bi u toj mjeri trebalo moći pobijati zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Ipak, s obzirom na to da je donošenje presude na temelju priznanja i na temelju odricanja protivno zakonu sankcionirano kao posebna apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka, opisana se povreda materijalnog prava kao mogući razlog za žalbu javlja u obliku te procesne povrede.

Prigodom donošenja presude na temelju nagodbe, presude na temelju priznanja i presude na temelju odricanja sud nužno provodi postupak, što znači da može u tome i pogriješiti. Zbog toga se te presude mogu pobijati zbog apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka (*arg. ex* 353/3). Za razliku od uređenja prije Novele 2003., po kojemu su se presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja mogle pobijati i zbog relativno bitnih povreda odredaba parničnog postupka, prema novom uređenju one se ne mogu pobijati zbog tih povreda. Razloge tome treba tražiti u okolnosti da svaka relativna bitna povreda pretpostavlja da je zbog nje došlo ili do nepravilnog utvrđenja činjeničnog stanja ili do pogrešne primjene materijalnog prava, pa bi žalba protiv tih presuda, ako bi se one mogle pobijati i zbog relativno bitnih povreda, posredno postala moguća i zbog razloga zbog kojih inače nije dopuštena.

S obzirom na to da se presuda na temelju priznanja i presuda na temelju odricanja temelje na izjavama volje tuženika odnosno tužitelja koje imaju značenje materijalnih procesnih dispozicija (3/1),⁵⁵ one se mogu pobijati zbog mana u volji stranke koja je odgovarajuću dispoziciju poduzela - zbog bitne zablude, prisile ili prijevare (353/3). Nedostaci u formiranju izjave volje na kojoj se temelje postaje nedostatkom samih tih presuda. U mjeri u kojoj je potrebno da bi stranka supstancirala manu volje zbog koje pobija presudu na temelju priznanja odnosno presudu na temelju odricanja, moguće je u žalbi protiv tih presuda iznositi i nove činjenice i nove dokaze.⁵⁶

⁵⁴ Sud je dužan bez daljnega raspravljanja, donijeti presudu na temelju priznanja čim tuženik prizna tužbeni zahtjev (331), odnosno presudu na temelju odricanja čim se tužitelj odrekne tužbenog zahtjeva (331.b). Jedino ako posumnja da tuženik ili tužitelj priznanjem odnosno odricanjem od tužbenog zahtjeva idu za time da raspolažu pravima kojima ne mogu raspolagati, sud je dužan odgoditi donošenje tih presuda radi provjere utemeljenosti tih sumnji (331/3, 331.a/3).

⁵⁵ Materijalne dispozicije su takve parnične radnje stranaka kojima one utječu na sadržaj i sudbinu zahtjeva za pružanje pravne zaštite - *usp.* TRIVA, 100.

⁵⁶ *Usp.* TRIVA, 560.

5.4. Presuda u sporovima male vrijednosti

Presudu u sporu male vrijednosti ne može se pobijati zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja ni zbog relativno bitnih procesnih povreda (467).

VII. Postupak u povodu žalbe

1. Općenito

U postupku u povodu žalbe protiv prvostupanjske presude uvijek sudjeluje sud čija se presuda pobija - žalba se podnosi tom sudu u dovoljnom broju primjeraka za sud i protivnu stranku (357), i on je dužan ispitati je li ona potpuna, pravovremena i dopuštena (351/1; 358), te čak i donijeti odluku o vraćanju žalba na dopunu, odnosno odluku o odbacivanju neispravljene nepotpune žalbe te nepravovremene i nedopuštene žalbe. U postupku u povodu žalbe funkcionalno je nadležan za poduzimanje radnji sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća pravostupanjskog suda. U stvarima u kojima je u prvom stupnju sudilo vijeće, ono u postupku u povodu žalbe nema nikakve funkcionalne nadležnosti.

Drugostupanjski sud dolazi u priliku uključiti se u postupak u povodu žalbe tek ako je prvostupanjski sud nije odbacio. Odluku o odbacivanju može donijeti i drugostupanjski sud ako je to propustio učiniti prvostupanjski sud. Samo je drugostupanjski sud ovlašten meritorno odlučiti u povodu žalbe (*arg. ex* 362).

2. Nepotpuna, nedopuštena i nepravovremena žalba

Pravila o nepotpunoj, nedopuštenoj i nepravovremenoj žalbi nisu revidirana Novelom 2003.

O nepotpunoj žalbi v. *ad* 4.

Žalba nije dopuštena: (1) ako je žalbu podnijela osoba koja nije ovlaštena na podnošenje žalbe;⁵⁷ ili (2) osoba koja se odrekla prava na podnošenje žalbe, ili (3) osoba koja je odustala od već izjavljene žalbe, ili (4) ako osoba koja je podnijela žalbu nema za to pravnog interesa.⁵⁸

Žalba izjavljena zbog razloga zbog kojih se ne može izjaviti sama po sebi nije nedopuštena, već su samo nedopušteni razlozi zbog kojih je izjavljena - ona se zbog tih razloga neće ispitivati. Tako će se smatrati nedopuštenim razlozima za žalbu protiv presude na temelju nagodbe, presude na temelju priznanja i presude na temelju

⁵⁷ Prema judikaturi treba odbaciti žalbu koju je podnijela osoba koja nije stranka u sporu, odnosno koja nije dokazala ni da je sljednik stranke (VpsH Pž 1855/81 - PSP 20/320). Obični umješač nije ovlašten podnijeti žalbu protiv presude na temelju priznanja donesene protiv drugog takvog suparničara (VsH Rev 2645/ 91 - IO 1994/306).

⁵⁸ Prema sudskoj praksi nema npr. pravnog interesa za podnošenje žalbe stranka čiji je zahtjev sud u cijelosti prihvatio pobijanom odlukom (VsH Rev 504/80 - PSP 17/151; VsH Rev 1153/86 - PSP 32/156; VsH Rev 1921/87 - PSP 43/109; VsH Rev 1525/91 - IO 1993/156).

odricanja pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, pogrešna primjena materijalnog prava te tzv. relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (*arg. iz 353/3*); nedopuštenim razlogom za žalbu protiv presude zbog ogluhe i presude zbog izostanka bilo bi nepravilno utvrđeno činjenično stanje (*353/2*); nedopuštenim razlozima protiv presude u sporovima male vrijednosti bili bi nepravilno utvrđeno činjenično stanje i tzv. relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (*467*). Prvostupanjski sud nije ovlašten odbaciti žalbu koja je podnesena zbog razloga zbog kojih se po zakonu ne može podnijeti (*arg. ex iz 358/1, 3*).⁵⁹

Žalba nije pravovremena ako je podnesena nakon proteka roka u kojem se mogla podnijeti (*v. ad 3*).⁶⁰

O žalbi koju smatra podobnom za meritorno razmatranje sud ne donosi posebno rješenje; njegov pozitivan stav manifestira se konkludentno - iz radnji koje poduzima radi nastavka žalbenog postupka.⁶¹

Protiv rješenja o odbacivanju žalbe dopuštena je samostalna žalba (*3arg. ex 378*). Revizija protiv drugostupanjske odluke kojom se potvrđuje prvostupanjsko rješenje o odbacivanju žalbe bit će dopuštena u sporovima u kojima bi bila dopuštena revizija protiv presude; no protiv rješenja drugostupanjskog suda kojim se žalba odbacuje revizija će biti uvijek dopuštena (*400*).

3. *Odgovor na žalbu*

Žalba protiv presude dostavlja se protivniku na odgovor, koji je taj odgovor ovlašten dati u roku od osam dana, a u postupku pred trgovačkim sudovima u roku od tri dana (*500*). Žalba protiv presude je dakle dvostrani pravni lijek.⁶²

Rok za odgovor na žalbu nije prekluzivan. Prvostupanjski je sud dužan nepravovremeno podneseni odgovor proslijediti drugostupanjskom sudu, koji će ga uzeti u obzir ako već nije donio odluku o žalbi (*359/2*).

Rok za podnošenje odgovora je dilatoran utoliko što dok teče, prvostupanjski sud nije ovlašten predmet u povodu žalbe proslijediti drugostupanjskom sudu.⁶³

Primjerak odgovora na žalbu prvostupanjski je sud dužan dostaviti žalitelju (*359*). Premda nije izrijekom predviđeno je li žalitelj ovlašten posebnim podneskom očitovati se o odgovoru na žalbu, smatra se da bi i takav podnesak trebalo uputiti žalbenom sudu.⁶⁴

⁵⁹ U tom smislu i DIKA, NPPP, 1977, § 30/8-11; TRIVA, 573, 574.

⁶⁰ Prema stavovima izraženim u sudskoj praksi treba uzeti da je žalba pravovremena ako se sa sigurnošću ne može utvrditi je li podnesena prije isteka roka za njezino podnošenje (VsH Rev 1186/86 - PSP 37/69; VsH Rev 1912/89 - PSP 48/95; VsH Rev 1850/89 - PSP 51/183).

⁶¹ Usp. TRIVA, 574.

⁶² Usp. TRIVA, 545, 574.

⁶³ Usp. TRIVA, 574.

⁶⁴ Usp. TRIVA, 574.

U odgovoru na žalbu bi bilo moguće tvrditi da ona nije potpuna, pravovremena i dopuštena i za to predlagati dokaze, moglo bi se dovoditi u pitanje istinitost tvrdnji o činjenicama na kojima počivaju pojedini žalbeni razlozi, a moglo bi se argumentirati i nepostojanje razloga na koje je drugostupanjski sud dužan paziti po službenoj dužnosti. Kad su u pitanju bitne povrede procesnog prava, podnositelj odgovora bio bi ovlašten iznositi nove činjenice te predlagati nove dokaze. Ako je na to ovlašten žalitelj, morao bi na to biti ovlašten i podnositelj odgovora na žalbu (načelo jednakosti oružja). U svakom slučaju odgovor na žalbu ne može se pretvoriti u samostalni pravni lijek.⁶⁵

Odredbe o odgovoru na žalbu nisu dirane Novelom 2003.

4. Upućivanje predmeta žalbenom sudu

Novelom 2003., postupak koji provode sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda u povodu žalbe je utoliko reformiran što se nastojalo i tijekom toga postupka osigurati kontradiktorno sudjelovanje stranaka.

Ako sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda po primitku odgovora, ili po proteku roka za odgovor, žalbu ne odbaci, dužan je žalbu i odgovor, ako je podnesen, sa svim spisima uputiti žalbenom sudu (360/1). Ako žalitelj tvrdi da su u prvostupanjskom postupku povrijeđene odredbe parničnog postupka, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda dat će po potrebi objašnjenje u povodu navoda žalbe koji se tiču tih povreda, odnosno provesti izviđaje radi provjeravanja istinitosti tih navoda (nov. 360/2).

Novelom 2003, zato da bi se osiguralo pravo stranaka da se očituju o svim informacijama koje bi drugostupanjski sud mogao uzeti u obzir prigodom odlučivanja u povodu žalbe, makar one potjecale i od prvostupanjskog suda (načelo kontradiktornosti), utvrđena je dužnost prvostupanjskog suda da primjerak objašnjenja odnosno izvješća dostavi strankama, koje mogu dati svoje očitovanje u roku od osam dana (nov. 360/3). Ako ocijeni da je to potrebno, sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda može pozvati stranke da prisustvuju provedbi izviđaja (nov. 360/4). Očitovanja stranaka dostavljaju se drugostupanjskom sudu zajedno s objašnjenjem odnosno izvješćem o obavljenom izviđaju samo ako budu podnesena u roku. Očitovanja podnesena nakon isteka roka proslijedit će se drugostupanjskom sudu, koji će ih uzeti u obzir, ako je to još moguće (nov. 360/5).

5. Postupak pred drugostupanjskim sudom

Postupak pred drugostupanjskim sudom u povodu žalbe Novelom 2003. je u osnovi trojako izmijenjen. Prvo, napušten je institut rasprave pred drugostupanjskim sudom (prijašnji 362), koji se u praksi nije bio potvrdio. Ta je rasprava nadomještena

⁶⁵ V. i TRIVA, 575.

mogućnošću da se stranke i njihovi zastupnici pozovu na sjednicu drugostupanjskog vijeća (nov. 362/2). Drugo, isključena je mogućnost kumulacije funkcije suca izvjestitelja i predsjednika vijeća u istom predmetu (nov. 361/2). Treće, osigurano je kontradiktorno sudjelovanje stranaka u incidentalnom postupku prikupljanja izvješća i provedbe izviđaja od strane suca pojedinca odnosno predsjednika vijeća prvostupanjskog suca, kad to zatraži sudac izvjestitelj drugostupanjskog suda.

Kad spisi stignu drugostupanjskom sudu, određuje se sudac izvjestitelj (361/1), već prema kriterijima za određivanja toga suca. Ako je predsjednik vijeća određen za suca izvjestitelja, dužnost predsjednika vijeća obavljat će u konkretnom predmetu drugi član vijeća (nov. 361/2).

Dužnost je suca izvjestitelja da prouči spis, da po potrebi od prvostupanjskog suda zatraži izvješće o povredama procesnog prava (i onima koje se u žalbi navode i onima koje izvjestitelj uoči po službenoj dužnosti) i provedbu izviđaja radi utvrđivanja tih povreda (361/3), da na sjednici vijeća referira o predmetu te da pripremi nacrt odluke žalbenog suda.

U povodu pripreme izvješća i provedbe izviđaja koje zatraži sudac izvjestitelj provodi se isti postupak kao kad objašnjenja o procesnim povredama – izviđaje daje, odnosno provodi u povodu žalbe prvostupanjski sud (361/4; v. *ad* 4).

U judikaturi prije Novele 2003. izražen je stav da okolnost da je drugostupanjski sud sam provjeravao navode žalbe koji se tiču povreda odredaba parničnog postupka, umjesto da zatraži od prvostupanjskog suda da to učini, može biti relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka (VsH Rev 1753/83 - PSP 25/188). Treba posumnjati u pravilnost takvog stava, osobito s obzirom na odredbu po kojoj sud svoju odluku ne smije temeljiti na činjenicama o kojima strankama nije dana mogućnost da se izjasne (7/3) te na novelirane odredbe o postupku radi provjeravanja povreda postupka na koje se žalitelj poziva (v. *supra*) - opisano ponašanje drugostupanjskog suda bilo bi apsolutna bitna povreda načela saslušanja stranaka (354/2.6).

Drugostupanjski sud odlučuje o žalbi bez rasprave (362/1),⁶⁶ u pravilu u nejavnoj sjednici vijeća, kojoj prisustvuju samo članovi vijeća i zapisničar. Ipak, ako vijeće drugostupanjskog suda nađe da je to radi donošenja odluke o žalbi potrebno, može pozvati stranke ili njihove zastupnike na sjednicu vijeća (nov. 362/2). Drugostupanjski sud održat će sjednicu vijeća i odlučiti o žalbi i ako stranke odnosno njihovi zastupnici koji su pozvani na sjednicu izostanu (nov. 363/1). Sjednica vijeća na kojoj prisustvuje barem jedna od stranaka počinje izvještajem suca izvjestitelja, koji izlaže stanje stvari ne dajući svoje mišljenje o osnovanosti žalbe (nov. 363/2). Nakon toga čita se presuda ili dio presude na koji se žalba odnosi, a prema potrebi i zapisnik o održanoj glavnoj raspravi pred prvostupanjskim sudom. Zatim žalitelj obrazlaže svoju žalbu, a protivna stranka odgovor na žalbu (nov. 363/3).

⁶⁶ U judikaturi je zauzet stav da postoji uvijek bitna povreda procesnog prava ako žalbeni sud ne odluči istovremeno o svim žalbama protiv napadane presude (VsH Rev 74/82 - NZp 22-102).

U sporovima male vrijednosti o žalbi odlučuje sudac pojedinac drugostupanjskog suda (467.6), pa se u tom sucu sjedinjuju ovlaštenja suca izjavitelja i vijeća drugostupanjskog suda.

6. Postupak pred prvostupanjskim sudom nakon dostave odluke drugostupanjskog suda

Pravila o postupku pred drugostupanjskim sudom nakon što mu bude dostavljena odluka koju je drugostupanjski sud donio u povodu žalbe Novelom 2003., ostala su zapravo neizmijenjena.

Ako žalbeni sud ukinе presudu i vrati predmet prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje (369, 370), prvostupanjski sud je dužan u ponovnom postupku izvesti sve parnične radnje (ovo se osobito odnosi na izvođenje dokaza koje je pravostupanjski sud propustio izvesti) i raspraviti sva sporna pitanja na koja je ukazao žalbeni sud u svome rješenju (377/1). Međutim, prigodom ponovnog odlučivanja na temelju procesnog materijala koji će uključivati i onaj koji je prikupljen u skladu s nalogima drugostupanjskog suda, prvostupanjski sud nije vezan za pravna shvaćanja iz ukinog rješenja drugostupanjskog suda.⁶⁷ Ipak, prvostupanjski je sud vezan pravnim stavovima drugostupanjskog suda o procesnim pitanjima, zapravo o tome koje je parnične radnje dužan provesti i kako.⁶⁸

Izložena zakonska rješenja o odnosu prvostupanjskog i drugostupanjskog suda imaju svoje uporište u ustavnoj impostaciji položaja sudova u suđenju. Sudovi su u obavljanju sudske funkcije samostalni i neovisni i sude na osnovi Ustava i zakona (117/2, 3. URH). Stoga bi bilo protivno tom ustavnom načelu kad bi prvostupanjski sud bio vezan za pravne stavove višeg suda iz ukinog rješenja. On u tom slučaju ne bi sudio izravno na temelju Ustava i zakona kako ih shvaća, već na temelju interpretacije koje tim propisima pridaje viši sud.⁶⁹

Budući da drugostupanjski sud nema (više) instrumentalnih mogućnosti da sam prikuplja činjenični i dokazni procesni materijal na temelju kojega bi sam mogao meritorno riješiti spor, bilo je nužno utvrditi pravo toga suda da prvostupanjskom sudu naloži poduzimanje radnji kojima će taj materijal osigurati kako bi drugostupanjski sud mogao u povodu žalbe eventualno preinačiti prvostupanjsku odluku.

Ponovni postupak pred prvostupanjskim sudom predstavlja jedinstvenu procesnu cjelinu s postupkom u kojemu je bila donesena ukinuta presuda. Na novoj raspravi pred prvostupanjskim sudom stranke mogu iznositi nove činjenice i predlagati nove dokaze, a mogu tek sada istaknuti i prigovor radi prebijanja u parnici

⁶⁷ Usp. i: VsH Rev 18/83 - NZp 23/84-171; TRIVA, 576.

⁶⁸ Usp. i: TRIVA, 576; Okr. sud Rijeka Gž 960/73 - NZp 5/74-36.

⁶⁹ Što više, pravno shvaćanje izraženo u ukinom rješenju ne veže ni sud koji je donio tu odluku pri ponovnom odlučivanju u povodu žalbe protiv nove prvostupanjske presude (VsH Rev 2442/82 - NZp 23/84-171; VsH Rev 1701/87 - PSP 37/70). V. i TRIVA, 577.

te poduzimati ostale procesne dispozicije ako u odnosu na njih nije došlo do prekluzije (*arg. ex 377*).⁷⁰

VIII. Granice ispitivanja prvostupanske presude

1. Općenito

Novelom 2003. pravila o granicama ispitivanja prvostupanske presude u povodu žalbe bitnije su reformirana, i to u pogledu razloga zbog kojih drugostupanjski sud ispituje prvostupansku presudu. Izmjene su u skladu s općim ograničenjem istražnih ovlasti suda u parničnom postupku. U tom je smislu u žalbenom postupku pojačano načelo dispozicije u određivanju granica ovlasti drugostupanjskog suda u usporedbi s prijašnjim uređenjem. Ipak, drugostupanjski je sud i dalje zadržao stanovita oficijozna ovlaštenja u pogledu žalbenih razloga zbog kojih je dužan *ex officio* ispitivati prvostupansku presudu te u pogledu odluka koje može donijeti u povodu žalbe (v. *ad IX*). U tom smislu on nije vezan za prijedlog žalitelja. On svakako nije vezan ni za pravnu kvalifikaciju određenih razloga koji su istaknuti u žalbi (*arg. a maiori ad minus ex 186/3*).

Problem granica ispitivanja prvostupanske presude u povodu žalbe tiče se (1) dijela prvostupanske presude - koji je drugostupanjski sud uopće ovlašten ispitivati te (2) razloga zbog koji je ovlašten ispitivati taj dio presude.

2. Dio presude koji se ispituje

Novelom 2003. pravila o dijelu presude o tome koji je drugostupanjski sud ovlašten ispitivati u povodu žalbe nisu pretrpjela nikakve izmjene. Drugostupanjski sud ovlašten je i dalje ispitivati prvostupansku presudu samo u dijelu u kome se pobija žalbom (365/1). U nepobijanom dijelu prvostupanska presuda postaje pravomoćna. U tom dijelu žalbeni sud nije ovlašten ispitivati prvostupansku presudu jer bi to bilo protivno načelu pravomoćnosti i zabrane reformacije *in pejus*.⁷¹

Djelomično pobijanje je moguće samo ako je presudom odlučeno o jednom zahtjevu koji je pravno kvantitativno djeljiv, odnosno o više tužbenih ili protutužbenih zahtjeva; djelomično je pobijanje moguće i u slučaju u kojemu je sadržajno ista odluka donesena u odnosu na više običnih suparničara, npr. protiv više solidarnih dužnika.⁷²

Ako se iz žalbe ne vidi u kojem se dijelu presuda pobija, uzima se da žalitelj pobija presudu u dijelu u kome nije uspio u sporu (365/1). Izloženo interpretativno pravo je izraz načela pravnog interesa. Zapravo žalitelju se u pravilu i onako ne bi mogao priznati pravni interes da presudu pobija u dijelu koji je za njega povoljan.

⁷⁰ TRIVA, 577.

⁷¹ Usp. DIKA, Marginalije uz odredbu čl. 353. st. 4. ZPP, ODV (1-2) 74.

⁷² Usp. DIKA, Pravna priroda suparničarstva između solidarnih dužnika, NZ 10)74.

Žalbu kojom se presuda pobija i u dijelu koji je za žalitelja povoljan treba zbog toga odbaciti.⁷³

U sudskoj je praksi izražen stav da ispitivanje drugostupanjske presude i u nepobijanom dijelu ima značenje relativno bitne povrede.⁷⁴ Treba posumnjati u pravilnost tog stava jer ispitivanje presude u nepobijanom dijelu znači odlučivati u povodu redovnog pravnog lijeka o nečemu što je pravomoćno odlučeno, što predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka (354/2.9).

3. Razlozi zbog kojih se prvostupanjska presuda može ispitivati

Novelom 2003. pravila o razlozima zbog kojih se u povodu žalbe prvostupanjska presuda može ispitivati po službenoj dužnosti bitnije su izmijenjena, i to u pravcu sužavanja oficijoznih ovlasti drugostupanjskog suda.

Drugostupanjski sud u pravilu ispituje prvostupanjsku presudu samo u granicama razloga koji su navedeni u žalbi (365). Ipak, od tog pravila postoje značajne iznimke.

Kad su u pitanju bitne povrede odredaba parničnog postupka, žalbeni sud u povodu žalbe vodi računa po službenoj dužnosti samo o onim apsolutno bitnim povredama koje su taksativno navedene: - o povredi pravila o sudskoj nadležnosti (354/2.2); - o povredi pravila o tretmanu nedopuštenih raspolaganja stranaka (354/2.4); - o povredi pravila o stranačkoj i parničnoj sposobnosti te o zastupanju stranaka (354/2.8); - o povredi pravila o zabrani dvostruke litispendencije, o suđenju u stvari o kojoj je već pravomoćno presuđeno ili je zaključena sudska nagodba ili nagodba koja po posebnim propisima ima svojstvo sudske nagodbe (354/2.9); - o povredama pravila o sadržaju presude zbog kojih se ona ne može ispitati (354/2.11) (365/2). Na ostale apsolutno bitne kao i na relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka drugostupanjski sud pazi samo ako se žalitelj na njih pozvao u žalbi (*arg. a contrario ex* 365/2).

Novelom 2003. je zbog neobjašnjive greške predviđeno da drugostupanjski sud ne pazi po službenoj dužnosti na okolnost da je u donošenju presude sudjelovala osoba koja nema svojstvo suca (*arg. iz* 354/2.1, 365/2), iako bi takvu presudu zapravo trebalo smatrati nepostojećom.⁷⁵

Pravilo da je žalbeni sud uvijek dužan paziti po službenoj dužnosti na pravilnu primjenu materijalnog prava (neovisno o tome je li riječ o primjeni prisilnih ili dispozitivnih pravila) Novelom 2003. nije dirano (365/2).

⁷³ Usp. TRIVA, 578. Izloženi izvodi našli su svoju potvrdu i u judikaturi: Drugostupanjski sud nije ovlašten u povodu žalbe jednog od običnih suparničara ukinuti prvostupanjsku presudu i u odnosu na drugog takvog suparničara (VsH Gzz 40/86 - PSP 32/146). On je ovlašten ispitati i presudu u dijelu za koji je u žalbi navedeno da se napada, ali bez navođenja razloga (VsH Rev 80/91 - PSP 52/107). Uzima se da se žalba kojom se presuda pobija u pogledu glavnice odnosi i na odluku o kamatama, iako to u žalbi nije izričito navedeno (VsH Rev 2308/87 - PSP 44/171).

⁷⁴ VsH Rev 2582/88 - PSP 47/141.

⁷⁵ Usp. TRIVA, 564, 565.

Novelom 2003. brisana je odredba po kojoj je drugostupanjski sud bio dužan ukinuti presudu prvostupanjskog suda i predmet vratiti tom sudu na ponovno suđenje i kad stranka presudu nije pobijala zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ako bi se pri rješavanju o žalbi pojavila opravdana sumnja da su činjenice na kojima je utemeljena prvostupanjska presuda pravilno utvrđene (prijašnji 370/2). Time je drugostupanjski sud izgubio u odnosu na nepravilno utvrđeno činjenično stanje i posredna oficijozna ovlaštenja koja je do tada imao. Dakle, zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja drugostupanjski sud (više) ne pazi po službenoj dužnosti (*arg. a contrario ex* 365/2).

Novelom 2003. nisu dirana pravila po kojima drugostupanjski sud nije ovlašten zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja ispitivati, ni u povodu prijedloga žalitelja ni po službenoj dužnosti, prvostupanjsku presudu na temelju priznanja (v. par. 132/5), presudu na temelju odricanja (v. par. 132.a/5), presudu zbog izostanka (v. par. 133/4) te presudu u sporovima male vrijednosti (467). Tim su presudama dodane presuda na temelju nagodbe (322) i presuda zbog ogluhe (331.b).

IX. Odluke drugostupanjskog suda u povodu žalbe

1. Općenito

Novelom 2003. pravila o odlukama drugostupanjskog suda u povodu žalbe u osnovnoj strukturi nisu izmijenjena. Izmjene do kojih je došlo tiču se pretpostavaka za donošenje pojedinih vrsta odluka.

Žalbeni je sud najprije ovlašten donijeti odluke procesnog karaktera u obliku rješenja kojima će: (1) odbaciti žalbu kao nepotpunu, nepravovremenu ili nedopuštenu; (2) ukinuti prvostupanjsku presudu i vratiti predmet (istom ili drugom nadležnom) prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje; (3) ukinuti prvostupanjsku presudu i odbaciti tužbu. On je ovlašten donijeti i meritorne odluke u obliku presude kojima će (1) odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu te (2) preinačiti prvostupanjsku presudu. Drugostupanjski sud može odlučujući u povodu žalbe u pogledu različitih dijelova prvostupanjske presude donijeti i neke od odluka procesnog i meritornog karaktera. (366)

O više žalbi protiv jedne presude treba odlučiti jednom odlukom.⁷⁶

2. Odbacivanje žalbe

Ako nepotpunu, nepravovremenu ili nedopuštenu žalbu ne odbaci sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda, to je dužan učiniti drugostupanjski sud (vijeće, odnosno u sporovima male vrijednosti - sudac pojedinac) (358, 367, 467). Odbačenu žalbu treba tretirati kao da nije bila ni

⁷⁶ Usp. TRIVA, 580. Povreda toga pravila je bitna povreda - Ss Gzs 31/75 - ZSO 4/76-245; VsH II Rev 1011/79 PSP 16/194, cit. prema TRIVA, *op. et. loc. ult. cit.*

izjavljena. Stoga pravomoćnost i ovršnost prvostupanjske odluke nastupaju neovisno o toj žalbi.

Pogrešna uputa o roku za žalbu u pisanom otpravku odluke ne može ići na štetu stranke, pa stoga žalbu podnesenu u tom roku treba smatrati pravodobnom.⁷⁷

3. Odbijanje žalbe kao neosnovane i potvrđivanje prvostupanjske presude

Drugostupanjski sud će presudom odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu "kad ustanovi da ne postoje razlozi zbog kojih se presuda pobija, a ni razlozi na koje mora paziti po službenoj dužnosti" (368/1). Kritiku ovoga pravila da je žalbeni sud ovlašten odbiti žalbu ne tek kad ustanovi da ne postoje razlozi za njeno prihvaćanje, već i onda kad ne ustanovi da takvi razlozi postoje,⁷⁸ nije moguće do kraja prihvatiti. Naime, da bi drugostupanjski sud - u povodu nekih od razloga zbog kojih se žalba može izjaviti (pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, bitne povrede odredaba parničnog postupka) - mogao prihvatiti žalbu, dovoljno je da posumnja u to da su oni opravdani, da su dakle vjerojatni. To znači da on smije odbiti žalbu tek ako je siguran da ti razlozi ne postoje.

Novelom 2003. izrijekom je predviđeno da će drugostupanjski sud presudom odbiti žalbu kao neosnovanu i potvrditi prvostupanjsku presudu ako utvrdi da je prvostupanjski sud pogrešno primijenio materijalno pravo, ali da je pravilnom primjenom toga prava trebalo jednako odlučiti o tužbenom zahtjevu (368/2).

4. Ukidanje prvostupanjske presude i vraćanje predmeta prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje

Žalbeni sud je, prvo, dužan rješenjem ukinuti prvostupanjsku presudu i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje kad utvrdi da postoji neka bitna povreda odredaba parničnog postupka koja se može otkloniti u ponovnom postupku, kada zapravo ne postoje okolnosti koje imaju značenje procesne smetnje (369/1, 3), a nije (iznimno) ovlašten preinačiti pobijanu presudu. Takve bi bile sve relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka, a od apsolutnih sve osim povrede pravila u sudskoj nadležnosti (354/2.2), o procesnim smetnjama (354/2/9) te neotklonjive povrede pravila o stranačkoj i parničnoj sposobnosti i o zastupanju (354/2.8) (*arg. ex* 369/1-3). Nakon Novele 2003. drugostupanjski je sud dužan rješenjem ukinuti presudu prvostupanjskog suda i predmet vratiti na ponovno suđenje ako utvrdi da je prvostupanjskom presudom prekoračen tužbeni zahtjev na način da je odlučeno o nečem drugom, a ne o onome što je traženo (354/2.12; 369/3) (suđenje *extra petita*).

Žalbeni je sud, drugo, dužan ukinuti prvostupanjsku presudu i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje ako posumnja da su utvrđivane činjenice

⁷⁷ Usp. VsH Gzz 43/85 - PSP 29/151.

⁷⁸ Usp. TRIVA, 580, 581.

pogrešno utvrđene ili da neke bitne činjenice nisu uopće utvrđivane, zbog čega bi radi pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja trebalo održati novu glavnu raspravu pred prvostupanjским sudom (352, 370/1).

Svoju ocjenu o pogrešno i nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju drugostupanjский sud može formirati samo na temelju činjenica koje su iznesene i dokaza koji su predloženi tijekom prvostupanjского postupka. On je ne može utemeljiti na činjenicama i dokazima koji su po prvi put izneseni odnosno predloženi tek u žalbi jer se novote više ne mogu iznositi u tom pravnom lijeku (*arg. iz nov. 352/1*).

Nakon Novele 2003. drugostupanjский sud nije više ni dužan niti ovlašten ukinuti prvostupanjскую presudu i kad je stranka nije pobijala zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ako bi se pri rješavanju o žalbi pojavila opravdana sumnja da su činjenice na kojima je utemeljena prvostupanjская presuda pravilno utvrđene (prijašnji 370/2). Žalbeni sud može odlučivati samo na temelju činjenične i dokazne procesne građe koja je bila iznesena tijekom prvostupanjского postupka; u protivnom bi se pretvorio u sud prvog stupnja, protiv čije odluke o činjeničnom stanju više ne bi bilo nikakvog pravnog lijeka.⁷⁹

Ipak, budući da je prvostupanjский sud iznimno dužan po službenoj dužnosti utvrđivati činjenice i izvoditi dokaze kad posumnja da stranke neiznošenjem činjenica i nepredlaganjem dokaza idu za time da raspolažu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (3/3, 7/2), trebalo bi uzeti da bi drugostupanjский sud bio ovlašten ukinuti prvostupanjскую presudu i kad bi posumnjao da je u konkretnom slučaju trebalo po službenoj dužnosti utvrđivati neke činjenice odnosno izvoditi neke dokaze. Međutim, u takvom bi slučaju drugostupanjский sud prvostupanjскую presudu bio dužan ukinuti zbog apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka - zato što je prvostupanjский sud protivno odredbama zakona svoju odluku utemeljio na nedopuštenim raspolaganjima stranaka (354/2.4).

Kad ukine prvostupanjскую presudu zbog bitnih povreda procesnog prava, žalbeni sud je dužan u svom rješenju odlučiti o tome koje se provedene radnje, zahvaćene bitnom povredom, ukidaju (377). Odluka o ukidanju provedenih radnja ulazi u dispozitiv rješenja. Na radnjama zahvaćenim povredom prvostupanjский sud ne bi smio zasnovati svoju odluku ni kad one ne bi bile izričito ukinute. Kad bi to ipak učinio, on bi ponovo izvršio povredu zbog koje bi i ovu drugu presudu trebalo ukidati.⁸⁰

Ako se presuda ukine zbog nenadležnosti, predmet treba ustupiti drugom, nadležnom prvostepenom sudu (369/1). U svim ostalim slučajevima žalbeni sud može odrediti da se novi postupak vodi pred drugim sucem pojedincem odnosno pred vijećem istog prvostupanjского suda (371). Vijeće je novo ako u njemu nema niti jednog člana koji je sudjelovao u donošenju ukinute presude.⁸¹

⁷⁹ Usp. TRIVA, 581.

⁸⁰ Usp. TRIVA, 576, 577.

⁸¹ TRIVA, 582.

5. Ukidanje prvostupanjske presude i odbacivanje tužbe

Žalbeni sud dužan je ukinuti prvostupanjsku presudu i odbaciti tužbu ako utvrdi da je ta presuda donesena u stvari koja nije u sudskoj nadležnosti (354/2.2), u stvari o kojoj teče parnica koja je prije počela teći, ili koja je već pravomoćno presuđena ili u kojoj je zaključena sudska nagodba (354/2.9), odnosno u stvari u kojoj postoje neotklonjivi nedostaci stranačke i parnične sposobnosti, ili zastupanja (354/2.8) (369/2, 3).

6. Preinaka prvostupanjske presude

Žalbeni sud ovlašten je meritornom presudom preinačiti prvostupanjsku presudu u četiri različita slučaja. Oni se odnose na neke od svih triju vrsta povreda zbog kojih se presuda može pobijati (369, 373). U sva ta četiri slučaja drugostupanjski sud preinačujući presudu donosi na sjednici vijeća. Novelom 2003., kojom je napušten institut drugostupanjske rasprave, eliminiran je jedan od slučajeva u kojemu je po ranijem uređenju drugostupanjski sud mogao preinačiti prvostupanjsku presudu - ako bi sam održao raspravu i na njoj utvrđivao činjenice koje je već utvrđivao prvostupanjski sud, i to dokazima koje je već izvodio taj sud (prijašnji 373.1).

U pravu drugostupanjskog suda da u određenim slučajevima preinači prvostupanjsku presudu u povodu žalbe očituju se njegova revizijska ovlaštenja.⁸² Sama se preinaka sastoji iz ukidanja prvostupanjske presude, o čemu sud ne donosi posebnu odluku - i od donošenja nove meritorne odluke kojom se zamjenjuje prvostupanjska presuda.⁸³

Zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja žalbeni sud može prvostupanjsku presudu ukinuti u dva slučaja. Prvo, ako utvrdi da je prvostupanjski sud pogrešno ocijenio isprave ili posredno izvedene dokaze, a odluka prvostupanjskog suda bila je zasnovana isključivo na tim dokazima (373.1). Drugo, kad utvrdi da je prvostupanjski sud iz posredno važnih činjenica (indicija), koje je pravilno utvrdio, izveo (primjenom pravila iskustva), nepravilan zaključak o postojanju neposredno važnih činjenica, na kojima je zasnovana presuda (373.2).⁸⁴ U oba navedena slučaja drugostupanjski se sud nalazi u istom položaju prigodom utvrđivanja činjeničnog materijala kao i prvostupanjski sud, u oba slučaja drugostupanjski sud neće preinačujući prvostupanjsku presudu povrijediti načelo neposrednosti.⁸⁵

Zbog pogrešne primjene materijalnog prava žalbeni sud može preinačiti prvostupanjsku presudu samo ako utvrdi da je činjenično stanje u prvostupanjskoj

⁸² Usp. TRIVA, 582.

⁸³ Usp. TRIVA, 582.

⁸⁴ Usp. TRIVA, 582, 583.

⁸⁵ Usp. TRIVA, 583.

presudi pravilno utvrđeno (373.3). Ako je pogrešna primjena materijalnog prava posljedica nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja, drugostupanjski bi sud bio ovlašten preinačiti takvu prvostupanjsku presudu ako bi se kumulativno radilo o slučaju u kojemu je ovlašten preinačiti presudu zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja, dakle u kojemu je sam ovlašten revidirati utvrđenje prvostupanjskog suda o činjeničnom stanju.

Žalbeni je sud ovlašten preinačiti prvostupanjsku presudu i zbog jedne apsolutno bitne povrede - ako utvrdi da je njome prekoračen tužbeni zahtjev. Novele 2003. reformirano je odlučivanje drugostupanjskog suda u slučaju kad utvrdi da je prvostupanjskom presudom prekoračen tužbeni zahtjev. Ako utvrdi da je prvostupanjskom presudom prekoračen tužbeni zahtjev na način da je dosuđeno više od onoga što je traženo (suđenje *ultra petita*), drugostupanjski je sud dužan rješenjem ukinuti presudu prvostupanjskog suda u dijelu u kojem je prekoračen tužbeni zahtjev (nov. 369/2). Žalbeni sud u stvari ukida dio presude koji je donesen bez zahtjeva stranke, pa time presudu svodi u granice zahtjeva stranaka (2/1). Dio odluke koji ne predstavlja prekoračenje zahtjeva ostaje neizmijenjen. U ovom slučaju kvantitativnog prekoračenja zahtjeva preinaka je samo prividna.

Ako, međutim, drugostupanjski sud utvrdi da je prvostupanjskom presudom prekoračen tužbeni zahtjev na način da je odlučeno o nečem drugom, a ne o onome što je traženo (suđenje *extra petita*), drugostupanjski je sud dužan rješenjem ukinuti presudu prvostupanjskog suda i predmet vratiti na ponovno suđenje (nov. 369/3). Drugostupanjski sud, dakle, u slučaju tzv. kvalitativnog prekoračenja zahtjeva ima samo kasatorna ovlaštenja, a ne i revizijska kakva je (teorijski) imao prema uređenju prije Novele 2003. Do reduciranja ovlasti drugostupanjskog suda došlo je zbog toga što je ocijenjeno da bi se u slučaju kvalitativnog preinačenja presude strankama ograničavalo (zbog nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja), odnosno (u onim slučajevima u kojima revizija nije dopuštena) čak uopće i onemogućavalo pravo na pravni lijek protiv drugostupanjske preinačujuće presude, koja bi funkcionalno bila prvostupanjska odluka jer bi se tek njome po prvi put odlučilo o određenom tužbenom zahtjevu.

X. Zabrana reformacije in peius

Novelom 2003. nije se diralo u pravilo o zabrani reformacije in peius - žalbeni sud nije ovlašten preinačiti prvostupanjsku presudu na štetu stranke koja se žalila ako je samo ona izjavila žalbu (374). Ako su obje stranke izjavile žalbu, svaka protiv dijela u kome nije uspjela, te zabrane nema. Smatra se da to pravilo treba vrijediti i prilikom ponovnog (meritornog) suđenja nakon ukidanja napadane presude.⁸⁶

⁸⁶ Usp. TRIVA, 584.

XI. Obrazloženje drugostupanjske odluke

U obrazloženju svoje odluke drugostupanjski sud treba ocijeniti navode koji su od odlučujućeg značaja i označiti razloge koje je uzeo u obzir po službenoj dužnosti (375/1). Kad se prvostupanjska presuda ukida zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka, u obrazloženju treba navesti koje su odredbe povrijeđene i u čemu se one sastoje (375/2). Ako se prvostupanjska presuda ukida i predmet vraća prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje radi pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja, u obrazloženju drugostupanjske odluke treba navesti u čemu se sastoje nedostaci u utvrđivanju činjeničnog stanja, odnosno zašto su određene činjenice i dokazi važni i od utjecaja za donošenje pravilne odluke (375/3).

Novelom 2003. navedena su pravila o obrazloženju drugostupanjske odluke izmijenjena tek utoliko što je u stavku trećem riječ "nove" u sintagmi "nove činjenice i dokazi" zamijenjena riječju "određene". Ta je izmjena uvjetovana okolnošću da se u žalbi više ne mogu iznositi nove činjenice i novi dokazi, pa drugostupanjski sud, ako zaključi da je činjenično stanje nepravilno utvrđeno, može samo naznačiti zašto smatra da je ono tako utvrđeno s obzirom na činjenični i dokazni materijal koji je bio prikupljen tijekom prvostupanjskog postupka i što treba učiniti da se konstatirani nedostaci otklone.

XII. Dopunska drugostupanjska odluka

Novelom 2003. uveden je institut dopunske drugostupanjske odluke (377.a), kojim je popunjena do tada postojeća zakonska praznina. Time se htjelo odgovoriti i potrebama prakse, koja nije uspjela izgraditi ustaljena pravila o tom institutu, čak ni uz odgovarajuću primjenu pravila o dopunskoj presudi u prvostupanjskom postupku.

Premda se u naslovu iznad odredaba o tom novom institutu govori o dopunskoj drugostupanjskoj presudi, iz njih proizlazi da se one općenito tiču odluka koje je trebalo donijeti, a nisu donesene u povodu žalbe ili žalbi protiv određene odluke.

Dopunska drugostupanjska odluka može biti presuda, ili rješenje ili i jedno i drugo, već prema tome kako bi u povodu određenog pravnog lijeka ili određenih pravnih lijekova *in concreto* trebalo odlučiti.

Da bi se donijela dopunska drugostupanjska odluka, potrebno je:

- (1) da je protiv prvostupanjske presude podnesena jedna žalba ili više žalbi;
- (2) da je drugostupanjski sud u povodu tih pravnih lijekova donio odluku;
- (3) da je prigodom donošenja te odluke drugostupanjski sud propustio (3.1) odlučiti o svim dijelovima presude koji se (izrijekom ili presumirano) pobijaju žalbom, ili (3.2) donijeti sve odluke koje je odbacujući odnosno odbijajući ili prihvaćajući žalbu trebalo donijeti, ili (3.3) odlučiti u povodu neke ili nekih od više izjavljenih žalbi. Ne bi bilo bitno je li propust drugostupanjskog suda nehotičan ili namjeran - bilo bi relevantno samo to je li do njega došlo ili nije, jer drugostupanjski sud nije ovlašten donijeti djelomičnu odluku (v. *ad*).

- (4) da je žalitelj (koji je za to legitimiran i koji za to ima pravnog interesa - *arg. iz 358/3*), u roku od petnaest dana od dostave drugostupanjske odluke predložio drugostupanjskom sudu da svoju odluku dopuni (*377.a/1*).

Protivna stranka nije ovlaštena predložiti donošenje dopunske drugostupanjske odluke jer zato nema pravnog interesa. Naime, ako žalitelj ne predloži njeno donošenje, treba uzeti da je (parcijalno) odustao od izjavljene žalbe. Zbog toga bi pobijana presuda, povoljna za protivnika, u tom dijelu postala pravomoćna. Jedinstvenom suparničaru i umješaču treba priznati pravo na podnošenje takvog prijedloga (*arg. iz 201, 208*).

Prijedlog za donošenje dopunske drugostupanjske odluke ne može se podnijeti zato što drugostupanjski sud nije odlučio o svim razlozima zbog kojih je žalba izjavljena ili na koje je bio dužan paziti po službenoj dužnosti (*377.a/2*). Propusti te vrste mogu se eventualno koristiti kao razlog za pravni lijek protiv drugostupanjske odluke.

Prijedlog za donošenje dopunske odluke podnosi se prvostupanjskom sudu, koji ga je dužan bez odgode zajedno sa spisom proslijediti drugostupanjskom sudu (*377.a/3*). Ako je u povodu krnje drugostupanjske odluke potrebno iznova provesti postupak pred prvostupanjskim sudom, prvostupanjski sud je dužan drugostupanjskom sudu prijedlog za donošenje dopunske odluke dostaviti zajedno s prijepisom spisa (*377.a/4*).

Na postupak u povodu prijedloga za donošenje drugostupanjske dopunske odluke na odgovarajući se način primjenjuju pravila o dopunskoj presudi u prvostupanjskom postupku (*339-341, 377.a/5; v. par. 130*). Polazeći od te odredbe trebalo bi uzeti da bi za taj postupak vrijedila ova pravila:

- (1) smatralo bi se da je žalitelj odustao u cijelosti ili djelomično od izjavljene žalbe ako ne bi uopće ili ne bi u roku predložio donošenje dopunske drugostupanjske odluke (*arg. 339/2, 349/2*);
- (2) nepravovremeni prijedlog bio bi dužan odbaciti sudac pojedinac odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskog suda (*arg. iz 339/3*), odnosno drugostupanjski sud, ako bi prvostupanjski sud to propustio učiniti (*arg. iz 366/1*);
- (3) neosnovani prijedlog bilo bi ovlašteno odbiti drugostupanjsko vijeće (*arg. 339/3, 366/1*);
- (4) u povodu pravovremenog i osnovanog prijedloga sudac izvjestitelj drugostupanjskog suda, ako ocijeni da je to potrebno radi donošenja dopunske drugostupanjske odluke, bio bi ovlašten pribaviti izvještaj o povredama postupka i zatražiti da se radi utvrđivanja tih povreda provedu izviđaji (*arg. 361/3*);
- (5) ako bi uz prijedlog za donošenje dopunske drugostupanjske odluke bila izjavljena i revizija protiv krnje presude, spis bi trebalo umnožiti i u povodu svakog od tih pravnih sredstava provesti odvojeni postupak (*arg. iz 341/1*);
- (6) ako bi žalitelj izjavio reviziju samo zbog razloga zbog kojih se može podnijeti prijedlog za donošenje dopunske drugostupanjske odluke, u

- povodu takve bi revizije trebalo postupiti kao u povodu prijedloga za donošenje dopunske drugostupanjske odluke (*arg. iz 341/2*);
- (7) Drugostupanjski sud ne bi bio vezan prijedlogom žalitelja u pogledu vrste dopunske odluke koju bi trebao donijeti (*arg. iz 366/2*).

XIII. Zaključne napomene

Izloženi relativno cjeloviti prikaz žalbe protiv presude prema novom uređenju toga instituta pokazuje da Novelom 2003. nije bitnije reformiran taj institut, da je pretežnim dijelom zakonodavnih intervencija on tek revidiran u pojedinostima radi povećanja njegove opće funkcionalnosti i efikasnosti, odnosno radi usklađivanja sa zahtjevima što ih postavljaju neka temeljna procesna ustavna prava. Ipak, sve te izmjene zajedno kvalitativno drukčije dimenzioniraju institut. Pritom, najznačajnije izmjene povezane su sa zabranom iznošenja novih činjenica i novih dokaza u žalbi. Treba očekivati da će izmjene i dopune unesene Novelom 2003. relativno jednostavno biti shvaćene i savladane u praksi, odnosno da neće biti praćene poteškoćama, barem u početnoj fazi, u njihovoj primjeni.

Summary

APPEAL AGAINST JUDGEMENT UNDER AMENDMENTS OF 2003 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

The Law on Revisions and Amendments of the Code of Civil Procedure of 2003 (Amendment 2003) has revised many details of appeal against judgment in civil procedure, and thus the institute itself can be understood as qualitatively different than appeal under former regulation. The article intends to give a systematic and thorough view of this new regulation, emphasizing novelties that have been introduced by Amendment 2003 and explaining their motives and significance.

Key words: *appeal, important violation of procedure, wrongly and incompletely established state of facts, wrong application of material law, decisions of court of second instance.*

Zusammenfassung

BERUFUNG GEGEN URTEILE NACH DER NOVELLE DES GESETZES ZUM PROZESSUALEN VERFAHREN AUS DEM JAHRE 2003

Durch das Gesetz über Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes zum Prozessverfahren aus dem Jahre 2003 (Novela 2003) wird das Institut Berufung gegen Urteile im Prozessverfahren in vielen Einzelheiten revidiert, so dass anzunehmen ist, dass es auf qualitativ andere Weise als in der frühen Regulierung dimensioniert ist. In der Arbeit wird versucht einen systematischen und vollständigen Überblick über die neue Regulierung des Instituts zu geben mit Betonung der Neuigkeiten, die durch die Novelle 2003 eingebracht werden und Erklärung ihrer Motive und Bedeutung.

Schlüsselwörter: *Berufung, wesentliche Verletzung des Verfahrens, falsche und unvollständig Feststellung des Tatbestandes, falsche Anwendung des materiellen Rechts, Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz.*

Sommario

RICORSO CONTRO LA SENTENZA SECONDO LA NOVELLA DELLA LEGGE SUL PROCESSO CIVILE DEL 2003

La Legge sulle modifiche e integrazioni della Legge sul processo civile del 2003 (Novella 2003) ha rivisto in molti particolari l'istituto del ricorso contro la sentenza nel processo civile, così esso può essere considerato come qualitativamente differente dal modo in cui era secondo la regolamentazione precedente. Nel lavoro si cerca di fornire uno sguardo complessivo e sistematico di questa nuova disciplina dell'istituto accanto all'accentuazione delle novità che sono state introdotte dalla Novella 2003 e alla spiegazione dei loro motivi e significati.

Parole chiave: *ricorso, violazione sostanziale del procedimento, errato e incompleto accertamento dello stato di fatto, errata applicazione del diritto sostanziale, decisioni del tribunale di secondo grado.*

DENACIONALIZACIJA – PRAVA I OVLAŠTENICI

Dr. sc. Petar Simonetti, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.232.1
339.13.025.88
Ur.: 2. prosinca 2002.
Pr.: 13. siječnja 2003.
Izvorni znanstveni članak

Ustav Republike Hrvatske koji je zajamčio pravo vlasništva i njegovu nepovredivost, abrogirajući sustav društvenog vlasništva i pravne osnove prisilnog prijenosa privatne imovine (prava vlasništva) u društveno vlasništvo, prešutno je obvezao Republiku Hrvatsku da propiše pretpostavke za restituciju imovine (prava vlasništva) oduzete u vremenu od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991. Ovo se odnosi i na imovinu koja je bila oduzeta aktima okupatorskih vlasti ili njihovih pomagača ili je bila prisilno otuđena ili napuštena od 6. travnja 1941. do 15. svibnja 1945., a nije vraćena vlasnicima ili njihovim nasljednicima poslije 15. svibnja 1945.

Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, koji je stupio na snagu 1. siječnja 1997., reducirao je predmet naknade samo na oduzete nekretnine, koje postoje u naravi 11.10.1996., uključujući brodove i brodice (koji se po zakonu smatraju nekretninama), a od oduzetih pokretnih stvari predmet naknade su samo one koje imaju kulturnu, umjetničku ili povijesnu vrijednost. Izgrađeno zemljište samo iznimno je predmet naknade, a kupci društvenih stanova stekli su pravo suvlasništva na to zemljište bez naknade. Autor se zalaže da se de lege ferenda restituira pravo vlasništva tradicionalnih zemljišnih i njima sličnih zajednica, te krajiških imovnih općina i užitnička prava (usporediva s pravom plodouživanja i pravom uporabe) njihovih članova jer smatra da sadašnje zakonsko rješenje nije u skladu s Ustavom.

Restitucija prava vlasništva oduzetih nekretnina ograničena je stečenim pravima drugih osoba, odnosno javnim interesom koji se shvaća vrlo široko, tako da se ne vraćaju nekretnine oduzetih poduzeća ili koje su unijete u imovinu društvenih poduzeća u postupku pretvorbe (privatizacije), kao ni stanovi koje su otkupili stanari.

Prijašnjem vlasniku neizgrađenog građevinskog zemljišta, odnosno njegovim pravnim sljednicima, vraća se pravo vlasništva ako zemljište nije privedeno namjeni, kao što se vraća i poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište te poslovne zgrade i poslovni prostori, sve to uz velika zakonska ograničenja (članak 1. stavak 3., te članci 52-56.).

Za nekretnine koje se ne vraćaju daje se naknada u vrijednosnim papirima (članak 19. stavak 2. i 20. stavak 3., 28., 44. i 45.) i samo iznimno djelomično u novcu (članak 28. stavak 3. – 25% za stanove i u slučaju nagodbe - članak 8.). Ovlaštenik prava na naknadu je prijašnji vlasnik, odnosno njegov nasljednik prvog nasljednog reda (bračni drug i djeca te ostali potomci po pravu predstavljanja) do noveliranog Zakona ako su imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. kada je donijet Zakon o naknadi; po noveliranom Zakonu to pravo pripada i stranim državljanima (fizičkim osobama). Po mišljenju autora nemaju pravo na naknadu oni zakonski nasljednici koji su po zakonu nedostojni za nasljeđivanje prijašnjeg vlasnika.

Autor smatra da se odredbe o nasljeđivanju mogu integralno primijeniti samo ako je prijašnji vlasnik koji je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. doživio 1. siječnja 1997., odnosno prijašnji vlasnik novi ovlaštenik – 5. srpnja 2002. U protivnom zakonski nasljednik stječe pravo na naknadu ex iure proprio. Odredba Zakona o naknadi koja isključuje ostale zakonske nasljednike (nasljedne redove) iz kruga potencijalnih ovlaštenika prava na naknadu a time i oporučno raspolaganje, nasuprot gledištu Ustavnog suda RH (21. travnja 1999.), po mišljenju autora u sukobu je s ustavnim jamstvom nasljeđivanja (članak 48. stavak 4.) i načelom jednakosti pred zakonom (članak 14. stavak 2.).

Ustavni sud RH ukinuo je zakonsku odredbu koja je lišavala prava na naknadu stranu fizičku osobu (članak 9. stavak 1. i 11. stavak 1.) jer Ustav svima jamči stečeno pravo vlasništva (članak 3., 48. stavak 1. i 50. stavak 1.), pa time i pravo vraćanja oduzetog vlasništva ili protunaknadu u drugom obliku. Stranci su u noveliranom Zakonu glede svih prava izjednačeni s domaćim državljanima. Po mišljenju autora ipak strancima se ne može vratiti pravo vlasništva na nekretninama koje po drugim zakonima ne mogu biti u njihovom vlasništvu (npr. na nekretninama na području od interesa i sigurnosti Republike Hrvatske) ili na njima ne mogu steći pravo vlasništva (npr. na poljoprivrednom zemljištu). Time se ne isključuje mogućnost drukčijeg uređenja prava na naknadu međudržavnim sporazumom između RH i druge države, a postojeći međudržavni sporazumi ostaju na snazi kao lex specialis. Ako, međutim, nije plaćena naknada po međunarodnom sporazumu na koju je imao pravo prijašnji vlasnik – on će, ako je sada i hrvatski državljanin (dvojno državljanstvo), moći tražiti naknadu po Zakonu o naknadi; strani državljanin će imati to pravo ako mu ga prizna eventualni novi međudržavni sporazum. Prijelazne odredbe novoga Zakona pokreću značajna procesnopravna pitanja iako samo djelomično rješavaju sukobe prava između ovlaštenika prava na naknadu po dosadašnjem Zakonu i onih koji su to svojstvo stekli noveliranim Zakonom.

Ključne riječi: *naknada, restitucija, ovlaštenici, strane osobe, ocjena ustavnosti, novelirani Zakon.*

Sadržaj: 1. Uvod. 2. Ustavna osnova za vraćanje oduzete imovine ili za naknadu tržišne vrijednosti, 2.1. Ograničenje vraćanja oduzete imovine “u naravi” (restitucije prava vlasništva). 3. Pravo na naknadu za oduzetu imovinu, 3.1. Zakonski naziv “imovina”, 3.2. Predmet naknade, 3.2.1. Naknada za izgrađeno građevinsko zemljište, 3.2.1.1. Naknada za izgrađeno građevinsko zemljište koje je pripadalo oduzetom poduzeću, 3.2.2. Naknada za oduzete pokretne stvari, 3.2.3. Stvari i prava koje nisu predmet naknade, 3.2.3.1. Nisu predmet naknade nekretnine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina, kao ni užitnička prava na tim nekretninama koja su pripadala njihovim članovima (fizičkim osobama), 3.2.3.2. Užitnička prava članova zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina, 3.2.3.3. Kritika zakonskog rješenja, 3.2.3.4. Moguće rješenje de lege ferenda, 3.2.4. Oživljavanje hipoteke na nekretnini koja je bila oduzeta, 3.3. Oblici naknade, 3.4. Nagodba o naknadi, 3.5. Pravo na naknadu kao potestativno pravo, 3.6. Pravo na utvrđeni oblik naknade. 4. Zakonske pretpostavke prava na naknadu za oduzetu imovinu, 4.1. Određena pravna osnova oduzimanja imovine, 4.1.1. Nisu predmet naknade nekretnine eksproprijirane nakon 20. ožujka 1978., 4.2. Oduzimanje imovine na teritoriju Republike Hrvatske, 4.3. Postojanje u naravi oduzete imovine na dan 11. listopada 1996. 5. Ovlaštenici prava na naknadu za oduzetu imovinu, 5.1. Prijašnji vlasnik, 5.1.1. Fizičke osobe, 5.1.1.1. Hrvatski državljanin, 5.1.1.2. Prava zakonskih nasljednika prijašnjih vlasnika, 5.1.1.2.1. Stjecanje prava na naknadu nasljeđivanjem ili izvorno (*ex iure proprio*), 5.1.1.3. Iznimke od prava nasljeđivanja, 5.1.1.4. Nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika, 5.1.1.4.1. Nasljeđivanje na osnovi prava predstavljanja, 5.1.1.4.2. Nasljeđivanje realiziranog prava na naknadu, 5.1.1.5. Sporazumno određivanje ovlaštenika prava na naknadu i njihovih udjela, 5.1.1.6. Oporučni nasljednik, 5.1.1.7. Ratio legis i ustavnost ograničenja kruga ovlaštenika prava na naknadu, 5.1.1.7.1. Stanovište Ustavnog suda Republike Hrvatske da ograničenje kruga ovlaštenika prava na naknadu nije protivno Ustavu, 5.1.1.7.2. Kritika gledišta Ustavnog suda Republike Hrvatske, 5.1.2. Pravne osobe, 5.1.3. Strane osobe, 5.1.3.1. Ustavnost odredaba o isključivanju stranih osoba od prava na naknadu za oduzetu imovinu, 5.1.3.1.1. Odluka i rješenje Ustavnog suda o ukidanju zakonskih odredbi koje diskriminiraju strane fizičke osobe, 5.1.3.1.2. Osvrt na gledište Ustavnog suda Republike Hrvatske o budućem uređenju vraćanja oduzetih nekretnina stranim fizičkim osobama, 5.1.3.2. Prava stranih fizičkih osoba po noveliranom Zakonu o naknadi, 5.1.3.2.1. Isključenje restitucije prava vlasništva na određenim nekretninama. 6. Osnove isključenja prava na naknadu za oduzetu imovinu, 6.1. Pravo na naknadu riješeno međudržavnim sporazumom, 6.1.1. Isključenje prava na naknadu po noveliranom Zakonu o naknadi, 6.2. Pravo na naknadu “riješeno na drugi način”. 7. Prekluzivni rok u kome novi ovlaštenici mogu podnijeti zahtjev za naknadu. 8. Primjena noveliranog Zakona.

1. Uvod

U prvim godinama nakon Drugog svjetskog rata provedene su u Jugoslaviji radikalne mjere “ekspropriacije ekspropriatora” s ciljem razvlaštenja vlasnika sredstava za proizvodnju na osnovi konfiskacije imovine “narodnih neprijatelja”, propisa o agrarnoj reformi i o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća, nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta i drugih propisa o oduzimanju prava vlasništva radi prijenosa u društveno vlasništvo (općenarodnu imovinu).^{1,2} Podruštvoavljenje građevinskog zemljišta nastavlja se kao permanentna mjera jer po Ustavu SFRJ, od 21. veljače 1974. (članak 81. stavak 1.), odnosno Ustavu SRH od 22. veljače 1974. (članak 112. stavak 1.), na građevinskom zemljištu u gradovima i naseljima gradskog karaktera te drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju ne može postojati pravo privatnog vlasništva.

Stvoren je fond općenarodne imovine u vlasništvu svemoćne države, sukladno Ustavu FNRJ, od 31. siječnja 1946. (članak 14. i 16.), a općenarodna imovina je kasnije transformirana u društveno vlasništvo na temelju Ustavnog zakona iz 1953.³

Ustav RH od 22. prosinca 1990. ukida društveno vlasništvo i uspostavlja vlasničkopravni sustav jamčeci pravo vlasništva i nasljeđivanja bez kvantitativnih ograničenja (članak 48. stavak 1. i 4. i članak 3.). Nepovredivost prava vlasništva uzdignuta je među najviše vrednote ustavnog poretka. U cilju restitucije prava vlasništva na nekretninama koje su bile prisilno prenijete u društveno vlasništvo⁴ donijet je Zakon o zabrani prijenosa,^{5,6} koji je stupio na snagu na dan proglašenja Ustava Republike Hrvatske – 22. prosinca 1990. Republika Hrvatska nije stekla pravo vlasništva na oduzetim nekretninama (i pokretnim stvarima) po osnovi

¹ Ustav FNRJ od 31. siječnja 1946. godine jamčeci pravo vlasništva i privatnu inicijativu u privredi (čl. 18. st. 5.) propisao je: “Privatno vlasništvo može se ograničiti ili ekspropriirati, ako to traži opći interes, ali samo na temelju zakona. Zakonom će se odrediti u kojim će se slučajevima i u kojoj visini dati naknada vlasniku.” Pod istim uvjetima mogu se zakonom nacionalizirati pojedine privredne grane ili poduzeća, ako to traži opći interes (čl. 18. st. 6.). U članku 19. propisano je: “Zemlja pripada onima koji je obrađuju. (2) Zakon određuje može li i koliko zemlje imati ustanova i osoba koja nije zemljoradnik. (3) Ne može biti velikih zemljišnih posjeda u privatnim rukama ni na kom temelju (4) Maksimum privatnog zemljišnog posjeda određuje zakon.

² Vidi zakone i podzakonske propise o oduzimanju prava vlasništva navedene u čl. 2. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN, br. 92/96.

³ Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja Federativne Narodne Republike Jugoslavije i saveznih organa vlasti, od 13. siječnja 1953.; o društvenom vlasništvu i samoupravljanju proizvođača u privredi po Ustavnom zakonu vidjeti: Đorđević, J., Ustavno pravo Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1953., str. 95-114. Ustavni zakon, doduše, zadržava sintagmu “općenarodna imovina” (čl. 14., 16. itd.), ali Zakon o prometu zemljišta i zgrada, koji je donijet 11. lipnja 1954. godine (Sl. list FNRJ, br. 26/54.), a stupio je na snagu 1. srpnja 1954. godine, upotrebljava isključivo sintagmu “društveno vlasništvo”, kao i svi drugi potonji zakoni te Ustav SFRJ od 7. travnja 1963. i od 21. veljače 1974.

⁴ Crnić, J., Kako vratiti oduzeto nacionalizacijom, konfiskacijom i agrarnom reformom..., Narodne novine, Zagreb, 1991.

sukcesije (*iure successionis*) SFRJ ili SRH, jer Ustav Republike Hrvatske u načelu abrogira sve pravne osnove oduzimanja prava vlasništva i prisilnog prijenosa stvari u društveno vlasništvo. Republika Hrvatska po zakonu stječe pravo vlasništva na oduzetoj imovini (stvarima) samo u slučaju kada nema ovlaštenika prava na naknadu ili ako ovaj ne podnese u zakonskom roku zahtjev za restituciju ili za naknadu oduzete imovine ili ako zahtjev za naknadu bude pravomoćno odbijen “ako zakonom nije drugačije propisano” (članak 77. ZN-a).⁷

Republika Hrvatska ne daje pravo vlasništva ovlaštenicima prava na naknadu, jer ono što njima pripada nije mogla ona steći kao pravna osoba, već je Država kao nositelj zakonodavne vlasti bila dužna propisati zakonske pretpostavke i postupak za vraćanje oduzetog prava prijašnjim vlasnicima i njihovim nasljednicima, bez obzira da li se oduzete nekretnine (i pokretne stvari) nalaze u njenom posjedu kao pravne osobe ili u posjedu drugih osoba koje nisu stekle pravo vlasništva po zakonitoj osnovi do stupanja na snagu propisa o zabrani prijenosa prava vlasništva na tim stvarima, ili iznimno nakon toga (članak 5. Zakona o zabrani prijenosa), ili po osnovi zakonskih propisa o pretvorbi društvenog vlasništva. Ovo načelo je grubo narušeno pretvorbom društvenog vlasništva na nekretninama koje su bile prisilno prenijete u društveno vlasništvo (općenarodnu imovinu). Time je isključena restitucija prava vlasništva i na nekretninama koje nisu bile prenijete u vlasništvo drugih osoba do zabrane prijenosa.

Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske, od 21. travnja 1999.,⁸ bile su ukinute odredbe Zakona o naknadi za oduzetu imovinu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine koje diskriminiraju prijašnje vlasnike - fizičke osobe i njihove pravne sljednike koji nemaju hrvatsko državljanstvo na dan donošenja Zakona 11. listopada 1996. (članak 9. stavak 1. i članak 11. stavak 1. i 2.), te u vezi s tim odredbe o prekluzivnom roku za podnošenje zahtjeva za naknadu (članak 65. stavak 3. i 4.), kao i odredbe o pravu prvokupa prijašnjeg vlasnika stanova u slučaju daljnjeg stvarnopravnog raspolaganja otkupljenim stanom (članak 29. stavak 1.).⁹ Ostali su zahtjevi odbijeni jer Ustavni sud nalazi da osporavane odredbe nisu u sukobu s Ustavom, a među njima najvažnije mjesto zauzimaju odredbe o ograničenju

⁵ Zakon o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike odnosno u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba, NN, br. 53/90., 61/91., 25/93. i 70/93.

⁶ Šire o tome: Žuvela, M., Zbirka osnovnih propisa iz područja vlasničkopravnih odnosa, Informator, Zagreb, 1995., str. 188-192.

⁷ Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN, br. 92/96., 39/99., 42/99. ispr., 92/99., 43/00., 131/00., 27/01., 65/01., 118/01., 80/02. i 81/02. ispr. (u daljnjem tekstu: Zakon o naknadi ili ZN).

⁸ Odluka i rješenje br.: U-I-673/1996 i dr. objavljena u NN, br. 39/99., Bagić, S., Naknada za oduzete stanove – Još o pravu prvokupa u korist prijašnjeg vlasniku, u članku: Denacionalizacija, aktualna pitanja hrvatskog zakonodavstva, Godišnjak, br. 5, Zagreb, 1998., str. 411-414.

⁹ Odluka i rješenje USRH, U-I-673/96 i dr. od 21. travnja 1999. objavljene u NN, br. 39/99. Vidi: Kačer, H., Pravo prvokupa u korist prijašnjih vlasnika prema Zakonu o naknadi..., Godišnjak br. 4, Zagreb, 1997., str. 399-417.

kruga ovlaštenika prava na naknadu na prvi nasljedni red, tj. na potomke prijašnjeg vlasnika i njegovog bračnog druga. Ovom odlukom bilo je određeno da ukinute odredbe “prestaju važiti stupanjem na snagu zakona kojim će Hrvatski državni sabor donijeti nove odredbe umjesto ukinutih, a najkasnije u roku od jedne (1) godine od dana objave ove odluke i rješenja u Narodnim novinama” (t. 3. izreke odluke), tj. od 23. travnja 1999. Po prijedlogu Vlade RH, kao predlagača “novih odredbi”, Ustavni sud je u nekoliko navrata produžavao taj rok svaki puta po šest mjeseci.¹⁰ Napokon, Vlada RH je podnijela Konačni prijedlog¹¹ ZID Zakona o naknadi... Hrvatskom saboru 29. studenog 2001.,¹² koji je u Saboru registriran pod oznakom: “Prijedlog Zakona broj 286”. Taj Konačni prijedlog znatno je proširio granice izmjena i dopuna Zakona u odnosu na one koje proizlaze iz navedene odluke Ustavnog suda RH. O Konačnom prijedlogu vodila se temeljita rasprava na sjednici Hrvatskog sabora u prosincu 2001. godine. U toj raspravi iznijete su mnoge primjedbe na Konačni prijedlog i predložene još šire izmjene i dopune Zakona.¹³ Zbog toga je došlo do još jednog produženja roka od šest mjeseci za donošenje Zakona¹⁴ koji je istekao 30. lipnja 2002. Vlada je, međutim, 27. lipnja 2002. povukla “iz procedure Konačni prijedlog... od 29. studenog 2001.” i predložila novi Konačni prijedlog ZID ZN-a,¹⁵ koji je uglavnom sveden u granice odluke Ustavnog suda RH. Međutim, taj prijedlog je na sjednici Odbora za zakonodavstvo Hrvatskog sabora, od 2. srpnja 2002. radikalno izmijenjen u dijelu kojim se određuje krug ovlaštenika prava na naknadu po državljanskoj pripadnosti, te je taj izmijenjeni Prijedlog¹⁶ usvojen na sjednici Hrvatskog sabora 5. srpnja 2002. donošenjem ZID Zakona o naknadi (nadalje ZID ZN).^{17,18}

Po noveliranom Zakonu u načelu svi prijašnji vlasnici – fizičke osobe imaju jednako pravo na naknadu za oduzetu imovinu, bez obzira na državljansku pripadnost, ako njihovo pravo na naknadu nije uređeno međudržavnim ugovorom. Mogući

¹⁰ NN, br. 92/99., 43/00., 27/01. i 65/01.

¹¹ Konačnom prijedlogu je prethodio Prijedlog ZID ZN-a od 9. ožujka 2001., klasa: 943-01/01-01/01; Urbr.: 5030109-01-3., registriran u Hrvatskom Saboru pod br. 241.

¹² Akt Vlade RH, klasa: 943-01/01-01/01; Urbr.: 5030109-01-12 koji je potpisao predsjednik Vlade.

¹³ Vidi zapisnik sa sjednice Hrvatskog sabora.

¹⁴ NN, br. 118/01.

¹⁵ Akt Vlade RH, klasa: 943-01/01-01/01, Urbr.: 5030109-02-04 od 27. lipnja 2002. koji je potpisao predsjednik Vlade.

¹⁶ Pod brojem 286/1, klasa 943-01/01-01/02.

¹⁷ Koji je istog dana proglašen, objavljen i stupio na snagu, NN, br. 80/02., ispr. 81/02.

¹⁸ Na istoj sjednici Hrvatskog sabora usvojen je zaključak kojim se obvezuje Vlada RH “da u roku od šest mjeseci Hrvatskom saboru dostavi prijedlog cjelovitog zakona kojim će se temeljem do sada provedenih rasprava predložiti rješenja povrata i obeštećenja bivših vlasnika za oduzetu imovinu”; cit. prema Crnić, J., *Primjena Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine*, Informator, br. 5050-5051, od 31. srpnja i 3. kolovoza 2002.

su zbog toga sukobi prava između dosadašnjih ovlaštenika prava na naknadu i novih ovlaštenika pa je nužno identificirati te dvije skupine u svim mogućim hipotezama. Zato se moraju iscrpno razmotriti sve pretpostavke stjecanja prava na naknadu s obzirom na državljansku pripadnost po dosadašnjem zakonu i po noveliranom zakonu. Ovo utoliko prije što strani državljani neće moći konkurirati s domaćim državljanima u zahtjevu za restituciju prava vlasništva na one nekretnine koje ne mogu biti u vlasništvu stranaca (npr. nekretnine na isključenom području i poljoprivredno zemljište) i u slučaju da je pravo na naknadu određeno među-državnim sporazumom, a tu naknadu nije isplatila strana država (članak 51. stavak 3. ZN-a). ZID ZN propisuje prekluzivni rok od šest mjeseci, koji teče od 5. srpnja 2002., u kome novi ovlaštenici prava na naknadu i oni s prebivalištem na ranije okupiranim područjima Republike Hrvatske, odnosno na područjima pod upravom UNTAES-a, mogu podnijeti zahtjev za naknadu, a započeti postupci, koji nisu pravomoćno dovršeni, dovršit će se po odredbama ovog zakona (članak 11.) te će se na zahtjeve “podnesene do dana stupanja na snagu ovoga Zakona primijeniti odredbe ovoga Zakona” (članak 12.). Brisane su odredbe o prethodnom nadzoru (članak 70. ZN-a), a predmeti dostavljeni nadležnom ministarstvu i državnom odvjetništvu po odredbama o prethodnom nadzoru vraćaju se prvostupanjskom tijelu radi dostavljanja prvostupanjskog rješenja strankama (članak 10. stavak 1.), osim onih u kojima je državno odvjetništvo podnijelo prijedlog do 5. srpnja 2002. nadležnom ministarstvu za poništenje prvostupanjskog rješenja koje će to ministarstvo riješiti u roku od 30 dana od stupanja na snagu ovoga Zakona (članak 11. stavak 2.). ZID ZN-om brisane su odredbe o pravu prvokupa prijašnjeg vlasnika stana (članak 4.), a modificirane su u nomotehničkom smislu odredbe o pravu prvokupa najmoprimca (članak 5.).¹⁹

U ovom se članku raspravlja o ustavnoj utemeljenosti odredaba o denacionalizaciji, načelno o pravima na naknadu za oduzetu imovinu, iscrpnije o ovlaštenicima prava na naknadu u svjetlu odredbi koje proširuju krug tih osoba na strane državljane i kritički o ograničenju kruga ovlaštenika prava na naknadu na prvi nasljedni red.

O denacionalizaciji pojedinih kategorija nekretnina, uključujući i poduzeća i o postupku denacionalizacije raspravlja se u drugim radovima na koje se pozivamo na odgovarajućim mjestima u ovom članku.

2. Ustavna osnova za vraćanje oduzete imovine ili za naknadu tržišne vrijednosti

Ustav Republike Hrvatske jamči pravo vlasništva (članak 48. stavak 1.) bez kvantitativnih ograničenja, uzdižući nepovredivost prava vlasništva među najviše

¹⁹ Crnić, J., op. cit.; Peček, R., *Novela Zakona o naknadi za oduzetu imovinu*, Informator, br. 5048-5049, od 24. i 27. srpnja 2002.

vrednote ustavnog poretka (članak 3.);²⁰ jamči i pravo nasljeđivanja (članak 48. stavak 4.); proglašava poduzetničku i tržišnu slobodu temeljima gospodarskog ustroja Republike (članak 49. stavak 1.). Ustav na taj način abrogira ustanovu društvenog vlasništva i pravne osnove razvlaštenja, tj. oduzimanja prava vlasništva u bivšoj državi po različitim osnovama bez naknade ili uz simboličnu naknadu radi prijenosa u društveno vlasništvo. Time je, po našem mišljenju, položena ustavno-pravna osnova za uklanjanje učinaka akata oduzimanja imovine *pro futuro*, a to znači - za zakonsko uređenje vraćanja (restitucije) imovine odnosno prava vlasništva na postojećim stvarima koje su njihovim vlasnicima bile oduzete po različitim pravnim osnovama ili bez pravne osnove i prenijete u društveno vlasništvo,²¹ odnosno za davanje naknade ako je vraćanje nemoguće ili je restitucija prava vlasništva po zakonu isključena “u interesu Republike Hrvatske”²² ili zbog zaštite stečenih prava drugih osoba²³ (čl. 388. st. 2. i 389. ZV-a).²⁴

2.1. Ograničenje vraćanja oduzete imovine “u naravi” (restitucije prava vlasništva)

Nemoguće je vraćanje prava vlasništva na oduzetoj stvari ako je ona propala. Nekretnine po pravilu ne propadaju. Ako je propala zgrada ili druga građevina, nije propala nekretnina jer je zemljište ostalo. U tom slučaju, sa stanovišta pravnog dualiteta nekretnina,²⁵ propala je samo jedna nekretnina, ali je druga - ostala. Iznimno propada i druga nekretnina – zemljište, i to: faktički npr. zbog potapanja zemljišta vodenom akumulacijom, promjenom toka rijeke, prokopavanjem kanala i sl.; pravno: stavljanjem zemljišta izvan pravnog prometa (*extra commercium*). Sa stanovišta pravnog jedinstva nekretnina propašću zgrade samo se umanjuje vrijednost nekretnine, ali njen identitet ostaje.

²⁰ Vidi o zaštiti vlasništva u članku 1. stavak 1. Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Pariz, 20. ožujka 1952.

²¹ Gavella, N., Sadržaj i granice vlasnikove vlasti, u zborniku: Odabrane teme iz stvarnog prava (grupa autora), Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu - Zavod za građanskopravne znanosti i porodično pravo, Zagreb, 1992., str. 62-82.

²² Ustavna sintagma iz članka 50. Ustava za javni ili opći interes.

²³ Perović, S., Pravda i stečena prava, u knjizi: Pravno filozofske rasprave, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995.; isti: Ogljed o stečenim pravima, Pravni život, Beograd, br. 1/1984.

²⁴ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (u daljnjem tekstu: Zakon o vlasništvu ili ZV), NN, br. 91/96., 73/00., 114/01; ZID Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, NN, br. 68/98. čl. 12. kojim se ukidaju čl. 371. ZV-a i čl. 225. Zakona o zemljišnim knjigama, odluke Ustavnog suda RH, NN, br.137/99., 22/00.; ZID Stečajnog zakona, NN, br. 129/00.

²⁵ Zgrade na zemljištu u društvenom vlasništvu bile su bez iznimke pravno odvojene od zemljišta trajnim pravom korištenja (čl. 12. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima i čl. 6. st. 2. ZPZZ-a te čl. 36. i 37. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta). O tome šire: Simonetti, P., Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva, ZPFR, vol. 20, br. 2, str. 487. i 528.; isti, Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu (de lege lata i de lege ferenda, Hrvatska pravna revija, br. 7/02, str. 8-23.).

Načelno postoje dva moguća pravna ograničenja vraćanja prava vlasništva na postojećoj nekretnini. Jedno u javnom interesu (po ustavnoj dikciji “u interesu Republike Hrvatske”, čl. 50. st. 1.), drugo - zbog zaštite stečenih prava trećih osoba.

a) Ograničenje vraćanja oduzete imovine u javnom interesu

Kako se pravo vlasništva zakonom može i oduzeti u interesu Republike Hrvatske (članak 50. stavak 1. Ustava RH),²⁶ može se zakonom, po istom kriteriju, isključiti vraćanje prava vlasništva na određenim stvarima koje su u abrogiranom pravnom sustavu bile prisilno prenijete u društveno vlasništvo, razumije se, uz naknadu tržišne vrijednosti.

b) Ograničenje vraćanja oduzete imovine zbog zaštite stečenih prava

Nakon oduzimanja prava vlasništva i prijenosa u društveno vlasništvo na pojedinim stvarima stjecale su pravo vlasništva druge osobe, na osnovi pravnog posla (po pravilu naplatnog) ili na osnovi odluke nadležnog tijela (npr. po propisima o agrarnoj reformi i kolonizaciji, zatim u postupku arondacije ili komasacije poljoprivrednog zemljišta, depozitacije i dodjele građevinskog zemljišta na korištenje radi građenja ili prijenosom u vlasništvo nekretnine u društvenom vlasništvu u zamjenu za ekspropriranu nekretninu itd.).²⁷

Pravno se ne može prihvatiti da su osobe koje su na temelju valjanih pravnih poslova ili pravomoćnih odluka nadležnih tijela stjecale pravo vlasništva u rasponu od preko četiri desetljeća²⁸ na stvarima prisilno prenijetim u društveno vlasništvo, bile nesavjesni stjecatelji, jer da su znale ili morale znati da stječu ono što je drugima oteto, pa da nisu mogle steći pravo vlasništva na tim stvarima. Nitko ne smije trpjeti negativne pravne posljedice zato što se ponašao u skladu s postojećim pravnim poretom, umjesto da se ponaša prema budućem pravnom uređenju, u ovom slučaju prema sadašnjim propisima. Takvo načelo ne može prihvatiti ni jedan pravni sustav jer bi to bio poziv na rušenje postojećeg sustava. Radi toga zakonito stečeno pravo vlasništva u socijalističkom pravnom sustavu i na stvarima koje su prisilno prenijete u društveno vlasništvo (općenarodnu imovinu) uživa jednaku pravnu zaštitu kao i pravo vlasništva stečeno u sustavu koji mu je prethodio ili u današnjem pravnom sustavu (članak 388. stavak 2.²⁹ i 389. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima). Takvu zaštitu uživa i valjani pravni temelj za stjecanje prava vlasništva ako

²⁶ Vidi članke 1. -16. Zakona o izvlaštenju, NN, br. 9/94., 35/94., 114/01.; odluka Ustavnog suda RH, NN, br. 112/00.

²⁷ Bagić, S., *Denacionalizacija, aktualna pitanja iz prakse*, Godišnjak 5, Zagreb, 1998., str. 404-408.

²⁸ Od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991.

²⁹ “Stjecanje, promjena, pravni učinci i prestanak stvarnih prava do stupanja na snagu ovoga Zakona prosuđuju se prema pravilima koja su se primjenjivala u trenutku stjecanja, promjene i prestanka prava i njihovih pravnih učinaka.”

je “imovina”, tj. nekretnina, predana u posjed stjecatelju, iako se nije uknjižio. Zakon o naknadi propisuje da se rješenjem vlasniku “ne vraća imovina u vlasništvo i posjed na kojoj su na temelju valjanog pravnog osnova treće osobe stekle pravo vlasništva, odnosno ako im je imovina na temelju valjanog pravnog osnova za stjecanje prava vlasništva predana u posjed, ukoliko ovim Zakonom nije drukčije propisano” (članak 52. stavak 1. ZN-a), ali se u tom slučaju “prijšnjem vlasniku priznaje pravo na naknadu sukladno odredbama ovoga Zakona” (članak 52. stavak 2.). Osoba čije pravo vlasništva potječe od nekadašnjeg prava upravljanja, korištenja i raspolaganja stvari u društvenom vlasništvu, odnosno od nekadašnjeg prava korištenja i prvenstvenog prava korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu ima pravo na zaštitu svojega prava vlasništva uz odgovarajuću primjenu općih pravila o zaštiti vlasništva. Ona će dokazati svoje pravo vlasništva, iako nije uknjiženo u zemljišne knjige, ako dokaže da je ona, odnosno njezin pravni prednik, stekla neko od gornjih prava na stvari u društvenom vlasništvu (koje se pretvara u pravo vlasništva) na valjanom pravnom temelju i uz ispunjenje svih ostalih pretpostavki koje su se za stjecanje toga prava zahtijevale u trenutku stjecanja (čl. 363. ZV-a).

3. Pravo na naknadu za oduzetu imovinu

Pravo na naknadu za oduzetu imovinu uređeno je ZN-om koji je, kao i ZV, stupio na snagu 1. siječnja 1997.

Vodeći brigu (računa) o javnim interesima, s jedne strane, a o stečenim pravima s druge, za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine ZN uvodi kategoriju naknade za oduzetu imovinu, svodeći restituciju (vraćanje) ili – kako pogrešno kaže ZN - “davanje” prava vlasništva na iznimku (članak 1. stavak 2.).³⁰ Općenito, naknada za oduzetu imovinu je *terminus tehnicus*, kako za restituciju tako i za naknadu u novcu ili u vrijednosnim papirima, pa i u drugim stvarima u slučaju nagodbe. Zakonom o naknadi “uređuju se uvjeti i postupak naknade za imovinu koja je prijašnjim vlasnicima oduzeta od strane jugoslavenskih komunističkih vlasti, a koja je prenesena u općenarodnu imovinu, državno, društveno ili zadružno vlasništvo (u daljem tekstu: društveno vlasništvo) konfiskacijom, nacionalizacijom, agrarnom reformom i po drugim propisima i načinima navedenim u ovom Zakonu” (članak 1. stavak 1.).

Za imovinu koja se ne vraća u naturi po ZN-u “prijšnjem vlasniku pripada pravo na naknadu u obveznicama Republike Hrvatske, ako ovim Zakonom nije drukčije propisano” (čl. 57.).

³⁰ Članak 19. stavak 2., članak 20. stavak 3., članak 22. stavak 1., članci 32. i 39., članak 44. stavak 1., članak 45. stavak 1., članak 48. stavak 2., članci 52-56. ZN-a.

3.1. Zakonski naziv “imovina”

Naziv “imovina” u ZN-u nema pravnotehničko značenje: skup svih imovinskih prava koja pripadaju jednoj osobi, već je sintagma “oduzeta imovina” oznaka za oduzeto pravo vlasništva na stvarima koje su taksativno navedene (kategorijalno) u članku 15., pa se u tome značenju koristi termin imovina i u ovome tekstu.

3.2. Predmet naknade

U načelu predmet naknade su samo stvari (uglavnom nepokretne) koje su oduzete prijašnjem vlasniku i prenijete u društveno vlasništvo (članak 15.),³¹ a to su:

- “ 1. neizgrađeno građevinsko zemljište,
2. poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište,
3. stambene i poslovne zgrade, odnosno idealni dijelovi takvih zgrada te stanovi i poslovne prostorije kao što su posebni dijelovi zgrade odnosno idealni dijelovi tih posebnih dijelova zajedno sa pripadajućim zemljištem (u daljnjem tekstu: stan ili poslovni prostor),
4. brodovi i brodice,
5. poduzeća,
6. pokretne.

Brodovi odnosno brodice se u smislu ovog Zakona smatraju nekretninom.”

Posebno o naknadi za oduzete nekretnine i pokretne koje su navedene u članku 15. ZN-a raspravlja se u drugim radovima.³²

³¹ Za oduzeta poduzeća pripada naknada i “dioničarima ili imateljima udjela prijašnjih vlasnika” (članak 45. stavak 3. ZN-a), a isplaćuje se na temelju rješenja nadležnog županijskog ureda iz portfelja Hrvatskog fonda za privatizaciju (članak 45. stavak 4. i 5. ZN-a).

³² Vidi radove u ZPFR, vol. 18. br. 1 (1997.): Jelinić, S., Naknada za oduzetu gospodarsku imovinu; Pavišić, B., Matulović, M., Povrat imovine oduzete na temelju kaznene odluke, odnosno konfiscirane u političkim procesima; Radolović, A., Naknada za oduzete stanove i poslovni prostor; Borković, I., Pravila postupka naknade za oduzetu imovinu; Jelčić, O., Naknada za oduzetu imovinu i sudska nadležnost; Brežanski, J., Prijelazne i završne odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; Simonetti, P., Denacionalizacija i pretvorba neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu; Matković, J., Pravo na povrat ili odštetu za imovinu optanata; Bagić, S., Naknada za oduzeta poduzeća, Godišnjak 7, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse 2000. godine; ista: Denacionalizacija – aktualna pitanja iz prakse, Godišnjak 4, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse 1997., ista: Denacionalizacija – aktualna pitanja iz prakse, Godišnjak, br. 6/1997; Bagić S., Šeparović M., Žuvela, M., Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Organizator, 1995.; Crnić, J., Končić, A., Kako vratiti oduzeto nacionalizacijom, konfiskacijom, agrarnom reformom..., Narodne novine, 1991.; Crnić, J., Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, Zagreb, 1997.; Jelčić, O., Načela restitucije prava vlasništva i naknade za oduzetu imovinu, ZPFR, vol. 19. br. 2. (1998.); Jelinić, S., Naknada u vrijednosnim papirima za oduzetu imovinu i mjerila za utvrđivanje naknade, ZPFR, vol. 19. br. 2 (1998.); Kačer, H., Reprivatizacija plovniha objekata, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 1/1993.; isti, Nacionalizacija i denacionalizacija (doktorska disertacija), Split, 1997.; isti, Pravo prvokupa u korist prijašnjih vlasnika prema Zakonu o naknadi, Godišnjak 4... 1997.; isti, Oblik i visina naknade prigodom denacionalizacije, Vladavina prava,

Izdvajamo nekretninu koje nominalno nema u ZN-u izgrađeno – građevinsko zemljište, bilo da je oduzeto sa zgradom (kao izgrađeno), bilo da je u trenutku (času) oduzimanja bilo neizgrađeno, a u vrijeme stupanja na snagu ZN-a je izgrađeno. Prvim Konačnim prijedlogom ZID ZN-a bilo je predviđeno brisanje riječi “neizgrađeno” u članku 15., pa bi predmet naknade bilo građevinsko zemljište (izgrađeno i neizgrađeno), ali je taj prijedlog povučen.³³

3.2.1. Naknada za izgrađeno građevinsko zemljište

Zakon o naknadi nema opće odredbe o naknadi za izgrađeno građevinsko zemljište, ni odredbe koja bi to zemljište izdvajala kao samostalni oblik naknade u nekom segmentu, a iz odredaba o naknadi za oduzete stanove (članak 28.) ne može se izvesti pouzdan zaključak, čak ni širokim tumačenjem, da se u naknadu za stan uračunava i naknada za građevinsko zemljište koje je bilo oduzeto sa zgradom ili posebnim dijelom zgrade (stan), po Zakonu o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta ili po kojoj drugoj pravnoj osnovi iz članka 2., 3. i 4. ZN-a. Uostalom, nositelj stanarskog prava na stanu u društvenom vlasništvu koji temeljem ugovora o kupovini stekne pravo vlasništva na stan postaje vlasnik, odnosno suvlasnik zemljišta koje “pripada” zgradi s jednim ili više stanova, bez obveze plaćanja naknade za zemljište.^{34,35}

3.2.1.1. Naknada za izgrađeno građevinsko zemljište koje je pripadalo oduzetom poduzeću

Pitanje naknade za izgrađeno građevinsko zemljište koje je pripadalo poduzeću i koje je bilo nacionalizirano zajedno s poduzećem, ili po drugoj pravnoj osnovi iz članka 2. i 3. ZN-a prenjeto u društveno vlasništvo, izdvajamo iz opće problematike zbog toga što se poduzećem u smislu ZN-a smatra “vrijednost oduzetih nekretnina,

br. 2/1998.; Peček, R., Dekonfiskacija oduzete imovine, Informator, br. 4785/00.; isti, Naknada za oduzeta poduzeća..., Informator, br. 4859/00.; Šeparović, M., Denacionalizacija građevinskog zemljišta prema Zakonu o građevinskom zemljištu, Zbornik radova za Savjetovanje Otkup stanova i denacionalizacija, Zagreb, 1991.; Šmit, V., Kačer, H., Denacionalizacija stanova i poslovnih prostorija, Zakonitost, br. 9-10/1990.

³³ Konačni prijedlog ZID ZN-a, br. 286, od 29. studenog 2001., članak 10. koji je Vlada RH povukla 27. lipnja 2002.

³⁴ Nategnuta interpretacija ZN-a (Bagić, S., Šeparović, M., Žuvela, M., Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Organizator, Zagreb, 1997., str. 46-47.) da prijašnjem vlasniku pripada naknada za neizgrađeno građevinsko zemljište, izgubila je posljednje uporište s novelom Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, kojom se kupci oslobađaju plaćanja naknade za zemljište, s pravom da mogu tražiti restituciju plaćenoga (članak 11. i 12. ZID ZPS-a, NN, br. 68/98.) koja je stupila na snagu 20. svibnja 1998.

³⁵ Šire o stjecanju prava vlasništva na izgrađenom zemljištu otkupom stana bez naknade za zemljište, Simonetti, P., Pravno jedinstvo nekretnine i njenih posebnih dijelova, Pravo u gospodarstvu, vol. 37, str. 670. (1998.), odnosno u Simonetti, P., Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001., str. 200.

uključujući i poslovni prostor” (članak 45. stavak 2.), pa dakle, i vrijednost izgrađenog građevinskog zemljišta sa zgradom, odnosno drugim građevinskim objektom, a za oduzeto poduzeće vlasniku, odnosno dioničarima ili imateljima udjela u trgovačkom društvu kome je pripadalo poduzeće, pripada naknada u dionicama ili udjelima u društvima u kojima se sada nalazi imovina oduzetog poduzeća (članak 45. stavak 3. i 47. stavak 1. ZN-a). Ako ostvarenje prava na ovaj oblik naknade nije moguće zbog već stečenih prava osoba, prijašnji vlasnik ostvaruje pravo na naknadu u dionicama ili udjelima društva iz portfelja Hrvatskog fonda za privatizaciju, na način propisan Zakonom o pretvorbi društvenih poduzeća (članak 47. stavak 2. ZN-a).

Što se, pak, smatra oduzetim poduzećem, prosuđuje se po odredbama iz članka 1. do 7. Zakona o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća (1946.)³⁶ i članka 1. ZID Zakona o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća (1948.),³⁷ koji je maksimalno proširio pojam privrednog poduzeća, tj. predmet oduzimanja, dodajući uz članak 2. članke 2.a i 2.b. Predmet oduzimanja bila su i ona poduzeća (industrijska, trgovačka, transportna, građevinska, hoteli i sl.) koja se nisu mogla svrstati u taksativno navedene kategorije (članak 2.a točka 1. do 10.), a koja je prezidijum skupštine narodne republike ukazom proglasio “poduzećima od značaja za privredu narodne republike, ukoliko nisu imala obrtnički značaj” (članak 2.a točka 11.).³⁸

Sporno je jesu li predmet naknade one pokretne stvari koje su bile pripadnost (pertinencija) oduzetih poduzeća ako nisu propale do 11. listopada 1996. ZN izričito propisuje: “pod poduzećem u smislu ovoga Zakona smatraju se vrijednost oduzetih nekretnina uključujući i poslovni prostor”. Po pravilima građanskog prava “stvari pobočne, bez kojih se glavna stvar upotrijebiti ne može, ili koje su po zakonu ili vlasniku određene na stalnu porabu stvari poglavite” (§ 294. OGZ-a)³⁹ smatraju se nekretninom (§ 296. OGZ-a) i kad nisu ugrađene u nekretninu (§ 297.) kao njen sastavni dio - priraštaj.⁴⁰

3.2.2. Naknada za oduzete pokretne stvari

U načelu, pokretne stvari koje su bile oduzete i prenijete u društveno vlasništvo po osnovama iz članka 2. i 3. ZN-a nisu predmet naknade: one se ne vraćaju

³⁶ Sl. list FNRJ, br. 98/46.

³⁷ Sl. list FNRJ, br. 35/48.

³⁸ Vidi Obavezno tumačenje članka 2.a ZID-a Zakona o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća (Sl. list FNRJ, br. 35/48.) u vezi s člankom 2. Općeg zakona o zanatstvu (Sl. list FNRJ, br. 27/53.).

³⁹ ABGB koji je bio na snazi u Hrvatskoj do 6. travnja 1941., tj. do početka rata protiv Jugoslavije (u čijem sastavu je bila Hrvatska poslije 1918.), a primjenjivao se poslije drugog svjetskog rata na temelju Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih do 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije, Sl. list FNRJ 86/46.

⁴⁰ Vuković, M., Opći dio građanskog prava, knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, 1960., str. 87-91. Vidi pravni režim pripadka po ZV-u (članak 5. i 7.); Gavella, N. et al., Stvarno pravo, Informator, Zagreb, 1998, str. 63-69.

prijašnjem vlasniku u vlasništvo niti mu za njih pripada naknada u drugom obliku (članak 48. stavak 4.). Prijašnjem vlasniku daju se (čitaj: vraćaju) u vlasništvo “samo one pokretne koje imaju kulturnu, umjetničku ili povijesnu vrijednost” (članak 48. stavak 2.). Ali ni te stvari ne predaju se u neposredni posjed prijašnjeg vlasnika ako se “smatraju kulturnom baštinom po propisima o zaštiti kulturne baštine, a koje su sastavni dio zbirke, muzeja, galerija i drugih sličnih ustanova”. Prijašnji vlasnik u tom slučaju ima pravo na “posebnu vrstu naknade” koja će biti propisana uredbom Vlade Republike Hrvatske (članak 48. stavak 2.).

3.2.3. Stvari i prava koje nisu predmet naknade

Sve ostale pokretne stvari, kako je već navedeno, nisu predmet naknade (članak 48. stavak 4.), kao što nisu predmet naknade ni oduzeti novac, vrijednosni papiri (osim dionica i udjela društava kojima su pripadala oduzeta poduzeća), koncesije, prava industrijskog vlasništva i druga imovinska prava.

3.2.3.1. Nisu predmet naknade nekretnine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina, kao ni užitnička prava na tim nekretninama koja su pripadala njihovim članovima (fizičkim osobama)

Imovina zemljišnih i njima sličnih zajednica kao i krajiških imovnih općina Zakonom je proglašena općenarodnom imovinom 1947.^{41,42} Time su članovi tih zajednica izgubili svoja užitnička prava na imovini – zemljištu tih zajednica. Restitucija prava vlasništva nije moguća jer te zajednice i krajiške imovne općine, kao pravne osobe, ne ispunjavaju zakonske pretpostavke pravnog kontinuiteta iz članka 12. stavka 1. ZN-a, a po prirodi stvari ni posebne pretpostavke iz članka 12. stavak 2.⁴³

Zakon o naknadi propisuje da Vlada RH može donijeti odluku kojom se poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište koje je postalo vlasništvo RH na temelju Zakona o poljoprivrednom zemljištu i Zakona o šumama, a koje je bilo preneseno u društveno vlasništvo na temelju Zakona o proglašenju imovine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina općenarodnom imovinom, prenosi na jedinicu lokalne uprave i samouprave radi ostvarivanja namjene za koju su to zemljište koristile zemljišne i njima slične zajednice te krajiške imovne općine (članak 21.). S obzirom da Zakon ne propisuje drukčije, ni u tom slučaju ne oživljavaju užitnička prava članova prijašnjih zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina, jer jedinice “lokalne samouprave i

⁴¹ Zakon o proglašenju imovine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških općina u općenarodnu imovinu, NN, br. 36/47., 51/58. i 13/87.

⁴² Krbek, I., Nacionalizacija zemljišnih zajednica i krajiških imovnih općina, poseban otisak iz 270. knjige Rada Jugoslovenske Akademije znanosti i umjetnosti, odjel za filozofiju i društvene nauke, knjiga 1, Zagreb, 1948.

⁴³ Bagić, S., Denacionalizacija, Aktualna pitanja iz prakse, Godišnjak, br. 5/1998., str. 408-410.

uprave” u tom slučaju stječu pravo vlasništva na zemljište i šume tih zajednica izvorno, a ne putem sljedništva.

3.2.3.2. *Užitnička prava članova zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina*

Užitnička prava koja pripadaju članovima zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina po svojoj pravnoj prirodi mogu se usporediti s pravom porabe (§§ 504-508. OGZ-a) ili pravom uživanja – plodouživanja (§§ 509-529. OGZ-a).⁴⁴ Ovo proizlazi iz zakona kojima su ta prava bila priznata i uređena. Usporedba je moguća glede ovlaštenja korištenja, ali postoji i bitna razlika. Užitnička prava, za razliku od prava plodouživanja i prava uporabe, ne prestaju smrću ovlaštenika, već se nasljeđuju. Ta prava su vezana za pripadnost određenoj zemljišnoj zajednici odnosno krajiškoj imovnoj općini ili za pravo vlasništva na “dvorno mjesto”. Tradicionalna užitnička prava kompatibilna su s feudalnom ustanovom “razdijeljene vlasnosti na potpunu i nepotpunu” (§ 357-360. bivšeg OGZ-a). Radi se o stvarnim pravima koja proizlaze iz tradicionalnih, kolektivističkih oblika vlasništva, dok su pravo plodouživanja i pravo uporabe stvarna prava na tuđoj stvari koja se nalazi u individualnom vlasništvu. No ta se prava mogu međusobno izjednačiti po svojoj stvarnopravnoj prirodi. I jedna i druga su uža od prava vlasništva u građanskopravnom smislu, ali su obuhvaćena širim pojmom vlasništva kojim operira i Ustav Republike Hrvatske.

Zakon od 8. lipnja 1871. godine o ustanovama za otkup prava na drva, pašu i uživanje šumskih proizvoda, koja pripadaju krajišnicima u državnim šumama na području bivše vojne Krajine, propisuje pretpostavke za “odkup tih prava tako da se krajiškim obćinama izluči i u potpuno vlasništvo preda polovica državnih šuma, u kojih su do sada imale pravo šumarenja”.⁴⁵

Po *Zakonu od 11. srpnja 1881. godine*⁴⁶ pravoužitnici su pored mjesne, crkvene i školske općine i “d) krajiške obitelji koje su do 8. lipnja 1881. godine živjele u zadružnoj svezi i e) takove koje doduše nisu sačinjavale krajišku zadrugu, ali su krajiške dužnosti i obveze glede davanja vojnika u svoje vrieme ispunjavale”.⁴⁷

Zakonom o uređenju zemljišnih zajednica od 25. travnja 1894. godine uređuju se ustanove o pravima ovlaštenika i zajednica ovlaštenika (urbarska općina, selo, mjesto) kojima pripadaju “užitci s naslova zajednice vlasnosti... na skupno zemljište” (§ 1.). Ove ustanove se protežu “na takova zemljišta koja po svojoj pravnoj naravi spadaju u vlasništvo slob. i kr. gradovah, trgovištah i inih pravnih obćinah.” (§ 2. t.

⁴⁴ Šire o ovlašteničkim, odnosno užitničkim pravima: Krbek, I., *Zemljišna zajednica*, (separat iz “Sela”, god. 1921. i 1922.), tiskan 1922., Zagreb, Štamparija jugoslovenske štampe d.d.

⁴⁵ Posilović, *Imovne općine u bivšoj hrvatsko-slavonskoj Krajini*, u Pučkom pravniku, oko 1910., cit. iz knjige Lučić, Z., *Obnova hrvatskih zemljišnih zajednica*, Velika Gorica, 1996.

⁴⁶ List Kraj. zem. uprave br. XI.

⁴⁷ Posilović, op. cit.

a). Ova zemljišta su bliže određena u točkama c), d), e) i f) § 2. U zemljišnim zajednicama “što ih tvore bivši podanici, kojim su u ime prava drvarije i paše zapale putem segregacije šume i pašnjaci, spojeno je ovlašteničtvo u pravilu sa selištnim posjedom, odnosno za plemićke učestnike s dvornim mjestom” (§ 9., 93.), kako je određeno u § 6.

U zemljišnim zajednicama “što jih tvore bivši krajišnici (krajiške mjestne imovne občine) spojeno je ovlašteničtvo s vlasnosti nastanjene kuće, ležeće u opsegu dotične katastralne občine” (§ 7.). “Svakomu plemićkomu dvornomu mjestu, unešenu u gruntovnicu prigodom prvoga sastavka gruntovnice, pripada cijelo ovlašteničtvo u dotičnoj plemićkoj zemljišnoj zajednici.” (§ 8. st. 1.).

Užitničko pravo fizičkih osoba je pod određenim zakonskim pretpostavkama nasljedivo (§ 10., 17.). Ovo se pravo može otuđiti samo za sebe, ali zajednica i pojedini ovlaštenici imaju pravo priekupa (§ 22.). Ne može se, međutim, opterećivati niti biti predmetom ovrhe (§ 23.).

Zakon od 1. svibnja 1895. godine o uređenju plemenite občine Turopoljske odnosi se na zemljišnu zajednicu “postojeću pod imenom ‘plemenita občina turopoljska’” koja pod tim imenom i nadalje postoji (§ 1.), a na njenom području postoje 22 “plemenite sudčije”, pojedinačno navedene u § 2. Skupno ovlašteničko pravo gore navedenih sudčija “ne može vlasnik dvornoga mjesta samo za sebe otuđivati”. Prema § 4. plemenita općina Turopolje ima “pravo priekupa na sva dvorna mjesta, s kojima je spojeno ovlašteničtvo u zemljištnih zajednicah turopoljskih.” “To pravo ima se ureda radi upisati u gruntovnicu” (§64. Gruntovnog reda).

Zakonom o proglašenju imovine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina općenarodnom imovinom⁴⁸ bili su obuhvaćeni i nepodijeljeni zajednički pašnjaci iz Zakonskog članka X od 7. travnja 1913. “te sve one šumske zajednice koje su nastale povodom provedbe agrarne reforme prije 6. travnja 1941.” (čl. 2.).

3.2.3.3. Kritika zakonskog rješenja

Ustavno jamstvo vlasništva i njegove nepovredivosti (članak 48. stavak 1. i članak 3. Ustava Republike Hrvatske) odnosi se ne samo na pravo vlasništva u građanskopravnom smislu nego i na sva ostala stvarna prava (prava na stvarima) koja su zakonom priznata.⁴⁹

Užitnička prava fizičkih osoba ukinuta su bez prava na naknadu⁵⁰ zajedno s ukidanjem zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina zakonom koji je derogiran ustavnim poretkom Republike Hrvatske, pa se moraju restituirati

⁴⁸ NN, br. 36/47.

⁴⁹ Gavella, N., u Gavella, N. et al., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 269.

⁵⁰ Čl. 7. Zakona o proglašenju...

njihovim ovlaštenicima pod istim pretpostavkama pod kojima se restituira pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu, šumama i šumskom zemljištu i drugim nekretninama po ZN-u.

Spomenute zemljišne zajednice i krajiške imovne općine ne mogu se izjednačiti s pravnim osobama na čijoj imovini njihovi članovi nemaju užitnička prava ili druga stvarna prava. Tipično je za pravnu osobu (korporaciju) da je njena imovina potpuno odvojena od imovine njenih članova. Ove su, međutim, specifične pravne osobe koje imaju pravo vlasništva na nekretninama na kojima istovremeno imaju užitnička prava njihovi članovi. Zbog toga je, sa stanovišta ustavnog poretka Republike Hrvatske, nužno regulirati ove odnose posebnim odredbama Zakona o naknadi ili drugim posebnim zakonom na način da se restituira pravo vlasništva spomenutih zemljišnih zajednica i krajiških imovnih općina i stvarna prava njihovih članova. Bez restitucije prava vlasništva tim pravnim osobama ne mogu se, naime, restituirati užitnička prava njihovim članovima.

3.2.3.4. *Moguće rješenje de lege ferenda*

Restitucijom užitničkih prava pružila bi se mogućnost da se budućim zakonom urede pretpostavke i postupak stjecanja prava vlasništva “užitnika” na nekretninama koje su u vlasništvu zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina. Takva mogućnost bila je uređena propisima koji su bili na snazi do 6. travnja 1941. Zakonom o dopuni Zakona o proglašenju imovine zemljišnih i njima sličnih zajednica te krajiških imovnih općina od 20. ožujka 1987. godine⁵¹ propisano je:

“Pismeni zahtjevi za dovršenje diobnog postupka zemljišnih i njima sličnih zajednica na poljoprivrednom zemljištu pokrenutog prije 6. travnja 1941. godine mogu se podnijeti općinskim organima uprave nadležnim za imovinsko pravne poslove najkasnije do 31. prosinca 1988. Zahtjevi podneseni nakon toga roka neće se uzimati u postupak.” (članak 1. stavak 1. koji dopunjava članak 3. stavak 2.).

3.2.4. *Oživljavanje hipoteke na nekretnini koja je bila oduzeta*

Prema Zakonu o naknadi upisana hipoteka na oduzetoj nekretnini oživljava ako nije prestala tražbina koju je osiguravala.

“Prijašnji vlasnik nekretnine na kojoj je u vrijeme oduzimanja bila upisana hipoteka radi osiguranja isplate dugovanja ima pravo na naknadu samo ako revalorizirani iznos duga uplati u korist proračuna Republike Hrvatske ili dokaže da je dugovanje prestalo” (članak 50. stavak 1. ZN -a).

Revalorizirani iznos duga, dakle, ne plaća se hipotekarnom vjerovniku već se uplaćuje u proračun Republike Hrvatske. “Način i postupak revalorizacije iznosa duga, kao i način i rokove uplate utvrdit će ministar financija” (članak 50. stavak 2. ZN-a).

⁵¹ NN, br. 13/87.

U slučaju da se nekretnina vrati u vlasništvo prijašnjeg vlasnika, hipoteka ostaje do brisanja iz zemljišne knjige po općim pravilima zemljišnoknjižnog prava (članak 351. ZV-a i članci 141-144. ZZK-a).^{52,53}

Hipoteka ostaje do brisanja iz zemljišne knjige i u slučaju da se nekretnina ne vrati prijašnjem vlasniku, tj. kada je na nju stekla pravo vlasništva druga osoba (članak 52-55. ZN-a) ili Republika Hrvatska (članak 77. ZN-a).

Iz teksta Zakona ne može se izvesti pouzdan zaključak zbog čega se u slučaju naknade revalorizirani iznos duga uplaćuje u proračun Republike Hrvatske, a ne hipotekarnom vjerovniku. Smatramo da u tom slučaju vjerovnik može realizirati svoje potraživanje iz proračuna RH; njegovo potraživanje do visine vrijednosti založene nekretnine nije zastarjelo (članak 368. ZOO-a).^{54,55}

Prema konačnom prijedlogu vlade Republike Hrvatske Zakona o izmjenama i dopunama zakona o naknadi, od 29. studenog 2001., koji je povučen iz zakonske procedure 27. lipnja 2002., brisao bi se članak 50. ZN-a s obrazloženjem da ta odredba “nije saživjela u praksi”.⁵⁶

3.3. Oblici naknade

Sintagma “naknada za oduzetu imovinu” ima dvojako značenje u ZN-u. Ona obuhvaća dva različita prava: pravo na naknadu (obvezno pravo) i pravo na restituciju oduzete “imovine”, tj. vraćanje prava vlasništva (članak 1. stavak 2.). Ova prava utvrđuju se pravomoćnim rješenjem nadležnog tijela u postupku naknade za oduzetu imovinu (članak 69-76. ZN-a).

Iako iz okolnosti što je ukinut ne vlasničko-pravni sustav društvenog vlasništva, radi čijeg je uspostavljanja država oduzimala pravo vlasništva prijašnjim vlasnicima, i reintegracije vlasničkog pravnog sustava koji jamči Ustav Republike Hrvatske, logički proizlazi pravo razvlaštenih osoba na vraćanje oduzete imovine (prava

⁵² Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/96.

⁵³ Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 324-325.

⁵⁴ Članak 368. Zakona o obveznim odnosima, NN, br. 53/91., 73/91., 4/94. i 7/96.

⁵⁵ Konačni prijedlog ZID ZN-a Vlade RH, od 29. studenog 2001., koji je 27. lipnja 2002. povučen iz procedure, predviđao je brisanje članka 50. ZN-a s obrazloženjem da ta odredba “nije saživjela u praksi” i u slučaju kad hipoteka nije bila brisana iz zemljišne knjige jer se “po pravilu radi o tražbinama starijim od 30 godina pa vlasnik može tražiti pokretanje postupka amortizacije hipoteke i brisanje iz zemljišne knjige”.

⁵⁶ Potpuno obrazloženje prijedloga glasi: Naime, Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta bilo je propisano da hipoteke i drugi stvarni tereti, osim stvarnih služnosti, upisani na nacionaliziranim nekretninama, gube pravnu važnost i brišu se iz zemljišnih knjiga, a dosadašnji dužnik ostaje u obvezi samo ukoliko zajam nije utrošen za podizanje, obnovu ili održavanje zgrade. I u slučajevima kada hipoteka nije brisana iz zemljišne knjige, kako se u pravilu radi o hipotekarnim tražbinama starijim od 30 godina, vlasnik može sukladno posebnom propisu (Zakon o zemljišnim knjigama) od zemljišnoknjižnog suda tražiti pokretanje postupka amortizacije i brisanje stare hipotekarne tražbine.

vlasništva), zakonodavac ozakonjuje načelo naknade (obvezno pravo), a vraćanje u “naravi” (restituciju prava vlasništva)⁵⁷ svodi na iznimku. ZN propisuje: “naknada za imovinu oduzetu prijašnjim vlasnicima u smislu ovoga Zakona u načelu je isplata u novcu i vrijednosnim papirima (dionice, udjeli i obveznice), a iznimno u naravi” (članak 1. stavak 2.). Samo konfiscirana “imovina daje se u vlasništvo prijašnjem vlasniku”, ali ako to nije moguće, po Zakonu, “vlasniku pripada pravo na naknadu” (članak 1. stavak 4.).⁵⁸ Međutim, pravilo restitucije konfiscirane imovine je u Zakonu toliko ograničeno, da se ono svodi na iznimku.⁵⁹ Osim restitucije one imovine (po pravilu nekretnina) koja je oduzeta po drugim osnovama, u slučaju konfiskacije vraća se prijašnjem vlasniku samo jedan stan (članak 32.), i to pod pretpostavkom da ni on, ni njegov braćni drug, ni član njegova obiteljskog domaćinstva nije “stekao pravo vlasništva na drugome stanu sukladno odredbama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo” (članak 39.).⁶⁰ Ali, ni taj se stan ne vraća prijašnjem vlasniku u neposredni posjed, već ostaje u neposrednom posjedu stanara koji je po zakonu stekao status najomoprimeca s pravom da ga koristi s članovima svoje obitelji kojima po njegovoj smrti pripada pravo daljnjeg korištenja (članak 34-36.).⁶¹

Prijašnjem vlasniku vraća se u vlasništvo, u načelu, neizgrađeno građevinsko zemljište,⁶² poljoprivredno zemljište, šume, šumsko zemljište,⁶³ poslovne zgrade i poslovni prostor, ali uz velika ograničenja.⁶⁴ Ova ograničenja proizlaze iz relativno širokog poimanja javnog interesa (članak 1. stavak 3. i članci 54-56. ZN-a)⁶⁵ i prava

⁵⁷ Zakon o naknadi pogrešno upotrebljava glagol “dati” umjesto “vratiti” pravo vlasništva. Samim derogiranjem pravnog sustava društvenog vlasništva i ukidanjem osnova izvlaštenja Država nije postala vlasnik stvari na koje se vraća pravo vlasništva prijašnjim vlasnicima, odnosno njihovim nasljednicima, ili pravnim sljednicima, kao ni onih stvari na koje stječu pravo vlasništva druge osobe - pretvorbom. Smatra se da su vlasništvo Republike Hrvatske samo one stvari iz društvenog vlasništva na području Republike Hrvatske glede kojih nije utvrđeno u čijem su vlasništvu niti djeluje predmnjeva vlasništva iz stavka 1. i 2. članka 362. ZV-a, a tko tvrdi suprotno, treba to dokazati (članak 362. stavak 3.).

⁵⁸ Opsežno: Pavišić, B., Matulović, M., Povrat imovine oduzete na temelju kaznene odluke, odnosno konfiscirane u političkim procesima, ZPFR, vol. 18., br. 1., (1998.), str. 55-106.

⁵⁹ Peček, R., Dekonfiskacija imovine, Godišnjak br. 7., (Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse), Zagreb, 2000., str. 579 -592.

⁶⁰ Šire: Radolović, A., Naknada za oduzete stanove i poslovni prostor, ZPFR, vol. 18, br. 1 (1998.), str. 107-117.

⁶¹ Gledište da se svi konfiscirani stanovi vraćaju prijašnjim vlasnicima zastupaju: Radolović, A, op. cit., str. 110 – 111., Bagić, S., Denacionalizacija, aktualna pitanja, Godišnjak 4 (Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse), Zagreb, 1997., str. 338-340.

⁶² Simonetti, P., Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta, ZPFR, vol. 18, br.1. (1998).

⁶³ Jelinić, S., Naknada za oduzetu gospodarsku imovinu; Bagić, S., Naknada za oduzeta poduzeća; Peček, R., Naknada za oduzeta poduzeća.

⁶⁴ Članci 1. stavak 3., 19. stavak 2., 20. stavak 3., 22., 44. stavak 2., 45. te 52-56. ZN-a.

⁶⁵ Vidi posebna ograničenja glede pokretnih i nepokretnih stvari: članci 22. stavak 1., 38., 39., 44. stavak 4., 45. stavak 1., 48. stavak 1. i 48. stavak 4. ZN-a.

na otkup stanova u društvenom vlasništvu oduzetih prijašnjim vlasnicima u sustavu društvenog vlasništva. Osim toga veliki je dio oduzetih nekretnina pretvorbom društvenih poduzeća u trgovačka društva prenijet iz društvenog vlasništva u privatno vlasništvo tih društava (članak 53. ZN-a).

Imovina oduzetih (podržavljenih) poduzeća, tj. nekretnine, “uključujući poslovni prostor”, ne vraća se “u naravi” bez obzira po kojoj osnovi je prenijeta u društveno vlasništvo (članak 45.-47.). Postojeći brodovi i brodice vraćaju se prijašnjim vlasnicima ako nisu unijeti u društveni kapital poduzeća (članak 44. stavak 1. i 2.).⁶⁶ Ne vraćaju se prijašnjem vlasniku ni stanovi koje otkupe stanari (članci 22. do 28. ZN-a) koji su imali pravo otkupa po zakonom određenoj niskoj cijeni.

Prijašnjim vlasnicima kojima se po Zakonu ne vraća pravo vlasništva na oduzetim nekretninama, brodovima i brodicama, iako su postojale 11. listopada 1996., pripada pravo na naknadu po pravilu u vrijednosnim papirima (članci 19. stavak 2., 20. stavak 3., 22. i 28., 44., 45.). Prijašnji vlasnik koji ostvari pravo na naknadu imovine, bez obzira u kome obliku, nema pravo na vraćanje plodova i troškova kao ni pravo na naknadu štete (članak 51. stavak 1.). Po našem mišljenju, prijašnji vlasnik imao bi pravo na naknadu štete, pod općim zakonskim pretpostavkama – ako je prouzrokovana nakon 22. prosinca 1990., kada je stupio na snagu Zakon o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike, odnosno u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba.

3.4. Nagodba o naknadi

Nakon što je pravo na naknadu utvrđeno pravomoćnim rješenjem nadležnog tijela, prijašnji vlasnik i obveznik davanja naknade mogu, međutim, suglasno odrediti drugi oblik naknade: bilo stjecanjem (prijenosom) prava vlasništva na drugoj odgovarajućoj “imovini” (stvari) ili isplatom druge odgovarajuće naknade (u novcu ili vrijednosnim papirima) neovisno od toga kakav je oblik naknade Zakonom propisan (članak 8. stavak 1.). Iz ovoga proizlazi da bi se naknada mogla ugovoriti osim u obveznicama, dionicama i udjelima i u drugim vrijednosnim papirima.

Ova nagodba prema izričitoj odredbi ZN-a ima dva izričita ograničenja:

- da se ne diraju stečena prava trećih osoba i
- da se njome ne stvaraju obveze Republici Hrvatskoj (članak 8. stavak 2.).

Treće ograničenje proizlazi iz propisa koji isključuju restituciju prava vlasništva u javnom interesu ili zbog stečenih prava trećih osoba po raznim pravnim osnovama, uključujući i pretvorbom društvenih poduzeća (društvenog kapitala) ili zbog toga što je oduzeta stvar (nekretnina) “izuzeta iz pravnog prometa” (članak 1. stavak 3. i članci 52-55. ZN-a). Izvjesno ograničenje određuje članak 56. ZN-a koji propisuje da se oduzeta imovina (nekretnine) koja se koristi za obavljanje djelatnosti tijela državne vlasti i jedinica lokalne samouprave i uprave daje (vraća) prijašnjem vlasniku samo

⁶⁶ Jelinić, S., op. cit., str. 45-49.

ako se on obveže da će glede te imovine s Republikom Hrvatskom odnosno jedinicom lokalne samouprave i uprave, sklopiti ugovor o zakupu u roku koji u pravilu ne može biti kraći od 10 godina, a tu obvezu utvrđuje nadležni županijski ured (članak 56. stavak 1. i 2.). Ukoliko prijašnji vlasnik ne “podnese” ponudu za sklapanje ugovora o zakupu u roku od 90 dana Vladi RH odnosno jedinici lokalne samouprave i uprave, nadležni županijski ured po službenoj dužnosti donosi rješenje kojim se uspostavlja vlasništvo RH na oduzetoj imovini (članak 56. stavak 3. i 4.).

U okviru gornjih ograničenja (stvarima ili pravima) objekt davanja prava vlasništva u drugoj odgovarajućoj “imovini” (stvari ili pravu) može biti i drugo neizgrađeno građevinsko zemljište ili koja druga nekretnina, odnosno stvar *in commertium* na koju se može steći pravo vlasništva.

“Prema sporazumu druga odgovarajuća naknada” može se dati u novcu ili u bilo kojem vrijednosnom papiru koji postoji u našem pravu kao sredstvo plaćanja, a to može biti i neko drugo imovinsko pravo koje se nalazi u pravnom prometu.

Zakon propisuje oblike nagodbe koju zaključuju prijašnji vlasnik i obveznik naknade.

Ova nagodba može se sklopiti pred županijskim uredom kod kojega se vodi postupak radi utvrđivanja prava na naknadu ili nakon utvrđivanja prava na naknadu pred sudom, odnosno javnim bilježnikom (članak 75.):

- u obliku sudske nagodbe ili
- u obliku javnobilježničkog akta (članak 8. stavak 1.).^{67,68}

Nagodba se zaključuje s klauzulom ovršnosti kojom obveznik preuzima obvezu osigurati prijašnjem vlasniku stjecanje prava vlasništva na drugoj odgovarajućoj “imovini” (nekretnini ili iznimno na pokretnoj stvari) ili isplatiti odgovarajuću naknadu u novcu odnosno u vrijednosnim papirima.

3.5. *Pravo na naknadu kao potestativno pravo*

Pravo na naknadu treba razlikovati od prava koja se utvrđuju pravomoćnim rješenjem o naknadi.

Pravo na naknadu za oduzetu imovinu ovlašćuje prijašnjeg vlasnika da u roku od šest mjeseci od stupanja na snagu ZN-a (1. siječnja 1997.) podnese zahtjev nadležnom županijskom uredu⁶⁹ za provođenje postupka radi utvrđenja prava koja mu po tom zakonu pripadaju (članak 64-76.). Dakle, pravo na naknadu je samo potestativno ili preobražajno pravo: pravo na stjecanje subjektivnog prava i zato je

⁶⁷ Borković, I., *Pravila postupka naknade za oduzetu imovinu*, ZPFR, vol. 18, br. 1, str. 119-130.

⁶⁸ Vidi pravila o javnobilježničkom aktu (članci 3., 53-58., 60-62., 70-71., Zakona o javnom bilježništvu, NN, br. 78/93, 24/94).

⁶⁹ Dosadašnji “Ured za imovinskopravne poslove” iz članka 18. stavak 2. ZN-a zamjenjuje se nazivom: “Služba nadležna za obavljanje imovinskopравnih poslova u uredima državne uprave u županijama”, a u cijelom tekstu Zakona o naknadi naziv: “Županijski ured zamjenjuje se u odgovarajućem padežu riječima: “nadležna služba Ureda državne uprave” (članak 8. ZID ZN-a).

vremenski ograničeno prekluzivnim rokom.⁷⁰ Ono se gubi po samom zakonu ako ga ovlaštenik ne realizira na način propisan zakonom u prekluzivnom roku od šest mjeseci. Pravo na naknadu realizira se podnošenjem zahtjeva nadležnom županijskom uredu. Propusti li prijašnji vlasnik podnijeti ovaj zahtjev u zakonskom roku, nadležno će ga tijelo odbaciti, a ovlaštenik izgubiti “sva prava iz ovoga Zakona” (članak 65. stavak 3. i 4.).⁷¹ Smatramo da i u ovom slučaju Republika Hrvatska stječe pravo vlasništva na imovini (stvarima) koja je predmet naknade, baš kao i u slučaju kada nije podnesen zahtjev za naknadu ili je takav zahtjev pravomoćno odbijen, “ako zakonom nije drukčije propisano” (članak 77. ZN-a), tj. ako druga osoba nije stekla pravo vlasništva ili pravo koje se po zakonu pretvara u pravo vlasništva na oduzetim stvarima. Pravo na određeni oblik naknade za oduzetu imovinu stječe se pod određenim zakonskim pretpostavkama koje se utvrđuju po zahtjevu ovlaštene osobe u upravnom postupku pravomoćnim rješenjem o naknadi. To može biti ili pravo na restituciju prava vlasništva ili pravo na naknadu u vrijednosnim papirima, a iznimno u novcu (članak 28. ZN-a); ponekad se naknada određuje davanjem u vlasništvo drugih odgovarajućih stvari “davanjem odgovarajuće imovine” kako je propisano npr. u članku 1. stavku 3. ZN-a.

3.6. Pravo na utvrđeni oblik naknade

Pravo na određeni oblik naknade za oduzetu imovinu stječe se pod određenim zakonskim pretpostavkama koje se utvrđuju po zahtjevu ovlaštene osobe u upravnom postupku pravomoćnim rješenjem o naknadi. To može biti ili pravo na restituciju prava vlasništva ili pravo na naknadu u vrijednosnim papirima, a iznimno u novcu (članak 28. ZN-a); ponekad se naknada određuje davanjem u vlasništvo drugih odgovarajućih stvari “davanjem odgovarajuće imovine” kako je propisano npr. u članku 1. stavku 3. ZN-a.

4. Zakonske pretpostavke prava na naknadu za oduzetu imovinu

Prema Zakonu o naknadi tri su esencijalne pretpostavke prava na naknadu za oduzetu imovinu:

- prva, prisilni prijenos privatne imovine u društveno vlasništvo na temelju pravnog osnova ili bez pravnog osnova (članak 2., 3. i 4. ZN-a);

⁷⁰ O potestativnim pravima vidi npr. Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1967., str. 87-89.; Krneta, S., *Subjektivna prava*, u *Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada*, III tom, Beograd, 1978., str. 198.; Passarelli, S., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1959., str. 71.; Popović, M., *Pojam subjektivnog prava* (doktorska disertacija), Novi Sad, 1971., str. 95-98.; Poznić, B., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1978., str. 345-354.

⁷¹ Na protek prekluzivnih rokova sudovi i druga nadležna tijela paze po službenoj dužnosti. Na te rokove se ne primjenjuju pravila o zastari potraživanja (čl. 370. ZOO-a) kao npr. pravila o prekidu i obustavi zastare potraživanja (čl. 381-393. ZOO-a).

- druga, da je imovina oduzeta na području Republike Hrvatske i
- treća, da je oduzeta imovina postojala u naravi na dan donošenja ZN-a, 11. listopada 1996. godine.

4.1. Određena pravna osnova oduzimanja imovine

Razlikuju se pravne osnove oduzimanja imovine od završetka drugog svjetskog rata u Jugoslaviji (15. svibnja 1945.) do donošenja odluke o odvajanju (razdruženju) RH od bivše SFRJ i osnovi oduzimanja imovine za vrijeme drugog svjetskog rata (6. travnja 1941.-15. svibnja 1945.) od strane okupatora i njegovih pomagača; prije 15. svibnja 1945. godine su i komunističke vlasti ekspropirale imovinu pojedinih osoba.

a) Pravna osnova oduzimanja imovine od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991.

Pravna osnova oduzimanja imovine za koju se daje naknada prijašnjem vlasniku nalazila se u jednome od zakona navedenih u članku 2. stavak 1. točke 1-32., odnosno u podzakonskim aktima pod točkama 18. i 19., ili u kojem drugom propisu tadašnje države, jer su zakoni i podzakonski propisi navedeni u ZN-u primjera radi riječima “kao što su” (članak 2. stavak 1.). Pravna osnova oduzimanja imovine za koju prijašnjem vlasniku pripada naknada jesu, također, “odluke o konfiskaciji, neovisno o tome koje tijelo je donijelo odluku o konfiskaciji i primjenom kojeg propisa je odluka o konfiskaciji donesena i izvršena” (članak 2. stavak 2.).⁷²

Napokon, “prijajšnjem vlasniku utvrđuje se pravo na naknadu za imovinu oduzetu presudama, odlukama, rješenjima i drugim aktima što su ih izdala vojna i civilna tijela od 15. svibnja 1945. godine do donošenja ili u provedbi propisa iz članka 2. ovog Zakona, kao i na naknadu imovine oduzete bez pravnog osnova ili bez propisa” (članak 3.). Poznato je, naime, da su se donosile odluke o oduzimanju imovine i bez pravne osnove, odnosno bez propisa, pod parolom: “eksproprijacija eksproprijatora” i sl., pa je logično da i za tako oduzetu imovinu prijašnjem vlasniku pripada pravo na naknadu. Na proizvoljnu primjenu Zakona o konfiskaciji i izvršenju konfiskacije upozoravala su i tadašnja nadležna savezna ministarstva pa je zbog toga donijeta Naredba o objavljivanju sudskih oglasa o konfiskaciji imovine⁷³ kako bi se publiciranjem bar djelomično spriječilo bezakonje.

Pored odluka o konfiskaciji imovine⁷⁴ “ratnih zločinaca i narodnih neprijatelja”, po Zakonu o konfiskaciji imovine i izvršenju konfiskacije,⁷⁵ sudovi su, pod

⁷² Vidi potpuniji kronologijski pregled pravnih izvora kojih se tiču oduzimanja imovine i prijenosa u društveno vlasništvo po osnovi konfiskacije u Dodatku uz članak: Pavišić, B., Matulović, M., op. cit.

⁷³ Naredba o objavljivanju sudskog oglasa o konfiskaciji imovine, Sl. list FNRJ, br. 17/46. od veljače 1946. koju su potpisali ministar financija i ministar pravosuđa.

⁷⁴ Kronologijski pregled najvažnijih pravnih izvora o konfiskaciji imovine od 1942. do 1990. u Dodatku uz članak: Pavišić, B., Matulović, M., op. cit., str. 103-105.

⁷⁵ Sl. list DFJ, br. 40/45. i 70/45.

određenim uvjetima, izricali uz kazne za određena kaznena djela i sporedne kazne konfiskacije imovine kao i “zaštitne mjere” konfiskacije imovine. Osobi kojoj je imovina konfiscirana na osnovi sporedne kazne konfiskacije ili “zaštitne mjere” konfiskacije, u razdoblju od 15. svibnja 1945. do 25. lipnja 1991. i oduzeta iz posjeda, “dati” (mi kažemo: “vratiti”) će se u vlasništvo ili će joj se umjesto toga odrediti naknada u novcu ili vrijednosnim papirima po ZN-u pod pretpostavkom da je ta osoba bila lišena imovine zbog kazne za politička kaznena djela, politički motivirana kaznena djela ili druga kaznena djela, ako je do osuđujuće presude došlo zbog zloporabe prava ili političke moći (članak 4. stavak 1. i 2.). “Pod zloporabom prava ili političke moći smatrat će se slučajevi u kojima je došlo do osude koja u svojoj izreci ili postupku koji joj je prethodio krši međunarodno priznata načela pravne države i demokratskog društva ili proturječi javnom poretku Republike Hrvatske” (članak 4. stavak 2.).⁷⁶ Nadležno tijelo, međutim, može donijeti odluku o dekonfiskaciji tako oduzete imovine tek “po pribavljenom mišljenju državnog odvjetnika Republike Hrvatske”. U dvojbenim slučajevima “tražitelj vraćanja imovine uputit će se da prije donošenja odluke o njegovu zahtjevu, sukladno zakonu, pokrene postupak za poništenje presude” (članak 4. stavak 3.).

b) Konfiskacija imovine odlukama jugoslavenskih komunističkih vlasti prije 15. svibnja 1945. godine.

Pod gornjim pretpostavkama pravo na naknadu za oduzetu imovinu mogu ostvarivati i osobe kojima je imovina konfiscirana na “temelju presuda i drugih odluka jugoslavenskih komunističkih vlasti” prije 15. svibnja 1945. (članak 4. stavak 4.).^{77,78}

c) Pravna osnova oduzimanja, prisilnog otuđenja ili napuštanja imovine od 6. travnja 1941. do 15. svibnja 1945.

Pravo na naknadu imaju prijašnji vlasnici (njihovi potomci i bračni drug) kojima je bila oduzeta imovina u vremenu od 6. travnja 1941. do 15. svibnja 1945. odlukama okupatorskih ili kvislinških vlasti tzv. NDH-a ili su je u tom vremenu morali otuđiti ili napustiti, a nije im bila vraćena poslije 15. svibnja 1945. Ovaj zaključak proizlazi iz interpretacije članka 2. ZN-a u kome se, između ostalih zakona o oduzimanju imovine, navodi i Zakon o postupanju s imovinom koju su vlasnici morali napustiti u toku okupacije i imovinom koja im je bila oduzeta od strane

⁷⁶ Vidi interpretaciju: Pavišić, B., Matulović, M., op. cit., str. 78-96.; Blažević, R., Politički poretci i legitimitet, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1995., str. 112. i dalje i 134. i dalje.

⁷⁷ Šire o tome, Pavišić, B., Matulović, M., op. cit., str. 55-106.; Crnić, J., Komentar Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, Zagreb, 1997., uz članke 3. i 4.

⁷⁸ Vidi pravne izvore, Pavišić, B., Matulović, M., op. cit., kronologijski pregled najvažnijih izvora o konfiskaciji imovine od 2. veljače 1942. do 9. lipnja 1945., koji nisu navedeni u čl. 2. ZN-a.

okupatora i njegovih pomagača (članka 1. stavka 1.).⁷⁹ Ovim zakonom bile su propisane pretpostavke i postupak za restituciju oduzete, napuštene ili prisilno otuđene imovine po zahtjevu su vlasnici, odnosno njihovi nasljednici ili “uživaoci” mogli podnijeti po pravilu neposredno ili preko punomoćnika ako su se nalazili na području tadašnje FNRJ. Državljeni FNRJ, naime, koji su boravili u inozemstvu, a nisu bili registrirani kod predstavništava FNRJ u državi boravka, niti su se odazvali pozivu da se vrate u domovinu nisu mogli preko punomoćnika tražiti povrat imovine (čl. 1. st. 3.). Oduzeta ili napuštena imovina nije se vraćala ako bi po zahtjevu nadležnog saveznog ili republičkog ministra Vrhovni sud FNRJ ili sud narodne republike utvrdio da ta imovina (privredno poduzeće) u interesu “narodne preivrede” prelazi u državno vlasništvo (čl. 3. i 4.).

4.1.1. Nisu predmet naknade nekretnine ekspropirane nakon 20. ožujka 1978.

Eksproprijacija je u pravno-tehničkom smislu, u načelu, samo djelomično bila mjera “eksproprijacije eksproprijatora”, kao npr. u Zakonu o agrarnoj reformi i kolonizaciji,⁸⁰ članak 3. do 9. Inače, eksproprijacija je i u tadašnjem sustavu bila pojedinačna mjera ograničenja ili oduzimanja prava vlasništva u javnom (općem) interesu uz propisanu naknadu. Unatoč tome, bez obzira na razlog eksproprijacije, i kada je provedena kao individualna mjera, predmet naknade po ZN-u su sve nekretnine koje su ekspropirane poslije 15. svibnja 1945. godine, osim onih nekretnina koje su ekspropirane po Zakonu o eksproprijaciji SRH⁸¹ nakon 20. ožujka 1978. (članak 6. ZN-a).

Zakonom o naknadi propisano je da je prijašnji vlasnik dužan vratiti primljenu naknadu za neizgrađeno građevinsko zemljište u slučaju kada mu je zemljište vraćeno (članak 17. stavak 2. ZN-a), samo ako je primio naknadu u novcu određenu prema odredbama Zakona o eksproprijaciji SRH od 20. ožujka 1978.⁸² Ovo tumačenje je u skladu s interpretativnim pravilom po kome se iznimke usko tumače, ali se oslanja na slovo zakona, a *ratio legis* ostavlja u sjeni. Izraženo je, međutim, i mišljenje da je, tek mnogo godina nakon 15. veljače 1968., kada je saveznim Zakonom o eksproprijaciji uređena ustanova pravične naknade za ekspropirane nekretnine i za podruštvljeno građevinsko zemljište, sudska praksa “dovela odredbu o pravičnoj naknadi na prag pravičnosti” i da je zato zakonodavac isključio primjenu Zakona o naknadi samo za nekretnine za koje je određena naknada pravomoćnim rješenjem nakon 22. ožujka 1978., kada je stupio na snagu ZE SRH.⁸³ Ovu tezu,

⁷⁹ Sl. list DFJ, br. 36/45.; Zakon o potvrdi i izmjenama Zakona o postupanju sa imovinom koju su vlasnici morali napustiti u toku okupacije i imovinom koja im je oduzeta od strane okupatora i njegovih pomagača, Sl. list. FNRJ, br. 64/46., 105/46., 88/47. i 99/48.

⁸⁰ Sl. list DFJ, br. 64/45.

⁸¹ NN, br. 10/78., 5/80., 30/82., 46/82. – pročišćeni tekst, 28/87. i 39/88.

⁸² Crnić, J., Zakon o eksproprijaciji (pročišćeni tekst s komentarom, NN, 19/83.)

⁸³ Crnić, J., O nekim pitanjima iz Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, Informator, br. 4475. od 25. siječnja 1997.; vidi: Naknada za podruštvljeno

međutim ne potvrđuje objavljena sudska praksa o primjeni ustanove pravične naknade iz saveznog Zakona o eksproprijaciji.⁸⁴

4.2. Oduzimanje imovine na teritoriju Republike Hrvatske

Područje Republike Hrvatske poklapa se s područjem Narodne Republike Hrvatske (Socijalističke Republike Hrvatske) koje je bilo određeno odlukom AVNOJ-a.⁸⁵ Samo imovina koja je prisilno prenijeta u društveno vlasništvo (*supra* 4.1.) unutar tih granica predmet je naknade po odredbama ZN-a (članak 2. stavak 1.).

4.3. Postojanje u naravi oduzete imovine na dan 11. listopada 1996.

Treća pretpostavka prava naknade za oduzetu imovinu “koja je u društveno vlasništvo prenesena na temelju propisa iz članka 2. te akata i načina propisanih u članku 3. ZN-a” jest da je na dan donošenja ZN-a, tj. 11. listopada 1996. godine, ta imovina postojala “u naravi” (članak 7. ZN-a), pa makar da je 12. listopada 1996. godine propala.

Nije bitno zbog kojih razloga je oduzeta imovina (stvari) propala prije 11. listopada 1996., djelovanjem više sile, slučajem, ili poradi ljudske radnje, zakonite ili nezakonite, krivnjom prijašnjeg vlasnika ili druge osobe (pa i države) ili bez ičije krivnje. Eventualna odgovornost za štetu prouzrokovanu propašću oduzete imovine prosuđuje se po pravilima obveznog prava i posebnih zakona kao npr. Zakona o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike, odnosno u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba.⁸⁶ Ove odredbe, po našem mišljenju, po analogiji se primjenjuju i na naknadu za imovinu oduzetu “kaznom konfiskacije” ili “zaštitnom mjerom konfiskacije” iz članka 4. ZN-a.

Od svih stvari koje, u konkretnom slučaju, mogu biti predmetom naknade po odredbama ZN-a (članak 15.) u pravilu samo zemljište ne propada u naravi.

Među oduzetim stvarima koje su sklone propadanju, a predmet su naknade za oduzetu imovinu jesu i zgrade, kao i drugi građevinski objekti, na površini ili ispod površine zemljišta i posebni dijelovi zgrada (članak 15. stavak 3.). Zgrade su *ex lege*

građevinsko zemljište, načela Zakona o eksproprijaciji SRH, koji je bio na snazi od 20. ožujka 1978., i u zakonima ostalih republika i autonomnih pokrajina u knjizi Simonetti, P., Pravo korištenja građevinskog zemljišta, Informator, 1985., str. 71-89.

⁸⁴ VSH, Gzz-54/69 od 17. lipnja 1970., ZSO, XVI, 11, 42, prema kojoj pravična naknada ne može prekoračiti visinu tržišne cijene nekretnine (više od te cijene ne određuje se naknada ni po ZN-u); VSH, Gzz-107/76 od 17. lipnja 1977., ZSO, III (nova serija), 1, 15, prema kojoj pravična naknada “može biti i veća od tržišne cijene nekretnine”. Sadašnji Zakon o izvlaštenju propisuje da se naknada “određuje u novcu u visini tržišne vrijednosti nekretnine” ako se izvlašteniku ne može dati odgovarajuća nekretnina (članak 33.).

⁸⁵ Antifašističko vijeće narodnog oslobođenja Jugoslavije koje je konstituirano u Jajcu, 29. studenog 1943.

⁸⁶ NN, br. 53/90., 61/91., 25/93. i 70/93.

bile pravno odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu (načelo pravnog dualiteta nekretnina) kao samostalne nekretnine.

Prema tome, nisu predmet naknade po odredbama ZN-a porušene ili uklonjene zgrade ili drugi građevinski objekti, baš kao ni potopljeni ili uništeni brodovi ili brodice iz članka 15. stavak 1. točka 4. (članak 44.), ili pokretne stvari koje imaju kulturnu, umjetničku ili povijesnu vrijednost (članak 48.) koje su inače predmet denacionalizacije, a propale su prije 11. listopada 1996.

Stavljanje zemljišta izvan prometa (opće dobro, pomorsko dobro, javno dobro u općoj uporabi, vodno dobro itd.) prepreka je za restituciju prava vlasništva prijašnjem vlasniku jer na takvom zemljištu "nije moguće stjecanje prava vlasništva" (članak 55. točka 2. ZN-a). Prijašnji vlasnik u tom slučaju ima pravo na naknadu za oduzeto zemljište u vrijednosnim papirima (članak 19. stavak 2. i članak 20. stavak 3. ZN-a). Odlučujuće je da je zemljište stavljeno izvan prometa odlukom nadležnog tijela ili po samom zakonu (npr. pomorsko dobro) ili dopuštenim zahvatom u prostoru npr. izgradnjom vodenih akumulacija, kanala, nasipa, kopnenih prometnica, pomorskih, riječnih i zračnih luka^{87,88} (javno dobro u općoj uporabi, članak 35. stavak 4. ZV-a).

5. Ovlaštenici prava na naknadu za oduzetu imovinu

Ovlaštenici prava na naknadu za oduzetu imovinu su, pod određenim zakonskim pretpostavkama, prijašnji vlasnici, fizičke odnosno pravne osobe ili njihovi nasljednici, odnosno pravni sljednici (članak 1. stavak 5. ZN-a), kao i dioničari ili imatelji uloga trgovačkog društva prijašnjeg vlasnika (članak 45. stavak 3. ZN-a), a po analogiji i njihovi nasljednici prvog nasljednog reda.

5.1. Prijašnji vlasnik

Prijašnjim vlasnicima smatraju se osobe "kojima je imovina oduzeta" na osnovi propisa i akata iz članaka 2., 3. i 4. ZN-a, dakle, osobe koje su u odluci o oduzimanju imovine označene kao njeni vlasnici. Kako su predmet naknade oduzete imovine po pravilu određene nekretnine (članak 15. ZN-a), najčešće je osoba kojoj je oduzeta imovina bila zemljišnoknjižni vlasnik, bar na onome području gdje su postojale zemljišne knjige u vrijeme donošenja odluke o oduzimanju imovine. Ali zemljišnoknjižni vlasnik je po pravilima zemljišnoknjižnog prava samo predmnijevani vlasnik, kako zbog mogućnosti utvrđenja ništavosti ili poništenja pravnog posla o uknjižbi prava vlasništva (kauzalna tradicija) te brisanja prava

⁸⁷ Opće dobro, odnosno pomorsko dobro (čl. 2. ZV-a, čl. 59-72. Pomorskog zakonika, NN, br. 17/94., 74/94., 43/96.

⁸⁸ Vidi iznimke od načela vraćanja neizgrađenog građevinskog zemljišta u članku: Simonetti, P., Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta, ZPFR, vol. 18, br. 1, str. 209-211.

vlasništva iz zemljišne knjige zbog neistinite uknjižbe,^{89, 90} tako i, u praksi još češće, zbog izvanknjižnog stjecanja prava vlasništva: nasljeđivanjem, dosjelošću, građenjem na tuđem zemljištu, na temelju odluke nadležnog tijela itd. Može se, dakle, i danas dokazivati da je određena osoba stekla pravo vlasništva nasljeđivanjem (na osnovi zakona ili oporuke) prije prisilnog prijenosa imovine u društveno vlasništvo ako je nasljedstvo prije toga otvoreno⁹¹ ili da su prije oduzimanja bile ispunjene zakonske pretpostavke za stjecanje prava vlasništva dosjelošću ili građenjem na tuđem zemljištu^{92, 93} ili da je vlasništvo stečeno na osnovi odluke nadležnog tijela u postupku agrarne reforme (dodjela zemljišta agrarnim interesentima), komasacije itd. Prema tome, i osoba koja je bila upisana u zemljišnim knjigama kao vlasnik oduzete nekretnine samo je njen predmnijevani vlasnik dok se ne dokaže suprotno.⁹⁴ Po ZGZ-u SRH⁹⁵ prijašnjim vlasnikom područstvoljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta smatrale su se, pored ostalih, i osobe koje su stekle vlasništvo prije prijenosa u društveno vlasništvo na temelju odluke nadležnog organa ili po samom zakonu⁹⁶ kao i osobe koje su imale pravnu osnovu stjecanja u ugovoru “ako je do dana prijenosa zemljišta u društveno vlasništvo ovjeren potpis

⁸⁹ §§ 68-78. bivšeg Zakona o zemljišnim knjigama.

⁹⁰ Košutić, M., Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama, Zagreb, s. a., str. 215., 221.

⁹¹ Članci 128., 129., 135., 239., 240. i 241. Zakona o nasljeđivanju, Sl. list FNRJ, 20/55., 52/57. i 18/58., pročišćeni tekst, Sl. list SFRJ, br. 42/65. i NN, br. 52/71. i 47/78., prema kojemu nasljedstvo prelazi na nasljednika u času smrti ostavitelja (članak 135.).

⁹² §§ 1452-1486. i 418. OGZ-a, odnosno članci 24-26., 28. i 30. ZOVO-a (Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Sl. list FNRJ, br. 6/80. i 36/90.).

⁹³ Vidi: Derenčin, M., Tumač k obćem austrijskom građanskom zakoniku, Zagreb, 1880-1883.; Rušnov/Posilović, Tumač obćemu austrijskom građanskom zakoniku, Zagreb, između 1909-1914., uz ustanove dosjelošti i građenja na tuđem zemljištu; Čepulić, I., Sistem obćeg privatnog prava, Zagreb, 1925. str. 220-225.; Rajačić, C., Stvarno pravo (predavanja), Zagreb, 1956.: dosjelošt i građenje na tuđem zemljištu; Gavella, N., O dosjelošti kao ustanovi našeg pravnog uređenja, ZPFZ, 1976., br. 3, str. 241-270.; isti: Stjecanje prava vlasništva izgradnjom zgrade na tuđem zemljištu, Privreda i pravo, br. 5, 1981., Žuvela, M., Vlasničkopravni odnosi, sudska praksa uz članke 28-30. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima; isti: Stjecanje prava vlasništva – posebno o građenju na tuđem zemljištu i dosjelošti, Zakonitost, br. 9-10/1990.; Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982., str. 69-140. i 189-218.

⁹⁴ U sudskoj praksi usvojen je stav da se u parničnom postupku može utvrditi da je pravo vlasništva na građevinskom zemljištu stečeno putem dosjelošti prije nacionalizacije, odnosno prije područstvljenja građevinskog zemljišta. Vidi npr. odluke: VSH, Gzz-140/75 od 14. listopada 1975., Pregled NZ 10/74; Okružni sud u Rijeci, Gž- 2182/76 od 8. travnja 1976., Pregled NZ 19/177; VSBiH, Gž-2404/75 od 31. prosinca 1975., Zbirka pravne prakse VSBiH, 1976., str. 179.; VSBiH, Gzz-56/73 od 24. svibnja 1974., Bilten VSBiH, 1974., br. 28, str. 14.; VSBiH, Rev-35/78 od 6. prosinca 1978., Bilten VSBiH, 1978., br. 4, str. 40.; VSH, Gzz-36/76 od 12. listopada 1976., Pregled NZ 10/139; VSBiH, Rev-417/82 od 25. studenoga 1982., Bilten sudske prakse VSBiH, 1982., br. 4, str. 28.; VSH, Gzz-26/76 od 12. listopada 1976., Pregled NZ 9/134.

⁹⁵ Zakon o građevinskom zemljištu – pročišćeni tekst, NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.

⁹⁶ VSH, Gzz-36/76 od 12. listopada 1976., u: Žuvela⁴, Prilog II. J. XX.

prodavaoca ili plaćen porez na promet nekretnina odnosno ugovor zaprimljen kod nadležnog općinskog organa uprave radi razreza poreza ili je ugovorena cijena plaćena putem banke” (članak 36. stavak 2. alineja 1. i 2. ZGZ-a). Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, od 26. prosinca 1958.,⁹⁷ bile su propisane slične pretpostavke za dokazivanje da je na temelju pravnog posla stečen pravni temelj za uknjižbu prava vlasništva nacionalizirane nekretnine prije zabrane prometa⁹⁸ koja je prethodila nacionalizaciji (članak 70. i 71.). No te odredbe nisu isključivale dokazivanje da je pravo vlasništva stečeno izvanknjižno, po samom zakonu, ili odlukom nadležnog tijela prije nacionalizacije.⁹⁹ Odredbe o dokazivanju da je stečeno pravo vlasništva na temelju pravnog posla bez uknjižbe u zemljišnu knjigu, prije prelaska u društveno vlasništvo, podsjećaju na nekadašnju legalnu ocjenu dokaza,¹⁰⁰ a imale su za cilj spriječiti špekulativni promet nekretninama. Smatramo da se danas, u slučaju spora o tome je li ugovor o prijenosu prava vlasništva zaključen prije podruštvoljenja, može dokazivati svim dopuštenim dokaznim sredstvima.¹⁰¹ Pravni promet prava vlasništva (i drugih stvarnih prava) na nekretninama odvijao se često i ranije, a pogotovo poslije 1945. godine, bez promjene u zemljišnoj knjizi. Postoje čitavi nizovi pravnih naslova, i tamo gdje postoje zemljišne knjige, o sukcesivnom prijenosu obveznog (tražbenog pravnog naslova – *iustus titulus*) prava za prijenos prava vlasništva, a da prijenos prava vlasništva nije izvršen, iako se prenosio posjed otuđene nekretnine, jer nije uknjiženo pravo vlasništva stjecatelja (uknjižba je način stjecanja *modus acquirendi* prava vlasništva na nekretnine), odnosno nije brisano iz zemljišne knjige pravo vlasništva otuđivatelja. Velik je, dakle, raskorak između knjižnog i izvanknjižnog vlasništva stečenog na originaran način, a još veći između knjižnog i izvanknjižnog pravnog prometa koji se odvijao na temelju ugovora valjanih za stjecanje prava vlasništva uknjižbom u zemljišne knjige. Zato postoji mogućnost da je prijašnji vlasnik bila neka druga osoba koja je pravo vlasništva stekla izvorno ili ga je mogla steći uknjižbom u zemljišne knjige na temelju valjanog pravnog posla. Ovo osobito u onim slučajevima kada odluka o oduzimanju prava vlasništva nije imala osobni karakter (kao npr. u slučaju nacionalizacije gospodarske imovine, neizgrađenog građevinskog zemljišta itd.) kada izvanknjižni vlasnik, koji nije bio označen u odluci o oduzimanju vlasništva nije imao interesa ni pravne osnove da traži izlučenje svojih nekretnina od prisilnog prijenosa u društveno vlasništvo ukoliko nije dospjela obveza plaćanja naknade po tadašnjim propisima (npr. nije deposeđirano neizgrađeno

⁹⁷ Sl. list FNRJ, br. 52/58.

⁹⁸ Zakon o izmjeni Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Sl. list FNRJ, br. 48/58. koji je prestao važiti danom stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji... (članak 79.).

⁹⁹ Simonetti, P., Pravo korištenja građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu, Informator, Zagreb, 1985., str. 56. i 169-170.

¹⁰⁰ Zuglia, S., Građanski parnični postupak FNRJ, Školska knjiga, Zagreb, 1957., str. 313.; Triva, S., Građansko procesno pravo i građansko procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1972., str. 124-127.

¹⁰¹ Članak 219-271. Zakona o parničnom postupku, NN, br. 53/91., 91/92., 112/99.

građevinsko zemljište niti dobrovoljno predano općini) ili je naknada u obveznicama bila beznačajna (npr. za oduzeta poduzeća).

a) Prijašnji vlasnik podružtvovljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta

Prijašnjim vlasnikom smatra se i osoba na koju je prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu prenio svoje privremeno pravo korištenja i s njime prvenstveno pravo korištenja, kao i osoba koja je ta prava naslijedila.¹⁰² U pravnom prometu prvenstveno pravo korištenja (građenja) prenosilo se zajedno s privremenim pravom korištenja, kako među živima, tako i nasljeđivanjem.

Prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta koje je prenijeto u društveno vlasništvo nacionalizacijom, odnosno kasnije na temelju odluke skupštine općine, imao je do deposidiranja ili predaje zemljišta općini privremeno pravo korištenja i prvenstveno pravo korištenja (građenja) na tome zemljištu.¹⁰³

Po Zakonu o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta (od 26. prosinca 1958.) prijašnji vlasnik je mogao svoje pravo na neizgrađeno građevinsko zemljište prenijeti na drugu osobu bez ograničenja (članak 39. stavak 1.).¹⁰⁴ Promet ovih prava ograničen je, međutim, Zakonom o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera,¹⁰⁵ koji je stupio na snagu 15. veljače 1968. godine. Po tome Zakonu prijašnji vlasnik mogao je prenijeti privremeno pravo korištenja i prvenstveno pravo korištenja (građenja) samo na bračnog druga, potomke, usvojenike, roditelje i usvojitelje (članak 5. stavak 1.). Osobe iz ovog kruga na koje je prijašnji vlasnik prenio svoja prava nisu ih mogle prenositi pravnim poslom na druge osobe (članak 5. stavak 2.). Međutim, spomenuta prava nasljeđivali su zakonski nasljednici prijašnjeg vlasnika, kao i zakonski nasljednici navedenih osoba na koje je prijašnji vlasnik prenio svoja prava (članak 5. stavak 3.). Ova ograničenja odnose se i na osobe na koje je prijašnji vlasnik prenio svoja prava prije

¹⁰² "Prijašnjim vlasnicima građevinskog zemljišta smatraju se osobe koje su na dan prijenosa zemljišta u društveno vlasništvo bile upisane u zemljišnoj ili drugoj javnoj knjizi koja zamjenjuje zemljišnu knjigu, kao vlasnici tog zemljišta.

Izuzetno od odredbe stava 1. ovoga člana prijašnjim vlasnicima građevinskog zemljišta u smislu ovoga zakona smatraju se i osobe:

- koje su zemljište stekle na osnovi ugovora, ako je do dana prijenosa zemljišta u društveno vlasništva ovjeren potpis prodavaoca, ili je plaćen porez na promet nekretnina, odnosno ugovor zaprimljen kod nadležnog općinskog organa uprave radi razreza tog poreza, ili je ugovorena cijena uplaćena putem banke;
- koje su prije prijenosa zemljišta u društveno vlasništvo stekle pravo vlasništva tog zemljišta na temelju odluke državnog organa ili po samom zakonu." (članak 36. Zakona o građevinskom zemljištu – pročišćeni tekst, NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.).

¹⁰³ Šire o tome, Simonetti, P., *Denacionalizacija i pretvorba prava korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta u društvenom vlasništvu*, ZPFR, vol. 18., br. 1., str. 193-213.

¹⁰⁴ Vidi Obvezno tumačenje članka 39. stavak 1., Sl. list FNRJ, br. 24/59. i rješidbu VSH, Rev-1949/80 od 17. ožujka 1981. (PSP, Naša zakonitost, br. 19/48.).

¹⁰⁵ Sl. list SFRJ, br. 5/68.

stupanja na snagu ovog Zakona (kada je promet bio neograničen), “ako je prijenos prava izvršen na osnovi ugovora na kome su potpisi ovjereni od strane organa nadležnog za ovjeravanje potpisa, ili ako je ugovorna cijena isplaćena preko banke, ili ako je osoba na koju je prijašnji vlasnik prenio to pravo vršila isplatu poreza ili doprinosa u vezi sa zemljištem na koje to pravo postoji” (članak 5. stavak 4.).

Nakon što su Ustavnim amandmanima¹⁰⁶ iz 1971. godine zakonodavne kompetencije prenijete s Federacije na socijalističke republike, ova ograničenja preuzeo je i donekle ublažio Zakon o prostornom uređenju i korištenju građevinskog zemljišta SRH.¹⁰⁷ Spomenutim zakonom, naime priznato je i pravo prijašnjem vlasniku da oporučno raspolaže navedenim pravima u korist osoba iz navedenog kruga (članak 120. stavak 1.), a osobe na koje je prijašnji vlasnik prenio svoje pravo stječu ista koja je i on imao (članak 120. stavak 2.), pa, dakle, i pravo raspolaganja pravnim poslom među živima i oporukom, u korist svoga bračnog druga potomka, usvojenika, roditelja i usvojitelja. Ista ograničenja je kasnije preuzeo i Zakon o građevinskom zemljištu (članak 35.)¹⁰⁸ koji je bio na snazi do 1. siječnja 1997. godine (članak 394. stavak 2. ZV-a), s tim što su od 2. svibnja 1990. nositelji prvenstvenog prava korištenja uz suglasnost prijašnjeg vlasnika bili bračni drug, potomci, usvojenici, roditelji i usvojitelji.¹⁰⁹ Pravo raspolaganja privremenim pravom korištenja i prvenstvenim pravom korištenja (građenja) u navedenim granicama imale su do 15. veljače 1968. godine i osobe izvan navedenog kruga na koje je ta prava prenio prijašnji vlasnik “ako je do toga dana prijenos upisan u zemljišnoj knjizi, ili je izvršen na temelju ugovora u kome su potpisi ovjereni od strane organa nadležnog za ovjeravanje potpisa, ili je ugovorena cijena isplaćena preko banke, ili je osoba na koju je prijašnji vlasnik prenio to pravo od tog dana plaćala porez ili doprinos u vezi sa zemljištem na kome to pravo postoji” (članak 35. stavak 3. ZGZ-a). Kao što se vidi, Zakon izjednačava prijenos prava, u pravnotehničkom smislu, upisom u zemljišnu knjigu s prijenosom posjeda bez upisa u zemljišnu knjigu.

Od 2. svibnja 1990. postojala je mogućnost da bračni drug, potomci, usvojenici, roditelji i usvojitelji prijašnjeg vlasnika steknu privremeno pravo korištenja¹¹⁰ uz njegovu suglasnost,¹¹¹ dakle jednostranim pravnim poslom. Do 2. svibnja 1990. godine postojala je mogućnost prijenosa privremenog prava korištenja i prvenstvenog prava korištenja ugovorom na isti krug osoba (čl. 35. ZGZ-a).

¹⁰⁶ Ustavni amandmani XX – XLII, proglašeni 30. lipnja 1971., Sl. list FNRJ, br. 29/71.

¹⁰⁷ NN, br. 14/73.

¹⁰⁸ Pročišćeni tekst, NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.

¹⁰⁹ Članak 2. ZID ZGZ-a, NN, br. 16/90.

¹¹⁰ I akcesorno prvenstveno pravo korištenja.

¹¹¹ Članak 2. ZID ZGZ-a, NN, br. 16/90. koji je stupio na snagu 2. svibnja 1990.

b) Stjecatelj prava korištenja (koja se pretvaraju u pravo vlasništva) na temelju osnaženog pravnog posla

Pravo koje pripada prijašnjem vlasniku neizgrađenog građevinskog zemljišta, iz članka 16. stavak 1. i članka 17. stavak 1., pripada i osobi na koju je ovaj "prenio svoje pravo", čak i na temelju pravnog posla zaključenog suprotno "propisima kojima je bio zabranjen promet građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu", jer se takvi pravni poslovi po Zakonu o naknadi smatraju valjanim "ukoliko nemaju drugih nedostataka koji ih čine ništavim ili pobožnim" (članak 18. stavak 1.).¹¹² No, ako je na temelju takvog pravnog posla izvršen prijenos, služba nadležna za obavljanje imovinskopравnih poslova u uredima državne uprave u županijama¹¹³ priznat će stjecatelju pravo vlasništva na neizgrađenom građevinskom zemljištu, na njegov zahtjev. Stjecatelj je u tom slučaju dužan platiti porez na promet nekretnina u roku od 15 dana od primitka rješenja ako taj porez nije plaćen do stupanja na snagu Zakona o naknadi (članak 18. stavak 2. i 3. ZN-a). Odredbe iz članka 18. stavak 1. ZN-a o konvalidaciji ništavih pravnih poslova (članak 55. ZGZ-a), "koje su prijašnji vlasnici sklopili protivno propisima kojima je bio zabranjen promet građevinskim zemljištem u društvenom vlasništvu", odnose se na sve pravne poslove "ukoliko nemaju drugih nedostataka koji ih čine ništavim ili pobožnim". Zakon, naime, ne čini razliku između pravnih poslova, pa se, dakle, ove odredbe odnose i na pravne poslove koji proizvode pravne učinke prijenosa navedenih prava nakon smrti prijašnjeg vlasnika. Prema tome, Zakonom o naknadi konvalidira se i ugovor o doživotnom uzdržavanju (članak 122-127. Zakona o nasljeđivanju) kojim se prijenos prava prijašnjeg vlasnika na neizgrađenom građevinskom zemljištu (primatelj izdržavanja) odgađa do njegove smrti (članak 122. stavak 1.), jednako kao što se konvalidira i ugovor o doživotnom uzdržavanju kojim nije bio odgođen prijenos spomenutih prava do smrti primatelja uzdržavanja (prijasnjeg vlasnika).¹¹⁴ Odredbe o konvalidaciji pravnih poslova iz članka 18. ZN-a odnose se i na oporuke (oporučna raspolaganja: zapisi), jer je i oporuka pravni posao.¹¹⁵ Prema tome, Zakon o naknadi

¹¹² Bagić, S., Denacionalizacija, aktualna pitanja iz prakse, Godišnjak br. 4, str. 326-328.

¹¹³ Dosadašnji ured za imovinskopравne poslove (članak 8. ZID ZN-a).

¹¹⁴ Taj drugi ugovor nije reguliran pozitivnim propisima, ali nije ni suprotan imperativnim propisima građanskog prava, pa ga je sudska praksa nakon kratkotrajnog kolebanja po donošenju Zakona o nasljeđivanju prihvatila, s obrazloženjem da ga dopuštaju pravila obveznog prava, vidi Načelno mišljenje Proširene opće sjednice Saveznog vrhovnog suda od 11. siječnja 1957., br. 8/57/, ZSO, II, 1, str. 19.; kao i odluke VSH, Gž-4221/72 od 21. siječnja 1974., Gž-4367/73 od 16. listopada 1974. i Rev-2335/89 od 27. prosinca 1989. Tako i Gavella, N., Nasljedno pravo, Informator, 1986., str. 377., i Kreč, Pavić: Komentar Zakona o nasljeđivanju, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 365.

¹¹⁵ Prema standardnoj definiciji oporuka je jednostrana, opoziva i u propisanoj formi dana izjava posljednje volje kojom neka osoba raspolaže svojom imovinom, ili jednim njenim dijelom za slučaj smrti (Kreč – Pavić, ibidem, str. 184.); Gavella N., Nasljedno pravo, Informator, Zagreb, 1986., str. 150.; Blagojević, T. B., - Antić, O., Nasledno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1986. (XVII. izm. i dop. izdanje), str. 248-249.; Marković, S., Nasledno pravo, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981., str. 235-237.

osnažuje i oporuke kojima je oporučitelj – prijašnji vlasnik neizgrađenog građevinskog zemljišta – raspolagao protivno prijašnjim propisima o zabrani raspolaganja “ukoliko nemaju drugih nedostataka koje ih čine ništavim ili pobožnim” (članak 18. stavak 1. ZN-a, te članci 65., 66. i 82. Zakona o nasljeđivanju). Ovo bez obzira je li nasljedstvo otvoreno prije 1. siječnja 1997. g. ili poslije tog datuma.

Pravni poslovi iz članka 18. ZN-a, pa, dakle, i oporuke osnažuju se *ex tunc*. No kod pravnih poslova *mortis causa* (ugovor o doživotnom uzdržavanju i oporuka) treba razlikovati pravno stanje koje je nastalo ako je prijašnji vlasnik umro prije 1. siječnja 1997. od onog pravnog stanja koje je nastalo u slučaju da je umro 1. siječnja 1997. ili poslije toga. Ako je prijašnji vlasnik umro prije 1. siječnja 1997., u ostavinu je ušlo privremeno pravo korištenja i prvenstveno pravo korištenja neizgrađenog građevinskog zemljišta. Pravo na naknadu za oduzetu imovinu ušlo je u ostavinu ako je oporučitelj (prijašnji vlasnik) doživio 1. siječnja 1997., odnosno 5. srpnja 2002. ako je oporučitelj novi ovlaštenik prava na naknadu po noveliranom Zakonu o naknadi.¹¹⁶

S obzirom na specifičnosti, u nastavku odvojeno razmatramo prava fizičkih i pravnih osoba kao ovlaštenika prava na naknadu, zakonske pretpostavke koje te osobe moraju ispunjavati da bi imale pravo na naknadu.

5.1.1. Fizičke osobe

Prije noveliranja Zakona o naknadi nije svaki prijašnji vlasnik – fizička osoba bio ovlašten tražiti naknadu za oduzetu imovinu, već je to pravo imao samo onaj prijašnji vlasnik koji je određenog dana imao državljanstvo Republike Hrvatske.

5.1.1.1. Hrvatski državljanin

Po dosadašnjem zakonu prijašnji vlasnik imao je pravo na naknadu za oduzetu imovinu samo ako je na dan donošenja ZN-a, 11. listopada 1996., imao hrvatsko državljanstvo (članak 9. stavak 1.).¹¹⁷ Prema tome, i prijašnji vlasnik koji je u trenutku oduzimanja imovine bio jugoslavenski državljanin pa, dakle, i državljanin NRH (SRH) ili koje druge jugoslavenske republike, nije imao pravo na naknadu za oduzetu imovinu ako 11. listopada 1996. nije imao hrvatsko državljanstvo,¹¹⁸ bez

¹¹⁶ Članci 7. i 13. ZID ZN-a, NN, br. 80/02., ispr. 81/02.

¹¹⁷ Hrvatsko državljanstvo, pretpostavke za njegovo stjecanje i prestanak uređuje Zakon o hrvatskom državljanstvu, NN, br. 53/91., 28/92., 113/93. i 4/94.). Domovnica je isprava kojom se dokazuje hrvatsko državljanstvo, a izdaje je matični ured općine, ili nadležno diplomatsko ili konzularno predstavništvo Republike Hrvatske u inozemstvu (članak 28.).

¹¹⁸ Vidi radove izložene na Međunarodnoj konferenciji “Državlanski status državljana SFRJ nakon njezina raspada”, održane 21. i 22. veljače 1997. u Zagrebu u organizaciji Hrvatskog pravnog centra – Instituta otvoreno društvo u Zagrebu i grada Osijeka, posebno: Medvedović, D., Savezno državljanstvo i državljanstvo republika bivše Jugoslavije te zatečeno stanje u trenutku njezine disolucije; Rakić, Vodinić, V., Sukcesija i državljanstvo SR Jugoslavije; Omejec, J., Stvaranje početnog državlanskog korpusa RH na dan raskida državnopravnih veza sa SFRJ s osvrtom na stjecanje i prestanak hrvatskog državljanstva.

obzira kada ga je izgubio i po kojoj osnovi. Nasuprot tome, prijašnji vlasnik koji u vrijeme oduzimanja imovine nije bio jugoslavenski državljani, pa dakle ni državljani NRH (SRH), ili mu je imovina oduzeta upravo zbog toga što nije bio jugoslavenski državljani, odnosno što je izgubio jugoslavensko državljanstvo,^{119,120} ima pravo na naknadu za oduzetu imovinu ako je na dan 11. listopada 1996. imao hrvatsko državljanstvo.¹²¹ Do noveliranja ZN-a nije imao pravo na naknadu za oduzetu imovinu ni prijašnji vlasnik koji je poslije 11. listopada 1996. stekao hrvatsko državljanstvo.

Prijašnji vlasnik koji je 11. listopada 1996. godine imao hrvatsko državljanstvo imao je pravo na naknadu za oduzetu imovinu i kad je hrvatsko državljanstvo izgubio poslije 1. siječnja 1997., kada je stekao pravo na naknadu (preciznije: pravo tražiti restituciju ili naknadu u propisanom obliku, *supra* 3.5.), jer gubitak državljanstva po hrvatskom pravu nije pravna osnova za oduzimanje prava vlasništva, pa analogno tome ni za gubitak prava na naknadu za oduzetu imovinu. A kada bi takva osnova i bila propisana zakonom, bila bi protivna Ustavu RH, koji jamčeći pravo vlasništva (članak 48. stavak 1.) i njegovu neposrednost (članak 3.) propisujući da je pravo vlasništva moguće oduzeti samo u interesu Republike Hrvatske, i to uz naknadu tržišne vrijednosti (članak 50. stavak 1.), prešutno jamči pravo na restituciju oduzete imovine ili na naknadu u obliku koji određuje zakon kada restitucija nije moguća ili je zakonom isključena.

¹¹⁹ Članak 3. ZID Zakona o nacionalizaciji privatnim privrednih poduzeća, Sl. list FNRJ, br. 35/48., odnosno dodati članak 7a. je propisivao:

“Danom stupanja na snagu ovog zakona nacionaliziraju se i prelaze u državno vlasništvo sve nekretnine, koje su u vlasništvu stranih državljana, stranih ustanova ili stranih privatnih ili javno-pravnih osoba.

Od toga se izuzimaju:

- 1.) nekretnine seljaka zemljoradnika koji obrađuju svoju zemlju;
- 2.) stambene zgrade koje služe vlasniku uglavnom za njegovo stanovanje;
- 3.) nekretnine predstavništava stranih država koje im služe za službene potrebe.

Jugoslavenski državljani koji pređe u strano državljanstvo gubi pravo vlasništva na nekretnine u Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji koje prelaze u državno vlasništvo. Iznimku može dozvoliti samo Ministar pravosuđa FNRJ.

Ministar pravosuđa FNRJ izdat će potrebna uputstva za prijenos vlasništva nacionaliziranih nekretnina na državu.”

¹²⁰ Vidi sudsku praksu Žuvela³, Prilog XV, točke 2., 3., 6., 7. i 9.: gubitak jugoslavenskog državljanstva kao pretpostavka prijelaza imovine u društveno vlasništvo (VSH, GŽ-17/79 od 25. srpnja 1979.; Os Pula, P-232/77 od 10. listopada 1978.; VSH, GŽ-3040/75 od 24. lipnja 1976.); gubitak prava vlasništva zemljoradnika – stranog državljanina koji je prestao obrađivati zemljište što mu je bilo ostavljeno u vlasništvu po Zakonu (VSH, GŽ-3788/76 od 16. studenoga 1976., VSH, GŽ-1771/70 od 19. kolovoza 1971.). Ove odredbe su Uredbom za provedbu zakona i drugih saveznih propisa... (Sl. list FNRJ, br. 51/72.) protegnute na teritorij na koji je proširena civilna uprava FNRJ (područje bivše Zone B) – vidi rješidbu VSH, GŽ-3788/76 od 16. studenoga 1976.

¹²¹ Medvedović, D., Stjecanje hrvatskog državljanstva po načelu podrijetla (*ius sanguinis*), Zakonitost, br. 3., 1992., str. 422-441.; Borković, I., Upravno pravo, Informator, Zagreb, 1995., Glava IX.

Nije bilo relevantno što je osoba koja je bila državljanin Republike Hrvatske 11. listopada 1996. imala istovremeno i strano državljanstvo jer se i takva osoba pred tijelima Republike Hrvatske smatra isključivo hrvatskim državljaninom (članak 2. Zakona o hrvatskom državljanstvu),¹²² bez obzira da li ima i da li je ikad imala prebivalište ili boravište u Republici Hrvatskoj.¹²³

5.1.1.2. *Prava zakonskih nasljednika prijašnjih vlasnika*

Ovlaštenici su prava na naknadu, pored prijašnjih vlasnika, i njihovi zakonski nasljednici prvog nasljednog reda, do noveliranja ZN-a, također pod pretpostavkom da su 11. listopada 1996. imali hrvatsko državljanstvo (članak 9. stavak 1. ZN-a), a to su bračni drug i djeca (članak 10. Zakona o nasljeđivanju)¹²⁴ i po pravu predstavljanja ostali potomci (članak 11.), zatim izvanbračna djeca i njihovi potomci (članak 23.) pozakonjena djeca i njihovi potomci (članak 24.) usvojenici i njihovi potomci (članak 25.).

5.1.1.2.1. *Stjecanje prava na naknadu nasljeđivanjem ili izvorno (ex iure proprio)*

Zakon o naknadi propisuje da se u pogledu nasljeđivanja prava na naknadu primjenjuju odredbe Zakona o nasljeđivanju ako ovim Zakonom nije drukčije propisano (članak 9. stavak 2.).

Nasljeđivati se mogu, međutim, samo ona prava koja se nalaze u ostavini.^{125,126} Po dosadašnjem zakonu pravo na naknadu nije se nalazilo u ostavini ako prijašnji vlasnik nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., jer u tome slučaju nije ga stekao, iako je doživio stupanje na snagu Zakona o naknadi – 1. siječnja 1997.

Dakle, zakonski nasljednik prijašnjeg vlasnika ne nasljeđuje pravo na naknadu ako ostavitelj koji je umro (proglašen umrlim) prije 1. siječnja 1997. ili, po dosadašnjem zakonu, i poslije toga datuma, ako nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996.

Zakon o naknadi, međutim, određuje da se u pogledu nasljeđivanja primjenjuju odredbe Zakona o nasljeđivanju “ako ovim Zakonom nije drukčije propisano” (članak 9. stavak 2.). U stavku 3. istog članka čini se da je “drukčije propisano”. Tamo se kaže da nasljednici prijašnjeg vlasnika “stječu vlasništvo na imovinu (čitaj: pravo na naknadu za oduzetu imovinu) koja se daje neovisno o tome kako su vlasnički udjeli utvrđeni pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju” druge imovine prijaš-

¹²² Načelo primata hrvatskog državljanstva, Borković, I., op. cit., str. 164.

¹²³ Bagić, S., Aktualna pitanja iz prakse, Godišnjak br. 4, Zagreb, 1997., str. 312-316.

¹²⁴ Zakon o nasljeđivanju, proć. tekst, Sl. list SFRJ, br. 42/65., 44/65. ispr., 47/65. ispr., NN, br. 47/78.

¹²⁵ Članak 2. Zakona o nasljeđivanju.

¹²⁶ Gavella, N., Nasljedno pravo, Informator, Zagreb, 1986., str. 60-61.; Kreč-Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 6-12.; Blagojević, B. T., Antić, O. B., Nasledno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1986., str. 48-60.; Marković, S., Nasledno pravo, Beograd, 1981., str. 49-54.

njeg vlasnika. Ova se odredba zasniva na hipotezi da je preostala imovina prijašnjeg vlasnika, i ona koju je možda naknadno stekao, raspoređena u ostavinskom postupku poslije njegove smrti pravomoćnom odlukom o nasljeđivanju.

Prema navedenoj odredbi irelevantno je da li je potomak ranije umrlog prijašnjeg vlasnika, koji bi bio pozvan na nasljedstvo da je prijašnji vlasnik doživio 1. siječnja 1997. (i da je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996.), u ranijem ostavinskom postupku proglašen nasljednikom, i s kojim udjelom, i da li je uopće bio živ u trenutku smrti prijašnjeg vlasnika (npr. unuk, praunuk koji je rođen mnogo godina poslije smrti prijašnjeg vlasnika). Ako je nasljedstvo, naime, otvoreno (članak 128. i 129. Zakona o nasljeđivanju)¹²⁷ prije 1. siječnja 1997., u ostavini nema prava na naknadu jer ostavitelj nije doživio dan kada je mogao steći to pravo, pa je irelevantna činjenica da li je umro (proglašen umrlim) kao hrvatski ili kao strani državljanin, odnosno osoba bez državljanstva (apatrid).

U tom slučaju pravo na naknadu za oduzetu imovinu zakonski nasljednik prvog nasljednog reda stječe izvorno, *ex iure proprio*, kao da je sam prijašnji vlasnik, jer nalazeći se u krugu zakonskih nasljednika prvog nasljednog reda po Zakonu je u pogledu stjecanja prava na naknadu za oduzetu imovinu s njime izjednačen u cijelosti, pa ga zato Zakon i obuhvaća sintagmom "prijašnji vlasnik" (članak 9. stavak 1.). Pojam nasljednik prvog nasljednog reda u tom slučaju ima instrumentalno značenje; on je ovlaštenik prava na naknadu samo zato što spada u krug osoba koje su obuhvaćene prvim nasljednim redom prijašnjeg vlasnika. Pravo na naknadu *ex iure proprio* pripada i onom potomku koji se rodio poslije smrti ostavitelja, koji u času smrti prijašnjeg vlasnika nije bio ni začet¹²⁸ (npr. unuk, praunuk) jer on i nije nasljednik, već ovlaštenik prava na naknadu samo zato što spada u krug osoba koje su obuhvaćene prvim nasljednim redom i po zakonu pozvane na nasljedstvo (u instrumentalnom smislu).

Dosljedna primjena pravila o nasljeđivanju, koja je po našem mišljenju isključena odredbom iz članka 9. stavak 3. Zakona o naknadi, dovela bi do toga da za imovinu koja je oduzeta prvih godina iza 1945., a iz toga vremena potječe pretežni dio oduzete imovine, po pravilu nema ovlaštenika prava na naknadu, jer su prijašnji vlasnici uglavnom poumrili prije 1. siječnja 1997., kada su mogli steći pravo na naknadu, pa to pravo nije ni ušlo u njihovu ostavinu te ne može biti predmet nasljeđivanja.

Zato smatramo da u slučaju kada prijašnji vlasnik, koji je doživio 1. siječnja 1997., a ne stječe pravo na naknadu po dosadašnjem zakonu jer nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., to pravo stječe njegov potomak i bračni drug (kao da je ostavina otvorena prije 1. siječnja 1997.) koji bi po zakonu bio pozvan na nasljedstvo, i to pod pretpostavkom da je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada

¹²⁷ Gavella, N., op. cit., str. 45-58.; Kreč-Pavić, op. cit., str. 408-417.; Blagojević, B. T., Antić, O. B., op. cit., str. 60-70.; Marković, S., op. cit., str. 46-48.

¹²⁸ Suprotno članak 130. stavak 1. i 2. Zakona o nasljeđivanju.

1996. Isto vrijedi i za slučaj da je prijašnji vlasnik umro prije 1. siječnja 1997., a njegov prvostupanjski potomak koji je doživio taj dan nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., pa će pravo na naknadu steći njegov reprezentant koji je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. godine (unuk ili drugi potomak prijašnjeg vlasnika iz članka 11. Zakona o nasljeđivanju).

Prema tome, logičkom i teleološkom interpretacijom Zakona o naknadi izvodimo zaključak da imovina ne prelazi u državno vlasništvo ako u krugu koji obuhvaća prvi nasljedni red postoji makar jedan ovlaštenik prava na naknadu kakovu Zakon propisuje. Prema tome, ako zahtjev za naknadu pravovremeno podnese makar jedan ovlaštenik prava na naknadu, imovina ne prelazi u državno vlasništvo (članak 77. ZN-a).

S obzirom na *ratio legis* ograničenja kruga ovlaštenika prava na naknadu na prijašnjeg vlasnika i njegove zakonske nasljednike prvog nasljednog reda koji su imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., nasljednikovo pravo na naknadu ne isključuje, dakle, okolnost što prijašnji vlasnik koji je doživio 1. siječnja 1997. nije imao hrvatsko državljanstvo. Ovo se po analogiji primjenjuje i u slučaju ako umre prvostupanjski nasljednik (dijete prijašnjeg vlasnika) poslije stupanja na snagu Zakona o naknadi, bez hrvatskog državljanstva (11. listopada 1996.), a njegov reprezentant (unuk prijašnjeg vlasnika) ima hrvatsko državljanstvo.

Budući da se u pogledu nasljeđivanja prava na naknadu primjenjuju odredbe Zakona o nasljeđivanju, ako nije drukčije propisano (članak 9. stavak 2. ZN-a), nasljednici nedostojni za nasljeđivanje (članak 131.) nemaju pravo na naknadu bez obzira da li je ostavitelj - prijašnji vlasnik umro (proglašen umrlim) prije 1. siječnja 1997., ili poslije toga datuma. To pravo nemaju, dakle, ni oni nedostojni nasljednici prvog nasljednog reda koji bi stekli pravo na naknadu *ex iure proprio* jer njih isključuje sam zakon,¹²⁹ a ne ostavitelj, o čemu sud vodi računa po službenoj dužnosti (članak 132. stavak 3.). Ali nedostojnost za nasljeđivanje ne smeta potomcima nedostojnoga i oni nasljeđuju kao da je nedostojni umro prije ostavitelja (članak 132. stavak 1.).

Ostavitelj može isključiti nužnog nasljednika, ili lišiti ga nužnog dijela u korist potomaka, samo ako je prije smrti stekao pravo na naknadu za oduzetu imovinu pa se ono nalazi u njegovoj ostavini (članci 47-50., 128. i 135. Zakona o nasljeđivanju) kao potestativno pravo (*supra* 3.5.).

Prema pravilu nasljednog prava: živi nasljeđuju mrtve,^{130,131} po dosadašnjem Zakonu, zakonski nasljednik koji je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. nije mogao "zauzeti" mjesto živog prijašnjeg vlasnika koji nije bio hrvatski državlja-

¹²⁹ O nedostojnosti za nasljeđivanje vidi Kreč - Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, str. 422-430.; Gavella, N., op. cit., str. 86. i 87.; Blagojević, B. T., Antić, O. B., op. cit., str. 81-87.

¹³⁰ Članak 128-130. stavak 1. Zakona o nasljeđivanju, s iznimkom nasciturusa (članak 130. stavak 2.).

¹³¹ Gavella, N., op. cit., str. 45-60.; Kreč-Pavić, op. cit., str. 408-421.; Blagojević, B. T., Antić, O. B., op. cit., str. 70-84.; Marković, S., op. cit., str. 83-85.

nin 11. listopada 1996. Po tome pravilu ne bi bio ovlaštenik prava na naknadu npr. sin koji je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. pored živog oca, prijašnjeg vlasnika, koji nije hrvatski državljanin (11. listopada 1996.). Postavlja se pitanje, međutim, da li je moguća konzekventna primjena ovog pravila nasljednog prava za stjecanje prava na naknadu ili se tome protive pravila Zakona o naknadi koja određuju krug ovlaštenika prava na naknadu i njihov pravni položaj. Ako je odgovor pozitivan, tada pravo na naknadu nema ni reprezentant (npr. unuk prijašnjeg vlasnika) ako njegov roditelj (dijete prijašnjeg vlasnika koji je ranije umro) koji (roditelj) je doživio 1. siječnja 1997., a nije stekao pravo na naknadu jer nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. Smatramo da su potomci (reprezentanti) ovlaštenici prava na naknadu *ex iure proprio* ako je njihov predak umro prije 1. siječnja 1997. ili ako je nedostojan za nasljeđivanje, ili ako je umro i poslije toga datuma, a nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. god.

Prema tome, zakonski nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika do novele ZN-a stječu pravo na naknadu *ex iure proprio* pod sljedećim pretpostavkama:

- prvo, da je nasljedstvo otvoreno prije 1. siječnja 1997.;
- drugo, pod pretpostavkom da su imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996.;
- treće, da su dostojni za nasljeđivanje;
- četvrto, da su doživjeli 1. siječnja 1997., stupanje na snagu ZN-a;
- peto, da su po zakonskom redoslijedu pozvani na nasljedstvo i
- šesto, zakonski nasljednik prvog nasljednog reda pod pretpostavkama iz alineje 2-5, ima pravo na naknadu *ex iure proprio* ako je prijašnji vlasnik doživio 1. siječnja 1997., ali nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. (do novele ZN-a).

Zakonski nasljednici do novele ZN-a nasljeđuju pravo na naknadu pod sljedećim pretpostavkama:

- prvo, da je nasljedstvo po dosadašnjem zakonu otvoreno 1. siječnja 1997. ili poslije toga datuma;
- drugo, da je ostavitelj bio hrvatski državljanin 11. listopada 1996.;
- treće, da su oni imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996.;
- četvrto, da su dostojni za nasljeđivanje;
- peto, da nisu valjano isključeni iz nasljedstva ili lišeni nužnog dijela (članak 47. do 49. Zakona o nasljeđivanju)¹³² i
- šesto, da nisu lišeni nužnog dijela u korist potomaka (članak 50. Zakona o nasljeđivanju), ali u tom slučaju na mjesto nasljednika lišenog nasljedstva dolaze njegovi potomci.

¹³² Kreč – Pavić, op. cit., str.133-149.; Gavella, N, op. cit., 141-148.; Blagojević, B. T., Antić, O. B., op. cit., str. 234-245.; Marković, S., op. cit., str. 199-207.

Zakonske nasljednike koji su stekli pravo na naknadu nasljeđivanjem ili izvorno (*ex iure proprio*) samo zato što spadaju u krug zakonskih nasljednika prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika, pozvane na nasljedstvo, njihovi potomci mogu nasljeđivati pod jednakim pretpostavkama; oni su ujedno i nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika. Ovamo ne spada bračni drug zakonskog nasljednika, jer on nije nasljednik prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika. Snaha (nevjesta) i zet prijašnjeg vlasnika, dakle, ne mogu steći pravo na naknadu nasljeđivanjem svoga bračnog druga koji je to pravo stekao kao nasljednik prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika.

Međutim, ako je rješenje kojim je utvrđeno pravo na naknadu postalo pravomoćno prije smrti ovlaštenika, to pravo nasljeđuju svi njegovi zakonski i oporučni nasljednici po odredbama Zakona o nasljeđivanju, bez ograničenja koja propisuje Zakon o naknadi, jer su pravomoćno utvrđena prava na naknadu (restituciju prava vlasništva ili naknadu u vrijednosnim papirima, odnosno novcu) ušla u imovinu ovlaštenika pa se, prema tome, nalaze u njegovoj ostavini kao i sva druga imovinska prava koja se nasljeđuju bez zakonskih ograničenja (članak 2. Zakona o nasljeđivanju), a prelaze po sili zakona na nasljednike u trenutku smrti ostavitelja (članak 135.).

5.1.1.3. Iznimke od prava nasljeđivanja

Postoje tri iznimke od prava nasljeđivanja u odnosu na Zakon o nasljeđivanju: dvije se odnose na svojstva zakonskog nasljednika, a treća na odstupanje od ustanove naknadno pronađene imovine. Ali te se iznimke ne odnose na nasljeđivanje pravomoćno utvrđenih prava na naknadu (supra).

a) Hrvatsko državljanstvo (do novele ZN-a)

Prva iznimka je: hrvatsko državljanstvo kao pretpostavka za nasljeđivanje prava na naknadu. Po Zakonu o nasljeđivanju “strani državljani imaju u Republici Hrvatskoj, pod uvjetima primjene načela reciprociteta, ista nasljedna prava kao i domaći državljani” (članak 5. Zakona o nasljeđivanju).

Nasuprot tome, do noveliranja ZN-a, pravo na naknadu za oduzetu imovinu (potestativno pravo, *supra* 3.5.) nisu mogle ni naslijediti ni steći *ex iure proprio*, osobe koje nisu imale hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. One su se smatrale stranim osobama, i pod pretpostavkom da su poslije 11. listopada 1996. stekle hrvatsko državljanstvo, a stranim osobama se moglo priznati pravo na naknadu samo međudržavnim sporazumom (članak 11.).

Nasljednici prvog nasljednog reda stjecali su pravo na naknadu, *ex iure proprio* iako nisu bili hrvatski državljani u trenutku otvaranja nasljedstva ako su imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996.

b) Nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika

Druga iznimka jest ograničenje kruga zakonskih nasljednika. Po Zakonu o naknadi prava iz toga zakona mogu steći samo nasljednici prvog nasljednog reda, točnije osobe koje spadaju u taj krug, čime se isključuju ostali zakonski nasljednici

određeni Zakonom o nasljeđivanju: svi preci, a što je praktički značajnije i pobočni srodnici, braća i sestre i njihovi potomci te ostali srodnici (članak 9. Zakona o nasljeđivanju) zaključno s četvrtim nasljednim redom.

c) Odstupanje od pravne ustanove naknadno pronađene imovine

Nasljednici prijašnjeg vlasnika stječu, naime, “vlasništvo na imovinu neovisno o tome kako su nasljednički udjeli utvrđeni ranijim pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju prednika, ako se drukčije ne sporazumiju” (članak 9. stavak 3.).

Uistinu, odstupanje od ustanove naknadno pronađene imovine postoji, međutim, samo u slučaju ako je ostavina otvorena 1. siječnja 1997. ili poslije toga datuma, jer samo u tom slučaju dolazi do nasljeđivanja prava na naknadu za oduzetu imovinu. U slučaju kada je nasljedstvo otvoreno prije nego što je ostavitelj mogao steći pravo na naknadu (prije 1. siječnja 1997.) nema nasljeđivanja, već tada, kako smo naprijed zaključili, zakonski nasljednici prvog nasljednog reda stječu pravo na naknadu *ex iure proprio*, pa u tom slučaju ne može ni biti govora o odstupanju od ustanove naknadno pronađene imovine. U tom slučaju na stjecanje prava na naknadu ne utječe eventualna izjava nasljednika o odricanju od prava na nasljedstvo (članci 136-139.) ili o ustupanju nasljednog dijela sunasljedniku (članak 139. stavak 2.) dana u ranijem ostavinskom postupku iza prijašnjeg vlasnika u pogledu njegove imovine koja mu nije bila oduzeta ili je bila kasnije stečena.

Odricanje od nasljedstva prava na naknadu za oduzetu imovinu, kao i ustupanje toga prava sunasljedniku, moguće je samo ako se ono nalazi u ostavini prijašnjeg vlasnika ili njegova zakonskog nasljednika iz prvog nasljednog reda. Pravne učinke proizvodi i izjava potomka o odricanju prava na naknadu prije otvaranja nasljedstva, pod pretpostavkom da se to pravo nađe u ostavini, ako ta izjava ispunjava i ostale zakonske pretpostavke (analogna primjena članak 140.).¹³³

Izjava o odricanju od nasljedstva ne može se opozvati, ali nasljednik može tražiti njeno poništenje ako je izazvana prisilom ili prijetnjom ili je dana uslijed prijevara ili u zabludi (članak 141.).¹³⁴

5.1.1.4. Nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika

Nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika jesu djeca i njegov bračni drug (član 10. Zakona o nasljeđivanju) te potomci njegove djece po pravu predstavljanja (članak 11.).¹³⁵

U ovome tekstu polazi se od pretpostavke da bračnom drugu nije prestalo pravo nasljeđivanja (članak 27. Zakona o nasljeđivanju) do trenutka kada je mogao podnijeti zahtjev za naknadu (1. siječnja do 30. lipnja 1997.) ili ga može prenijeti kao novi ovlaštenik po noveliranom Zakonu (5. srpnja 2002. do 5. siječnja 2003.).

¹³³ Kreč – Pavić, op. cit., uz članak 140 Zakona o nasljeđivanju.

¹³⁴ Kreč – Pavić, op. cit., uz članak 141. Zakona o nasljeđivanju.

¹³⁵ Vidi obrazloženje odluke i rješenja Ustavnog suda Republike Hrvatske navedene u Uvodu, 6/9: “Nasljednici prvog nasljednog reda - pa prema tome i ovlaštenici naknade - su i oni koji su na

Kada prijašnji vlasnik nije ostavio potomke, ili su oni nedostojni za nasljeđivanje ili su valjano isključeni iz nasljedstva, njegov bračni drug (koji je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. do noveliranja ZN-a) jedini je ovlaštenik prava na naknadu, jer su nasljednici drugog nasljednog reda s kojima bi on nasljeđivao po Zakonu o nasljeđivanju (članak 13-15.) Zakonom o naknadi isključeni iz kruga ovlaštenika prava na naknadu s tim učinkom kao da ih nema, a kad nema nasljednika drugog nasljednog reda, bračni drug po zakonu nasljeđuje cijelu ostavinu.¹³⁶ Zato je apsurdno suprotno tumačenje pojedinih nadležnih tijela koja su

nasljeđivanje pozvani po pravu predstavljanja (reprezentacije), jer i to pravilo spada u pravila o prvom nasljednom redu (*nalazi se u pododjeljku "a/ Prvi nasljedni red" Zakona o nasljeđivanju*). Po pravu predstavljanja imovinu umrlog nasljednika nasljeđuju neposredno njegova djeca (eventualno i drugi potomci - članak 11. Zakona o nasljeđivanju), ali samo onda ako je nasljednik prvog nasljednog reda (ovlaštenik naknade) umro prije ostavitelja (prvotnog vlasnika).

Izloženo pravilo ima svoj smisao u sustavu nasljeđivanja, jer nasljednici stječu ostavinu u trenutku smrti ostavitelja, pa ako je (u obrnutom slučaju) umro prvo ostavitelj, onda je nasljednik već stekao ostavinu, pa se nakon njegove smrti nastavlja nasljeđivanje.

Pravilo nije prilagođeno sustavu Zakona o naknadi, jer se po njemu imovina stječe tek pravomoćnošću rješenja o naknadi kojeg je donijelo nadležno državno tijelo. Doslovna primjena pravila o predstavljanju dovela bi do nejednakosti u naknađivanju imovine, jer bi neki potomci imali pravo na naknadu (ako je zakonski nasljednik iz prvog nasljednog reda umro prije ostavitelja prvotnog vlasnika), a drugi ne bi imao to pravo (ako je nasljednik umro nakon prvotnog vlasnika).

Zbog toga bi pravilo o pravu predstavljanja trebalo primjenjivati na način da potomci ovlaštenika naknade imaju pravo na naknadu imovine, bez obzira na redosljed smrti nasljednika i ostavitelja".

¹³⁶ Tako tumači članak 9. stavak 1. ZN-a i Ustavni sud RH, op. cit., 6/8: "U stavku 1. članka 9. određeno je da su ovlaštenici naknade prijašnji vlasnik, odnosno njegovi zakonski nasljednici iz prvog nasljednog reda. U stavku 2. određuje se da se glede prava nasljeđivanja (zapravo: prava na naknadu) primjenjuju odredbe Zakona o nasljeđivanju, ako Zakonom o naknadi nije drukčije propisano.

Iz ovog treba zaključiti da se za određivanje kruga ovlaštenika naknade primjenjuju samo odredbe o prvom nasljednom redu Zakona o nasljeđivanju (v. t. 6/5.). I obratno, isključena je primjena odredaba Zakona o nasljeđivanju o drugim, narednim nasljednim redovima (članci 13-22. Zakona): tim se odredbama ne može proširiti krug ovlaštenika naknade, niti ograničiti ili isključiti njihova prava.

U prvom nasljednom redu nasljednici (ovlaštenici naknade) su bračni drug ostavitelja (prvotnog vlasnika) i njegova djeca (članak 10. Zakona o nasljeđivanju), osobe koje su pravno izjednačene s djecom (ako su u prvom nasljednom redu - članci 23. do 26.) te njihovi potomci po pravu predstavljanja (tj. ako je dijete umrlo prije ostavitelja - članak 11.) Zakona o nasljeđivanju, a nasljeđuje se na jednake dijelove.

Iz odredaba o drugom nasljednom redu slijedi da se, ako ostavitelj nije imao potomaka, njegov bračni drug isključuje iz prvog nasljednog reda (pa, zapravo, više nema nasljednika tog nasljednog reda), ali se pojavljuje kao nasljednik drugog nasljednog reda zajedno s roditeljima ostavitelja, i to s povoljnijim omjerom nasljeđivanja (bračni drug nasljeđuje jednu polovinu ostavine - članak 13. Zakona). Osobe iz ostalih nasljednih redova isključene su od nasljeđivanja ako je živ bračni drug ostavitelja (ili ako postoje druge osobe iz drugog nasljednog reda - članci 17. do 22.).

Odredbe Zakona o nasljeđivanju očito pogoduju bračnom drugu ostavitelja, osiguravajući mu posebni položaj među nasljednicima. Zbog toga je nelogično i protivno slovu i duhu zakona (kako Zakona o nasljeđivanju, tako i Zakona o naknadi) stajalište, koje su prihvatila neka državna tijela, da bračni drug prvotnog vlasnika, ako nemaju djece, nema pravo na naknadu, jer spada u drugi nasljedni red. Drugim riječima, da bračni drug ima pravo na naknadu samo ako su iz njegova braka s prvotnim vlasnikom ostala živa djeca; ako nisu imali djece ili su umrla, bračni drug nema pravo na naknadu!

u tom slučaju bračnog druga isključivala iz kruga ovlaštenika prava na naknadu, jer da ulazeći u drugi nasljedni red gubi to pravo.¹³⁷

a) Izvanbračna djeca i njihovi potomci

Djeca rođena izvan braka i njihovi potomci imaju ista prava na ostavinu svoga oca, svoje majke i njenih srodnika kao i bračna djeca (članak 23 stavak 1.) i obrnuto, otac, majka i njeni potomci imaju na ostavinu djece rođene izvan braka i njihovih potomaka ista nasljedna prava kao i na ostavinu bračne djece i njihovih potomaka. (članak 23. stavak 2.).

Izvanbračna djeca i njihovi potomci imaju na ostavinu očevih srodnika (hipoteza: prijašnji vlasnik bio je djed ili baka po ocu, ili njihovi ostali potomci) ista nasljedna prava kao i bračna djeca i njihovi potomci samo “ako je otac vanbračno dijete priznao za svoje pred nadležnim organom, ili ga je doveo da s njim živi, ili ako je na drugi način pokazao da ga priznaje za svoje” (članak 23. stavak 3.).¹³⁸

Prema tome, nema pravo na naknadu za imovinu oduzetu djedu ili baki po ocu (ili kojem daljnjem pretku po očevoj liniji) ono izvanbračno dijete koje nije priznao otac za svoje pred nadležnim organom, niti ga je doveo da s njim živi, a nije pokazao ni na drugi način da ga priznaje za svoje, iako je izvanbračno očinstvo utvrđeno pravomoćnom presudom nadležnoga suda.¹³⁹ Ova diskriminacija izvanbračnog djeteta isključuje iz prava na naknadu, razumije se, i njegove potomke koji bi također bili nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika da nema ove pravne smetnje.

Takav zaključak izveden je primjenom nasljednopravnih pravila koja se odnose na drugi nasljedni red (članak 13. Zakona o nasljeđivanju), a primjenu tih pravila Zakon o naknadi isključuje. Prema stavcima 1. i 2. članka 9. tog Zakona osobe iz prvog nasljednog reda (bračni drug i djeca) su ovlaštenici naknade, bez obzira na okolnosti koje se tiču drugog nasljednog reda, pa pravo bračnog druga prvotnog vlasnika na naknadu za oduzetu imovinu ne ovisi o tome postoje li njihova djeca.

Zbog toga je izloženo pravno stajalište (o isključivanju bračnog druga iz prvog nasljednog reda) protivno članku 9. Zakona o naknadi i ustavnoj garanciji iz stavka 1. članka 48. Ustava.

Na izloženo pravno stajalište poziva se i podnositeljica prijedloga U-I.673/1996, no to nije pitanje neustavnosti Zakona o naknadi, nego njegovog pogrešnog tumačenja.” Tako i Crnić, J., O nekim spornim pitanjima iz Zakona o naknadi, Informator, br. 4475 od 25. siječnja 1997.; Bagić, S., Denacionalizacija, op. cit., str. 316.

¹³⁷ Imajući u vidu ovu pogrešnu interpretaciju, Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi, koji je povučen iz zakonske procedure iz drugih razloga, izričito je predviđao da bračni drug u tom slučaju ima pravo na naknadu za svu oduzetu imovinu. U tom slučaju dopunsko pravilo Zakona koje je predlagala Vlada RH imalo bi, prema tome, samo interpretativni značaj.

¹³⁸ Vidi sudsku praksu uz članak 23. Zakona o nasljeđivanju u Komentaru (Kreč - Pavić), te uz isti članak u Zakonu o nasljeđivanju s napomenama, objašnjenjima i sudskom praksom (priredio J. Crnić), Narodne novine, Zagreb, 1994.

¹³⁹ Ova diskriminacija izvanbračnog djeteta zadržana je u hrvatskom nasljednom pravu iz nekadašnjeg saveznog Zakona o nasljeđivanju koji je bio svojevremeno prihvaćen kao Zakon o nasljeđivanju SRH (NN, br. 52/71.). Zakonom o nasljeđivanju SRBIH od 19. srpnja 1973. (pročišćeni tekst, Sl. list SRBiH, br. 7/80.), potpuno su izjednačena izvanbračna djeca s bračnom djecom (članak 10. stavak 1.); posebne odredbe o nasljeđivanju vrijede samo za usvojenika iz nepotpunog usvojenja (članak 19.).

Odredba koja diskriminira izvanbračno dijete glede nasljeđivanja (članak 23. stavak 3. Zakona o nasljeđivanju) ukinuta je odlukom Ustavnog suda RH od 24. svibnja 2000.¹⁴⁰ U prijedlogu Zakona o nasljeđivanju Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave¹⁴¹ nema te odredbe već djeca rođena izvan braka i njihovi potomci imaju ista nasljedna prava kao i bračna djeca i njihovi potomci (članak 21.).

b) Pozakonjena djeca i njihovi potomci

Djeca rođena izvan braka, koja se po zakonu smatraju kao da su rođena u braku, izjednačuju se u pogledu nasljedstva s djecom rođenom u braku (članak 24.). Po Osnovnom zakonu o odnosima roditelja i djece: OZORD¹⁴² dijete rođeno izvan braka roditelja smatra se da je rođeno u braku kad njegovi roditelji međusobno zaključe brak (članak 23. stavak 1.).¹⁴³ Ovo pravilo s nešto izmijenjenom formulacijom bilo je usvojeno i u Zakonu o braku i porodičnim odnosima SRH.¹⁴⁴ Po tome zakonu, naime, smatra se da je dijete rođeno u braku ako njegovi roditelji poslije njegova rođenja zaključe brak (članak 99.). Pored pozakonjenja djeteta zaključenjem braka, OZORD je dopuštao i pozakonjenje odlukom suda (članak 23. stavak 2.).¹⁴⁵

c) Usvojenici i njihovi potomci

Usvojenik i njegovi potomci imaju prema usvojitelju ista nasljedna prava kao i usvojiteljeva djeca i drugi njegovi potomci, osim ako pri usvojenju nisu ta prava ograničena ili sasvim isključena (članak 25. stavak 1.). Usvojenjem, međutim, ostaju nedirnuti prava nasljeđivanja između usvojenika i njegovih srodnika (članak 25. stavak 4.). Usvojenik i njegovi potomci ne nasljeđuju, međutim, usvojiteljeve srodnike, njegovog bračnog druga ni druge usvojenike (članak 25. stavak 2.). Ali usvojenik i njegovi potomci ne mogu naslijediti usvojitelja u slučaju ako je usvojitelj podnio zahtjev za prestanak usvojenja, a poslije njegove smrti se utvrdi da je zahtjev bio opravdan (članak 26.).

Pretpostavke, postupak, učinci i prestanak usvojenja bili su uređeni najprije Zakonom o usvojenju.^{146,147} Potonji Zakon o braku i porodičnim odnosima SRH¹⁴⁸ koji se primjenjivao od 1. siječnja 1979. i bio na snazi do 1. srpnja 1999., od kada se primjenjuje Obiteljski zakon,¹⁴⁹ razlikovao je usvojenje sa srodničkim učinkom, tzv.

¹⁴⁰ NN, br. 56/00.

¹⁴¹ Lipanj 2002., web stranice Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave.

¹⁴² Sl. list FNRJ, br. 104/47.

¹⁴³ Prokop, A., Odnosi roditelja i djece (Porodično pravo), Školska knjiga, Zagreb, 1966., str. 163-170.

¹⁴⁴ NN, br. 11/78., 45/89. i 50/90.

¹⁴⁵ Prokop, A., op. cit., str. 170-177.

¹⁴⁶ Sl. list FNRJ, br. 30/47. i 24/52.

¹⁴⁷ Prokop, A., Porodično pravo, Usvojenje, Školska knjiga, Zagreb, 1963., str. 41-174.

¹⁴⁸ NN, br. 11/78.

¹⁴⁹ NN, br. 162/98.

potpuno usvojenje, od usvojenja s roditeljskim učinkom – tzv. nepotpuno usvojenje (članci 137-169.), propisujući neke novine u pogledu nasljeđivanja.¹⁵⁰ Tako, u slučaju usvojenja sa srodničkim učinkom “prestaju međusobna prava i dužnosti usvojenika i njegovih krvnih srodnika” (članak 159. stavak 1.) osim ako su usvojitelji očuh ili maćeha (članak 159. stavak 2.).

Nakon zasnivanja usvojenja s roditeljskim učinkom usvojitelj i usvojenik i njegovi potomci imaju međusobna nasljedna prava krvnih srodnika u pravoj liniji (članak 165. stavak 1.), ali ne prestaje nasljedno pravo usvojenika i njegovih potomaka prema krvnim srođnicima, a prestaje nasljedno pravo krvnih srodnika prema usvojeniku i njegovim potomcima (članak 165. stavak 2.)^{151,152}

Time nije derogirana odredba iz članka 25. stavak 2. Zakona o nasljeđivanju prema kojoj “usvojilac i njegovi srođnici nisu zakonski nasljednici usvojenika.” Prema stanovištu Ustavnog suda RH ta odredba nije nesuglasna s Ustavom.¹⁵³

5.1.1.4.1. Nasljeđivanje na osnovi prava predstavljanja

Potomci ostavitelja, njegova djeca, bračna, izvanbračna i pozakonjena, kao i njegovi usvojenici (ako pri usvojenju nije drukčije određeno) i njihovi potomci pozivaju se na nasljedstvo po redoslijedu koji se određuje stupnjem srodstva. Po tome redoslijedu oni stječu i pravo na naknadu za oduzetu imovinu *ex iure proprio* ili nasljeđuju to pravo ako ga je njihov predak stekao u intervalu od 1. siječnja do 30. lipnja 1997., odnosno novi ovlaštenik od 5. srpnja 2002. do 5. siječnja 2003. po noveliranom Zakonu.

Ostavinu umrlog najprije nasljeđuju prvostepeni potomci, njegova djeca, bračna, izvanbračna, pozakonjena i usvojenici te njegov bračni drug na jednake dijelove (članci 10., 23. stavak 1., 24. i 25. stavak 1. Zakona o nasljeđivanju). Dio ostavine koji bi pripao prije umrlom djetetu (i usvojeniku) da je nadživjelo ostavitelja, nasljeđuju njegova djeca (reprezentanti), unuci ostaviteljevi, na jednake dijelove, a ukoliko je neki od unuka umro prije ostavitelja, onda dio koji bi njemu pripao da je bio živ, nasljeđuju njegova djeca, praunuci ostaviočevi, na jednake

¹⁵⁰ O pravnim pretpostavkama, postupku i učincima usvojenja sa srodničkim učinkom, Jakovac, D., Posvojenje sa srodničkim učinkom – doktorska disertacija, Split, 1996., str. 226-336.

¹⁵¹ Novi Obiteljski zakon (NN, br. 162/98.) bio je irelevantan do noveliranja ZN-a jer se primjenjuje od 1. srpnja 1999. Nove modifikacije glede nasljednih prava “posvojčadi” u slučaju srodničkog i roditeljskog posvojenja predviđa Prijedlog Zakona o nasljeđivanju (članci 22-24.).

¹⁵² Alinčić, M., Bakarić-Abramović, A., Hlača, N., Hrabar, D., Obiteljsko pravo, Biblioteka – CDO, Zagreb, 1994., četvrti dio “Posvojenje” (Bakarić-Abramović, A.).

¹⁵³ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske o neprihvatanju prijedloga za ocjenu suglasnosti s Ustavom odredaba članka 25. Zakona o nasljeđivanju (NN, br. 52/71. i 47/78.) od 24. svibnja 2000. godine, NN, br. 56/00. Prijedlog Zakona o nasljeđivanju Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave predviđa učinak potpunog usvojenja kod nasljeđivanja (članak 22. stavci 1. i 2.), osim ako dijete posvoji maćeha ili očuh u kome slučaju “ne prestaje nasljedno pravo između posvojčeta i njegovih krvnih srodnika” (članak 22. stavak 3.).

dijelove i tako redom sve dotle dok ima potomaka ostaviteljevih (članci 11. i 25. stavak 1.).¹⁵⁴

5.1.1.4.2. *Nasljeđivanje realiziranog prava na naknadu*

Kao što je naprijed izneseno, potestativno (preobražajno) pravo na naknadu, koje nije realizirano, stječu *ex iure proprio* nasljednici prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika ili ga nasljeđuju kao nerealizirano pravo ako ga je stekao prijašnji vlasnik. Nasuprot tome, realizirano pravo na naknadu nasljeđuje se po pravilima Zakona o nasljeđivanju,¹⁵⁵ mimo zakonskih ograničenja kruga ovlaštenika prava na naknadu koje propisuje ZN. Realizirano je ono pravo na naknadu koje je stekao ovlaštenik na temelju pravomoćnog rješenja o naknadi: bilo u vidu restitucije prava vlasništva ili protunaknade u obliku koji je zakonom propisan, odnosno u dionicama ili udjelima za oduzeta poduzeća (nekretnine). Oblik naknade može se odrediti i nagodbom (supra), ali samo na temelju pravomoćnog rješenja o naknadi (članak 8. ZN). Stečeno pravo u vidu restitucije prava vlasništva ili u drugom obliku ulazi u ovlaštenikovu imovinu danom pravomoćnosti rješenja o naknadi, odnosno danom sklapanja nagodbe (ako što drugo nije ugovoreno). Budući da su ta prava nasljeđiva, u slučaju smrti njihovog stjecatelja ona ulaze u njegovu ostavinu (članak 2. ZON-a) i po sili zakona na njegove nasljednike (članak 128. ZON-a), u trenutku smrti (članak 135. ZON-a) odnosno danom pravomoćnosti rješenja o proglašenju stjecatelja umrlim ako u "rješenju nije kao dan smrti određen neki drugi dan" (članak 129. ZON-a). Realizirano pravo na naknadu ulazi u imovinu te ga nasljeđuju svi nasljednici zakonski i oporučni (čl. 6. ZON-a),¹⁵⁶ po pravilima ZON-a, a ne samo nasljednici prvog nasljednog reda, kao i ostalu imovinu ostavitelja. Restituiranim pravom vlasništva, kao i drugim imovinski pravima stečenim na temelju pravomoćnog rješenja o naknadi, stjecatelj može oporučno raspolagati u granicama nužnog raspoloživog dijela (članak 31. i 32. ZON-a) kao i ostalom svojom imovinom. Budući da se nužni nasljednici mogu isključiti iz nasljedstva oporukom (članak 147-149. ZON-a) ili lišiti nužnog dijela u korist potomaka (članak 50. ZON-a), mogu se pod istim pretpostavkama isključiti prava na naknadu (realiziranog ili nerealiziranog), kao i lišiti nužnog dijela u korist potomaka.

¹⁵⁴ Gavella, N., op. cit., str. 122-136.; Marković, S., op. cit., str. 160-163.; Blagojević, B. T., Antić, O. B., op. cit., str. 140-219.; Kreč-Pavić, op. cit., str. 29-39.; o utvrđivanju ovlaštenika prava na naknadu u ostavinskom postupku, vidi Jelčić, O., Naknada za oduzetu imovinu i sudska nadležnost, ZPFR, vol. 18., br. 1., (1998), str. 132-134.

¹⁵⁵ Zakon o nasljeđivanju (u daljnjem tekstu: ZON), Sl. list FNRJ, br. 20/55., primjenjivao se na nasljedstva o kojima do dana njegova objavljivanja (11. svibnja 1955.) nije bila donesena pravomoćna odluka o nasljedstvu ili nasljedstvo nije sporazumom, dionbom ili na drugi način konačno uređeno (čl. 242.). U pročišćenom tekstu čl. 239. ZON-a.

¹⁵⁶ Prijašnji vlasnik može oporučno raspolagati pravom na naknadu u korist osobe izvan kruga ovlaštenika prava na naknadu od dana pravomoćnosti rješenja o naknadi ili zaključenja valjane nagodbe o naknadi, tj. od dana kada je to pravo ušlo u njegovu imovinu.

5.1.1.5. Sporazumno određivanje ovlaštenika prava na naknadu i njihovih udjela

Krug ovlaštenika prava na naknadu određuje imperativna norma. To su prijašnji vlasnik, odnosno njegovi zakonski nasljednici prvog nasljednog reda, do novele ZV-a pod pretpostavkom da su imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. (članak 9. stavak 1.). Već smo razmotrili značenje odredbe Zakona o naknadi prema kojoj nasljednici prijašnjeg vlasnika stječu "vlasništvo na imovini" (tj. pravo restitucije ili pravo naknade u Zakonom određenom obliku) neovisno o njihovim vlasničkim udjelima utvrđenim pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju, a sada stavljamo u fokus njen završetak "ako se drukčije ne sporazume" (članak 9. stavak 3.).

Ova odredba, po našem shvaćanju, dopušta da se sporazumom mogu odrediti ovlaštenici prava na naknadu (unutar spomenutog zakonskog kruga) i veličina njihovih udjela o tom pravu. Nema sumnje, naime, da se ovlaštenik može odreći prava na naknadu koje stječe po samom Zakonu. Pri tome treba razlikovati da li je to pravo stekao *ex iure proprio* ili nasljeđivanjem (članak 135. Zakona o nasljeđivanju). Ako ga je stekao *ex iure proprio*, može ga se odreći ili sporazumom prenijeti na drugog ovlaštenika (uvijek unutar zakonskog kruga) u cjelini ili djelomično, po općim pravilima građanskog odnosno obveznog prava. Naprotiv, ako ga je stekao nasljeđivanjem, na izjavu o odricanju od nasljedstva ili ustupanjem svog nasljednog dijela primjenjuju se odredbe iz članaka 136-139. Zakona o nasljeđivanju.

Sporazumom o pravu na naknadu može se odrediti da su ovlaštenici prava na naknadu i oni nasljednici prvog nasljednog reda koji ne bi bili pozvani na nasljedstvo po pravu predstavljanja (članak 11. Zakona o nasljeđivanju) zbog nedostojnosti za nasljeđivanje ili zbog isključenja iz nasljedstva ili lišenja nužnog dijela u korist potomka do noveliranja ZN-a ako su imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., kao što ovim sporazumom mogu utvrditi drukčije udjele u naknadi nego što bi im pripadali po zakonu. Time se, naime, ne povećavaju obveze davatelja naknade (članak 13. i 14. Zakona o naknadi) kao ni obveze Republike Hrvatske kao potencijalnog stjecatelja prava vlasništva na stvari iz imovine koja je predmet naknade (članak 77. Zakona o naknadi), jer su obveze davanja naknade u načelu jednake i kada postoji samo jedan ovlaštenik prava na naknadu kao i kada ih ima više s jednakim ili nejednakim dijelovima.

5.1.1.6. Oporučni nasljednik

Zakon koji ograničava krug ovlaštenika (nerealiziranog) prava na naknadu na nasljednike prvog nasljednog reda prijašnjeg vlasnika (članak 9. stavak 1. ZN-a) nesumnjivo isključuje mogućnost oporučnog raspolaganja pravom na naknadu u korist drugih osoba izvan toga kruga. Oporukom se, naime, ne može širiti krug ovlaštenika prava na naknadu preko granica koje je postavio Zakon o naknadi kogentnim propisom. Drastično je, dakle, ograničena sloboda oporučnog raspolaganja, pa je i time povrijeđeno ustavno načelo jednakosti pred zakonom (članak 14. stavak 2.) u odnosu na druge oporučitelje i nasljednike imovine koja nije bila prisilno prenjeta u društveno vlasništvo.

Prijašnji vlasnik, oporučitelj, može isključiti iz nasljedstva zakonskog nasljednika ako su za to ispunjene zakonske pretpostavke (članci 57-59.) ili lišiti ga nužnog dijela u korist potomaka (članak 60.), jer time ne proširuje krug zakonskih nasljednika prvog nasljednog reda.

Oporuka, međutim, proizvodi pravne učinke u času otvaranja nasljedstva (članci 128., 129. i 135. ZON-a).¹⁵⁷ Zato je odlučujuće da li je pravo na naknadu za oduzetu imovinu bilo u ostavini prijašnjeg vlasnika (oporučitelja) do otvaranja nasljedstva, odnosno da li se to pravo nalazi u njegovoj ostavini na dan otvaranja nasljedstva. Ako je nasljedstvo otvoreno prije stupanja na snagu Zakona o naknadi - 1. siječnja 1997., po prirodi stvari, pravo na naknadu se ne nalazi u ostavini. Do noveliranja Zakona o naknadi pravo na naknadu se nije nalazilo u ostavini ni u slučaju kada je nasljedstvo otvoreno 1. siječnja 1997. ili poslije toga datuma ako ostavitelj nije imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. godine. Pravo na naknadu novog ovlaštenika (po noveliranom ZN-u) prešlo je u njegovu ostavinu ako je on doživio 5. srpanj 2002.

Oporučni nasljednik prava na naknadu mogla je po dosadašnjem ZN-u biti samo ona osoba iz kruga nasljednika prvog nasljednog reda koja je imala hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. godine. Po noveliranom Zakonu oporučni nasljednik može biti i strani državljanin – osoba iz prvog nasljednog reda oporučitelja.

5.1.1.7. Ratio legis i ustavnost ograničenja kruga ovlaštenika prava na naknadu

Ograničenje kruga zakonskih nasljednika na prvi nasljedni red u interesu je obveznika naknade za oduzetu imovinu (članci 13. i 14. ZN-a), a pod određenim pretpostavkama i Republike Hrvatske, jer će ona steći pravo vlasništva na oduzetoj imovini koja je predmet naknade (članak 15.) ukoliko “zahtjev za naknadu nije podnesen ili je pravomoćno odbijen, ako Zakonom nije drukčije propisano” (članak 77). Osobe kojima je zakonom uskraćeno pravo na naknadu najčešće ne podnose zahtjev za naknadu; ako ga podnesu – zahtjev će biti odbijen.

Ustav RH jamči pravo vlasništva (članak 48. stavak 1.), a jednako tako jamči i pravo nasljeđivanja (članak 48. stavak 4.). Time je Ustav zajamčio kako ustanovu nasljeđivanja (nasljedno pravo u objektivnom smislu), tako i nasljedno pravo u subjektivnom smislu, dakle, ovlaštenje određene osobe da pod propisanim zakonskim pretpostavkama naslijedi određenu imovinu. Krug zakonskih nasljednika određen je Zakonom o nasljeđivanju (članci 9-27.).

Zakon o naknadi, međutim, ograničava krug ovlaštenika prava na naknadu na prvi nasljedni red u pogledu svih prava koja pripadaju prijašnjem vlasniku na ime naknade za oduzetu imovinu, kako prava na naknadu u smislu obveznog prava, tako i prava na restituciju prava vlasništva.

¹⁵⁷ Gavella, N., *Nasljedno pravo*, str. 60-70. i 177.

Mora se pretpostaviti da bi imovinu prijašnjeg vlasnika, da mu nije bila oduzeta (u odsutnosti eventualno drukčijeg oporučnog raspolaganja), naslijedili njegovi zakonski nasljednici iz kruga koji određuje Zakon o nasljeđivanju, i koji bi u konkretnom slučaju bili pozvani na nasljedstvo. To znači da su Zakonom o naknadi isključene iz prava na naknadu za oduzetu imovinu sve osobe koje bi bile naslijedile prijašnjeg vlasnika ili njegova zakonskog nasljednika po pravu predstavljanja da imovina nije bila oduzeta. Sankcija oduzimanja imovine, koja je u socijalističkom pravnom sustavu pogodila prijašnjeg vlasnika, sada pogađa njegove potencijalne zakonske nasljednike izvan kruga prvog nasljednog reda i zakonske nasljednike njegovih nasljednika time što ih isključuje iz kruga osoba koje imaju ili mogu imati pravo na naknadu. Time se, dakle, nasljednici prijašnjeg vlasnika, izvan prvog nasljednog reda, zakonom diskriminiraju, što je suprotno ustavnom načelu jednakosti pred zakonom (članak 14. stavak 2. Ustava RH). Ovlaštenici prava na naknadu nisu ni roditelji, braća i sestre, kao ni njihovi potomci, jer su nasljednici drugog nasljednog reda (članak 14. i 16. Zakona o nasljeđivanju), a pogotovo to pravo nemaju ostali preci i njihovi potomci do četvrtog nasljednog reda iako po Zakonu o nasljeđivanju spadaju u krug zakonskih nasljednika.

5.1.1.7.1. Stanovište Ustavnog suda Republike Hrvatske da ograničenje kruga ovlaštenika prava na naknadu nije protivno Ustavu

Na sjednici održanoj 21. travnja 1999. Ustavni sud RH, pored ostalih, odbio je i zahtjev za ocjenu suglasnosti Zakona o naknadi s Ustavom u dijelu kojim se krug ovlaštenika prava na naknadu ograničava na prvi nasljedni red prijašnjeg vlasnika. U obrazloženju odluke i rješenja Ustavnog suda navodi se:¹⁵⁸

¹⁵⁸ Evo integralnog obrazloženja: “6/4. Oспорavanje ustavnosti odredbe iz stavka 1. članka 9. podnositelji prijedloga temelje na odredbama iz članaka 3., 14., 16., 26., stavka 2. članka 41., članaka 48. i 50. i stavka 2. članka 61. Ustava. Tvrdi se da je ta odredba u suprotnosti s već citiranim odredbama međunarodnih akata (t. 2/3), uslijed čega da je protivna i članku 134. Ustava (prema kojem međunarodni ugovori, sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, čine dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, a po pravnoj su snazi iznad zakona).

Naročito su česta pozivanja na stavke 1. i 4. članka 48. (o zajamčenosti prava vlasništva i nasljeđivanja) i stavka 1. članka 50. (prema kojem je samo zakonom moguće oduzeti ili ograničiti vlasništvo, ali uz naknadu tržišne vrijednosti), pa se tvrdi da je ne samo članak 9. Zakona o naknadi, nego i cijeli Zakon protivan tim odredbama, pa zbog toga i protuustavan.

6/5. U stavku 1. članka 9. Zakona o naknadi je na posredan način - pozivajući se na odredbe Zakona o nasljeđivanju o prvom nasljednom redu (članci 10. do 12. te članci 23. do 26. ukoliko se odnose na prvi nasljedni red) - odredio krug zakonskih ovlaštenika naknade i vraćanja oduzete imovine i njihove međusobne odnose. To su braćni drug prvotnog vlasnika (onoga kojem je oduzeta imovina), njegova djeca (braćna i izvanbraćna, pozakonjena djeca i usvojenici te njihovi potomci kad je to Zakonom o nasljeđivanju određeno (članak 11. Zakona).

Zbog toga Zakon o naknadi izjednačuje prvotne vlasnike i njihove tzv. nasljednike prvog nasljednog reda te ih sve naziva “prijašnjim vlasnicima”, iako to ovi drugi, po logici stvari, nisu.

No, označeni ovlaštenici nisu nasljednici u pravnom smislu, jer nema objekta nasljeđivanja niti ostavine - imovina koja se naknađuje, odnosno vraća, nije u vlasništvu prvotnih vlasnika nego države ili drugih pravnih subjekata; oni imovinu ne stječu u trenutku smrti “ostavitelja” (prvotnog vlasnika), nego

- da ograničavanje kruga ovlaštenika prava na naknadu nije protivno ustavnom jamstvu prava vlasništva i nasljeđivanja (članak 48. stavak 1. i 4. Ustava RH) kao ni ustavnom načelu ograničenja vlasništva uz naknadu tržišne cijene (članak 50. stavak 1.) jer da osobe kojima je u vrijeme bivše države “oduzeta imovina više nisu vlasnici”, pa se ta imovina ne može ni naslijediti;
- da zakonodavac može “slobodno odrediti koju će imovinu naknaditi odnosno vratiti, u kojem opsegu i kojim osobama, pa ta njegova odluka načelno nije podložna kontroli ustavnosti”;
- da zaštita u pogledu vraćanja oduzete imovine pripada samo prijašnjim vlasnicima “koji su označeni u stavku 1. članak 9.” jer samo oni (ako su podnijeli zahtjev) mogu očekivati stjecanje budućeg vlasništva stoga ova odredba Zakona o naknadi nije u suprotnosti s ustavnom odredbom stavak 1. članak 50.;
- da se ne vrijeđa pravo oporučnog raspolaganja kao ni pravo na nasljedstvo imovine koja je u trenutku smrti ostavitelja bila u društvenom vlasništvu, a ne u njegovoj ostavini;
- da se, prema tome, glede te imovine ne može primijeniti ni ustanova naknadno pronađene imovine iz nasljednog prava.

pravomoćnošću odluke nadležnog tijela uprave; konačno, ne stječu stvari koje su nekad pripadale njihovom predniku, nego, u pravilu, naknadu za te stvari, što nije u skladu s nasljednim pravom.

Zakon o naknadi ne drži se pravila o nasljeđivanju niti u slučaju tzv. naknadno pronađene imovine (članak 232.), nakon što je već donesena pravomoćna odluka suda o nasljeđivanju, jer se vlasnički udjeli određuju neovisno o tome kako su utvrđeni tom odlukom (stavak 3. članka 9.).

Tzv. nasljeđivanje po članku 9. Zakona o naknadi ravna se po nasljednopravnim pravilima samo glede određivanja kruga ovlaštenika prvog nasljednog reda i redoslijeda po kojem su pozvani na ostvarivanje naknade, odnosno vraćanja imovine; u biti ono nije institut nasljednog prava, već specifični pravni institut Zakona o naknadi u kojem se mijesaju pravila tog Zakona s nekim pravilima nasljednog prava. 6/6. Odredbe članka 9. nisu protivne stavcima 1. i 4. članka 48. i stavku 1. članka 50. Ustava.

Osobe kojima je za vrijeme bivše SFR Jugoslavije oduzeta imovina više nisu vlasnici, odnosno nosioci imovinskih prava u svezi s tom imovinom, pa im Zakonom o naknadi njihova prava nisu bila povrijeđena (stavak 1. članka 48. Ustava; v. i toč. 1/1. obrazloženja ove Odluke).

Stajalište je Ustavnog suda, zauzeto u svezi s položajem prijašnjih vlasnika oduzete imovine i njihovih nasljednika u postupcima pretvorbe, da “... ustavnu odredbu stavka 1. članka 48., kojom se jamči pravo vlasništva, povezanu s temeljnim odredbama o nepovredivosti vlasništva, socijalnoj pravdi i o vladavini prava (članak 3. Ustava), valja tumačiti i kao zaštitu u postupku nastajanja (vraćanja) odnosno i kao zaštitu budućeg vlasništva... Dakako njihova (buduća) vlasnička prava ovise o propisima koje, kako je već rečeno, tek treba donijeti”.

Ti propisi su donijeti i nalaze se u Zakonu o naknadi. To znači da zaštitu u smislu citiranog stajališta Ustavnog suda mogu uživati samo prijašnji vlasnici koji su označeni u stavku 1. članka 9, jer samo oni (ako su podnijeli zahtjev za naknadu, tj. ako su pokrenuli odgovarajući postupak) mogu očekivati stjecanje budućeg vlasništva. Svi drugi, niti su vlasnici niti mogu očekivati naknadu, odnosno vraćanje vlasništva, pa zbog toga nemaju ustavnopravnu zaštitu nepovredivosti vlasništva.

Iz istih razloga odredbe članka 9. Zakona o naknadi nisu u suprotnosti s ustavnom odredbom iz stavka 1. članka 50., kao ni s ostalim odredbama Ustava na koje se podnositelji prijedloga pozivaju (v. t. 6/4.). 6/7. Već je rečeno (u. t. 2/1.) da zakonodavac može slobodno odrediti koju će imovinu naknaditi, odnosno vratiti, u kojem opsegu i kojim osobama, pa ta njegova odluka načelno nije podložna kontroli

5.1.1.7.2. Kritika gledišta Ustavnog suda Republike Hrvatske

Ustavni sud Republike Hrvatske zaključio je da odredbe o ograničenju kruga ovlaštenika prava na naknadu na prvi nasljedni red nisu protivne Ustavu RH. Ovaj zaključak, po našem mišljenju, zasniva se na pogrešnim premisama. Ustav Republike Hrvatske, koji je abrogirao ustanovu društvenog vlasništva i osnove oduzimanja prava vlasništva radi prijenosa u društveno vlasništvo te zajamčio pravo vlasništva (članak 48. stavak 1.) i njegovu nepovredivost (članak 3.), ne dopušta zakonodavcu "da slobodno odredi koju će imovinu vratiti i u kojem opsegu i kojim osobama ..." jer bi takvo ovlaštenje dopuštalo mogućnost zadržavanja u pravnom poretku pravnih učinaka abrogiranog pravnog poretka društvenog vlasništva, što je u kontradikciji s Ustavom koji negira društveno vlasništvo. Ustav, koji je abrogirao ustanovu društvenog vlasništva i s njom pravne osnove prisilnog prijenosa privatne imovine u društveno vlasništvo, prešutno je naložio zakonodavcu da propiše pravila restitucije oduzete imovine ili protunaknade kada je restitucija nemoguća ili je isključena zbog stečenih prava trećih osoba ili u interesu Republike Hrvatske (članak 51. stavak 1. Ustava). Zakonodavac ne može arbitrarno ograničavati krug ovlaštenika prava na naknadu (restituciju ili naknadu u užem smislu) ni "ocjenjujući stvarne, gospodarske i druge mogućnosti države", jer time vrijeđa univerzalnost ustavnih načela: jamstva i nepovredivosti prava vlasništva, što se odnosi i na vraćanje prava vlasništva prisilno prenetog u društveno vlasništvo po derogiranim propisima.

Načelo jamstva prava vlasništva odnosi se kako na ustanovu prava vlasništva (objektivno pravo), tako i na pravo vlasništva koje pripada određenoj osobi na određenoj stvari (subjektivno pravo).¹⁵⁹ Ovo načelo, dakle, ne jamči samo postojeće pravo vlasništva (subjektivno pravo) već i reintegraciju ustanove prava vlasništva bez onih ograničenja koja je propisivao derogirani pravni sustav na temelju kojih su prijašnji vlasnici bili lišeni svoje imovine - posebno prava vlasništva na određenim nekretninama. Ne mogu se reintegrirati ustanova prava vlasništva i ukinuti pravne osnove oduzimanja toga prava bez restitucije oduzetog prava vlasništva, odnosno

ustavnosti; te da se u članku 9. Zakona o naknadi ne radi o nasljeđivanju, već o određivanju kruga ovlaštenika naknade koji su određeni pravilima iz prvog nasljednog reda Zakona o nasljeđivanju (t. 6/5.).

Namjera Zakona o naknadi nije bila određivanje (odnosno usvajanje) odredaba Zakona o nasljeđivanju za naknađivanje i vraćanje oduzete imovine, već - uz pozivanje na neke odredbe tog Zakona - određivanje kruga ovlaštenika naknade. Oporučni nasljednici (kao i svi drugi) su po odredbama članka 9. Zakona o naknadi isključeni od naknade, odnosno vraćanja imovine, ako nisu ujedno i nasljednici prvog nasljednog reda. Zakonodavac je - ocjenjujući stvarne gospodarske i druge mogućnosti države, a posebice i velike teškoće pri određivanju naknade na temelju oporuke zbog dugog vremenskog razdoblja koje je proteklo od vremena oduzimanja imovine - odredio da su ovlaštenici naknade samo bračni drug i najbliži srodnici prvotnog vlasnika. Isključio je od naknađivanja sve druge nasljednike (zakonske, nužne i oporučne) ako ne spadaju u prvi nasljedni red. Takva odredba Zakona o naknadi nije protivna Ustavu samo zato što je od naknade isključila (neke) oporučne nasljednike, niti je diskriminatorna jer je na isti način ograničila sve vrste nasljeđivanja."

¹⁵⁹ Gavella, N. et al., *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998.

odgovarajuće protunaknade kada je restitucija nemoguća ili zakonom isključena (*supra*), jer je zadržavanje oduzete imovine bez protunaknade produžetak nacionalizacije i drugih osnova oduzimanja privatne imovine radi prijenosa u društveno vlasništvo.

Budući da reintegracija ustanove prava vlasništva i restitucija prava vlasništva (odnosno davanja protunaknade) koje je bilo oduzeto po sada ukinutim pravnim osnovama ima univerzalnu osnovu, ne može zakonodavac razlozima svrsishodnosti ograničavati krug ovlaštenika prava na naknadu za oduzetu imovinu, jer se u tom slučaju vrijeđa bit prava – pravna jednakost među jednakima (komutativna pravda).¹⁶⁰

Ustav Republike Hrvatske jamči pravo nasljeđivanja (članak 48. stavak 4.). Krug zakonskih nasljednika određuje Zakon o nasljeđivanju, pa se u tom okviru mora odrediti krug ovlaštenika prava na restituciju odnosno protunaknadu za oduzetu imovinu. Zakon o naknadi koji reducira krug ovlaštenika prava na naknadu samo na prvi nasljedni red oduzima pravo na restituciju odnosno protunaknadu za oduzetu imovinu onim zakonskim nasljednicima iz ostalih nasljednih redova koji bi bili pozvani na nasljedstvo da imovina nije bila oduzeta njihovom ostavitelju, jer se može pretpostaviti da bi se u tom slučaju našla u njegovoj ostavini u istom ili drugom obliku. Ograničenje kruga ovlaštenika prava na naknadu vrijeđa i ustavno načelo: “Svi su pred zakonom jednaki” (članak 14. stavak 2.), jer jedni zakonski nasljednici (prvi zakonski nasljedni red) imaju pravo na restituciju odnosno protunaknadu za oduzetu imovinu njihovom ostavitelju, a drugi (nasljednici ostalih nasljednih redova) nemaju to pravo. Ni ovlaštenici prava na naknadu iz prvog nasljednog reda ne nasljeđuju oduzetu imovinu koja nije vraćena njihovom ostavitelju prije njegove smrti. Naprotiv oni su ovlaštenici prava na naknadu *ex iure proprio*.

Bivši vlasnik nije mogao ni oporučno raspolagati imovinom (pa ni pravom vlasništva na nekretninama) koja mu je bila oduzeta, ali je mogao oporučno raspolagati pravom na naknadu (restitucija, odnosno protunaknada) za oduzetu imovinu (pravo vlasništva) ako je doživio 1. siječnja 1997., odnosno 5. srpnja 2002.¹⁶¹ Po noveliranom ZN-u jer je to potestativno pravo po samom zakonu ušlo u njegovu imovinu, odnosno ostavinu. Pravo oporučnog raspolaganja pravom na naknadu ima i drugi ovlaštenik toga prava koji je doživio 1. siječnja 1997., odnosno 5. srpnja 2002. (ovlaštenik iz noveliranog Zakona), iako nije bio vlasnik u trenutku oduzimanja prava vlasništva, ali je pravo na naknadu stekao *ex iure proprio*. Opo-

¹⁶⁰ Radbruch, G., Filozofija prava (na srpski prevela Guteša, D.), Nolit, Beograd, 1980., str. 44-51. Rasprava o pravdi u smislu *suum quique tribuere* rimskih pravika; Živanović, T., Sistem sintetičke pravne filozofije, II knjiga, Srpska akademija nauka, Beograd, 1951., str. 154-156. (§ 24, III, 3) i knjiga III, Sintetička filozofija prava, Izdavačka ustanova Naučno delo, Beograd, 1959., str. 667-681. (§ 140, VI, VII); o odnosu pravde i pravičnosti: 2. knjiga, (§ 24, III, 4), a kod Radbruha, op. cit., str. 48; Perelman, H., Pravo, moral i filozofija (prevela na srpski Guteša, D., Mihajlović, V.), Nolit, Beograd, 1983., str. 3-27.; Kožev, A., Fenomenologija prava (preveo na srpski Stojanović, Z.), Nolit, Beograd, 1984., str. 224-243. (§ 44 Razvoj prava: Sintetička pravda građanina / Pravda i pravičnost).

¹⁶¹ Stupanje na snagu ZID ZN-a.

ručno raspolaganje pravom na restituciju odnosno protunaknadu je, međutim, zakonom ograničeno samo u korist ovlaštenika prava na naknadu, bivšeg vlasnika, odnosno osoba koje spadaju u prvi nasljedni red prijašnjeg vlasnika.

5.1.2. *Pravne osobe*

Prijašnji vlasnici - pravne osobe, odnosno njihovi pravni sljednici imaju pravo na naknadu za imovinu koja im je oduzeta "na temelju propisa iz članka 2. akata i načina propisanih člankom 3." Zakona o naknadi samo ako su do 11. listopada 1996. na teritoriju Republike Hrvatske neprekinuto:

- imale sjedište;
- održavale pravno sljedništvo;
- obavljale djelatnost (članak 12. stavak 1.).¹⁶²

Po Zakonu o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća¹⁶³ nacionalizirana su i prešla u državno vlasništvo sva privatna privredna poduzeća 5. prosinca 1946. (ostatak 28. travnja 1948.), koja do tada nisu bila konfiscirana ili po drugom zakonskom osnovu prenijeta u vlasništvo države, a na temelju drugih propisa navedenih u članku 2. stavak 3. ZN-a i imovina zadruge, udruga, zaklada itd., koje su oduzimanjem imovine-pravno prestale postojati.¹⁶⁴ Praktički su neprekinuto pravno sljedništvo, obavljajući svoju djelatnost sa sjedištem u Republici Hrvatskoj od 15. svibnja 1945. do donošenja Zakona o naknadi (11. listopada 1996.), imale samo crkvene ustanove, odnosno pravne osobe ostalih vjerskih zajednica kojima je bio ostavljen imovinski "zakonski maksimum".¹⁶⁵ Druge pravne osobe, u načelu, nemaju pravo na naknadu za oduzetu imovinu, jer ne ispunjavaju gornje zakonske pretpostavke.

Međutim, pravnim osobama, odnosno njihovim pravnim sljednicima, koje nisu mogle održati pravno sljedništvo, obavljati djelatnost i imati sjedište na teritoriju RH poslije 15. svibnja 1945., Vlada RH može, ako za to postoje opravdani razlozi, priznati pravo na naknadu za oduzetu imovinu pod uvjetom da je tim pravnim osobama njihovo djelovanje bilo zabranjeno, a one raspuštene iz političkih razloga, ali samo pod pretpostavkom da su promicale hrvatske državotvorne nacionalne interese (članak 12. stavak 2.).¹⁶⁶ U praksi se pojavila dvojba da li je zahtjev pravne

¹⁶² U ovom tekstu se ne raspravlja o ustavnosti ove odredbe. To bi mogla biti tema posebne rasprave.

¹⁶³ Sl. list FNRJ, br. 98/46. i 35/48.

¹⁶⁴ Imovina je bitna pravna pretpostavka osobnosti.

¹⁶⁵ Vidi članke 2-5. Zakona o potvrđivanju ugovora između Svete stolice i Republike Hrvatske o gospodarskim pitanjima, od 14. prosinca 1998., NN, br. 18/98., koji predviđaju mogućnost prikladne zamjene dobara kad je nemoguća restitucija prava vlasništva u razumnom roku, ako se umjesto naturalne restitucije ili zamjene dobara odredi primjerena naknada – isplaćivat će se "u četiri godišnja obroka" u središnji fond Hrvatske biskupske konferencije za crkvene ustanove. Središnji fond će dospjeli iznos dostavljati (nad)biskupijama te ustanovama posvećenog života i družbama apostolskog života na temelju vrijednosti oduzete imovine (članak 5. stavak 3.).

¹⁶⁶ Konačnim prijedlogom ZID ZN-a Vlade RH, koji je Vlada povukla iz procedure, bilo je predviđeno brisanje riječi: "a promicale su hrvatske državotvorne nacionalne interese".

osobe iz članka 12. stavak 2. prekludiran šestomjesečnim zakonskim rokom.¹⁶⁷ Ova dvojba je neutemeljena, jer Zakon ne čini iznimku u pogledu primjene ovoga roka s obzirom na svojstva prijašnjeg vlasnika i razloge za iznimno priznanje prava na naknadu.

5.1.3. *Strane osobe*^{168,169}

Stranim osobama, fizičkim i pravnim, po dosadašnjem zakonu nije pripadalo pravo na naknadu za oduzetu imovinu po odredbama ZN-a, osim ako im je priznata međudržavnim sporazumima (članak 11.).

U smislu Zakona o naknadi, strana osoba je fizička i pravna osoba koja nije imala hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. Ovamo spadaju osobe koje su 11. listopada 1996. imale državljanstvo neke druge države, ali i osobe bez državljanstva (apatridi).

5.1.3.1. *Ustavnost odredaba o isključivanju stranih osoba od prava na naknadu za oduzetu imovinu*

Ustav Republike Hrvatske jamči pravo vlasništva (članak 48. stavak 1.) svima - i stranim fizičkim osobama - jer nikoga ne isključuje. Zakonska su ograničenja moguća samo u pogledu stjecanja prava vlasništva stranih osoba.^{170,171} Za ograničenje ili oduzimanje prava vlasništva u interesu Republike svima vlasnicima - domaćim i stranim osobama, jednako pripada pravo na naknadu u visini tržišne vrijednosti

¹⁶⁷ Bagić, S., *Denacionalizacija, aktualna pitanja iz prakse*, Godišnjak br. 4., Zagreb, 1997., str. 317.

¹⁶⁸ Strana osoba je ona osoba koja nema hrvatsko državljanstvo, bez obzira da li ima državljanstvo druge države ili je bez državljanstva. Nije strana osoba ona osoba koja ima državljanstvo druge države ako istovremeno ima i hrvatsko državljanstvo (članak 11. i 12. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN, br. 53/91., u nastavku: ZRSZ i članak 2. Zakona o hrvatskom državljanstvu, NN, br. 53/91. i 28/92.).

¹⁶⁹ Pripadnost pravne osobe ocjenjuje se prema pravu države po kojem je osnovana, ali ako pravna osoba ima sjedište u drugoj državi, ona ima i njenu pripadnost, smatra se osobom te države (članak 17. ZRSZ).

¹⁷⁰ Ustav RH u članku 48. stavak 3. propisuje: "Strana osoba može stjecati pravo vlasništva uz uvjete određene Zakonom".

¹⁷¹ Ograničenja u pogledu stjecanja prava vlasništva na nekretninama u Republici Hrvatskoj od strane stranih osoba uređena su Zakonom o vlasništvu (članci 354-358.), osim ako je posebnim zakonom ili međudržavnim ugovorom drukčije određeno (članak 354. stavak 1. ZV-a). Strani državljani imaju jednaka nasljedna prava kao i domaći pod pretpostavkom uzajamnosti (članak 5. Zakona o nasljeđivanju). Šire o pravnim izvorima koji uređuju stjecanje prava vlasništva stranaca na nekretninama u RH, Žuvela, M.: *Zbirka osnovnih propisa iz područja vlasničkopravnih odnosa*, Informator, Zagreb, 1995., str. 134-138. O sposobnostima stranih subjekata za stjecanje stvarnih prava u Republici Hrvatskoj, šire, Gavella, N.: *Uvod u stvarno pravo* (Gavella - Gliha, izd. Pravni fakultet u Zagrebu - Zavod za građanskopravne znanosti i porodično pravo, Zagreb, 1991., str. 119-125.; isti: *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., br. 2/175, 7/106, 24/4 i 25/4; Tomljenović, V., *Stranci kao stjecatelji prava vlasništva nekretnina prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, ZPFR, vol. 19, br. 2. (1998).

(članak 50. stavak 1.), jer Ustav ne predviđa mogućnost da se zakonom propišu iznimke u korist ili na štetu domaće ili strane osobe. Ovo ne bi bilo u suglasnosti, uostalom, s načelima jamstva i nepovredivosti prava vlasništva koje ne poznaje iznimke s obzirom na državljansku pripadnost vlasnika (*supra*).¹⁷²

Po dosadašnjem Zakonu o naknadi strane osobe ne samo što nisu imale pravo na restituciju prava vlasništva koje im je bilo oduzeto, već one nisu imale ni pravo na naknadu u drugom obliku (članak 11. stavak 1.), za njih se produžavalo pravno stanje koje je nastalo oduzimanjem njihove imovine. U istom položaju bile su i osobe koje su imale jugoslavensko državljanstvo, ali su ga izgubile poslije oduzimanja imovine, a nisu imale hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. U istom statusu kao strane osobe su i osobe bez državljanstva (apatridi).

Stoga se postavilo pitanje je li u suglasnosti s Ustavom RH (članak 48. stavak 1. i 3. i članak 50. stavak 1.) odredba ZN-a koja uvjetuje pravo na naknadu za oduzetu imovinu hrvatskim državljanstvom (članak 9. stavak 1. zadnji dio rečenice).

Reguliranje prava na naknadu za oduzetu imovinu stranim osobama prepušteno je međudržavnim sporazumima jer se njima mogu priznati prava stranim pravnim i fizičkim osobama (članak 11. stavak 2.). Ali i u tom slučaju ostaju bez ikakve zaštite, po pravilu, osobe bez državljanstva kao i državljani onih država s kojima RH ne zaključi takav sporazum.

Stjecanje prava na naknadu za oduzetu imovinu ne može se, dakle, usporediti sa stjecanjem prava vlasništva pravnim poslom. Ono je originarno pravo prijašnjeg vlasnika, koje proizlazi iz zakona i ustavnih načela vlasničkopravnog sustava RH. To je sustav koji negira društveno vlasništvo, pa prema tome i učinke stvaranja društvenog vlasništva oduzimanjem prava vlasništva prijašnjim vlasnicima, domaćim ili stranim osobama. Zato smatramo da se pravo na naknadu za oduzetu imovinu ne može uvjetovati državljansvom prijašnjeg vlasnika, odnosno njegova nasljednika ili pravnog sljednika.

Ne bi se protivilo Ustavu, međutim, da se međudržavnim sporazumom uredi pravo na naknadu stranim državljanima na drugi način nego što je uređeno Zakonom o naknadi. U slučaju kada je to pravo već uređeno međudržavnim sporazumom (kao npr. u pogledu imovine talijanskih državljana - optanata), zakonom se ne bi moglo drukčije urediti na štetu prijašnjih vlasnika (članak 134. Ustava).

Ali ako pravo na naknadu strane osobe nije drukčije uređeno međudržavnim sporazumom, ne može se ono zakonom isključiti samo zato što ta osoba (prijašnji vlasnik ili njegov nasljednik prvoga nasljednog reda) nije imala hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., (članak 9. stavak 1.) bez obzira da li ima strano državljanstvo ili je bez državljanstva (apatrid).

¹⁷² Zakon o vlasništvu propisuje da će se stranoj osobi isplatiti naknada prema propisima o izvlaštenju za prestanak prava vlasništva na nekretninama koje leže na području na kome te osobe ne mogu imati pravo vlasništva zbog zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske (članak 258. stavak 1. i 2.). Takva naknada pripada stranoj osobi i za nekretnine koje bi inače stekla nasljeđivanjem (članak 258. stavak 3.).

5.1.3.1.1. Odluka i rješenje Ustavnog suda o ukidanju zakonskih odredbi koje diskriminiraju strane fizičke osobe

Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske od 21. travnja 1999. ukidaju se odredbe Zakona o naknadi iz članka 9. stavak 1. i članak 11. stavak 1. i 2. koje uskraćuju pravo na naknadu fizičkim osobama koje nisu imale hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. i odredbe o roku za podnošenje zahtjeva za naknadu i posljedicama propuštanja roka ukoliko se odnose na nove ovlaštenike prava na naknadu.¹⁷³

¹⁷³ Odluka Ustavnog suda (*supra*, Uvod) kojom su ukinute odredbe što diskriminiraju strane fizičke osobe glede prava na naknadu (i restituciju) za oduzetu imovinu glasi:

U povodu zahtjeva se ukidaju, a u povodu prijedloga pokreće se postupak za ocjenu ustavnosti, te se ukidaju sljedeće odredbe Zakona o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (NN, br. 92/96.):

Članak 9. stavak 1.

“Prava iz ovoga Zakona priznaju se fizičkoj osobi - prijašnjem vlasniku, odnosno njegovim zakonskim nasljednicima prvoga nasljednoga reda (u daljnjem tekstu: prijašnji vlasnik), koji na dan donošenja ovoga Zakona imaju hrvatsko državljanstvo.”

- ukida se u dijelu koji glasi: “... koji na dan donošenja ovog Zakona imaju hrvatsko državljanstvo”;

Članak 11. stavak 1.

“Stranim fizičkim i pravnim osobama ne pripadaju prava iz ovoga Zakona.”

- ukida se u dijelu koji glasi: “... fizičkim i”;

Članak 11. stavak 2.

“Iznimno od odredbe stavka 1. ovoga članka, prava propisana ovim Zakonom mogu se priznati i stranim fizičkim i pravnim osobama ako se to utvrdi međudržavnim sporazumima.”

- ukida se u dijelu koji glasi: “... fizičkim i”;

Članak 65. stavak 3.

“Prijašnji vlasnik dužan je podnijeti zahtjev u roku od šest mjeseci od dana stupanja na snagu ovoga Zakona, osim u slučaju iz članka 26. ovoga Zakona.”

- ukidaju se odredbe o roku za podnošenje zahtjeva prijašnjeg vlasnika, ukoliko se odnose na prijašnjeg vlasnika - stranu fizičku osobu;

Članak 65. stavak 4.

“Zahtjev podnesen po proteku roka iz stavka 3. ovoga članka odbacit će se pa podnositelj gubi sva prava iz ovoga Zakona.”

- ukidaju se odredbe o posljedicama propuštanja roka, ukoliko se odnose na prijašnjeg vlasnika - stranu fizičku osobu.”

Ustavni sud obrazlaže: ... osporava se, među ostalim, ustavnost odredaba Zakona o naknadi, koji iz naknade za oduzetu imovinu isključuje fizičke osobe koje nemaju hrvatsko državljanstvo. To se prvotno odnosi na stavak 1. članka 9. u kojem se određuje da su ovlaštenici naknade samo oni prijašnji vlasnici “... koji na dan donošenja ovoga Zakona imaju hrvatsko državljanstvo” te na članak 11. u kojem se izričito propisuje da “Stranim fizičkim i pravnim osobama ne pripadaju prava iz ovoga Zakona”, osim ako bi protivno bilo utvrđeno međunarodnim sporazumima. Osporavaju se i odredbe članaka 66. i 67. u dijelu u kojem se određuje da zahtjev za naknadu treba sadržavati i podatke ili dokaze o državljanstvu. Podnositelji prijedloga pozivaju se na odredbe Ustava navedene u t. 6/4.

7/2. Razlikovanje prijašnjih vlasnika s obzirom na njihovu pravnu svezu s određenom državom (tj. prema državljanstvu) - s time da se jednim priznaje pravo na naknadu (hrvatskim državljanima), a drugima se to pravo nikako ne priznaje - nepravedno je i ne može se opravdati zaštitom nekog drugog važnog ustavnog ili drugog prava. Ovo tim više što je svima, i hrvatskim državljanima i onima koji to nisu, imovina oduzeta na isti način, u isto vrijeme i na temelju istih pravnih osnova, a njihova imovina

Ustavni sud obrazlaže da je zakonom priznato pravo naknade za oduzetu imovinu hrvatskim državljanima drugima uskraćeno “nepravедно i ne može se opravdati zaštitom nekog drugog važnog ustavnog ili drugog prava”. Stoga su ukinute odredbe “u protivnosti člankom 14. stavak 2. Ustava jer ne poštuju ustavnu garanciju o jednakosti svih ljudi i građana u Republici Hrvatskoj ...”; one su protivne i članku 134. Ustava, jer su međunarodni ugovori dio unutrašnjeg poretka Republike Hrvatske pa je Zakon o naknadi trebalo s njima uskladiti.

Ukidaju se i odredbe o roku za podnošenje zahtjeva koji je istekao 30. lipnja 1997. (članak 65. stavak 3. i 4.), kao logična posljedica proširenja kruga ovlaštenika prava na naknadu. U obrazloženju odluke rješavanja Ustavnog suda navodi se da namjesto ukinutih odredbi koje diskriminiraju strane fizičke osobe treba “razraditi modalitete naknađivanja ili vraćanja imovine strancima i rokove za podnošenje zahtjeva”.

- ukoliko je ostala očuvana - ostala je u Republici Hrvatskoj u vlasništvu države ili drugih pravnih subjekata.

Razlikovanje u opsegu potencijalnih prava domaćih državljana i stranaca uobičajeno je (i nije u protivnosti s Ustavom) kad se radi o pravnim odnosima reguliranim javnopravnim propisima ili propisima o zasnivanju radnog odnosa. No, kad su u pitanju imovinskoopravni odnosi, takvog razlikovanja, u tako generalnom, uopćenom obliku, ne smije biti i ono je suprotno Ustavu.

Zbog toga bi, propisom koji će se donijeti umjesto ukinutog, prijašnjim vlasnicima koji nisu hrvatski državljani trebalo načelno priznati pravo na naknadu ili vraćanje imovine, odnosno odrediti pod kojim pretpostavkama će se tim osobama priznati pravo na naknadu. Pravo stranaca na vraćanje nekretnina trebalo bi regulirati u skladu s odredbama drugih zakona o pravu stranaca da stječu nekretnine na području Republike Hrvatske.

Citirane odredbe iz stavka 1. članka 9. i iz stavka 1. članka 11. (u dijelu u kojem se odnosi na fizičke osobe) Zakona o naknadi u protivnosti su s člankom 14. Ustava jer ne poštuju ustavnu garanciju o jednakosti svih ljudi i građana u Republici Hrvatskoj, već uspostavljaju diskriminirajuće razlike ovisne o osobnim i pravnim osobinama pojedinca, koje nisu osnovane na Ustavu ili na zakonu u skladu s Ustavom. Te odredbe nisu u skladu s propisima međunarodnih ugovora i akata citiranih u t. 2/3. ove odluke. One su protivne i članku 134. Ustava, jer međunarodni ugovori, kad su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, čine sastavni dio unutarnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske, pa je Zakon o naknadi trebalo s njima uskladiti.

7/3 Zbog toga se u t. 1a. izreke ove odluke ukidaju citirani propisi Zakona o naknadi.

Budući da su istekli rokovi za podnošenje zahtjeva za naknadu oduzete imovine (šest mjeseci od stupanja na snagu Zakona o naknadi - stavak 3. članka 65.), pa bi prekasno podnijete prijedloge valjalo odbaciti, a podnositelj bi izgubio sva prava iz tog Zakona (stavak 4. članka 65.), u t. 1c. izreke ove odluke ukidaju se i ti propisi, kako bi ovlaštenici naknade koji nisu hrvatski državljani mogli ostvariti svoja prava.

Na mjesto ukinutih odredaba treba donijeti nove koje će razraditi modalitete naknađivanja ili vraćanja imovine strancima i rokove za podnošenje zahtjeva. Zbog toga je nastupanje pravnih posljedica ove Odluke odgođeno do donošenja novih propisa, a najkasnije do isteka roka od godinu dana od dana objavljivanja ove odluke u “Narodnim novinama”.

5.1.3.1.2. *Osvrt na gledište Ustavnog suda Republike Hrvatske o budućem uređenju vraćanja oduzetih nekretnina stranim fizičkim osobama*

U obrazloženju odluke Ustavnog suda kojom se ukidaju odredbe o diskriminaciji prijašnjeg vlasnika – strane fizičke osobe, pored ostalog, daje se uputa zakonodavcu kako da uredi prava tih osoba, a koja glasi: “Pravo stranaca na vraćanje nekretnina trebalo bi regulirati u skladu s odredbama drugih zakona o pravu stranaca da stječu nekretnine na području Republike Hrvatske”.

Kad bi zakonodavac integralno prihvatio ovo gledište, sva zakonska ograničenja glede stjecanja prava vlasništva na nekretninama, koja su zakonom propisana za strane osobe,¹⁷⁴ pogađala bi strane fizičke osobe ovlaštenike prava na naknadu glede restitucije prava vlasništva na nekretninama. Po Ustavu RH odsustvo hrvatskog državljanstva može biti relevantno, ako to zakon odredi, samo glede stjecanja prava vlasništva, a ne i glede vraćanja oduzetog prava vlasništva. Ustav naime propisuje “Strana osoba može stjecati pravo vlasništva uz uvjete određene zakonom” (članak 48. stavak 3.). Gledište Ustavnog suda je, međutim, utemeljeno ukoliko se odnosi na nekretnine na kojima strani državljani ne mogu imati pravo vlasništva (*infra*).

5.1.3.2. *Prava stranih fizičkih osoba po noveliranom Zakonu o naknadi*

Nakon što su odlukom Ustavnog suda ukinute odredbe Zakona o naknadi koje su diskriminirale strane fizičke osobe lišavajući ih prava na naknadu za oduzetu imovinu, Vlada RH predložila je izmjenu i dopunu Zakona o naknadi samo u korist onih osoba koje su stekle hrvatsko državljanstvo poslije 11. listopada 1996.¹⁷⁵ Odbor za zakonodavstvo Hrvatskog sabora, međutim, taj je prijedlog izmijenio i predložio da se u članku 9. stavak 1. brišu riječi: “koji na dan donošenja zakona imaju hrvatsko državljanstvo”¹⁷⁶ koje je navedenom odlukom bio ukinuo Ustavni sud. Ovaj prijedlog usvojen je ZID-om Zakona o naknadi... kojim je, kako je navedeno u uvodu ovog članka, brisan navedeni tekst u članku 9. stavak 1. Prema tome članak 9. stavak 1. u navedenom Zakonu glasi: “Prava iz ovoga Zakona priznaju se fizičkoj osobi – prijašnjem vlasniku, odnosno njegovim zakonskim nasljednicima prvoga nasljednoga reda (u daljnjem tekstu: prijašnji vlasnik)”.

To znači da se “prava iz ovoga Zakona priznaju” fizičkoj osobi – prijašnjem vlasniku, odnosno njegovim zakonskim nasljednicima prvoga nasljednoga reda, bez obzira na državljanску pripadnost: hrvatskim državljanima, bez obzira kada su stekli hrvatsko državljanstvo, i fizičkim osobama, koje imaju samo strano državljanstvo, kao i onima koji nemaju državljanstvo ni jedne države (apatridi). Prema tome, svi prijašnji vlasnici – fizičke osobe, njihovi potomci i bračni drug, uključujući i posvo-

¹⁷⁴ Članci 354-358. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN, 91/96.

¹⁷⁵ Članak 1. Konačnog prijedloga ZID ZN-a koji je dostavljen Hrvatskom saboru 27. lipnja 2002.

¹⁷⁶ Vidi Izvješće o Konačnom prijedlogu ZID ZN-a, P. Z. Br. 286 od 2. srpnja 2002. kl. 943-01/01-01/02 Urbr 612/3-02.

jenike i njihove potomke, bračnu i izvanbračnu djecu, imaju jednaka prava iz Zakona o naknadi, pa, dakle, i pravo na restituciju prava vlasništva u granicama koje je odredio Zakon, bez obzira na državljanstvo i uzajamnost.

Sve što je unaprijed rečeno o pravima ovlaštenika prava na naknadu koji je 11. listopada 1996. imao hrvatsko državljanstvo, po noveliranom ZN-u vrijedi i za ostale ovlaštenike bez obzira na to imaju ili nemaju hrvatsko državljanstvo, osim iznimaka koje slijede.

5.1.3.2.1. Isključenje restitucije prava vlasništva na određenim nekretninama

Kao što je naprijed izloženo, međutim, pravo na restituciju prava vlasništva na nekretninama neizravno je ograničeno drugim zakonima. Ako po drugom zakonu strana osoba, naime, ne može biti vlasnik određenih nekretnina u Republici Hrvatskoj, takve se nekretnine ne mogu ni vratiti stranoj fizičkoj osobi – prijašnjem vlasniku, odnosno njegovom potomku ili bračnom drugu.

a) Nekretnine na “isključenom području”

Restitucija prava vlasništva i stranim fizičkim osobama je, naime, nemoguća na nekretninama koje se nalaze na “isključenom području” koje je zakonom određeno radi zaštite interesa i sigurnosti RH, na kojem strane osobe ne mogu imati pravo vlasništva (članak 358. stavak 1. ZV-a), jer i postojeće pravo vlasništva stranih osoba na tom području prestaje po samom zakonu (članak 358. stavak 2. ZV-a). Umjesto restitucije prava vlasništva nekretnina na “isključenom području” prijašnjem vlasniku bi pripadalo pravo na naknadu u skladu s odredbama Zakona o naknadi. Odgovarajuća primjena članka 358. stavak 3. ZV-a koja isključuje nasljeđivanje prava vlasništva na te nekretnine, a priznaje pravo na naknadu po propisima o izvlaštenju, nije moguća glede visine i oblika naknade, jer visinu i oblik naknade u slučaju kada je restitucija prava vlasništva nemoguća ili je zakonom isključena – određuje Zakon o naknadi.

b) Poljoprivredno zemljište

Strane osobe ne mogu steći pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu u RH, ni ulaganjem kapitala ili kupnjom domaće pravne osobe, osim ako međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno (članak 1. stavak 3. ZPZ-a),¹⁷⁷ ali ako su ga imale na dan stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZPZ,¹⁷⁸ koji je isključio mogućnost da ga ubuduće stječu, one ga zadržavaju (članak 62. stavak 2. ZPZ). Postavlja se pitanje je li moguća restitucija prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu stranim fizičkim osobama pored zakonskog isključenja mogućnosti stjecanja, (članak 1. stavak 3. ZPZ),¹⁷⁹ iako restitucija nije isto što i

¹⁷⁷ Ranijeg Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN, br. 54/94. – pročišćeni tekst, 48/95., 19/98. i 105/99.

¹⁷⁸ NN, br. 79/93.

¹⁷⁹ Nositeljima prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu ne mogu biti strane pravne i fizičke osobe, osim ako međudržavnim ugovorom nije drukčije određeno. U ranijem ZPZ-u (pročišćeni tekst

stjecanje prava vlasništva. Ovo zbog toga što te osobe nisu imale pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu koje im je bilo oduzeto (njima ili njihovim precima) na temelju pravnih osnova iz abrogiranog pravnog sustava dana 23. srpnja 1991. kada je stupio na snagu propis koji je isključio mogućnost da one stječu pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu,¹⁸⁰ a Zakon o naknadi donijet je poslije toga.

Ni po tadašnjem ZPZ-u strane osobe, fizičke i pravne, ne mogu biti vlasnice poljoprivrednog vlasništva u RH, “niti ga mogu steći ulaganjem kapitala ili kupnjom domaće pravne osobe, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno”.¹⁸¹ Ove zakonske odredbe bile su na snazi i u vrijeme stupanja na snagu Zakona o naknadi (1. siječnja 1997.).¹⁸² Ipak, zatečeno pravo vlasništva stranih osoba na poljoprivrednom zemljištu ne prestaje po samom zakonu. Ova okolnost, međutim, nije relevantna za našu temu, jer pravilo da strana osoba ne može biti vlasnik poljoprivrednog zemljišta u RH važi od prije 1. siječnja 1997. bez prekida do danas.¹⁸³ Stoga prijašnjem vlasniku, stranoj fizičkoj osobi, ne može se vratiti pravo vlasništva na poljoprivredno zemljište ni pod pretpostavkom da brisanje odredbe iz članka 9. stavak 1. ima povratni pravni učinak – od stupanja na snagu Zakona o naknadi.

Prema Zakonu o naknadi, kada je iz drugih razloga isključeno vraćanje prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu, “prijašnjem vlasniku pripada pravo na naknadu u vrijednosnim papirima utvrđenim ovim Zakonom” (članak 20. stavak 2.). Držimo da se ova odredba analogno primjenjuje i u slučaju kada strana fizička osoba, prijašnji vlasnik, traži restituciju prava vlasništva na poljoprivrednom zemljištu.

c) Isključenje restitucije prava vlasništva na nekretninama određenim zakonom

Isto pravilo koje vrijedi za poljoprivredno zemljište vrijedilo bi i za ostale slučajeve kada zakon propisuje da strana osoba ne može biti vlasnik nekretnina pod određenim pravnim režimom pod koji spadaju i nekretnine koje su joj oduzete na temelju propisa iz članaka 2. i 3. Zakona o naknadi kao npr. nekretnine na zaštićenim dijelovima prirode.¹⁸⁴

54/94. i 48/95.) bila je odredba da strane osobe ne mogu steći pravo vlasništva na poljoprivrednom zemljištu ili kupnjom domaće pravne osobe (članak 1. stavak 3.).

¹⁸⁰ Članak 1. stavak 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN, br. 34/91. i 26/93.

¹⁸¹ Članak 1. stavak 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN, br. 66/01. Ove zakonske odredbe bile su na snazi i u vrijeme stupanja na snagu Zakona o naknadi (1. siječnja 1997.).

¹⁸² Članak 1. stavak 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu, NN, br. 54/94. – pročišćeni tekst, 48/95., 19/98. i 105/99.

¹⁸³ V. čl. st. 3 ZPZ, NN, br. 66/01. i 87/02.

¹⁸⁴ NN, br. 30/94. i 72/94.

6. Osnove isključenja prava na naknadu za oduzetu imovinu

Dosadašnji Zakon o naknadi propisivao je dvije osnove isključenja prava na naknadu za oduzetu imovinu:

- prvo, ako je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumom;
- drugo, ako je pitanje naknade “riješeno na drugi način” (članak 10.).

Budući da je Zakon o naknadi u oba slučaja relativizirao isključenje prava na naknadu odredbom “ako ovim zakonom nije drukčije propisano” (članak 10.), razmotrit ćemo u kojim slučajevima je Zakonom “drukčije propisano”.

6.1. Pravo na naknadu riješeno međudržavnim sporazumom

Od načela po kome prijašnji vlasnik nema prava na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumom (članak 10.), po našem mišljenju iznimka je propisana, neizravno, u članku 51. stavak 3. ZN-a, koji određuje da prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu prema odredbama ovoga Zakona ako mu je naknada isplaćena od druge države. *Argumentum a contrario*, ako prijašnjem vlasniku nije isplaćena naknada od strane druge države, iako je imao pravo na to po međudržavnom sporazumu, on bi mogao tražiti naknadu po odredbama Zakona o naknadi. Pri tome nije pravno relevantno zbog čega nije isplaćena naknada prijašnjem vlasniku po međudržavnom sporazumu, da li zato što je zbog bilo kojeg razloga propustio podnijeti zahtjev za realizaciju ovoga prava u prekluzivnom roku, ili je čak odbio isplatu nakon što mu je bila određena naknada. Nije relevantan ni razlog oduzimanja imovine da li zbog gubitka državljanstva ili po kojoj drugoj osnovi, kao što nije relevantan ni razlog gubitka državljanstva: odsutnošću, oduzimanjem, otpustom, odreknućem, ili po odredbama međunarodnih ugovora.¹⁸⁵

Po dosadašnjem Zakonu o naknadi da bi prijašnji vlasnik, koji je izgubio državljanstvo po Zakonima bivše države, stekao pravo na naknadu za oduzetu imovinu, bilo je relevantno samo da je na dan donošenja ZN-a, 11. listopada 1996. imao hrvatsko državljanstvo.

U tom slučaju, dakle, po dosadašnjem zakonu prijašnji vlasnik koji je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., a nije mu isplaćena naknada za oduzetu imovinu po međudržavnom sporazumu od strane druge države, ima mogućnost izbora hoće li tražiti naknadu po međudržavnom sporazumu od strane druge države (ako mu to pravo nije prestalo) ili po odredbama Zakona o naknadi za oduzetu imovinu RH.

¹⁸⁵ Članci 14-22. Zakona o državljanstvu Demokratske Federativne Jugoslavije, Sl. list DFJ, br. 64/45., odn. članak 1. i 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o državljanstvu FNRJ, Sl. list FNRJ, br. 105/48., koji se odnosi na pripadnike njemačke narodnosti, te Zakon o oduzimanju državljanstva oficirima i podoficirima bivše jugoslavenske vojske koji neće da se vrate u domovinu i pripadnicima vojnih formacija koji su služili okupatoru i pobjegli u inostranstvo, Sl. list DFJ, br. 64/45. od 28. kolovoza 1945.

Prijašnji vlasnik odnosno njegov nasljednik iz prvog nasljednog reda mogao bi imati interes da zahtijeva naknadu po Zakonu o naknadi, osobito u slučaju kada postoje pretpostavke za restituciju prava vlasništva na nekretninama koje su mu bile oduzete i prenijete u društveno vlasništvo, ili zato što je propustio prekluzivni rok za podnošenje zahtjeva za isplatu naknade nadležnom tijelu strane države koja mu je dugovala naknadu po međudržavnom sporazumu, ili mu je to pravo prestalo zbog drugih razloga ili je za njega inače povoljniji Zakon o naknadi nego međudržavni sporazum.

6.1.1. Isključenje prava na naknadu po noveliranom Zakonu o naknadi

Kako Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o naknadi nisu izmijenjene odredbe iz članka 51. stavak 3., postavlja se pitanje da li je moguća druga interpretacija u svijetlu izmjena i dopuna članka 10. i brisanja članka 11.¹⁸⁶

Prema sadašnjem Zakonu (izmijenjenom članku 10.), naime, prijašnji vlasnik “nema prava na naknadu za oduzetu imovinu u slučaju kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumima”.¹⁸⁷ Od toga načela zadržana je samo iznimka iz članka 11. stavak 2. (u drugom kontekstu), sada premještena u članak 10., koja glasi: “prava propisana ovima Zakonom mogu steći i strane fizičke i pravne osobe ako se to utvrdi međudržavnim sporazumima”. U noveliranom zakonu otpala je, dakle, odredba koja je glasila: “ako ovim Zakonom nije drukčije propisano” iz dosadašnjeg članka 10. Budući da u Zakonu o naknadi nema više odredbe koja relativizira načelo isključenja prava na naknadu s obzirom na državljansku pripadnost, postavlja se pitanje da li je člankom 51. stavak 3. ipak drukčije propisano. Tumač propisa ne može pretpostavljati da je odredba iz članka 51. stavak 3. propustom zadržana nakon brisanja odredbe “ako ovim Zakonom nije drukčije propisano”, već mu ne preostaje drugo nego da pronikne u njen smisao u novom kontekstu. Kakav smisao, dakle, ima odredba “ako mu je naknada isplaćena od strane druge države”? Druga država plaća naknadu za oduzetu imovinu, po pravilu na temelju međudržavnog sporazuma ako je taj sporazum na to obvezuje, u obliku i u granicama koje sporazum određuje. Može se dopustiti pretpostavka da je naknada u određenom slučaju isplaćena na temelju unutrašnjeg propisa druge države, a ne ispunjenjem obveze iz međudržavnog sporazuma bez obzira da li takav sporazum postoji ili ne postoji. No kada bi se i dokazala ta pretpostavka, time bi se samo dokazalo da eventualno postojeća obveza iz međudržavnog sporazuma nije ispunjena. Zato se ne može isključiti iz prava na naknadu ovlaštenik kome je druga država isplatila naknadu za oduzetu imovinu mimo obveze iz međudržavnog sporazuma. U dosadašnjem se zakonskom kontekstu odredba članak 51. stavak 3.

¹⁸⁶ Članci 2. i 3. ZID ZN-a.

¹⁸⁷ Vidi prikaz međudržavnih sporazuma koje je bivša FNRJ zaključila s Republikom Italijom u članku: Žuvelić, A., *Imovina optanata prešla u društveno (državno) vlasništvo dana 8. prosinca 1954.*, Informator, br. 4086/1993.

čita: prijašnji vlasnik nema pravo na naknadu za oduzetu imovinu kada je pitanje naknade riješeno međudržavnim sporazumom ako mu je naknada isplaćena po tom sporazumu. Prema tome, odredba iz članka 53. stavak 3. ZN-a ima smisla samo ako potencira ispunjenje obveze iz međudržavnog sporazuma kao pretpostavke isključenja prava na naknadu.

S obzirom da je ova odredba propisana Zakonom po kome je ovlaštenik prava na naknadu bio samo hrvatski državljani, postavlja se pitanje da li se noveliranim zakonom ta odredba proteže i na strane državljane čije je pravo na naknadu "riješeno međudržavnim sporazumima" (članak 10. stavak 1.).¹⁸⁸ Novelirani ZN je, međutim, izričit: "prava propisana ovim Zakonom mogu steći i strane fizičke i pravne osobe ako se to utvrdi međudržavnim sporazumima". Time je isključena primjena članka 53. stavak 3. na strane osobe. Prema tome, strana osoba čije je pravo na naknadu za oduzetu imovinu uređeno međudržavnim sporazumom nema pravo na naknadu po Zakonu o naknadi, već to pravo može steći samo "ako se utvrdi" novim "međudržavnim sporazumom". Štoviše, takvim međudržavnim sporazumom može se "utvrditi" i pravo strane pravne osobe na naknadu kakvu nema ni domaća pravna osoba. Ovo nesumnjivo proizlazi iz stavka 2. članka 10. Prema tome, Republika Hrvatska je Zakonom favorizirala samo svoje državljane,¹⁸⁹ čije je pravo na naknadu za oduzetu imovinu riješeno međudržavnim sporazumom, da mogu tražiti naknadu po Zakonu o naknadi, ako im naknadu na temelju međudržavnog sporazuma nije isplatila strana država (članak 53. stavak 3.). Takvu ili sličnu povlasticu mogu dobiti i strani državljani, pa čak i strane pravne osobe, ali samo ako se to utvrdi međudržavnim sporazumom (članak 10. stavak 2. noveliranog ZN-a).

6.2. Pravo na naknadu "riješeno na drugi način"

Pitanje naknade je "riješeno na drugi način" ako je prijašnjem vlasniku za oduzetu imovinu dana naknada u drugoj imovini (članak 51. stavak 3.). Takav oblik naknade bio je poznat u postupku depozicije neizgrađenog građevinskog zemljišta. Prijašnjem vlasniku podružtvovljenog neizgrađenog građevinskog zemljišta, koje je odlukom skupštine općine bilo prenijeto u društveno vlasništvo, na ime naknade za to zemljište moglo se dati neposrednom pogodbom pravo korištenja na drugu neizgrađenu građevinsku česticu u društvenom vlasništvu radi izgradnje zgrade kakvu je po tadašnjim propisima stjecatelj mogao imati u vlasništvu,¹⁹⁰ jer će na toj čestici steći pravo vlasništva po odredbi iz članka 16. stavak 3. ZN-a. Odredba iz članka 16. stavak 3. ZN-a, naime, određuje da se stavak 1. članak 16. odnosi "i na neizgrađeno građevinsko zemljište koje je prijašnjem vlasniku na temelju propisa

¹⁸⁸ Članak 2. ZID ZN-a.

¹⁸⁹ Koji su nakon oduzimanja imovine, po pravilu nakon osamostaljenja Republike Hrvatske (8. listopada 1991.) stekli hrvatsko državljanstvo – npr. Hrvati iz dijaspore.

¹⁹⁰ Članci 38. stavak 2., 39. i 50. al. 3. Zakona o građevinskom zemljištu - pročišćeni tekst, NN, br. 48/88., 16/90. i 53/90.

dodijeljeno na ime naknade za oduzeto građevinsko zemljište”. Ako je na toj građevinskoj čestici stjecatelj izgradio zgradu u skladu sa zakonom prije 1. siječnja 1997., stekao je pravo vlasništva,¹⁹¹ a ukoliko je zgradu izgradio poslije toga datuma, može tražiti uknjižbu prava vlasništva na cijeloj nekretnini na temelju propisa o uspostavljanju pravnog jedinstva zemljišta i zgrade spajanjem zemljišnoknjižnih tijela (članak 367. stavak 1. i 2. ZV-a).¹⁹²

7. Prekluzivni rok u kome novi ovlaštenici mogu podnijeti zahtjev za naknadu

a) Prekluzivni rok

Budući da je prekluzivni šestomjesečni rok za podnošenje zahtjeva za naknadu oduzete imovine po dosadašnjem zakonu istekao 30. lipnja 1997., ZID ZN određuje novi šestomjesečni prekluzivni rok koji teče od njegova stupanja na snagu (članak 7.) tj. od 5. srpnja 2002. u kome mogu podnijeti zahtjev novi ovlaštenici prava na naknadu.

b) Novi ovlaštenici prava na naknadu za oduzetu imovinu su sljedeći:

- prijašnji vlasnik državljanin Republike Hrvatske koji na dan donošenja Zakona o naknadi nije imao hrvatsko državljanstvo (članak 1. ZID ZN-a);
- prijašnji vlasnici na koje se odnosi članak 2. ZID ZN-a;
- prijašnji vlasnici koji su prema Popisu stanovništva iz 1991. godine imali prebivalište na okupiranim područjima Republike Hrvatske, odnosno na područjima pod upravom UNTAES-a (članak 7.).

Prijašnji vlasnik iz alineje 1. je hrvatski državljanin koji nije imao hrvatsko državljanstvo 11.10.1996., a kasnije ga je stekao (članak 7. al. 1. ZID ZN-a) do 5. siječnja 2003. do kada je mogao podnijeti zahtjev za naknadu po noveliranom zakonu ili ga stekne do isteka šestomjesečnog roka (tj. do 5. siječnja 2003.).

Ova odredba je u suglasju s odredbom članka 1. Vladinog Konačnog prijedloga prema kojoj bi pravo na naknadu imali samo hrvatski državljani “ako ovim Zakonom nije drukčije propisano”. Na prvi pogled se čini kao da je Odbor za zakonodavstvo Hrvatskog sabora previdio ovu odredbu kad je radikalno izmijenio Konačni prijedlog Vlade. Kad bi se, naime, ova odredba izolirano interpretirala, pokazalo bi se da postoji proturječnost u Zakonu, jer odredba koja određuje krug ovlaštenika prava na naknadu ne isključuje strane fizičke osobe (članak 9. stavak 1. noveliranog Zakona), a odredba koja novim ovlaštenicima određuje rok za podnošenje zahtjeva obuhvaća samo hrvatske državljane. Otklanjanje ove proturječnosti moguće je samo ako se

¹⁹¹ Na temelju članka 9. Zakona o preuzimanja ZOVO-a, NN, br. 53/91., kojim je riječ “korištenje” zamijenjena riječju “vlasništvo”.

¹⁹² Šire o tome Simonetti, P., Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu, Hrvatska pravna revija, br. 7/2002, str. 9-17.

pođe od načela da svim prijašnjim vlasnicima – fizičkim osobama, bez obzira na državljansku pripadnost u načelu pripadaju jednaka prava iz Zakona o naknadi (članak 9. noveliranog ZN-a). To znači da alineja 2. zapravo obuhvaća sve prijašnje vlasnike - strane državljane fizičke osobe, čije pravo na naknadu nije uređeno međudržavnim sporazumima, jer ako jest, u tom slučaju oni nemaju pravo na naknadu po Zakonu o naknadi, osim u slučaju da novim međudržavnim sporazumom bude drugačije određeno.

Trećom alinejom obuhvaćeni su svi prijašnji vlasnici, domaći i strani državljani i apatridi koji su prema Popisu stanovništva iz 1991. godine imali prebivalište na okupiranom području i području pod upravom UNTAES-a do 15. siječnja 1998.¹⁹³ (članak 7. alineja 3.) U tom krugu nalaze se i domaće pravne osobe iz članka 12. ZN-a koje ispunjavaju propisane zakonske pretpostavke kao ovlaštenici prava na naknadu (po pravilima crkvene ustanove, odnosno pravne osobe ostalih vjerskih zajednica).

Novelirani zakon pruža mogućnost, dakle, i prijašnjim vlasnicima na ranije okupiranom području RH, odnosno na područjima UNTAES-a, koji su imali državljanstvo RH 11. listopada 1996. da podnesu zahtjev za naknadu u prekluzivnom roku od 5. srpnja 2002. do 5. siječnja 2003. godine, a da pri tome ne moraju dokazati da su zbog opravdanih razloga bili spriječeni podnijeti taj zahtjev u prekluzivnom roku od 1. siječnja do 30. lipnja 1997. Prijašnji vlasnici koji nisu imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., a sada su ovlašteni podnijeti zahtjev za naknadu, bez obzira da li imaju ili nemaju hrvatsko državljanstvo, po našem mišljenju to pravo mogu ostvariti ukoliko ispunjavaju sve druge zakonske pretpostavke i kad nisu bili na Popisu stanovništva iz 1991. godine na tom području; ovo zbog toga što oni ne mogu imati manja prava nego što imaju svi drugi prijašnji vlasnici na drugim područjima Republike Hrvatske koji su po noveliranom ZN-u ovlašteni podnijeti zahtjev za naknadu.

8. Primjena noveliranog Zakona

a) Zakonska pretpostavka za primjenu noveliranog Zakona

Zakonska pretpostavka za primjenu noveliranog Zakona jest, razumije se, da postupak po zahtjevu za naknadu nije započet do 5. srpnja 2002., ili ako je započet, da nije pravomoćno dovršen do toga dana (članak 11. i 12. ZID ZN.).

Novelirani ZN primijenit će se na sve zahtjeve za oduzetu imovinu podnijete do njegova stupanja na snagu (članak 12.), dakle, i na one koji nisu bili osnovani po dosadašnjem Zakonu i na one koji su bili odbijeni, ali postupak nije pravomoćno dovršen do 5. srpnja 2002., jer Zakon ne daje povoda za suprotan zaključak. Rješenje

¹⁹³ UNTAES CHRONOLOGY, Introduction, http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/untaes_e.htm
Područje pod upravom UNTAES-a obuhvaćalo je Istočnu Slavoniju, Baranju i Zapadni Srijem u Republici Hrvatskoj.

o odbijanju zahtjeva po odredbama dosadašnjeg zakona ne može steći svojstvo pravomoćnosti poslije 5. srpnja 2002. ako je taj zahtjev osnovan po noveliranom Zakonu.

Po zakonu postupak nije pravomoćno dovršen ako se protiv rješenja o naknadi može izjaviti žalba ili pokrenuti upravni spor (čl. 12 ZOUP).¹⁹⁴

Pod pretpostavkom da je izjavljena žalba protiv prvostupanjskog rješenja kojim je određena restitucija oduzete imovine ili naknada, ili ako je pokrenut upravni spor protiv drugostupanjskog rješenja kojim je žalba odbijena, prvostupanjsko rješenje ne stječe svojstvo pravomoćnosti dok se stranci (i Državnom pravobranitelju Republike Hrvatske)¹⁹⁵ ne dostavi rješenje nadležnog tijela o odbacivanju ili odbijanju žalbe (članak 234., 239., i 240. ZOUP-a) odnosno rješenje Upravnog suda Republike Hrvatske o odbacivanju tužbe ili presude kojom se odbija tužba kao neosnovana (članak 30. i 42. stavak 2. ZUS-a).¹⁹⁶

Ako je rješenje o odbacivanju ili odbijanju žalbe protiv prvostupanjskog rješenja, odnosno rješenje o odbacivanju tužbe, ili presuda o odbijanju tužbe kao neosnovane dostavljena stranci 5. srpnja 2002. ili poslije toga datuma, neće se smatrati da je postupak pravomoćno završen. U tom slučaju ako novi ovlaštenik podnese zahtjev za restituciju iste imovine ili za protunaknadu u prekluzivnom roku od šest mjeseci, koji počinje teći 5. srpnja 2002., postupak će se nastaviti po odredbama noveliranog zakona.

Komplikacije koje nastaju oko stavljanja izvan snage donijete odluke, koja nije postala pravomoćna do 5. srpnja 2002. mogle su se izbjeći odlaganjem njenog dostavljanja do proteka spomenutog prekluzivnog roka za podnošenje zahtjeva. Nakon toga bi nadležno tijelo, odnosno Upravni sud mogao dostaviti svoju odluku stranci (i Državnom odvjetništvu Republike Hrvatske) ako konstatira da novi ovlaštenik nije podnio zahtjev za restituciju iste imovine ili za protunaknadu.

Ako novi ovlaštenik podnese zahtjev u prekluzivnom roku, nadležno tijelo će odlučiti po noveliranom zakonu i o ranije podnesenom zahtjevu.

b) Prava novih ovlaštenika

Prijašnji vlasnici (ili njihovi nasljednici prvog nasljednog reda) koji nisu imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., bez obzira jesu li ga kasnije stekli ili ne - novi su ovlaštenici prava na naknadu. Strani državljani ili apatridi su glede prava na naknadu načelno izjednačeni s hrvatskim državljanima koji su stekli hrvatsko državljanstvo poslije 11. listopada 1996. Svi su oni su stekli pravo na naknadu ako su doživjeli 5. srpnja 2002. Njihovi nasljednici prvog nasljednog reda (bez obzira da li imaju ili nemaju hrvatsko državljanstvo) nasljeđuju pravo na naknadu (realizirano ili ne realizirano) po općim pretpostavkama ako je nasljedstvo otvoreno¹⁹⁷ 5. srpnja 2002. ili poslije toga datuma; inače ga stječu *ex iure proprio* (*supra*).

¹⁹⁴ Zakon o općem upravnom postupku, NN, br. 53/91.,

¹⁹⁵ Sada Državno odvjetništvo Republike Hrvatske (članak 9. ZID ZN).

¹⁹⁶ Zakon o upravnim sporovima NN, br. 53/91.

¹⁹⁷ Članak 128., 129. i 135. ZON-a.

Među ovlaštenicima iz treće alineje članka 7. ZID ZN-a nalaze se i prijašnji vlasnici koji su imali hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996. Oni su stekli pravo na naknadu ako su doživjeli 1. siječnja 1997., bez obzira što su ga mogli realizirati od 5. srpnja 2002. do 5. siječnja 2003. Prema tome, njihovi nasljednici stekli su pravo na naknadu po osnovi nasljeđivanja ako je prijašnji vlasnik iz te skupine, koji je imao hrvatsko državljanstvo 11. listopada 1996., umro 1. siječnja 1997. ili poslije toga, bez obzira što nije podnio zahtjev za naknadu od 1. siječnja do 30. lipnja 1997. jer bi on, da nije umro, imao pravo podnijeti zahtjev za naknadu od 5. srpnja 2002. do 5. siječnja 2003.

Summary

DENATIONALIZATION – RIGHTS AND CLAIMANTS

The Constitution of the Republic of Croatia, that guarantees the freedom of ownership and its inviolability, abrogating a system of social ownership and legal basis of forced private property (right of ownership) transfer to social ownership, has tacitly obligated the Republic of Croatia to prescribe condition for restitution of property (right of ownership) taken in the period between May 15th, 1945 and June 25th, 1991. This also includes property that has been taken by acts of foreign occupation authorities or their allies, or was forcedly alienated or abandoned in the period between April 6th, 1941 and May 15th, 1945, and was not returned to previous owners or their heirs after May 15th, 1945.

Law on Compensation for Property Taken during Yugoslav Communist Government, entered into force on January 1st, 1997, has limited the objects of compensation only to seized immovables, including ships and yachts (which are according to law considered as immovables), while only movables of cultural, artistic and historical value are objects for compensation. A soil under buildings is only exceptionally object of compensation, while buyers of social apartments have acquired a right of co-ownership on that soil without compensation. The author is advocating for *de lege ferenda* restitution of ownership rights to traditional land and similar communities, as well as to property communities in Krajina and rights of quasi-use (comparable to *usufructus* and right of use) of their members as he believes that the present legal solution is not in accordance with the Constitution.

Restitution of right of ownership on taken immovables is limited by acquired rights of other persons, and by public interest which is understood in very wide sense, thus, the following is not restituted: immovables of taken enterprises or those that are included in the property of social enterprises in the procedure of transformation (privatization), as well as apartments bought by tenants.

The right of ownership of soil for building that was not build upon if the soil is not used in its original purpose is restituted to former owner, or his legal successors, and also agricultural land, woods and wood land, business buildings and business premises, all of these with significant legal limitations (art. 1 para. 3, and arts. 52-56).

For immovables that are not restituted a compensation in bonds (art. 19 para.2, art. 20 para.3, arts. 28, 44 and 45) and only exceptionally in money (art. 28 para.3 - 25% for apartments and its case of settlement – art. 8) is provided.

Claimant of right on compensation is a former owner and his heirs of the first order (spouse, children and other descendents according to the representation rule) if they had, according to the original Law, Croatian citizenship on October 11th, 1996 when the Law on Compensation was enacted; while according to the amended Law on Compensation this right belongs also to foreign citizens (physical persons). In author's opinion, the right on compensation is not afforded to legal heirs who are legally unworthy to inherit former owner.

In the author's opinion, provision on inheritance may be integrally applied only if a former owner had Croatian citizenship on October 11th, 1996 and lived through January 1st, 1997, or through – in case of former owner entitled to compensation according to the amended Law – July 5th, 1997. In other cases, legal heir acquires a right on compensation *ex iure proprio*. Provision of the Law on Compensation that excludes other legal heirs (orders of inheritance) from potentially being entitled to compensation, and thus also excluding inheritance by a will, is in the author's opinion and contrary to the Constitutional Court holding of April 19th, 1999, in violation of constitutional guarantee of inheritance (art 48 para. 4) and principle of equality before the law (art. 14 para. 2).

The Constitutional Court of the Republic of Croatia has repealed the provision that denied the right on compensation to foreign citizens (art. 9 para 1 and art. 11 para. 1) as the Constitution guarantees acquired right of ownership to all persons (arts. 3, 48 para 1 and 50 para. 1), and thus also the right of restitution of ownership or compensation in some other form. The amended Law in relation to all rights treats these persons equally to Croatian citizens. However, in the author's opinion, certain immovables cannot be restituted to foreign citizens: those that according to other laws cannot be in their ownership (e.g., immovables situated in areas of interest or of national security for the Republic of Croatia), or those on which foreign citizens cannot acquire ownership (e.g., agricultural land). It does not exclude the possibility of different regulation of right on compensation by international treaties of the Republic of Croatia and other states, while already existing international treaties remain in force and are applied as *lex specialis*. In case a compensation was not given in accordance with an international treaty that afforded right to compensation to former owner, the owner, if presently a Croatian citizen, may now request the payment under the Law on Compensation; while a foreign citizen will only have that right if it becomes recognized by a future international treaty.

Transitory provisions of the new Law open significant procedural issues and only partially resolve conflict of rights among claimants of right on compensation according to the original Law and those that were granted this right under the amended Law.

Key words: *compensation, restitution, claimants, foreign persons, evaluation on constitutionality, amended Law.*

Zusammenfassung

ENTNATIONALISIERUNG – RECHTE UND BEVOLLMÄCHTIGTE

Die Verfassung der Republik Kroatien, die das Recht auf Eigentum und seine Unverletzlichkeit garantiert indem sie das System des Gesellschaftseigentums und die Rechtsgrundlage zur Zwangsübertragung des Privateigentums (Eigentumsrechts) in Gesellschaftseigentum abgeschafft hat, verpflichtet die Republik Kroatien stillschweigend, Voraussetzungen zur Restitution des Eigentums (Eigentumsrechts), das in der Zeit vom 15. Mai 1945 bis 25. Juni 1991 konfisziert wurde, zu schaffen. Dies bezieht sich auch auf das Eigentum, das vom 6. April 1941 bis zum 15. Mai 1945 durch Akte der Okupationsregierungen oder deren Helfer konfisziert worden, oder zwangsenteignet, oder verlassen und den Eigentümern oder deren Erben nach dem 15. Mai 1945 nicht zurückgegeben worden ist.

Das Gesetz zur Entschädigung für in der Zeit der jugoslawischen kommunistischen Herrschaft konfisziertes Eigentum, das am 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist, reduziert den Gegenstand der Entschädigung nur auf konfiszierte Immobilien, die am 11. Oktober 1996 bestanden haben, einschließlich Schiffe und Boote (die dem Gesetz nach zu den Immobilien zählen) und unter den konfiszierten beweglichen Sachen gelten nur Gegenstände mit kulturellem, künstlerischem oder historischem Wert als Gegenstand der Entschädigung. Bebautes Land ist nur in Ausnahmefällen Gegenstand einer Entschädigung, aber die Käufer von Wohnungen aus Gesellschaftseigentum haben das Recht auf Miteigentum an diesem Land kostenlos erworben. Der Autor setzt sich dafür ein, dass de lege ferenda das Eigentumsrecht traditioneller Grund- und ähnlicher Gemeinschaften restituiert wird, wie auch das Eigentumsrecht der Bodengemeinschaften der Grenzsoldaten und das Nutzungsrecht (vergleichbar mit dem Recht der Fruchtnutzung und dem Gebrauchsrecht) ihrer Mitglieder, denn er meint, dass die gegenwärtige Gesetzeslage nicht im Einklang mit der Verfassung steht.

Die Restitution des Eigentumsrechts an konfiszierten Immobilien ist durch die erworbenen Rechte dritter Personen beschränkt, wie auch durch öffentliches Interesse, das sehr breit definiert wird, so dass die Immobilien konfiszierter Betriebe, oder im Privatisierungsverfahren in das Eigentum gesellschaftlicher Betriebe eingebrachte Immobilien, nicht zurückgegeben werden, ebenso wenig jene Wohnungen, die die Mieter abgekauft haben.

Dem früheren Eigentümer unbebauten Baulands bzw. dessen rechtlichen Nachfolgern wird das Eigentumsrecht zurückgegeben, wenn das Land nicht für den vorgesehenen Zweck verwendet wird; ebenso werden Agrarland, Wälder und Waldland sowie Geschäftsgebäude und –räume zurückgegeben, all dies mit großen gesetzlichen Beschränkungen (Artikel 1. Absatz 3., sowie Artikel 52-56.).

Für Immobilien, die nicht zurückgegeben werden, gibt es eine Entschädigung in Wertpapieren (Art. 19. Abs. 2. und Art. 20 Abs.3, 28, 44 und 45), und nur in

Ausnahmefällen teilweise Geld (Art. 28 Abs.3 – 25% für Wohnungen und im Falle einer Übereinkunft – Art. 8).

Entschädigungsbefugt ist - bis zur Novellierung des Gesetzes - der frühere Eigentümer bzw. sein Erbe der ersten Erbfolge (Ehepartner, Kinder sowie andere Nachkommen gemäß dem Erbfolgerecht), wenn sie am 11. Oktober 1996, als das Entschädigungsgesetz verabschiedet wurde, die kroatische Staatsbürgerschaft hatten; gemäß dem novellierten Gesetz steht dieses Recht auch fremden Staatsbürgern zu (natürlichen Personen). Nach Meinung des Autors haben jene gesetzlichen Erben kein Recht auf Entschädigung, die dem Gesetz nach nicht würdig sind, den früheren Eigentümer zu beerben.

Der Autor ist der Meinung, dass die Erbvorschriften nur dann integral angewandt werden können, wenn der frühere Eigentümer, der am 11. Oktober 1996 die kroatische Staatsbürgerschaft hatte, auch den 1. Januar 1997 erlebt hat bzw. der frühere Eigentümer und neue Bevollmächtigte den 5. Juli 2002. Widrigenfalls erwirbt der gesetzmäßige Erbe *ex iure proprio* das Recht auf Entschädigung. Die Bestimmung des Entschädigungsgesetzes, die die übrigen gesetzlichen Erben (Erbfolgen) aus dem Kreis der potentiellen Bevollmächtigten des Rechts auf Entschädigung, und damit auch aus der testamentarischen Verfügung ausschließt, sind nach Meinung des Autors, entgegen dem Standpunkt des Verfassungsgerichts der Republik Kroatien (21. April 1999), im Konflikt mit der verfassungsmäßigen Garantie auf Erbe (Art. 48 Abs. 4) und dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz (Art.14 Abs.2).

Das Verfassungsgericht der Republik Kroatien hat die gesetzliche Bestimmung, die ausländische natürliche Personen des Rechtes auf Entschädigung beraubt hat, aufgehoben, (Art. 9. Abs. 1.und Art 11 Abs. 1), da die Verfassung allen das erworbene Recht auf Eigentum (Art. 3, 48. Abs. 1. und 50 Abs. 1) und damit auch das Recht auf Rückgabe konfiszierten Eigentums oder einer Entschädigung in anderer Form garantiert. Diese Personen sind in der Gesetzesnovelle hinsichtlich aller Rechte mit einheimischen Staatsbürgern gleichgestellt. Nach Meinung des Autors kann Ausländern jedoch nicht das Recht auf Eigentum an Immobilien zurückgegeben werden, welche gemäß anderer Gesetze nicht in ihrem Eigentum sein dürfen (z.B. Immobilien auf einem Gebiet von Interesse und Sicherheit der Republik Kroatien) oder für die sie kein Eigentumsrecht erwerben können (z.B.am Agrarland). Damit ist die Möglichkeit einer anderen Regelung des Rechts auf Entschädigung zwischen der Republik Kroatien und anderen Staaten als *lex specialis* im Wege eines internationalen Abkommens nicht ausgeschlossen. Wenn allerdings die Entschädigung gemäß dem internationalen Vertrag, auf die der frühere Eigentümer Recht hatte, nicht gezahlt wurde, kann er – sofern er jetzt kroatischer Staatsbürger ist – eine Entschädigung nach dem Entschädigungsgesetz verlangen. Ein ausländischer Staatsbürger wird dieses Recht haben, wenn ihm dies nach einem eventuellen neuen zwischenstaatlichen Vertrag zusteht.

Die Übergangsbestimmungen des neuen Gesetzes werfen bedeutende prozessrechtliche Fragen auf, obwohl sie die Rechtskonflikte zwischen nach bisherigem Recht entschädigungsbevollmächtigten Personen und jenen, die es durch die Gesetzesnovelle geworden sind, nur teilweise lösen.

Schlüsselwörter: *Entschädigung, Restitution, Gesetzesnovelle, Bevollmächtigte, fremde Personen, Bewertung der Verfassungsmäßigkeit.*

Sommario

DENAZIONALIZZAZIONE – DIRITTI E AVENTI DIRITTO

La Costituzione della Repubblica di Croazia, che garantisce la libertà di proprietà e la sua inviolabilità, abrogando il sistema di proprietà sociale e la base legale della cessione coattiva della proprietà privata (diritto di proprietà) nella proprietà sociale, ha tacitamente obbligato la Repubblica di Croazia a prescrivere la condizione per la restituzione della proprietà (diritto di proprietà) acquistata nel periodo tra il 15 maggio 1945 e il 25 giugno 1991. Ciò include altresì le proprietà che sono state conseguite con atti di autorità straniere di occupazione o loro alleati, o sono state coattivamente alienate o abbandonate nel periodo tra il 6 aprile 1941 e il 15 maggio 1945, e non sono ritornate ai precedenti proprietari o ai loro eredi dopo il 15 maggio 1945.

La Legge sul risarcimento per le proprietà acquisite durante il Governo Comunista Jugoslavo, entrata in vigore nell'1 gennaio 1997, ha limitato i beni risarcibili solo agli immobili posseduti, inclusi le navi e i panfili (che secondo la legge erano considerati come immobili), mentre solo i mobili di valore culturale, artistico e storico sono beni risarcibili. Il suolo degli edifici è solo eccezionalmente bene risarcibile, mentre gli acquirenti di appartamenti sociali hanno acquisito il diritto di comproprietà di tale suolo senza risarcimento. L'autore sostiene la restituzione de lege ferenda dei diritti di proprietà alle tradizionali comunità fondiaria e simili, così come alle comunità proprietarie in Krajina, e i diritti di quasi-uso (comparabili con l'usufrutto e il diritto di uso) dei loro membri come egli ritiene che l'attuale soluzione giuridica non sia in accordo con la Costituzione.

La restituzione del diritto di proprietà sugli immobili acquistati è limitato dai diritti acquisiti di altre persone, e dal pubblico interesse che è inteso in un senso molto ampio, così i seguenti non sono restituiti: immobili di imprese acquistate o quelli che sono inclusi nella proprietà di imprese sociali in procedura di trasformazione (privatizzazione), come anche appartamenti acquistati da locatari.

Se il suolo non è stato utilizzato nel suo originale scopo il diritto di proprietà del suolo per edificio che non è stato costruito sopra è restituito al precedente proprietario, o suoi successori legali, e anche il terreno agricolo, i boschi e il terreno boschivo, gli edifici commerciali e i terreni commerciali, tutti questi con significative limitazioni legali (art. 1 co. 3, e artt. 52-56).

Per gli immobili che non sono restituiti è fornito un risarcimento in titoli (art. 19 co. 2, art. 20 co. 3, artt. 28, 44 e 45) e solo eccezionalmente in denaro (art. 28 co. 3 – 25% per appartamenti e in caso di liquidazione – art. 8).

Il rivendicatore del diritto al risarcimento è il precedente proprietario e i suoi eredi di primo grado (coniuge, figli e altri discendenti secondo la regola della rappresentazione) se essi hanno, secondo la Legge originaria, la cittadinanza croata all'11 ottobre 1996 quando la Legge sul risarcimento è stata approvata, mentre secondo la Legge sul risarcimento modificata questo diritto appartiene anche ai cittadini stranieri (persone fisiche). Nell'opinione dell'autore, il diritto al risarcimento non è riconosciuto agli eredi legali che sono legalmente indegni ad ereditare dal precedente proprietario.

Nell'opinione dell'autore, la disposizione sull'eredità deve essere applicata integralmente solo se il precedente proprietario era cittadino croato all'11 ottobre 1996 ed era in vita all'1 gennaio 1997, o – nel caso di precedente proprietario avente diritto al risarcimento secondo la Legge modificata – al 5 luglio 1997. In altri casi, gli eredi legali acquistano il diritto al risarcimento ex iure proprio. La disposizione della Legge sul risarcimento che esclude altri eredi legali (gradi di eredità) dal potenziale avere diritto al risarcimento, e così anche escludendo l'eredità per testamento, è nell'opinione dell'autore contrario alla Corte costituzionale del 19 aprile 1999, in violazione della garanzia costituzionale all'eredità (art. 48 co. 4) e al principio di eguaglianza davanti alla legge (art. 14 co. 2).

La Corte costituzionale della Repubblica di Croazia ha abrogato la disposizione che negava il diritto al risarcimento ai cittadini stranieri (art. 9 co. 1 e art. 11 co. 1) come la Costituzione garantisce il diritto di proprietà acquisito a tutte le persone (artt. 3, 48 co. 1 e 50 co. 1), e quindi anche il diritto alla restituzione della proprietà o il risarcimento in determinate altre forme. In relazione a tutti i diritti la Legge modificata queste persone egualmente ai cittadini croati. Tuttavia, nell'opinione dell'autore, taluni immobili non possono essere restituiti ai cittadini stranieri: quelli che secondo altre leggi non possono essere nella loro proprietà (ad esempio, gli immobili situati in aree di interesse o di sicurezza nazionale per la Repubblica di Croazia), o quelli sui quali i cittadini stranieri non possono acquistare la proprietà (per esempio, terreni agricoli). Non è esclusa la possibilità di differente regolazione del diritto al risarcimento da parte di trattati internazionali della Repubblica di Croazia e di altri stati, mentre i trattati internazionali esistenti rimangono in vigore e sono applicabili come *lex specialis*. Nel caso un risarcimento non fosse effettuato in accordo con un trattato internazionale che riconosce il diritto al risarcimento al precedente proprietario, il proprietario, se attualmente cittadino croato, può richiedere adesso il pagamento secondo la Legge sul risarcimento; mentre un cittadino straniero avrà tale diritto solo se esso viene attribuito da un futuro trattato internazionale.

Le disposizioni transitorie della nuova Legge aprono significative questioni procedurali e solo parzialmente risolvono il conflitto di diritti tra avente diritto al risarcimento secondo la Legge originaria e quelli cui è attribuito questo diritto secondo la Legge modificata.

Parole chiave: *risarcimento, restituzione, aventi diritto, persone straniere, giudizio di costituzionalità, Legge novellata.*

PROSPEKT PRI JAVNOJ I PRIVATNOJ PONUDI VRIJEDNOSNIH PAPIRA - ZAKON O TRŽIŠTU VRIJEDNOSNIH PAPIRA I PRAVCI RAZVOJA U EUROPSKOM PRAVU

Dr. sc. Edita Čulinović Herc, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.7.028::061.1EU
347.725:061.1EU
Ur.: 30. listopada 2002.
Pr.: 19. prosinca 2002.
Izvorni znanstveni članak

U radu se obrađuju rješenja usvojena Prijedlogom smjernice EZ-a o prospektu pri javnoj ponudi. Iznose se razlozi koji su motivirali europskog zakonodavca da pristupi izmjeni Smjernice o prospektu pri javnoj ponudi vrijednosnih papira koja je donesena 1989. Rješenja europskog prava de lege lata i de lege ferenda dovode se u vezu s rješenjima hrvatskog prava, koje je nedavno izmijenjeno s donošenjem Zakona o tržištu vrijednosnih papira. U kontekstu hrvatskog prava, posebno se ukazuje na potrebu jasnog razlikovanja situacija u kojima se prospekt ili javni poziv za kupnju vrijednosnih papira izrađuje prema propisima ZTD-a, od onih kada je prospekt potrebno izraditi u skladu s propisima ZTVP. Iznose se kriteriji razgraničenja privatne od javne ponude vrijednosnih papira. Ukazuje se na tendenciju stapanja punog i skraćenog prospekta u hrvatskom pravu. Upozorava se na razlike u poimanju javne ponude u domaćem i europskom pravu, koje se posebice ogledaju u redefiniranju pojma institucionalnog ulagatelja i kriterija ukupne vrijednosti emisije. Iznose se slučajevi iz inozemne sudske prakse u kojoj se tematizira pitanje odgovornosti za neistinit ili nepotpun prospekt. Uspoređuju se situacije u kojima prema europskom i hrvatskom pravu ne postoji dužnost izrade prospekta (izuzeti slučajevi). Ukazuje se na nove tehnološke mogućnosti realizacije dužnosti objave prospekta (web site). Daje se opća ocjena usporedivosti hrvatskih sa europskim propisima, pri čemu se kod pronađenih točaka divergencije posebno ukazuje na pitanja koja se iziskuju temeljitiji zakonodavni zahvat od onih koje se relativno lako može implementirati.

Ključne riječi: *javna ponuda (prospekt), tržište vrijednosnih papira, europsko pravo tržišta vrijednosnih papira, Zakon o tržištu vrijednosnih papira, vrijednosni papiri.*

1. Uvod

Misao vodilja modernog tržišta kapitala je zaštita *ulagatelja*, odnosno zaštita investitora. Ako se se ovo načelo promatra u užem kontekstu, u kontekstu vrijednosnih papira koje izdaju trgovačka (dionička) društva, tada se ovo načelo transponira u zaštitu: s jedne strane dioničara dioničkog društva, a s druge strane vjerovnika tog istog društva, jer se obje kategorije u širem smislu mogu smatrati "ulagateljima".

Pri tome treba razlikovati dvije dimenzije zaštite ulagatelja. Prva dolazi do izražaja prilikom ulaganja u društvo kada ulagatelju treba omogućiti uvid u sve informacije o dioničkom društvu temeljem kojih on može stvoriti realnu sliku o imovini i obvezama tog društva, gubitku i dobitku, financijskom položaju i perspektivama izdavatelja – dioničkog društva, kao i pravima koja proizlaze iz vrijednosnog papira koji je predmet emisije. Glavni instrument zaštite je *prospekt* – isprava koju je izdavatelj dužan objaviti kada izdaje vrijednosne papire javnom ponudom, odnosno propisi koji određuju koji podaci se u prospektu trebaju navesti, propisi o odgovornosti za istinitost i potpunost tih podataka, propisi o prethodnom odobrenju prospekta od strane nadzornog tijela te oni o načinu njegove objave i distribucije. Temeljem prospekta potencijalni ulagatelj odlučuje hoće li svoj novac uložiti u određeno društvo ili ne. Stoga se sve važne pokazatelje financijskog položaja društva i sposobnosti društva da stječe dobit treba iskazati na način da se svim potencijalnim ulagateljima omogućí istodobni pristup i sadržajna jednakost informacije.

Nakon što svoj kapital uloži u dioničko društvo, do izražaja dolazi druga dimenzija zaštite ulagatelja, iskazana kroz koncept *članskih prava* koja pripadaju svakom dioničaru (među kojima su i manjinska, odnosno individualna prava), kao i propisi o zaštiti vjerovnika.

2. Regulatorni okviri

U hrvatskom pravu bilježi se podvojenost pravnih izvora kada su u pitanju propisi o "zaštiti ulagatelja" u vrijednosne papire koje izdaju trgovačka (dionička) društva. Propisi o prospektu nalaze se u Zakonu o tržištu vrijednosnih papira, koji je odnedavno zamijenio Zakon o izdavanju i prometu vrijednosnih papira i koji je *lex generalis* za vrijednosne papire. Druga komponenta zaštite ulagatelja koji je postao dioničarem ili vjerovnikom društva regulirana je Zakonom o trgovačkim društvima, koji je *lex specialis* za dionička društva, ili statutom dioničkog društva čije je dionice (ili druge vrijednosne papire) ulagatelj stekao.

U europskom pravu u ovoj su oblasti na snazi dvije smjernice:

- *Smjernica EZ-a o prospektu prilikom izdavanja vrijednosnih papira javnom ponudom iz 1989.*¹

¹ Council Directive 89/298/EEC of April 1989 coordinating the requirements for the drawing up, scrutiny and distribution of the prospectus to be published when transferable securities are offered to the public.

- Smjernica EZ-a o prospektu pri uvrštenju vrijednosnog papira na burzu iz 2001., koja je zamijenila istu smjernicu iz 1980.²

Da je temeljita reforma u europskom pravu tek započela, vidi se iz toga što je u pripremi i nova Smjernica EZ-a o prospektu pri izdavanju vrijednosnih papira javnom ponudom ili njihovu uvrštenju na tržište, koja je za sada u fazi prijedloga, a koja će nakon donošenja izazvati i poplavu provedbenih akata, zbog nove zakonodavne tehnike usvojene u ovoj oblasti.³ Može se primijetiti da je u posljednjih 10 godina u europskom pravu kojim se regulira tržište kapitala to jedan od najznačajnijih pomaka od donošenja tzv. Investment Services Directive.⁴ Govori se o vrlo slaboj integraciji tržišta kapitala,⁵ iako je s uvođenjem eura integracija ušla u novu fazu.

Razlozi reforme europskog prava leže u činjenici da su smjernice iz 1980. i 1989., poznavale sustav parcijalnog i kompleksnog priznavanja prospekata između država članica, što je ideju o *single passport* prospektu totalno relativiziralo. *Single passport* prospekt bio bi takav prospekt koji bi nakon što ga odobri domaće nadležno tijelo postao podoban za prekograničnu cirkulaciju. Na temelju takvog prospekta trebalo bi biti moguće prikupiti kapital javnom ponudom u bilo kojoj zemlji članici. Zbog toga je europski zakonodavac smatrao potrebnim dograditi taj isti sustav, prilagoditi ga potrebama vremena i sjediniti u jedan jedinstveni propis.⁶

Među radnjama koje su prethodile izradi prijedloga smjernice posebno treba izdvojiti rad *Committee of Wise Men*,⁷ kojeg je imenovalo Vijeće EZ-a. U svom prvom izvješću taj je odbor izvijestio kako ne postoji suglasnost o tome što se smatra javnom ponudom vrijednosnih papira, što ima za posljedicu da se u nekim državama članicama pojedina izdanja smatraju privatnim izdanjem, dok u drugima to nije slučaj. To je prema mišljenju istog odbora obeshrabrilo tvrtke u njihovih nastojanjima da pribave kapital diljem Europe i istodobno usporilo njihov pristup ka velikom likvidnom i integriranom tržištu kapitala.

² Council Directive 80/390/EEC of 17 March coordinating requirements for the drawing up, scrutiny and distribution of the listing particulars to be published for the admission of securities to official stock exchange listing (OJ 1980 L100/1).

³ Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading, COM (2001) final – 2001/0117/(COD); posljednja izmjena: COM(2002)460 final.

⁴ Smjernica 93/22/EEC 1993 OJ 1141/27.

⁵ WYMEERSCH, E. *Regulating European Markets: The Harmonization of Securities Regulation in the Europe in the New Trading Environment*, u: FERRAN / GOODHART (eds.) *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Oxford, 2001, str. 190.

⁶ O ostalim tendencijama u europskom pravu kojim se regulira tržište kapitala vidi kod: HOPT, K. J. *Europäisches Kapitalmarktrecht – Rückblick und Ausblick*, u: Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrecht, Mohr Siebeck, 2000, str. 324-327.

⁷ Prvo izvješće prezentirano je 9. 11. 2002. Konačno izvješće prezentirano je 15. 02. 2001. O ostalim važnim segmentima zakonodavne aktivnosti u europskom pravu te posebno o rokovima njihove realizacije vidi kod: O'KEEFFE / CAREY, *Financial Services and Internal Market*, u: FERRARINI / HOPT / WYMEERSCH (eds.) *Capital Markets in the Age of the Euro*, Kluwer, 2002, str. 9-13.

U svom konačnom izvješću taj je isti odbor predložio novu zakonodavnu tehniku reguliranja ove materije, koju je sažeo u tzv. "pristup na četiri nivoa". Prvi nivo obuhvaća izradu općih regulatornih načela (*framework principles*), zatim slijedi nivo u kojem Komisija uz pomoć tog istog odbora usvaja mjere implementacije tehničkog karaktera. Nakon toga slijedi nivo koordinacije i izvršenja. To se u samom prijedlogu smjernice ogleda na način da se na prvom nivou regulira prospekt, definicija javne ponude, zatim nadležnosti i ovlasti nadležnih tijela te pitanje jezika, dok se svi tehnički detalji i definicije toga što čini detaljni sadržaj prospekta (kao primjerice sadržaj prospekta za svaku specifičnu vrstu financijskog instrumenta, ili pravila o reklamiranju prospekta) reguliraju na drugom nivou.

Kako harmonizacija ovih propisa ne bi predstavljala uzaludan napor ako se europski izdavatelji vrijednosnih papira motre sa stajališta globalnog tržišta kapitala, vodilo se računa o međunarodnim standardima koje je donijela Međunarodna organizacija komisija za vrijednosne papire (IOSCO) kod javnih ponuda i pri uvrštenju vrijednosnih papira stranih izdavatelja iz 1998.⁸ Primjenu ovih standarda ocijenilo se korisnom s obzirom da će europskim izdavateljima vrijednosnih papira biti time bitno olakšan i pristup na izvan europska tržišta kapitala.

Najnovija izmena Prijedloga smjernice uvodi *nova pravila za vrijednosne papire kojima između sebe trguju institucionalni ulagatelji*. Nema potrebe za objavljivanjem prospekta kada se radi o ponudi upućenoj kvalificiranim investitorima (*qualified investors*). Nadalje, ne primjenjuju se pravila o reklamiranju prospekta, a sadržaj prospekta u slučaju zahtijeva za uvrštenjem vrijednosnog papira na uređeno tržište prilagođen je trgovanju kvalificiranih ulagatelja. Naročito nije potrebno izraditi sažetak prospekta. Kako bi se podvukla učinkovita granica između tržišta za profesionalce i tržišta za individualne ulagatelje (*retail investors*), s obzirom da je i jednima i drugima zajamčen pristup burzi, uveden je kriterij ukupne (nominalne) vrijednosti emisije. Prekoračenje te vrijednosti opravdava fleksibilno postupanje prema institucionalnim investitorima jer ono neće ići na štetu individualnih investitora.

Ostvarenje ideje o *single passport* prospektu temelji se na napuštanju sustava međusobnog priznavanja uz istodobno uvođenje jednostavnog sustava notificiranja prospekta. To znači da odobrenje prospekta daje izdavatelju nadležno tijelo u zemlji članici. U slučaju transnacionalne javne ponude, odnosno u slučaju da izdavatelj želi vrijednosni papir uvrstiti na uređeno tržište u drugoj zemlji članici, jednom odobren prospekt prihvaća se u svim zemljama članicama. Novouvedeni sustav notifikacije podrazumijeva da nadležno tijelo zemlje članice u kojoj je prospekt inicijalno odobren notificira nadležno tijelo zemlje članice u kojoj se zahtijeva javna ponuda vrijednosnih papira ili se isti vrijednosni papir želi uvrstiti na uređeno tržište. Nadležno tijelo potonje države članice nema pravo zahtijevati od izdavatelja dodatne informacije.

⁸ *International Disclosure standards for cross-border offering and initial listing by foreign issuers*, Part I, IOSCO, 1998.

Glavna vijest prijedloga smjernice sastoji se u uvođenju sustava registracije prospekta na nivou Zajednice. Na njega se nadovezuje uvođenje nekoliko novih formata prospekta, o odabiru kojeg odlučuju izlagatelji. Novi prospekt može se sastojati od jedne ili više isprava. Prvi dio prospekta naziva se *registration document*, a sadrži podatke o izdavatelju, dok se drugi naziva *securities note*, a sadrži podatke o vrijednosnom papiru. Sažetak ovih dviju isprava nalazi se u *ad hoc summary note*. Ovaj sustav znatno ubrzava postupak odobrenja novih emisija zato jer u jednom odobreni *registration document* prilikom nove emisije samo treba unijeti novine, tako da se ispitivanje prospekta pri novoj emisiji ograničava na *securities note*. U skladu s dužnošću kontinuirane objave podataka, zahtijeva se jednogodišnja obnova registracije kako bi se osigurala dostupnost novih podataka. O kojim se podacima radi, to uređuju drugi propisi europskog zakonodavstva.⁹ Značajnu novost predstavlja uvođenje mogućnosti podnošenja isprava i *by reference*, pod uvjetom da su iste isprave već podnesene i prihvaćene od strane ovlaštenog tijela. Kako bi se olakšalo kruženje različitih isprava koje su sastavnim dijelom prospekta, potiče se i primjena elektroničkih medija (internet). Isto tako kako bi se u što većoj mjeri uklonilo jezične barijere i troškove prevođenja, država članica u kojoj se zahtijeva uvrštenje na uređeno tržište smije, ukoliko je prospekt sastavljen na jeziku koji je uobičajen u financijskoj branši (obično engleski) te ako je prihvaćen od stane ovlaštenog tijela, jedino zahtijevati prijevod sažetka prospekta na svoj službeni jezik.¹⁰

3. Postavljanje problema

Zakon o trgovačkim društvima razlikuje simultano od sukcesivnog osnivanja.¹¹ Pri simultanom osnivanju osnivači dioničkog društva raspolažu cjelokupnim iznosom temeljenog kapitala, dok ga pri sukcesivnom osnivanju namjeravaju prikupiti javnim pozivom (prospektom) za upis dionica. Pristupe li sukcesivnom osnivanju dioničkog društva, osnivači su dužni u javnom pozivu ili prospektu potencijalnim ulagateljima objelodaniti podatke koji su vezani za dioničko društvo, a iz kojih će ulagatelji steći pravu sliku o predmetu svog ulaganja. Kako minimum sadržaja prospekta prema ZTD-u značajno odstupa od ZTVP-a najprije je protrebno utvrditi u kojim će situacijama dioničko društvo moći izraditi prospekt prema manje zahtjevnim kriterijima iz ZTD-a, a u kojima će morati postupiti po ZTVP. Nadalje, s obzirom da ZTVP različito dimenzionira dužnost objelodanjivanja podataka u

⁹ Riječ je o Smjernici o podacima koje moraju redovito objavljivati društva čiji su vrijednosni papiri urušteni na uređeno tržište (br. 34/2001), kao i ostale smjernice iz oblasti europskog prava društava.

¹⁰ O problemu jezika na kojem treba sastaviti prospekt vidi: SCOTT, H. S. *Internationalisation of primary Public Securities Markets Revisited*, u: FERRARINI / HOPT / WYMEERSCH (eds.) *Capital Markets in the Age of the Euro*, Kluwer, 2002, str. 313.

¹¹ O sukcesivnom osnivanju kao i o javnom pozivu za upis dionica umjesto svih vidi: BARBIĆ, J. *Pravo društava, Društva kapitala*, knjiga druga, Zagreb, 2000., str. 190 i dalje.

prospektu, ovisno o tome radi li se o javnoj ili privatnoj ponudi vrijednosnih papira, potrebno je utvrditi jasnu crtu razgraničenja, kao i imenovati situacije u kojima je zakonodavac zbog nekih razloga oslobodio izdavatelja od dužnosti objave prospekta. Nadalje, potrebno je utvrditi da li odabir načina plasiranja vrijednosnih papira na tržište postavlja izdavatelju još neka ograničenja (dužnost izdavanja vrijednosnih papira u nematerijaliziranom obliku kod javne ponude, kao i njihova neograničena zamjenjivost pod određenim pretpostavkama). Pokušaj zakonodavca da jasnije redigira propise o odgovornosti za istinitost i potpunost sadržaja prospekta, kao i kontrolnih ovlasti Komisije za vrijednosne papire u postupku njegova ispitivanja, potrebno je također preispitati u svjetlu komparativnih rješenja. Zadatak ovog rada je da sustavno izloži nove propise o prospektu prema zakonskoj sistematici uspoređujući ih pri tom s propisima koji su bili prije na snazi, radi uočavanja razvojnih momenata, te s propisima europskog prava kako bi se ispitala njihova usklađenost.¹²

4. Primjena ZTD-a i neprimjenjivanje ZTVP-a

U čl. 21. ZTVP-a sadržane su odredbe o obvezatnom sadržaju prospekta. Kao što je već ranije navedeno, čl. 196. ZTD-a, koji regulira što treba sadržavati javni poziv za upis dionica pri osnivanju dioničkog društva sadrži manje obvezatnih elemenata. Kolizijsko pravilo sadržano u čl. 33. ZTVP-a propisuje da se odredbe cijele glave zakona u kojoj je reguliran prospekt neće primjenjivati na izdavanje dionica prilikom osnivanja dioničkog društva već su za to mjerodavni propisi ZTD-a.

I na emisije vrijednosnih papira izdanih od Republike Hrvatske i Hrvatske narodne banke ne primjenjuje se glava ZTVP-a koja se odnosi na prospekt.

5. Razgraničenje privatne od javne ponude

Dok ZIPVP nije definirao pojam javne ponude, već ju je identificirao s prospektom, ZTVP definira u čl. 2. javnu ponudu vrijednosnih papira kao poziv na upis vrijednosnih papira upućen neodređenom broju osoba putem sredstava javnog priopćavanja. Bitni elementi te definicije su neodređeni krug izdavatelja i sredstva javnog priopćavanja kao medij upućivanja poziva.

¹² Polazna domaća literatura je vrlo oskudna. Vidi ORSAG, S. *Financiranje emisijom vrijednosnih papira*, Zagreb, 1997. O pravnim značajkama javne ponude, o prospektu i njegovoj pripremi, kao i o uvrštenju na burzu vidi: FILIPOVIĆ, V. *Javna ponuda i uvrštenje na burze hrvatskih dionica*, u: *Aktualnosti hrvatskog gospodarstva i pravne prakse*, Zagreb, 1998., str. 63-86. O usporedbi Zakona o izdavanju i prometu vrijednosnih papira sa Smjernicom iz 1989., kao i nekim drugim smjernicama vidi kod: SLAKOPER, Z. *Prospectus, Admission of Shares to Stock Exchange Listing and Publishing of Connected Information in EU Council Directives and Croatian Securities public Placing and Trading Act*, u: *Economic System of European Union and Adjustment of the republic of Croatia*, 2nd International Conference, Lovran, 1999, str. 504. i dalje.

U europskom pravu Smjernica iz 1989., ne bavi se posebno definicijom javne ponude pa tako čl. 1. propisuje da se smjernica primjenjuje na vrijednosne papire koji se po prvi puta nude javnosti u nekoj državi članici (pod uvjetom da nisu već uvršteni na burzu koja se nalazi u toj državi članici). Naprotiv, prijedlog smjernice iz 2001. definira u čl. 2. (b) javnu ponudu kao "ponudu, poziv ili promotivnu poruku, u bilo kojoj formi, koja je upućena javnosti, a čiji je cilj prodaja ili upis vrijednosnih papira uključujući ponudu vrijednosnih papira putem financijskih posrednika." Da je pitanje razgraničenja javne od privatne ponude jedno od najvažnijih pitanja pri plasiranju vrijednosnih papira na tržište kapitala, vidljivo je i iz kratke povijesti europskog zakonodavstva. Neusklađenost pojmova na nacionalnoj razini predstavljala je blokadu za izdavatelje koji su kapital namjeravali prikupiti unutar zajedničkog tržišta kapitala.¹³

U hrvatskom pravu ovi su pojmovi temeljito revidirani. Dok je prema ZIPVP-u javna ponuda u načelu implicirala "puni prospekt", a privatna ponuda "skraćeni prospekt", prema ZTVP-u prospekt koji se izdaje povodom privatnog izdanja sadržajno se razlikuje od prospekta javnom ponudom samo po opsegu podataka, ali ne i po strukturi kao što je to ranije bio slučaj. Sada se kod prospekta privatnom ponudom podaci o imovini i zaduženosti, financijskom položaju te gubitku i dobitku odnose samo na prethodnu i na tekuću godinu, dok se kod prospekta javnom ponudom referentni podaci prate u posljednje 3 godine kao i u tekućoj godini. To znači da su po strukturi objavljenih podataka prospekt povodom javne i privatne ponude sadržajno izjednačeni, odnosno za privatnu ponudu pooštren je zahtjev za objelodanjivanjem tzv. *disclosure*.

Bitnija razlika između privatnog i javnog plasmana vrijednosnih papira danas se ogleda u činjenici da se pri izdavanju vrijednosnih papira javnom ponudom vrijednosni papiri *moraju* izdati u nematerijaliziranom obliku, što implicira i njihovu neograničenu prenosivost, dok pri izdavanju vrijednosnih papira privatnom ponudom ograničena prenosivost vrijednosnog papira ne mora biti dovedena u pitanje.

6. Prospekt pri javnoj ponudi

6.1. Hrvatsko pravo

Podaci koji ulagatelju moraju omogućiti uvid u sve aspekte njegova ulaganja u vrijednosne papire izdavatelja razvrstani su u tematske skupine, već ovisno i o tome na koji se aspekt odnose, na sam vrijednosni papir koji je predmet izdanja ili na različita pitanja pravnog i financijskog položaja izdavatelja.

¹³ O terminološkim razgraničenjima između javne i privatne ponude, kao i pojmu polujavnog plasiranja vrijednosnih papira (*halböffentlichen Plazierung*) s aspekta njemačkog i švicarskog prava vidi kod: HOPT, K. J. *Emissionsgeschäft und Emissionkonsortien*, u: Festschrift für Alfred Kellermann, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, str. 186. i dalje.

Prvom skupinom obuhvaćeni su podaci o vrijednosnim papirima na koje se prospekt odnosi te načinu i uvjetima njihova izdavanja.¹⁴ U odnosu na ZIPVP, u prospektu se sada zahtijeva da izdavalatelj naznači namjenu prikupljanja sredstava (javnom ponudom), što prije nije bio slučaj. Dalje, dok je raniji propis zahtijevao točan opis ograničenja glede slobodnog prijenosa vrijednosnih papira, sada je taj podatak otpao jer su svi vrijednosni papiri izdani javnom ponudom zamjenjivi bez ograničenja (čl. 124. st. 3. ZTVP).

Drugom skupinom obuhvaćeni su podaci o izdavalatelju vrijednosnih papira.¹⁵ U ovom dijelu osim izmjena terminološko-redakcijske naravi jedina je novost dužnost objelodanjivanja podataka o dioničarima koji imaju više od 5% glasova na skupštini izdavalatelja te koliki je taj postotak.

Posebnu skupinu čine podaci o predmetu poslovanja izdavalatelja.¹⁶ U odnosu na ZIPVP nema nikakvih izmjena, osim što je unesena dopuna – valja unijeti podatke o čimbenicima rizika. To su rizici kojima je izložen izdavalatelj, a mogu imati utjecaja na ostvarenje prava iz vrijednosnih papira kao i utjecaj na cijenu vrijednosnog papira.

Kod podataka o imovini i zaduženosti, financijskom položaju te dobitku i gubitku izdavalatelja, s druge strane,¹⁷ ZTVP povećao je transparentnost propisavši da

¹⁴ U te podatke ubrajaju se: naznaka vrste i opis karakteristika vrijednosnih papira, njihov ukupan broj i opis u njima sadržanih prava; dan otvaranja i razdoblje trajanja upisa i uplate; opis načina rasporeda vrijednosnih papira ako ih bude upisano više od količine koja se izdaje; točan naziv, sjedište i adresa agenta izdanja; točan naziv, sjedište i adresa osobe koja garantira ili osoba koje garantiraju za obveze izdavalatelja po vrijednosnom papiru; nazivi i adrese institucija preko kojih izdavalatelj podmiruju financijske obveze prema vlasnicima vrijednosnih papira; cijena ili način određivanja cijene vrijednosnih papira; postupak izvršavanja prava prvenstva prilikom upisa i uplate i svrhu za koju izdavalatelj namjenjuje prikupljena sredstva.

¹⁵ Tvrtka, adresa, datum osnivanja, pravni oblik, naziv suda kod kojega se vodi registar u koji je upisan te matični broj (MBS) broja upisa u takvu registru; iznos upisanog i/ili odobrenog kapitala te uplaćenog kapitala, podrobnosti o vrijednosnim papirima od kojih se sastoji temeljni kapital, kada se radi o dioničkom društvu, a ako temeljni kapital nije u potpunosti uplaćen, iznos neuplaćenog dijela i razloge zbog kojih nije uplaćen, broj zamjenjivih vrijednosnih papira ili prava na upis vrijednosnih papira koji su izdani te uvjete za njihovu konverziju odnosno upis; podatke o vladajućem društvu ako postoji; popis dioničara koji imaju 5% ili više od ukupnog broja glasova na skupštini izdavalatelja i postotak glasova koji svakom pripada.

¹⁶ Ti podaci obuhvaćaju opis predmeta poslovanja izdavalatelja te eventualne izvanredne okolnosti koje su utjecale ili utječu na obavljanje nekih od tih djelatnosti; ovisnost o tuđim patentima, i licencama ili drugim ugovorima s trećima, kada je to od većeg značenja za poslovanje; podaci o važnijim tekućim investicijama; temeljni podaci o tekućim sudskim ili drugim sporovima ili drugim pravnim postupcima koji mogu značajnije utjecati na financijski položaj izdavalatelja; kada su vrijednosni papiri na koje se odnosi prospekt zamjenjivi ili su izdani zajedno s pravima na kupnju ili upis, a izdavalatelj vrijednosnih papira na čije stjecanje daju pravo ili u koje se mogu zamijeniti nije izdavalatelj vrijednosnih papira na koje se odnosi prospekt, treba navesti i podatke iz ovoga stavka o drugom izdavalatelju; čimbenici rizika (čimbenici rizika kojima je izložen izdavalatelj, a mogu imati utjecaja na ostvarenje prava iz vrijednosnih papira na koje se odnosi prospekt i na njihovu cijenu na tržištu).

¹⁷ Podaci obuhvaćaju vlastita izvješća, a ako postoje, i konsolidirana financijska izvješća; ako izdavalatelj izrađuje samo konsolidirana izvješća, ona moraju biti uključena u prospekt, a ako izdavalatelj izrađuje i vlastita i konsolidirana financijska izvješća, obavezan ih je uključiti u prospekt, osim kada

se podaci o tome ne odnose samo na razdoblje od posljednje tri godine kao što je to predviđao ZIPVP, već obuhvaćaju i tekuću godinu zaključno s posljednjim tromjesečjem koje prethodi podnošenju zahtjeva za odobrenje prospekta. Ovakvo je rješenje u potpunosti u skladu s načelom kontinuiranog objelodanjivanja podataka.

U idućoj skupini nalaze se podaci o odgovornim osobama izdavatelja.¹⁸ Prospekt na kraju sadrži i izjavu osoba koje potpisuju prospekt kojom se te osobe očituju o istinitosti i potpunosti podataka sadržanih u prospektu.¹⁹ Podatke o odgovornim osobama izdavatelja ZTVP nije mijenjao, osim što je uveo dužnost objelodanjivanja životopisa odgovornih osoba. Međutim, ZTVP precizirao je tko potpisuje prospekt. Prema novom rješenju *obavezno* to čine odgovorne osobe izdavatelja, a osobe koje su sudjelovale u izradi prospekta ili u pripremi podataka to *moгу* učiniti. Prema ranijem propisu ZIPVP-a izjava o potpunosti i cjelovitosti prospekta osoba koje su sudjelovale u izradi ili pripremi podataka za prospekt bila je nužna, ali nije bilo jasno definirano tko za izdavatelja potpisuje prospekt. Očito je zakonodavac htio naglasiti odgovornost "odgovornih osoba" stavljajući ostale na sporedan kolosijek.

Ako neka od odgovornih osoba odbije potpisati prospekt, svoje odbijanje treba pismeno obrazložiti, a takvo obrazloženje objavljuje se zajedno s prospektom. Ukoliko takvo pismeno obrazloženje izostane, izdavatelj je to dužan naznačiti u prospektu.

Za osobe koje su izdale garanciju za izvršenje obveza po vrijednosnim papirima na koje se prospekt odnosi, prospekt mora i o njima sadržavati podatke kao u čl. 21. st.1. b) ZTVP-a.

6.2. *Europsko pravo de lege lata*

Smjernica iz 1989. u čl. 11. razvrstava podatke iz prospekta u sljedeće skupine:

- a) podaci o osobama odgovornim za prospekt i njihov izjave o istinitosti i potpunosti;
- b) podaci o vrijednosnim papirima koji su predmet javne ponude;

izvješće koje nije uključeno ne sadrži bitne dodatne podatke, pri čemu se podaci iz pojedinih izvješća prikazuju na tablicama, što omogućuje usporedbu pojedinih stavaka unutar uzastopnih financijskih godina. Podaci obuhvaćaju i ime ili tvrtku osobe koja je odgovorna za reviziju financijskih izvješća, a ako je ta osoba odbila obaviti reviziju ili je potpisati ili je u reviziju uključila određene ograde, te činjenice moraju biti navedene zajedno s razlozima koji su je naveli da tako postupi.

¹⁸ Navode se imena, prezimena i adrese članova uprave i nadzornog odbora ili drugoga odgovarajućeg tijela izdavatelja te funkcije što ih obnašaju u tim tijelima; ako se prospekt odnosi na dionice, životopisi članova uprave i nadzornog odbora ili drugoga odgovarajućeg tijela izdavatelja i primanja koja ostvaruju od izdavatelja.

¹⁹ Izjava glasi: "Prema našem uvjerenju i u skladu sa svim našim saznanjima i podacima kojima raspolažemo, izjavljujemo da svi podaci iz ovoga prospekta čine cjelovit i, istinit prikaz imovine i obveza, gubitaka i dobitaka; financijskog položaja i poslovanja izdavatelja, prava sadržana u vrijednosnim papirima na koje se odnose te da činjenice koje bi mogle utjecati na potpunost i istinitost ovog prospekta nisu izostavljene."

- c) podaci o izdavatelju;
- d) podaci o predmetu poslovanja izdavatelja;
- e) podaci o imovini i zaduženosti izdavatelja;
- f) podaci o osobama koje upravljaju društvom;
- g) podaci o tekućim poslovnim razvojnim planovima.

Na razmjerno detaljan način razrađeni su podaci unutar svake skupine. Grubom usporedbom teksta ZTVP-a i Smjernice koja je na snazi dade se uočiti da su podaci navedeni unutar skupina u prevladavajućem dijelu identični, a dijelom se razlikuju na način da u ZTVP-u postoje neki podaci koji ne postoje u Smjernici, i obrnuto.

6.3. Europsko pravo de lege ferenda

Posluživši se zakonodavnom tehnikom na četiri nivoa oblik i dijelovi prospekta u prospektu regulirani su samom smjernicom, ali se mnogi tehnički i operativni detalji izostavljaju i stavljaju u nadležnost odbora (*comitology*) koji je na drugoj razini (*level 2*). Izdavatelju, prema Prijedlogu smjernice iz 2002. g. stoje na raspolaganju dvije opcije: izdati prospekt kao jedinstvenu ispravu ili kao ispravu od više sastavnih dijelova. Prospekt koji se sastoji od više isprava uključuje: *registracijsku ispravu, securities note i summary note*.

Sadržaj svake od ovih isprava naveden je u aneksima smjernice (I, II, III, IV), pri čemu se prvi aneks odnosi na jedinstveni prospekt. U nadležnosti Komisije je da donese propise u kojima će se profilirati detaljno svaki pojedini podatak koji treba biti u prospektu, prilagođen pojedinoj vrsti vrijednosnog papira ili osobi izdavatelja. Posebne elastične propise valja očekivati u pogledu tzv. malih i srednjih izdavatelja (*small and medium sized companies*). Primjenom ove nove "stepenaste" zakonodavne tehnike ubrzava se donošenje operativnih propisa. Ipak u tom se dijelu zahtijeva usporedivost s *IOSCO International Disclosure Standards* koji vrijede za transnacionalne javne ponude ili uvrštenja. Kako je bez ove vrste provedbenih propisa nezamislivo funkcioniranje prospekta, Komisija EZ-a dužna je uz pomoć *Securities Committee* donijeti te propise, i to u roku od 180 dana nakon stupanja smjernice na snagu.

U pogledu jezika Prijedlog smjernice iz 2002. sadrži pravilo prema kojem je prospekt potrebno izraditi na jeziku koji je prihvaćen od strane nadležnog tijela domicilne države članice.

Registracijska isprava polaže se kod nadležnog tijela, a upis se mora godišnje obnavljati. Pojedini podaci koje treba navesti u prospektu mogu se navesti i upućivanjem na jednu ili više isprava zaprimljenih i objavljenih u skladu sa smjernicom (*by reference*), pod određenim uvjetima. Isto tako u slučaju nove emisije jednom odobrena registracijska isprava više se ne ispituje, već se ispitivanje prospekta ograničava samo na *securities note*.

7. Prospekt pri privatnoj ponudi

7.1. Hrvatsko pravo

U vrijeme ZIPVP-a bio je donesen Pravilnik o sadržaju skraćenog prospekta i o uvjetima izdavanja vrijednosnih papira privatnim izdanjem 1997. (u daljnjem tekstu Pravilnik). Dok je ZIPVP izrijekom stavljen izvan snage čl. 164. ZTVP-a, temeljem njega doneseni provedbeni propisi primjenjivat će se na odgovarajući način dogod Komisija ne donese provedbene propise temeljem novog zakona (čl. 163. st. 2. ZTVP). Stoga se Pravilnik i dalje primjenjuje.

Pravilnik je definirao pojam privatnog izdanja, uvjete izdavanja vrijednosnih papira privatnim izdanjem, slučajeve u kojima se obavezno izrađuje skraćeni prospekt, odnosno slučajeve u kojima se izdavatelj izuzima od obveze izrade skraćenog prospekta. Također su bili regulirani slučajevi u kojima je dopušteno izdati vrijednosni papir bez prethodnog odobrenja. Propisi Pravilnika moći će se primjenjivati supsidijarno u vrlo malom opsegu jer sada sadržajna struktura prospekta privatnom ponudom prati u potpunosti strukturu prospekta pri javnoj ponudi, a ni pojam privatne ponude ne odgovara onome prema Pravilniku.

Privatno izdanje je Pravilnikom bilo definirano kao izdanje u kojem su nakon okončanja razdoblja ponude, a prije početka upisa i uplate, unaprijed bili poznati i određeni ulagatelji te visina njihovih uplata. ZTVP revidirao je pojam privatne ponude označivši u čl. 2. st. 8. privatnu ponudu takvom emisijom vrijednosnih papira pri kojoj je poziv na upis vrijednosnih papira upućen samo institucionalnim ulagateljima ili izdavateljevim dioničarima ili zaposlenicima, te do 20 vanjskih ulagatelja. U odnosu na Pravilnik broj vanjskih ulagatelja prepolovljen je novim zakonskim rješenjem jer je Pravilnik dopuštao i do 40 vanjskih ulagatelja. U pogledu dioničara situacija se ne mijenja jer će postojeći dioničari dioničkog društva upisivati nove dionice u granicama svog prava prvenstva kojeg imaju prema čl. 308. ZTD-a. Međutim u ZTVP-u izostala je odredba prema kojoj se dioničari koji upisuju više od onoga što ima pripada po pravu prvenstva smatraju vanjskim ulagateljima kakvu odredbu Pravilnik poznaje, i koju bi se moglo na odgovarajući način primijeniti. ZTVP kao novu kategoriju adresata privatnog izdanja spominje zaposlenike. Dok su oni prema režimu ZIPVP-a pripadali vanjskim ulagateljima, sada postaju samostalnom kategorijom, a dopušteni broj vanjskih ulagatelja svodi se na 20 osoba.

Broj institucionalnih ulagatelja u privatnoj je ponudi bio i ostao neograničen. No u odnosu na Pravilnik, ZTVP je redefinirao *pojam* institucionalnog ulagatelja. To su: domaći ili strani investicijski fond, mirovinski fond, banka, osiguravajuće društvo te pravna osoba kojoj status institucionalnog ulagatelja odobri Komisija prema čl. 102. st. 3.²⁰ U odnosu na odredbe Pravilnika, ZTVP mijenja pojam institucionalnih

²⁰ Komisija će odobriti takav status ako utvrdi da ta pravna osoba svoja novčana sredstva ulaže u vrijednosne papire radi ostvarenja dobiti temeljem razlike u cijeni ili radi zaštite financijske imovine od tržišnih rizika, te da ima iskustva u ulaganju i trgovanju vrijednosnim papirima.

ulagatelja jer izričito isključuje brokerska društva kojima se priznavalo to svojstvo ako su bila registrirana za trgovinu vrijednosnim papirima u spekulacijske svrhe. Sada se izvan liste može institucionalnim ulagateljem smatrati samo ona pravna osoba kojoj taj status odobri Komisija. Burza, uređena javna tržišta i središnja depozitarna agencija također su *eo ipso* isključene (čl. 102. st. 4. ZTVP).

Vanjskim se ulagateljima prema ZTVP-u smatraju osobe koje nisu ni dioničari ni zaposlenici izdavatelja niti su institucionalni ulagatelji, a mogu biti strane ili domaće fizičke ili pravne osobe.

Dok se prema Pravilniku ponude za kupnju vrijednosnih papira privatnim izdanjem nisu smjele uputiti na više od 300 osoba uključujući i institucionalne ulagatelje, s izuzetkom postojećih dioničara, ZTVP određuje da se poziv može uputiti neograničenom broju institucionalnih ulagatelja, dioničara i zaposlenika te do najviše 20-orici vanjskih ulagatelja.

ZTVP postrožio je režim privatne ponude bitno skrativši rok u kojem upis i uplatu treba realizirati. Umjesto 6 mjeseci (rok predviđen Pravilnikom) sada je rok sveden na 30 dana, koji teče od dana konačnosti rješenja Komisije o odobrenju prospekta (čl. 27. st. 1. ZTVP).

Bitno je različito postavljeno mjerilo uspješnosti upisa. Dok je prema Pravilniku izdavatelj sam određivao mjerilo uspješnosti upisa, koje je moralo biti izraženo u postotku upisanih i uplaćenih vrijednosnih papira, prema ZTVP-u mjerilo uspješnosti upisa kod privatne ponude je upis 90% cjelokupno planiranog izdanja, inače se privatno izdanje smatra neuspjelim. Posljedica neuspjelog upisa je vraćanje uloženog, ali prema ZTVP-u u bitno kraćim rokovima (7 dana od završetka upisa i uplate) nego što je to propisivao Pravilnik.

Obaveza izdavatelja privatnog izdanja da sredstva koja su za vrijeme trajanja ponude prikupljena upisom i uplatom vrijednosnih papira drži na posebnom računu kod banke u kojoj ima pohranjena sredstva za tekuće poslovanje, na isti je način uređena zakonom kao i Pravilnikom. Međutim ZTVP ne propisuje obavezu ulagatelja koji stekne vrijednosne papire putem privatnog izdanja da ne prenosi vrijednosne papire na drugu osobu unutar godine dana od dana stjecanja, kao što je to bilo utvrđeno Pravilnikom. Ovakva je odredba na nerazvijenom tržištu kapitala bila vrlo korisna u vrijeme kada je prospekt pri privatnoj ponudi bio doista "skraćeni" prospekt. Sada kada se puni i skraćeni prospekt ni po čemu ne razlikuju u strukturi informacija, već samo po njihovu opsegu, zakonodavac je stavio izvan snage opću zabranu (otuđenja prije isteka roka od godine dana), ali je ipak obvezao izdavatelja da mora izraditi prospekt pri privatnoj ponudi ako je ona usmjerena samo prema institucionalnim ulagateljima koji misle "izaći" iz te investicije unutar godine dana.

S obzirom da se radi o privatnom plasmanu vrijednosnih papira, izdavatelju je zabranjeno komunicirati s potencijalnim ulagateljima putem sredstava javnog priopćavanja, niti smije objavljivati prospekt (čl. 26. st. 3. ZTVP). Stoga nije jasna odredba čl. 24. st. 2. ZTVP-a koja uređuje objavljivanje prospekta u kojoj se navodi: "Ako se poziv na upis vrijednosnih papira upućuje samo određenim potencijalnim

ulagateljima u slučaju privatne ponude, izdavatelj je obavezan u roku od 15 dana prospekt dostaviti tim potencijalnim ulagateljima i nije ga *obavezan* objaviti.”

Prema Pravilniku skraćeni prospekt je imao podatke razvrstane na isti način iako je sadržajno bio jednostavniji. Ipak sadržavao je podatke o čimbenicima rizika koji predstavljaju prema procjeni izdavatelja najveću prijetnju sigurnom povratu uložених sredstava te podatke o namjeni korištenja sredstava prikupljenih privatnim izdanjem. Sada su ti podaci obavezni sastojak prospekta koji se izdaje pri javnoj ponudi vrijednosnih papira pa između prospekta javnom i privatnom ponudom nema gotovo nikakvih razlika. Ipak obveza kontinuiranog objelodanjivanja bitno je umanjena jer se financijski pokazatelji izdavatelja podastiru samo za prethodnu i tekuću godinu, kao i za posljednje tromjesečje poslovanja.

7.2. *Europsko pravo de lege lata*

Kako privatna ponuda izlazi iz polja primjene smjernice, pravni režim privatne ponude se smjernicom ne regulira.

7.3. *Europsko pravo de lege ferenda*

Prijedlog smjernice iz 2002. u čl. 2. st. 2. privatnu ponudu definira negativno: privatna ponuda je ono što se ne smatra javnom ponudom.²¹ To je slučaj:

- 1) pri ponudi vrijednosnih papira kvalificiranim ulagateljima;
- 2) pri ponudi vrijednosnih papira upućenoj na manje od 100 fizičkih ili pravnih osoba po zemlji članici, koje se ne smatraju kvalificiranim ulagateljima;
- 3) pri ponudi vrijednosnih papira upućenoj ulagateljima koji stječu vrijednosne papire u ukupnom iznosu od najmanje 50.000 EUR-a po ulagatelju, (pri čemu ponuda mora biti tajna);
- 4) pri ponudi vrijednosnog papira čiji iznos po jedinici iznos najmanje 50.000 EUR-a po vrijednosnom papiru;
- 5) pri ponudi vrijednosnih papira ukupnog iznosa manje od 2.500.000 EUR-a, koji limit će biti obračunat tijekom perioda od 12 mjeseci.

Međutim, dođe li do preprodaje tih istih vrijednosnih papira, takva ponuda opet treba proći test javne ponude. No, transakcije koje se izvršavaju samo temeljem naloga klijenata, bilo na burzi ili izvan nje, neće se smatrati javnom ponudom vrijednosnih papira.

Kako se ponude upućene kvalificiranim ulagateljima u cijelosti izuzimaju iz polja primjene smjernice, ista definira kvalificirane ulagatelje kao pravne osobe ovlaštene da djeluju na financijskom tržištu, uključujući: banke, investicijske tvrtke, osigurateljna društva, investicijske fondove i društva koja njima upravljaju, mirovin-
ske fondove i društva koja njima upravljaju, kao i druge osobe koje nisu ovlaštene da djeluju na financijskom tržištu, ali čiji je osnivački cilj isključivo da investiraju u

²¹ COM (2002) 460 final.

vrijednosne papire. Nacionalne i regionalne vlade, središnje banke međunarodne i naddržavne institucije (kao *World bank* i dr.) također ulaze u ovu kategoriju. Druge pravne osobe, koje se ne smatraju malim ili srednje velikim poduzećem (*small and medium sized companies, SME*)²² također se smatraju kvalificiranim ulagateljima.

Međutim, iznenađuje što čak i fizičke osobe koje izričito zahtijevaju da ih se smatra kvalificiranim ulagateljima, mogu to biti ukoliko zadovoljavaju najmanje 2 (od 3) kriterija.²³

8. Odobrenje prospekta

8.1. Hrvatsko pravo

Prije njegova objavljivanja prospekt mora odobriti Komisija za vrijednosne papire. Tek nakon što je prospekt odobren, može se objaviti, odnosno dostaviti potencijalnim ulagateljima. Kriteriji ispitivanja prospekta od strane Komisije pri odlučivanju o zahtjevu za odobrenje formalnopravne su naravi. Ispituje se:

- sadrži li prospekt sve podatke koje po zakonu mora sadržavati
- te jesu li priloženi svi propisani prilozi.

Komisija ne ispituje istinitost i potpunost podataka navedenih u prospektu, niti zakonitost odluke izdavatelja o izdavanju vrijednosnih papira. Iznimno, Komisija ima ovlast ući i u "meritum" prospekta ako je izvjesno da postoje neke činjenice koje treba navesti u prospektu, a njihovo je postojanje notorno, očito iz samog prospekta ili njegovih priloga, ili je Komisiji inače poznato i o njihovu postojanju raspolaže pouzdanim dokazima. U tom slučaju Komisija treba pozvati podnositelja zahtjeva da dopuni prospekt. Komisija na temelju vlastitog znanja može uočiti nedostatke u navodima o važnim činjenicama, ako je primjerice, pred Komisijom proveden postupak nadzora nad izdavateljem, pa je nakon toga predmet procesuiran pred nadležnim sudovima.

Odobrenjem prospekta Komisija potvrđuje da prospekt sadrži sve podatke utvrđene zakonima i propisima Republike Hrvatske i da može biti objavljen. Odgovornost za istinitost i potpunost informacija koje sadrži prospekt ostaje isključivo na izdavatelju odnosno na osobama navedenima u prospektu.

Komparativna iskustva pokazuju da pitanje odgovornosti tijela koje odobrava prospekt za njegov sadržaj i nije beznačajno. U recentnoj presudi Kasacijskog suda

²² Ovim pojmom označavaju se društva koja prema svojem posljednjem završnom računu ispunjavaju najmanje 2 od 3 kriterija: prosječan broj zaposlenika tijekom posljednje financijske godine manji od 250, ukupna bilanca ne prelazi iznos od 43.000.000 EUR-a i godišnja neto dobit ne prelazi 50.000.000 EUR-a, vidi čl. 2. st. 1. f) Prijedloga smjernice.

²³ Ulagatelj je obavljao transakcije u značajnom opsegu na tržištu vrijednosnih papira s prosječnom učestalošću od 10 po kvartalu više u odnosu na prethodna četiri kvartala; veličina ulagateljevog portfelja prelazi 0,5 milijuna EUR-a; ulagatelj radi ili je radio u financijskom sektoru najmanje 1 godinu na stručnom položaju koji zahtijeva znanje o ulaganju u vrijednosne papire, vidi čl. 1. st. 3. Prijedloga smjernice.

Italije²⁴ preispitivala se odgovornost *Consoba* (talijanska komisija za vrijednosne papire). U tom predmetu radilo se o ponudi za upis atipičnih vrijednosnih papira u stvari udjela u društvu s ograničenom odgovornošću (Hotel Villaggio Santa Teresa, HVST), koje su plasirane u javnost putem Istituto Fiduciario Lombardo (IFL), a na taj su institut i fiducijarno prenesene. Kako je IFL pao pod stečaj, HVST je otišao u likvidaciju, a pojedini ulagatelji su pred *Tribunale di Milano* pokrenuli parnicu protiv *Consoba* i njegova dva službenika radi naknade štete. Prvostupanjski sud je odbio tužbeni zahtjev, a žalbeni sud je odbio žalbu i potvrdio prvostupanjsku odluku. Predmet se našao pred Kasacijskim sudom koji je ukinuo presudu žalbenog suda.

Ulagatelji su osporavali istinitost prospekta tvrdeći da je temeljni kapital društva u vrijeme njegova plasiranja iznosio samo 20 milijuna lira za razliku od 44 milijarde najavljenih; hotel koji je bio konačni objekt ulaganja bio je vlasništvo jednog društva čiji vlasnički udjeli nisu bili ustupljeni HVST-u (ni društvu koje ih je HVST-u trebalo ustupiti) te da je vrijednost hotela bila daleko ispod od iznosa od 44 milijarde.

Žalbeni sud odbio je navode tužitelja iznoseći pri tom različite argumente: da tadašnje zakonodavstvo prema shvaćanju suda nije dodjeljivalo *Consoba* ovlast provjere istinitosti podataka navedenih u prospektu te da netočnosti iz prospekta nisu bile isključivi uzrok nastanka štete već su to bile okolnosti o kojima u prospektu nije bilo govora, a to je da je kredit cediran na banku kao što je to uobičajeno kada su u pitanju nekretnine.

Vrhovni (kasacijski) sud Italije, opovrgao je shvaćanje apelacijskog suda prema kojem *Consob* nema ovlast provjere istinitosti podataka, priklonivši se pri tom shvaćanjima koje je iznio tužitelj u žalbi. Prema shvaćanju suda, "Consob je imao ovlast izvršiti provjeru potpunosti/istinitosti prospekta jer je njemu zakonom dodijeljena uloga onoga koji garantira da poduzeće postupa legalno, pa mu prema tome pripada i ovlast da zahtijeva podnošenje priloga, provede kontrolu ili istragu, a sve u cilju kako bi utvrdio jesu li podaci, odnosno dostavljene ili objavljene obavijesti potpuni".²⁵

U **SR Njemačkoj** prospekt javnom ponudom reguliran je *Verkaufsprospektgesetz*-om.²⁶ U pitanju odgovornosti za istinitost i potpunost prospekta zakon

²⁴ *Gatti e altri c. Consob*, Sezione I civile, 3 marzo 2001, n. 3132, Società, 2001, str. 565. i dalje. Analizu presude te druge presedane vidi kod: Ferrarini, G. *L'ammissione a quotazione: natura, funzione, responsabilità e self listing*, CEDIF WP 1-2002, www.cedif.org, str. 17. i dalje.

²⁵ loc. cit.

²⁶ Vom 9 September 1998, BGBl I str. 2701., izmijenjen s *Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatz Deutschland* ili *Drittes Finanzmarktförderungsgesetz* vom 24 März 1998, BGBl I, str. 529. Sustavni prikaz instituta prema ranijem propisu: SCHAEFER, F. A. *Emission und Vertrieb von Wertpapieren nach dem Wertpapierverkaufprospektgesetz*, ZIP 23-24/91, str. 1557. i dalje. Prikaz rješenja prema propisu na snazi vidi: GRUNDMANN, S. *Das Emissiongeschäft*, u: SCHIMANSKY / BUNTE / LWOWSKI, *Bankrechtshandbuch*, Beck, München, 1997, Band III, § 112, posebno Rn. 46-65, str. 2948-2957.

upućuje na primjenu odredbi *Börsengesetz*-a.²⁷ (Taj se zakon primjenjuje u situacijama kad izdavalatelj vrijednosnog papira izrađuje prospekt radi uvrštenja vrijednosnog papira na burzu.) Analogno primjenjujući § 44 tog zakona izvodi se zaključak da stjecatelj vrijednosnog papira može, ako je prospekt bio neistinit ili nepotpun zahtijevati, kako od osobe koja je prospekt “izdala” “tako i svake koja iza njega stoji”, da otkupi vrijednosni papir po cijeni po kojoj ga je on stekao ukoliko ta cijena ne prelazi prvu cijenu pri izdanju vrijednosnog papira uključujući i uobičajene troškove povezane s pravnim poslom temeljem kojeg je stjecatelj stekao taj vrijednosni papir, ali pod uvjetom da je taj pravni posao sklopljen unutar 6 mjeseci od dana javne ponude. Radi se o solidarnoj odgovornosti emitenta i osoba “koje iza prospekta stoje”. Kod ovih drugih radi se primjerice o odgovornosti društva majke, kada postoji odgovornost iz prospekta društva kćerke.²⁸ Za emisije koje se ne uklapaju u pojam javne ponude ili za ulaganja koja nisu utjelovljena u obliku vrijednosnog papira, u njemačkoj je sudskoj praksi usvojena građanskopravna odgovornost iz prospekta (*culpa in contrahendo*).²⁹ Neistiniti ili nepotpuni navodi u prospektu moraju biti od bitnog značenja.³⁰ Zahtijeva se kauzalitet između nevaljanog prospekta i kupnje vrijednosnog papira na štetu ulagatelja. Dužnost naknade štete ne postoji ako je imatelj vrijednosnog papira znao za neistinitost ili nepotpunost podataka navedenih u prospektu. Dok se ranije imatelj nije mogao pozvati na odgovornost izdavalatelja ako je njegovo nepoznavanje nepotpunosti i neistinitosti proizlazilo iz krajnje nepažnje, s izmjenama i dopunama tzv. 3. *Finanzmarkt-förderungsgesetz*a, to više nije slučaj.³¹ Za procjenu odgovornosti emitenta odlučujući su kriteriji je li imatelj znao za netočnost ili nepotpunost prospekta. Pri tom nije isto uzima li se prosječan ulagatelj i s kojom razinom stručnosti: prosječan individualni ili institucionalni. Neki autori naglašavaju da prospekt ne može biti udžbenik iz računovodstva.³² U svakom slučaju bitnima se smatraju povrede prisilnog bilančnog prava, lažiranje godišnjeg izvješća.³³ Što se tiče dijelova prospekta koji se odnose na prognoze, one se smatraju nevaljanima ako

²⁷ Vom 21. Juni 2002 BGBl. I, str. 2010.

²⁸ CLAUSSEN, C. P., *Bank- und Börsenrecht*, Beck, 2. izd. 2000, str. 491.; SCHWARK, *Börsengesetz*, Kommentar, 2. izd. 1994, §45 Rn. 7.

²⁹ O presudama BGH koje utvrđuju okvir građanskopravne odgovornosti iz prospekta vidi: HOPT, K. J. *Kapitalmarktrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, u: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II. Handels- und Wirtschaftsrecht Europäisches und Internationales Recht, München, 2000, str. 527. i tamo citiranu literaturu.

³⁰ CLAUSSEN, C. P. *op. cit.*, str. 489.

³¹ Vidi obrazloženje Savezne vlade SRNJ povodom 3. *Finanzmarktförderungsgesetz*-a, BR- Drucks. 13/8933, Posebni dio, čl. 1. Vidi još: HOPT, K. J. *Das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz, Börsen- und kapitalmarktrechtliche Überlegungen*, Festschrift für Drobnig, Mohr Siebeck, 1998, str. 546.

³² CLAUSSEN, C. P., *op. cit.*, str. 490.

³³ Umjesto svih vidi CLAUSSEN, C. P., *op. cit.*, str. 492.

počivaju na lažnim činjenicama.³⁴ S druge strane, izdavatelj se ne može osloboditi odgovornosti za podatke koje potječu od trećih osoba, kao što su revizori koji obavljaju reviziju godišnjih financijskih izvješća.

Odluku o zahtjevu za odobrenje prospekta Komisija treba izdavatelju dostaviti u roku od 30 dana od dana podnošenja zahtjeva. Ako Komisija ne donese odluku ili je ne dostavi izdavatelju u navedenom roku, smatra se da je prospekt odobren, i izdavatelj ga ima pravo objaviti.

Dok je ZIPVP blanketno određivao da za istinitost i potpunost informacija sadržanih u prospektu odgovaraju, osim izdavatelja, osobe navedene u prospektu i druge osobe koje su se s prospektom koristile za prikrivanje ili lažno prikazivanje materijalnih činjenica (bez obzira da li su potonje osobe navedene u prospektu ili nisu), ZTVP ističe neograničenu odgovornost izdavatelja za istinitost i potpunost prospekta, kao i osoba za koje se utvrdi da su se prospektom koristile za prikrivanje ili lažno prikazivanje činjenica. Međutim dok ZIPVP sadrži propis prema kojem "osobe koje su navedene u prospektu" odgovaraju na isti način kao izdavatelj, prema čl. 23. st. 2. ZTVP-a odgovornost za potpunost i istinitost prospekta "osoba koje su potpisale prospekt" kreće se unutar granica onoga što su znale ili mogle znati.

8.2. *Europsko pravo de lege lata*

Smjernica iz 1989. predviđa da se prije svoje objave mora dostaviti nadležnom tijelu svake države članice, ali ne uređuje detaljnije ovlasti tog tijela.

8.3. *Europsko pravo de lege ferenda*

Prijedlog smjernice iz 2002. jasno određuje da prospekt treba odobriti nadležno tijelo prije nego što se objavi. Rok u kojem nadležno tijelo treba odlučiti uz neke izuzetke je 15 radnih dana, a propuštanje tijela da se izjasni u tom roku tumači se kao odobrenje prospekta (čl. 13/5).

Prijedlog smjernice također precizira mjerodavno pravo po kojem će se prosuđivati je li nadležno tijelo odgovorno za odobrenje (nevaljanog) prospekta. To se pitanje isključivo regulira nacionalnim pravom države članice u kojem djeluje to nadležno tijelo. Država članica može svojim propisima u potpunosti isključiti odgovornost nadležnog tijela za odobrenje nevaljanog prospekta.

U pogledu odgovornosti za podatke navedene prospektom cjelokupna odgovornost je na izdavatelju, odnosno na osobama koje za njega jamče (čl. 6/1). Sve odgovorne osobe izdavatelja moraju biti razgovjetno navedene imenom i funkcijom koju obnašaju, a potrebna je i njihova izjava kojom potvrđuju da su podaci iz prospekta prema njihovom najboljem znanju točni i potpuni. S druge strane, države članice moraju osigurati da odgovorne osobe odgovaraju po kriterijima građanskopravne odgovornosti za štetu. Ipak samo na temelju tzv. sažetka ili njegova prijevoda (*summary*) te osobe ne

³⁴ BGH NJW 1982, str. 2823., 2826.

moгу odgovarati, osim ako taj sažetak navodi na progrešne zaključke (*misleading*) ili je netočan odnosno nije u skladu s ostalim dijelovima prospekta.

9. Izuzeci od obveze izrade prospekta

9.1. Hrvatsko pravo

ZIPVP odnosno temeljem njega donesen Pravilnik oslobađao je u nekim situacijama izdavatelja dužnosti da prospekt podnese na odobrenje Komisiji, a u nekim situacijama nije bilo potrebno ni izraditi tzv. skraćeni prospekt.³⁵ Međutim, bez obzira na to jesu li izdavatelji bili oslobođeni dužnosti izrade ili samo odobravanja prospekta, u svim je slučajevima trebalo izvjestiti Komisiju o izvršenom izdavanju vrijednosnog papira.

ZTVP je objedinio ove izuzetke u jedan režim: ili je izdavatelj obavezan izraditi i na prethodno odobrenje podnijeti prospekt ili je te obveze oslobođen. Izdavatelj nije dužan izraditi prospekt u sljedećim situacijama (izuzeci se u cijelosti odnose na izdavanje dionica):

- pri povećanju temeljnog kapitala pretvorbom kapitalne dobiti, rezervi i zadržane dobiti u temeljni kapital društva;
- pri povećanju temeljnog kapitala radi provedbe pripajanja društava;
- pri povećanju temeljnog kapitala kada sve dionice upiše i uplati dioničar koji ima više od 75% glasačkih prava u glavnoj skupštini izdavatelja;
- pri preoblikovanju društva u dioničko društvo;
- pri povećanju temeljnog kapitala u kojem sudjeluju samo institucionalni ulagatelji;
- pri pretvaranju zamjenjivih obveznica u dionice, pod uvjetom da je pri izdavanju zamjenjivih obveznica izrađen i objavljen ili ulagateljima dostavljen prospekt;
- pri povećanju temeljnog kapitala unosom prava – potraživanja u novcu.

³⁵ Prema Pravilniku dužnost izrade prospekta (i njegovo prethodno odobravanje) vezivalo se između ostalog za novčanu vrijednost cjelokupne emisije, pa ako je ukupan iznos privatnog izdanja prelazio iznos od 2.000.000 kn, tada je trebalo izraditi i Komisiji na odobrenje podnijeti skraćeni prospekt (čl. 26. st. 1. Pravilnika). Ako se pak radilo o izdanju čija se vrijednost kreće između 200.000 kn do 2.000.000 kn, tada je izdavatelj bio dužan izraditi, ali ne zahtijevati prethodno odobrenje prospekta. U nekim je slučajevima izdavatelj bio apsolutno oslobođen obveze izrade i odobrenja skraćenog prospekta (čl. 27. st. 1. t. 1-3. Pravilnika):

- pri izdanju nove serije dionica temeljem odluke o povećanju temeljnog kapitala pretvorbom kapitalne dobiti, rezervi i zadržane dobiti u temeljni kapital društva;
- pri povećanju kapitala i izdavanju dionica privatnim izdanjem, ali samo radi ulaganja potraživanja u novcu koja ulagateljima pripadaju prema izdavatelju, tako da svi ulagatelji sudjeluju isključivo ulaganjem potraživanja u novcu koja imaju prema ulagatelju;
- te ako su se dionice izdavale privatnim izdanjem tako da su u tome sudjelovala najviše dva institucionalna ulagatelja a niti jedan vanjski ulagatelj.

Izostao je kriterij vrijednosti cjelokupnog izdanja kao mjerilo treba li izraditi prospekt.

ZTVP poznaje i izuzetak od izuzetka, o čemu je već bilo govora. Naime, Pravilnikom je bilo zabranjeno svim ulagateljima koji su stekli vrijednosne papire putem privatnog izdanja da ih prenose na drugu fizičku ili pravnu osobu u roku od godine dana od dana stjecanja (osim ako se radi o prijenosu na samog izdavatelja odnosno o prijenosu po sili zakona). Sada je ta opća zabrana redefinirana. ZTVP u čl. 32. st. 4. predviđa, ako se radi o privatnom izdanju kod kojeg se poziv za upis vrijednosnih papira upućuje *samo* institucionalnim ulagateljima, a oni imaju namjeru da ih otuđe prije isteka godine, dana osobama koji nisu institucionalni ulagatelji, tada se izdavatelj vrijednosnih papira ne može osloboditi obveze izrade prospekta. Štoviše izdavatelj mora podnijeti zahtjev Komisiji za odobrenje prospekta prije nego što institucionalni ulagatelj počne vrijednosne papire nuditi na prodaju.

Kao što je već navedeno, na izdanja vrijednosnih papira čiji su izdavatelji RH i Hrvatska narodna banka uopće se ne primjenjuju odredbe o prospektu (čl. 33. ZTVP), a pri izdavanju kratkoročnih vrijednosnih papira ne predviđa se dužnost izrade prospekta, već izdavatelju prileži jedino dužnost obavješćavanja Komisije (čl. 28. st. 3. ZTVP).

9.2. *Europsko pravo de lege lata*

Smjernica iz 1989. iz svog polja primjene isključuje određene emisije vrijednosnih papira. Ti su slučajevi navedeni u čl. 2. u st. 1. i 2. U čl. 2. st. 1.a-d) od primjene Smjernice izuzimaju se određene ponude vrijednosnih papira a u čl. st. 2 a-l) od primjene se izuzimaju određene vrste vrijednosnih papira.

Prvom skupinom su obuhvaćene ponude vrijednosnih papira:

- a) osobama u okviru njihovog poslovanja profesije ili zanimanja;
- b) ponude vrijednosnih papira ograničenom krugu osoba;
- c) ponude kod kojih (prodajna) vrijednost cjelokupne emisije emisije ne prelazi 40 000 ECU-a;
- d) kada se vrijednosni papiri mogu kupiti za protuvrijednost koja najmanje iznosi 40 000 ECU-a po svakom ulagatelju.

Drugom skupinom se od primjene izuzimaju određene vrste vrijednosnih papira:

- a) vrijednosni papiri pojedninačne nominalne vrijednosti najmanje 40.000 ECU-a;
- b) udjeli u otvorenim investicijskim fondovima;
- c) vrijednosni papiri koje izdaje država ili kakvo paradržavno (regionalno ili lokalno) tijelo;
- d) vrijednosni papiri koji se izdaju prilikom preuzimanja;
- e) vrijednosni papiri koji se izdaju prilikom spajanja ili pripajanja;
- f) dionice koje su dioničarima ustupljene bez naknade;

- g) dionice ili vrijednosne papire koji su s njima izjednačeni ponuđene u zamjenu za dionice u istom dioničkom društvu ako ponuda tih novo izdanih vrijednosnih papira ne dovodi do povećanja temeljnog kapitala društva;
- h) dionice koje poslodavac i s njime povezano društvo ponuđene bivšim ili sadašnjim zaposlenicima;
- i) na dionice koje su nastale konverzijom iz zamjenjivih obveznica, pod uvjetom da je pri izdavanju zamjenjivih obveznica izrađen i objavljen ili ulagateljima dostavljen prospekt;
- j) vrijednosni papiri koje su izdale neprofitne organizacije priznate od domicilne države članice;
- k) vrijednosni papiri koji njihovom vlasniku pribavljaju pravo da se koristi uslugama tijela koja daju povoljne namjenske kredite (*“credits populaires”* *“Genossenschaftsbanken”* *“building societies”*), ili postaju članovima tih tijela;
- l) vrijednosni papiri koji se nazivaju *euro-securities*.³⁶

9.3. Europsko pravo *de lege ferenda*

Prijedlog Smjernice iz 2002., uvodi red u ovo područje prije svega zahvaljujući tome što konciznije definira pojam javne ponude. Ovaj harmonizacijski napor bio je potreban kako bi se izbjegle pravne praznine i osigurao jedinstveni tretman ulagatelja iz cijele EU. Kao rezultat ovih napora bilo je potrebno uvesti i jedinstveni sustav izuzetih slučajeva (u kojima ne postoji dužnost objave prospekta) kako bi se onemogućilo da države članice odlučuju hoće li ili neće izuzete slučajeve inkorporirati u svoje pravo. Stoga su izuzeti slučajevi prema smjernici iz 1989., revidirani na način da su grupirani u dvije skupine. Prvom su skupinom obuhvaćene situacije u kojima se određene vrste vrijednosnih papira nude za zamjenu za već postojeće vrijednosne papire ili se odnose na posebne operacije za koje su ekvivalentni podaci već bili dostupni javnosti ili dioničarima. Druga skupina izuzetaka tiče se uvrštenja vrijednosnih papira na regulirano tržište kada se radi o specifičnim transakcijama za koje nisu potrebne posebne informacije da bi se osiguralo zaštitu investitora.

³⁶ Smjernica daje definiciju tog pojma u čl. 3 (f). To su vrijednosni papiri koji moraju biti distribuirani putem (najmanje dvaju) sindiciranih članova koji imaju sjedište u različitim državama članicama a isti se vrijednosni papiri moraju u većoj mjeri nuditi u jednoj ili više država članica različitoj od one u kojoj izdavatelj ima sjedište, a inicijalno se moraju nuditi odnosno upisivati samo putem kreditnih ili drugih financijskih institucija.

10. Objavljivanje prospekta

10.1. Hrvatsko pravo

Prospekt se mora objaviti kao umetak u jednim dnevnim novinama koje se redovito prodaju u Republici Hrvatskoj ili u obliku brošure koja je bez naplate dostupna na teritoriju Republike Hrvatske. U tom slučaju u tisku mora biti objavljena informacija gdje se navedena brošura može osobno podignuti i način na koji se može besplatno naručiti poštom. ZTVP više ne predviđa objavljivanje u "Narodnim novinama". Kod javne ponude prospekt mora biti dostupan ulagateljima u sjedištu izdavatelja kao i na mjestima gdje se dionice upisuju.

U slučaju privatne ponude prospekt treba u roku od 15 dana dostaviti izravno potencijalnim ulagateljima. Iako zakonodavac propisuje da ne postoji dužnost objave prospekta kod privatnog izdanja, štoviše takvo što bilo bi nespojivo s privatnom ponudom s obzirom da izdavatelj ne smije uopće komunicirati s eventualnim ulagateljima putem sredstava javnog priopćavanja.

10.2. Europsko pravo de lege lata

Smjernica iz 1989. u čl. 15. propisuje da se prospekt mora objaviti ili učiniti dostupnim javnosti u skladu s nacionalnim pravom države članice. Pored toga mora biti objavljen najkasnije istovremeno s javnom ponudom. Reklame, poster i druge isprave koje najavljuju javnu ponudu moraju se također prethodno odobriti.

10.3. Europsko pravo de lege ferenda

Propisi o objavljivanju prospekta prema Prijedlogu smjernice iz 2002. temeljito su osuvremenjeni. Dopušta se primjena modernih sredstava komunikacije, uz ona konvencionalna. Posebnu novost predstavlja da izdavatelj može prospekt objaviti na svom *web site*-u.

Bez obzira na odabir načina na koji će se prospekt objaviti nadležno tijelo treba prospekt učiniti dostupnim i na svom *web siteu*, ili putem *linka* na *web site* izdavatelja.

Ukoliko se prospekt učini dostupnim javnosti u elektroničkom obliku, ispis na zahtjev ulagatelja treba besplatno dostaviti.

Prijedlog Smjernice sadrži i propise o oglašavanju prospekta. Prema ranijoj verziji smjernice bilo je propisano da i reklamni materijal koji se odnosi na prospekt treba odobriti nadležno tijelo. Prema novom uređenju detaljna pravila oko zajedničke implementacije i zaštite ulagatelja namjeravaju se donijeti po postupku za koji se uvriježio izraz komitologija - drugi nivo zakonodavne procedure (*level 2*).

11. Dopune prospekta

11.1. Hrvatsko pravo

Objelodanjivanje podataka koji se nalaze u prospektu je kontinuirana obveza za izdavatelja. Ako u vremenu od odobrenja prospekta do isteka roka za upis vrijednosnih papira nastanu činjenice koje se moraju navesti u prospektu, te činjenice treba navesti u dopuni prospekta. Takvu dopunu također treba odobriti Komisija, s time da o tom zahtjevu Komisija treba odlučiti unutar tri radna dana, a ako ne odluči o zahtjevu, presumira se da je pozitivno riješen. Nakon toga izdavatelj treba dopunu prospekta objaviti.

11.2. Europsko pravo *de lege lata* i *de lege ferenda*

O ovom pitanju nije se postojeće europsko pravo ni u čemu izmijenilo. Nove činjenice ili netočni podaci iz prospekta koji bi mogli utjecati na procjenu vrijednosnih papira, a nastanu između perioda objavljivanja prospekta (*de lege ferenda*: odobrenja prospekta) i okončanja javne ponude, moraju se objaviti u dodatku prospekta koji također treba biti prethodno odobren.

12. Izdavanje vrijednosnih papira u inozemstvu i od strane inozemnog izdavatelja

a) inozemni izdavatelji koji izdaju vrijednosne papire u RH

ZTVP regulira položaj inozemnog izdavatelja koji želi izdati vrijednosne papire javnom ponudom u RH, kao i položaj domaćih izdavatelja koji na inozemnim tržištima vrijednosnih papira namjeravaju izdati vrijednosne papire.

Inozemni izdavatelj može izdavati vrijednosne papire u Republici Hrvatskoj javnom ponudom samo posredstvom ovlaštenog društva koje je angažirao za obavljanje poslova agenta ili pokrovitelja izdanja. To ovlašteno društvo podnosi u ime izdavatelja zahtjev za odobrenje prospekta izdanja vrijednosnih papira inozemnog izdavatelja. Značenje ovlaštenog društva je u njegovoj solidarnoj odgovornosti za istinitost i potpunost prospekta, stoga je obvezatan prilog zahtjevu za odobrenje prospekta i ugovor između inozemnog izdavatelja i ovlaštenog društva o obavljanju poslova agenta ili pokrovitelja izdanja.

Nije jasno mogu li inozemni izdavatelji nuditi vrijednosne papire u RH privatnom ponudom. S tim u vezi, s obzirom da je pojam javne ponude u europskom pravu vezan za određene vrijednosti cjelokupnog izdanja, moguće je da prema europskom pravu izdavatelj nije uopće u obvezi izraditi prospekt, a da je po našem pravu to potrebno.

Inozemne izdavatelje vrijednosnih papira nastoji se potaknuti na objavljivanje javne ponude u RH pa se zbog toga na njih primjenjuju stroga pravila o prospektu na znatno elastičniji način. Zakonodavac je išao in favorem europskih izdavatelja kao i onih koji imaju sjedište u zemljama članicama Svjetske trgovinske organizacije.

Ipak otvaranje vrata inozemnim izdavateljima vrijednosnih papira trpi određene redakcijske propuste.

Prema čl. 30. st. 3. Komisiji pripada ovlast da odobri objavljivanje prospekta inozemnog izdavatelja i kada zahtjevu nisu priloženi svi propisani prilozi ili navedeni svi propisani podaci. U nastavku zakonodavac opisuje dvije takve situacije čija se crta razgraničenja ne može valjano odrediti.

Prema prvoj, ako po propisima zemlje izdavatelja *takve priloge ili podatke nije moguće pribaviti*, a Komisija ocijeni da to neće potencijalnom ulagatelju umanjiti mogućnost objektivne procjene izglednosti i rizika potencijalnih ulagatelja, Komisija je ovlaštena odobriti i takav prospekt. Situacija je jasna ako se, primjerice, radi o podatku imena članova nadzornog odbora u situaciji da pravo po kojem je odnosni izdavatelj (dioničko društvo) osnovano ne predviđa postojanje nadzornog odbora kao tijela dioničkog društva. Međutim, sasvim je različit slučaj ako pravo po kojem je dioničko društvo osnovano ne zahtijeva toliki stupanj transparentnosti podataka o društvu.

Druga situacija u kojoj je Komisija ovlaštena postupiti na identičan način jest slučaj u kojem se po *propisima države članice Europske unije u kojoj izdavatelj vrijednosnih papira ima sjedište, takvi prilozi i podaci nisu potrebni za odobrenje objavljivanja prospekta, pod uvjetom uzajamnosti koji se pretpostavlja*. Uzevši u obzir da je materija izdavanja vrijednosnih papira javnom ponudom i njihovo uvrštenje na burzu razmjerno harmonizirana u europskom pravu, "predmnijevana uzajamnost" zapravo je izraz naklonosti prema europskim izdavateljima vrijednosnih papira uz predmnijevanje visokih standarda zaštite ulagatelja. Međutim, u nastavku iste odredbe propisano je da se uvjet uzajamnosti ne primjenjuje na inozemnog izdavatelja koji ima sjedište u zemlji članici Svjetske trgovinske organizacije. Razlog uvođenja ove odredbe proizlazi iz obveza koje RH ima od pristupanja WTO-u, jedna od kojih je ukidanje uvjeta uzajamnosti prema ostalim članicama. Međutim, kako su sve države članice EZ te sama EZ članice WTO-a,³⁷ izlišna je takva podvojena kategorizacija.

"Posebnost" položaja izdavatelja koji dolaze iz europskog kruga dolazi do izražaja u odredbi kojom, iznimno, inozemnom izdavatelju koji vrijednosne papire izdaje javnom ponudom istodobno u Republici Hrvatskoj i u državi članici Europske unije, Komisija može odobriti objavljivanje prospekta čije je objavljivanje u toj državi članici Europske unije već odobrio nadležni organ te države uvjetujući odobrenje dopunom prospekta pojedinim podacima koji se odnose na obvezne sastojke prospekta. Ova odredba replicira Smjernicu o izdavanju vrijednosnih papira javnom ponudom jer se čitav koncept europskog prava temelji na harmonizaciji i međusobnom priznanju.

³⁷ Vidi www.wto.org

b) domaći izdavatelji koji izdaju vrijednosne papire u inozemstvu

Domaći izdavatelj koji na stranom tržištu namjerava izdati vrijednosne papire dužan je prethodno Komisiji dostaviti obavijest o karakteristikama namjeravanog izdanja vrijednosnih papira. Obavijest mora sadržavati podatke o vrijednosnim papirima na koje se odnosi prospekt te podatke o izdavatelju. Nakon isteka roka od 8 dana od roka upisa i uplate vrijednosnih papira, koje izdaje isključivo izvan Republike Hrvatske, izdavatelj je obavezan dostaviti Komisiji podatke o broju upisanih i uplaćenih vrijednosnih papira.

13. Upis i uplata vrijednosnih papira

13.1. Hrvatsko pravo

Prema ZIPVP nije bilo određeno koliko traje razdoblje u kojem su otvoreni upis i uplata vrijednosnih papira. Zatim je Pravilnikom to razdoblje fiksirano kada je u pitanju privatna ponuda na koju se Pravilnik i primijenjuje (6 mjeseci). Zakonodavac je u ZTVP unio značajne izmjene, određivši da je upis i uplatu vrijednosnog papira temeljem javne ponude potrebno realizirati unutar 3 mjeseca, a kod privatne ponude unutar 30 dana od dana konačnosti rješenja kojim Komisija odobrava prospekt. Svi upisi, odnosno uplate realizirane nakon toga roka smatraju se ništavima.

Osim toga u tekst ZTVP-a inkorporirane su u većoj mjeri odredbe Pravilnika, posebice ona o dužnosti izdavatelja da polaže sredstva ostvarena upisom i uplatom vrijednosnih papira na poseban račun kod banke kod koje ima račun za obavljanje tekućeg poslovanja, a da tim sredstvima ne smije raspolagati u razdoblju uplate.

Kao što je već navedeno, iz Pravilnika su preuzete i odredbe o mjerilu uspješnosti upisa. Međutim, dok je prema Pravilniku kriterij uspješnosti upisa trebao odrediti sam izdavatelj, sada to mjerilo propisuje zakon. Barem 75% vrijednosnih papira treba biti upisano temeljem javne ponude da bi se ona smatrala uspješnom, odnosno barem 90% vrijednosnih papira kada je u pitanju privatna ponuda. Ako se ne postigne taj prag, izdavatelj ne može izdati vrijednosne papire i dužan je u roku od 7 dana vratiti ulagateljima uplaćene uloge. U odnosu na Pravilnik zakonodavac je u ZTVP-u prepolovio rok u kojem treba vratiti uloženo.

Nakon isteka razdoblja predviđenog za upis i uplatu izdavatelj je dužan Komisiji podnijeti izvješće o provedenom upisu i uplati, koji osim postotka i broja upisanih vrijednosnih papira treba sadržavati i podatke o osobama – ulagateljima.

13.2. Europsko pravo

S obzirom da se radi o propisima operativnog značaja, ova pitanja nisu bila predmetom smjernica.

14. Dužnost uvrštenja vrijednosnih papira izdanih javnom ponudom na burzu ili javno tržište

Sadržajni novum predstavlja odredba čl. 29 ZTVP-a. Prema tom propisu izdavalj je dužan vrijednosne papire izdati u obliku nematerijaliziranih vrijednosnih papira te ih uvrstiti u kotaciju burze ili uređenog javnog tržišta u roku od mjesec dana od dana izdanja vrijednosnih papira. Kao što se to ističe uz čl. 29. Objašnjenja uz ZTVP: Cilj je ove odredbe osigurati maksimalnu zaštitu ulagateljima koji upisuju vrijednosne papire na temelju javnog poziva. Jedan od dva glavna objekta zaštite ovog Zakona je investicijska [ulagateljska] javnost, a pretpostavka je da javnost ulaže u vrijednosne papire u špekulativne svrhe, sa ciljem da u relativno kratkom roku “izađe” iz investicije prodajom vrijednosnog papira. Zbog toga se izdavatelju koji vrijednosne papire izdaje javnim pozivom, kao protuteža koristima koje može ostvariti javnim izdavanjem vrijednosnih papira, nameće obveza uvrštenja vrijednosnih papira na burzu i njihovog evidentiranja u registru koji vodi nezavisna javno nadzirana institucija (središnja depozitarna agencija), kako bi ulagateljima osigurao najpovoljnije uvjete za “izlazak” iz investicije.

Činjenica je da se za uvrštenje na burzu ili uređeno javno tržište može zahtijevati ispunjenje dodatnih uvjeta, što može izdavatelja dodatno financijski i vremenski opteretiti. Stoga bi bilo korisno propisati da jednom od Komisije odobren i objavljen prospekt izdavatelja izdan povodom javne ponude isto tako može biti podlogom za uvrštenje u kotaciju burze ili uređenog javnog tržišta (naravno uz ispunjenje drugih uvjeta koje propiše burza ili uređeno javno tržište), a da se eventualno promijenjene okolnosti unesu u dopunu prospekta o kojem se Komisija treba izjasniti u vrlo kratkom roku.

14.1. Europsko pravo de lege lata i de lege ferenda

Smjernica iz 1989. odnosi se na vrijednosne papire koji se po prvi puta u nekoj zemlji članici nude javnosti pod uvjetom da nisu prethodno uvršteni na burzu koja se nalazi u toj zemlji članici. Prijedlog smjernice iz 2001., osim vrijednosnih papira koji se nude javnom ponudom obuhvaća vrijednosne papire koji su predmetom uvrštenja na uređenom tržištu. Također iz teksta Prijedloga smjernice proizlazi da se države članice obvezuju da na vlastito uređeno tržište ne mogu uvrstiti neki vrijednosni papir bez izdana prospekta (čl. 4. Prijedloga smjernice).

Prema tome, pravilo je da nakon prospekta javnom ponudom slijedi uvrštenje na uređeno tržište.

Što je uređeno tržište (*regulated market*) replicira se iz Smjernice o poslovima s vrijednosnim papirima iz 1992. Prema toj smjernici uređeno tržište³⁸ je ono kojeg

³⁸ “Regulated market shall mean a market for the instruments listed in Section B of the Annex which:
— appears on the list provided for in Article 16 drawn up by the Member State which is the home Member State as defined in Article 1 (6) (c),

država članica uvrsti u popis uređenih tržišta i podliježe nadzoru ovlaštenog tijela, pri čem to ovlašteno tijelo propisuje uvjete djelovanja na tom tržištu, uvjete pristupanja tom tržištu, a da se pritom također poštuju kriteriji transparentnosti i obveze izvješćivanja.

Može se uočiti da uspostavljanje jedinstvenog režima prospekta koji se objavljuje pri javnoj ponudi, odnosno pri uvrštenju na uređeno tržište, govori o potrebi ujednačavanja izvanburzovnog segmenta tržišta u zemljama članicama EU, te o potrebi njegova nadziranja od strane ovlaštenog tijela. S uvođenjem pojma uređenog tržišta i discipliniranjem njegovih okvira u perspektivi će prestati potreba za podvajanjem ovih dviju komponenti tržišta. Ovaj trend obuhvaćanja burzovnog u pojam uređenog tržišta prati se već od donošenja Smjernice o insider tradingu iz 1989.,³⁹ koja prva u europskom pravu rabi taj pojam, do konačnog sidrenja tog pojma u Smjernici o poslovima s vrijednosnim papirima te difuzije toga pojma u drugim propisima europskog prava.⁴⁰

Kad bude usvojena smjernica o prospektu pri javnoj ponudi, trebat će propisati kolizijsko pravilo koje će regulirati situaciju koja vrsta prospekta je potrebna ako se nakon javne ponude zahtijeva uvrštenje na burzu. Naime Smjernica iz 1989., koja je još uvijek na snazi ima kolizijsko pravilo prema kojem, ako su u vrijeme objavljivanja javne ponude vrijednosnih papira za te iste vrijednosne papire zahtijeva uvrštenje na burzu u istoj državi članici, tada se minimum sadržaja koji treba biti naveden u prospektu procjenjuje prema Smjernici o prospektu pri uvrštenju na burzu iz 1980.⁴¹ (koja predviđa opsežniji minimum podataka).

15. Promjene u hrvatskom zakonodavstvu i usklađenost s europskim pravom

Izmjene koje su unesene u ZTVP približile su privatnu ponudu javnoj po strukturi podataka koje treba navesti u prospektu, tako da se više kod privatnog plasmana vrijednosnih papira ne može govoriti o skraćenom prospektu. Razlika između privatnog i javnog plasmana vrijednosnih papira prema ZTVP-u više se

-
- functions regularly,
 - is characterized by the fact that regulations issued or approved by the competent authorities define the conditions for the operation of the market, the conditions for access to the market and, where Directive 79/279/EEC is applicable, the conditions governing admission to listing imposed in that Directive and, where that Directive is not applicable, the conditions that must be satisfied by a financial instrument before it can effectively be dealt in on the market,
 - requires compliance with all the reporting and transparency requirements laid down pursuant to Articles 20 and 21;

³⁹ Više o insider tradingu u svjetlu usklađenosti hrvatskog s europskim pravom: ČULINOVIĆ HERC, E. *Legal Harmonization of Croatian law with EU Insider Trading Regulations*, u: *Economic System of European Union and Adjustment of the Republic of Croatia*, 2nd International Conference, Lovran 1999, str. 528. i dalje.

⁴⁰ FERRARINI, op. cit., str. 5.

⁴¹ Momentalno je na snazi Smjernica iz 2001. godine.

ogleda u činjenici da se pri izdavanju vrijednosnih papira javnom ponudom vrijednosni papiri *moraju* izdati u nematerijaliziranom obliku, što implicira i njihovu neograničenu prenosivost. Pored toga ZTVP je konzumirao u minimum prospekta javnom ponudom neke podatke koji su prije bili specifikum samo prospekta pri privatnoj ponudi: namjenu prikupljanja sredstava i čimbenike rizika.

U pogledu minimuma sadržaja prospekta nema nekih bitnijih noviteta, osim što je detaljnije regulirano tko potpisuje prospekt (kao i tko ga obavezno mora potpisati). Predviđeno je rješenje u situaciji kada neka odgovornih osoba odbije potpisati prospekt.

Paušalnom usporedbom minimuma sadržaja prospekta ZTVP-a i smjernice koja je na snazi uočava se da su podaci navedeni unutar skupina u prevladavajućem dijelu identični, a dijelom se razlikuju na način da u ZTVP-u postoje neki podaci koji ne postoje u smjernici i obrnuto. Tu usporedbu nije moguće za sada pratiti prema prijedlogu nove smjernice zato jer se propisivanje detaljnog sadržaja prospekta ostavlja za kasnije: nakon što bude usvojena smjernica Komisija EZ će donijeti te provedbene propise. Uočljivo je već sada da će europski prospekt imati novi format: jedinstvena ili višedjelna isprava po odabiru emitenta. Ta nova koncepcija ubrzo će proces njegova odobravanja od strane nadležnog tijela, a jednom odobren služiti će kao podloga za uvrštenje na bilo koje uređeno tržište kapitala države članice, čime će se ostvariti ideja single passport prospektu. Omekšana pravila o jeziku (nemogućnost zahtijevanja prijevoda cijelog prospekta) također idu u smjeru ubrzanja i olakšanja pristupa emitenata na tržište kapitala. Pojedine isprave mogu se podnijeti i *by reference*.

Pravilnik o sadržaju skraćenog prospekta i o uvjetima izdavanja vrijednosnih papira privatnim izdanjem 1997., koji je ostao na snazi i nakon donošenja ZTVP-a u praksi će se moći vrlo malo primjenjivati jer su uvjeti privatnog izdanja kao i sam skraćeni prospekt temeljito revidirani zakonom. Dok je Pravilnik dopuštao i do 40 vanjskih ulagatelja, sada je broj vanjskih ulagatelja prepolovljen. Broj institucionalnih ulagatelja bio je i ostao neograničen, no u odnosu na Pravilnik, ZTVP je suzio pojam institucionalnog ulagatelja. Dopustivo trajanje privatne ponude u odnosu na Pravilnik bitno je skraćeno (sa 6 mjeseci na 30 dana), od odobrenja prospekta. Također je revidirano mjerilo uspješnosti upisa (sada mora iznositi 90% od cjelokupno planiranog izdanja, a prije je izdavatelj sam procjenjivao mjerilo uspješnosti). Vraćanje uloga u slučaju neuspjelog upisa treba izvršiti u vrlo kratkim rokovima (7 umjesto 14 dana). Otpala je i opća zabrana otuđenja vrijednosnih papira prije isteka roka od 1 godine, ali je zadržana kao *lex specialis* ako je privatna ponuda upućena samo institucionalnim ulagateljima koji žele izaći iz investicije prije isteka tog roka. U odnosu na raniji ZIPVP ukupna vrijednost izdanja više nije kriterij za procjenu treba li objaviti prospekt.

Europsko pravo razlikuje se po tome što je vrijednosni kriterij ukupnog izdanja bio, a i ostat će kriterijem procjene dužnosti izrade prospekta. Emisije "velikih cifri" izlaze iz pojma javne ponude, po objektivnom mjerilu, a posebno se dade uočiti novi pristup za emisije kod kojih je ponuda upućena "kvalificiranim ulagateljima". Takve emisije izlaze iz pojma javne ponude po subjektivnom mjerilu. Pojam kvalificiranog

ulagatelja vrlo je fleksibilno postavljen, i ne obuhvaća samo pravne osobe nego i fizičke koje zadovoljavaju određene kriterije. U odnosu na izneseno treba izraziti žaljenje što je u nas ukupna vrijednost izdanja zanemarena kao kriterij procjene da li se radi o privatnoj ili javnoj ponudi. A bude li pojam kvalificiranog ulagatelja usvojen Smjernicom u ovom obliku, to će sigurno izazvati potrebu redefiniranja tog pojma u hrvatskom pravu. Naznake koje se daju uočiti iz razvoja europskog prava govore u prilog tome da se diferencijacija želi izvršiti po osnovi subjekata prema kojem je upravljena ponuda za kupnju vrijednosnih papira. Prema profesionalcima se postupa elastičnije, zahtjev za objelodanjivanjem podataka je manje izražen, a u slučaju miješanja tih dvaju tržišta podižu se zaštitne ograde u odnosu na tzv. *retail investors* (male ulagatelje) – u obliku ponovnog prolaženja testa javne ponude.

U pogledu istinitosti i potpunosti sadržaja prospekta Komisija ne snosi nikakvu odgovornost, već je sva odgovornost na izdavatelju. Imajući u vidu različite pristupe o tom pitanju koji postoje u zakonodavstvu europskih zemalja članica, ovom pitanju bi de lege ferenda valjalo posvetiti veću pozornost. Njemačko pravo, koje također usvaja stav o isključivoj odgovornosti izdavatelja, točno imenuje osobe koje su ovlaštene pozivati se na tu odgovornost, što imaju pravo zahtijevati i u kojim rokovima. Mišljenje je autorice da bi zakonodavac trebao slično propisati u nas. Povjerenje malih ulagatelja, odnosno podizanje općeg nivoa ulagateljske kulture ostvarilo bi se kada bi ulagatelji znali koja im prava točno pripadaju. Prepuštanje njih na milost i nemilost pravilima o općoj odgovornosti za štetu nije primjereno ovoj branši u kojoj treba vladati visoki profesionalizam.

Reguliranje izuzetih slučajeva grosso modo usklađeno je s propisima europskog prava iako su izuzeti slučajevi prema europskom pravu mnogo brojniji. S druge strane, dok su prema našem pravu emisije RH i HNB izuzete u pogledu prospekta, u europskom se pravu može uočiti suprotan trend, državna i paradržavna tijela mogu ući u polje primjene smjernice i tako se “kvalificirati” za “europski passport”.

U pogledu minimuma podataka koje treba prospekt sadržavati još je prerano za bilo kakvu usporedbu jer će se njih definirati tek u drugoj fazi zakonodavne procedure (level 2). Već se sada može uočiti u odnosu na domaće pravo potreba prilagođavanja formata prospekta kako bi se isti uklopio u novi sustav registracije prospekta na nivou zajednice, što će zahtijevati nemalu financijsku podlogu. Usporedivost u ovom je području bitna jer se na sustav registracije nadovezuje novi pristup prospektu na nivou zajednice – više neće biti međusobnog i parcijalnog priznanja, već će se odobreni prospekti jednostavno notificirati između nadležnih tijela (komisije za vrijednosne papire), što znači da će biti podobni za prekograničnu cirkulaciju.

Ona promjena koja se relativno lako može usvojiti u našem zakonskom tekstu odnosi se na mogućnost objavljivanja prospekta stavljanjem na web site izdavatelja, obzirom da za to postoji pravna infrastruktura u vidu Zakona o elektroničkom potpisu.⁴² Taj zakon ne samo da omogućava zaštitu potpisa putem kriptiranja, već pruža i zaštitu sadržaja isprave od izmjene svih u njoj sadržanih podataka.

⁴² NN br. 10/02.

Promjene do kojih će u našem zakonodavstvu sigurno morati doći tiču se redefiniranja pojma kvalificiranog ulagatelja u svjetlu novih razvojnih tendencija i usklađivanje kriterija ukupne vrijednosti emisije kao kriterija na temelju kojeg se formira pojam javne ponude. U protivnom će u odnosima s elementom inozemnosti zavladati velika konfuzija – kvalificirani ulagatelji - fizičke osobe koje žele izdati vrijednosne papire u RH neće se, zbog toga jer se po hrvatskom pravu ne smatraju institucionalnim ulagateljima, moći koristiti izuzećem od obveze izrade prospekta kako to predviđa smjernica. S druge strane, dok će inozemni izdavatelji primjenjujući minimum ukupne emisije (emisije do 2.500.000 EUR-a), htjeti plasirati emisiju kao privatnu, u hrvatskom će pravu, prijeđu li okvir definicije privatne ponude po broju dopuštenih ulagatelja, morati izraditi prospekt, jer naše pravo ne poznaje usporedive vrijednosne kriterije razgraničenja privatne od javne ponude.

Summary

PUBLIC OFFER PROSPECTUS - CROATIAN CAPITAL MARKET ACT AND DEVELOPMENTS IN EUROPEAN LAW

In the context of an integrated capital market, European law attaches great importance to improving the framework for investing and raising capital on an EU wide basis. In order to facilitate widest possible access to capital market a complete renewal of the Community provision on prospectuses is called for (Listing Particulars Directive from 1980, recently replaced by Directive from 2001 and Public Offer Prospectus Directive from 1989, now in parliamentary procedure.)

Reasons for legislative action on the European level were twofold: on the one hand, different practices and different interpretations of the meaning of the public offer based on the distinct traditions within European Union, as well as different practices regarding content and layout of the prospectus, and on the other hand, current complex and partial mutual recognition mechanism, to ensure so called single passport for issuers.

The main changes incorporated in the Directive amended proposal are: introduction of enhanced disclosure standards in line with international standards for the public offer of securities; introduction of special Community rules for securities designed to be traded by professionals; introduction of new prospectus format for frequent issuers and duty to update the information on issuers at least once a year; replacing concept of mutual recognition of the prospectus by concept of simple notification of the prospectus approved by the home competent authority and extensive use of comitology legislative technique. Use of this technique was proposed by final report of the Committee of Wise Men, appointed by the Council of EC.

As the Republic of Croatia has recently adopted a new Capital Market Act, legal solutions concerning public offer prospectus were compared with provisions of

the forthcoming Directive in order to point out existing divergences and similarities between the two bodies of law, and to detect issues which require harmonization. Among other issues a special reference was given to the legal concept of the public offer, while Croatian law does not apply nominal value of the issue as criterion for the public offer, whereas community law does. It was pointed out that big-scale issues are, according to Community law, also exempt from the term "public offer", as well as offers targeted only at so called qualified investors, while in Croatian law it is not so. A special emphasis was given to the wider concept of "qualified investors" in Community law that does not correspond any more with the notion of "institutional investors" in domestic law.

Key words: *public offer (prospectus), capital market, European capital market law, Croatia Capital Market Law, securities.*

Zusammenfassung

PROSPEKT BEI ÖFFENTLICHEM UND PRIVATEM ANGEBOT VON WERTPAPIEREN – GESETZ ÜBER DEN WERTPAPIERMARKT UND RICHTUNGEN DER ENTWICKLUNG IM EUROPARECHT

In der Arbeit werden Entscheidungen, die durch den Vorschlag einer Richtlinie der EU über den Prospekt bei öffentlichem und privatem Angebot angenommen wurden, bearbeitet. Es werden Gründe aufgezeigt, die den europäischen Gesetzgeber dazu motiviert haben, eine Änderung der Richtlinie zum Prospekt bei öffentlichem und privatem Angebot von Wertpapieren, die 1989 verabschiedet wurde, vorzunehmen. Entscheidungen des Europarechts *de lege lata* und *de lege ferenda* werden in Verbindung mit den Entscheidungen des kroatischen Rechts gebracht, das unlängst durch die Verabschiedung des Gesetzes zum Wertpapiermarkt verändert wurde. Im Kontext des kroatischen Rechts wird besonders auf die Notwendigkeit hingewiesen, Situationen, in denen der Prospekt oder öffentliche Aufruf zum Kauf von Wertpapieren nach den Vorschriften des ZTD ausgearbeitet wird, klar von jenen zu unterscheiden ist, in denen der Prospekt im Einklang mit den Vorschriften des ZTVP ausgearbeitet werden muss. Es werden Kriterien zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Angebot von Wertpapieren vorgebracht. Es wird auf die Tendenz der Verschmelzung des vollen und verkürzten Prospekts im kroatischen Recht hingewiesen. Es wird auf die Unterschiede bei den Definitionen des öffentlichen Angebots im kroatischen und im Europarecht aufmerksam gemacht, die besonders in der Redefinition des Begriffs institutioneller Investor und der Kriterien des Gesamtwertes der Emission sichtbar sind. Es werden Fälle aus der ausländischen Rechtssprechung vorgebracht, in denen die Frage der Haftung für einen unwahren oder unvollständigen Prospekt thematisiert wird. Es werden Situationen verglichen, in denen nach europäischem und kroatischem Recht keine

Pflicht für die Ausarbeitung eines Prospekts besteht (Ausnahmefälle). Es wird auf neue technische Möglichkeiten zur Realisierung der Bekanntmachungspflicht des Prospektes hingewiesen (web site). Es wird die Vergleichbarkeit der kroatischen und europäischen Vorschriften allgemein bewertet wobei bei den gefundenen Unterscheidungspunkten besonders auf die Fragen hingewiesen wird, die einen gründlicheren gesetzgeberischen Eingriff erfordern und auf jene, die relativ einfach zu implementieren sind.

Schlüsselwörter: öffentliches Angebot (Prospekt), Wertpapiermarkt, Effektenhandel euopäisches Recht zum Wertpapiermarkt, Gesetz zum Wertpapiermarkt, Wertpapiere

Sommario

PROSPETTO DI PUBBLICA OFFERTA – LEGGE SUL MERCATO DEI TITOLI IN CROAZIA E SVILUPPI NEL DIRITTO EUROPEO

Nel contesto di un mercato dei titoli integrato, il diritto europeo attribuisce grande importanza al miglioramento della quadro per gli investimenti e l'accrescimento dei capitali sulla base estesa dell'Unione Europea. In ordine all'agevolazione dell'accesso più ampio possibile al mercato dei capitali c'è bisogno di un completo rinnovamento delle disposizioni comunitarie sui prospetti (Direttiva sui listini particolari elencati del 1980, sostituita recentemente dalla Direttiva del 2001, e Direttiva sul prospetto di pubblica offerta del 1989, attualmente nella procedura legislativa).

Le ragioni per un'azione legislativa a livello europeo sono state duplici: da una parte, le differenti pratiche e le differenti interpretazioni del significato della pubblica offerta basate sulle diverse tradizioni all'interno dell'Unione Europea, così come le differenti pratiche relative al contenuto e alla configurazione del prospetto, e dall'altra parte l'attuale complesso e parziale meccanismo di mutuo riconoscimento, per assicurare il cosiddetto singolo passaporto per gli emittenti.

I principali cambiamenti inclusi nella proposta di modificazione della Direttiva sono: l'introduzione di standards di trasparenza accresciuti in linea con gli standards internazionali per la pubblica offerta di titoli; l'introduzione di speciali regole comunitarie per i titoli per essere negoziati da professionisti; l'introduzione di un nuovo format di prospetto per gli emittenti abituali e di un dovere di aggiornamento delle informazioni sugli emittenti almeno una volta l'anno; la sostituzione del concetto di mutuo riconoscimento del prospetto con il concetto di semplice notificazione del prospetto approvato dalla competente autorità interna e l'utilizzo estensivo della tecnica legislativa di reciprocità. L'utilizzo di questa tecnica è stato proposto dal rapporto finale del Comitato di saggi, nominato dal Consiglio della Comunità Europea.

Siccome la Repubblica di Croazia ha adottato recentemente una nuova Legge sul mercato dei titoli, le soluzioni giuridiche concernenti il prospetto di pubblica offerta sono state comparate con le disposizioni della prossima Direttiva per

evidenziare le divergenze e le similarità esistenti tra i due corpi normativi, e individuare le questioni che richiedono armonizzazione. Tra le altre questioni un particolare riferimento è dato al concetto giuridico di pubblica offerta, in quanto il diritto croato non riconosce il valore formale della questione come criterio per la pubblica offerta, mentre è così per il diritto comunitario. È rilevato che secondo il diritto comunitario le questioni di grande scala sono anche escluse dall'espressione "pubblica offerta", così come le offerte sono indirizzate soltanto ai cosiddetti investitori qualificati, mentre nel diritto croato non è così. Una speciale enfasi è data al più esteso concetto di "investitori qualificati" nel diritto comunitario che non corrisponde più con la nozione di "investitori istituzionali" nel diritto interno.

Parole chiave: *pubblica offerta (prospetto), mercato dei titoli, diritto europeo del mercato dei titoli, Legge sul mercato dei titoli, titoli.*

ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETE OD TERORISTIČKIH AKATA, S OSVRTOM NA PRESUDU EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA BR. 48778/99

Dr. sc. Silvija Petrić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 342.22
347.53
343.341
Ur.: 3. siječnja 2003.
Pr.: 14. siječnja 2003.
Izvorni znanstveni članak

Problem civilnopravne odgovornosti države za štete koje građanima nastaju od terorističkih akata u hrvatskom je pravu izuzetno značajan, ne samo zbog potrebe da se definira ovaj aspekt općeg pojma odgovornosti države za štetu, nego posebno zbog razvoja situacije u hrvatskom zakonodavstvu, koje je izmjenama ZOO-a iz 1996. godine ukinulo postojanje ovog posebnog oblika odgovornosti i time stvorilo pravno veoma diskutabilnu situaciju glede zaštite subjektivnih prava građana. Rad stoga analizira osnovne elemente instituta odgovornosti za terorističke akte kakav je postojao u hrvatskom pravu do 1996. godine, govori o nekim stavovima glede ovog problema u poredbenom pravu, te posebno razmatra sadržaj i dosege odluke Europskog suda za ljudska prava, kojom je ovakvo stanje u današnjem hrvatskom pravu proglašeno protivnim jednom od temeljnih načela Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a to je pravo na pravičnu, javnu i ekspeditivnu sudsku zaštitu građanskih prava.

Ključne riječi: *odgovornost države za štetu, teroristički akti, pravo na pristup sudu.*

1. Uvodna razmatranja

Problem građanskopravne odgovornosti za štetu koju građani pretrpe od terorističkih akata, javnih demonstracija i sličnih događaja veoma je složen i osjetljiv zbog čitavog niza kako pravnih, tako još više političkih i socioloških razloga. Radi se naime o temi koja je izuzetno kontroverzna, posebno u modernom svijetu u kojem opasnost od terorizma postaje na globalnoj razini sasvim sigurno jedan od najvećih problema. No, čak ako se i ostave po strani sve političke i međunarodne konotacije ovog pitanja, ono ostaje veoma složeno, jer svaka rasprava o njemu nužno otvara niz temeljnih pravnih pitanja, kao što su, primjerice, pitanje odnosa javnog i privatnog

prava, problem teorijske utemeljenosti odgovornosti države uopće, određenje dosega diskrecijskih ovlasti državnih tijela, pitanje mogućnosti sudske kontrole nad legislativnom i upravnom djelatnošću, problem određenja sustava vrijednosti koje pravo mora štiti, definiranje pojma pravne države i vladavine prava, itd.

Prije no što se upustimo u raspravu o elementima ove odgovornosti, potrebno je napomenuti da je na generalnoj razini pitanje odgovornosti države za štetu, kod nas i u drugim pravnim sustavima, jedno od onih pitanja koje izaziva velike sporove i neslaganja. Stoga u različitim pravnim sustavima postoje veoma različita, ponekad čak sasvim suprotna rješenja vezana za pojedine aspekte problema. Takvo stanje stvari nije nimalo neočekivano ili začuđujuće s obzirom da uređenje ovog oblika građanskopravne odgovornosti zavisi od brojnih faktora, od kojih značajan dio nije prvenstveno privatnopravnog, već javnopravnog karaktera. Naime, u materiji odgovornosti države za štetu sukobljavaju se dva oprečna interesa koja struktura ove odgovornosti mora na zadovoljavajući način pomiriti. To je s jedne strane legitiman interes svakog oštećenika da zahtijeva i dobije naknadu svake štete koju je pretrpio na svojim pravom zaštićenim dobrima zbog protupravnog ponašanja štetnika. Pravno priznavanje i zaštita ovog interesa jedan je od temelja civilnog prava uopće, uobičen još od rimskih vremena kroz maksimu *neminem laedere*. Na drugoj strani nalazi se načelo javnog interesa koje, između ostalog, zahtijeva da državna vlast nesmetano i efikasno djeluje u općem interesu čitavog društva, što znači da pri tom mora imati određenu slobodu, određeni prostor diskrecijskih ovlaštenja izuzet od mogućnosti odgovornosti po pravilima privatnog prava. Sve to uvjetuje da je uređenje odgovornosti države za štetu stalni prostor sukoba dvije ideje, jedne koja zahtijeva da i država odgovara za svako nanošenje štete po potpuno istim pravilima i načelima koja vrijede za svaki drugi privatnopravni subjekt i druge koja za državnu vlast traži što veći stupanj slobode u djelovanju, odnosno pravo da žrtvuje pojedinačne interese kada je to potrebno radi ostvarenja onog što ona definira kao opći interes zajednice.

Sa stanovišta interesa države značaj ovog problema ogleda se i u tome što široko priznavanje njene odgovornosti za štetu može u određenim okolnostima značiti i preuzimanje eventualno ozbiljnijeg ekonomskog tereta. I, što je još značajnije, pravno uređenje odštetne odgovornosti države uvijek je povezano s definiranjem suvereniteta državne vlasti i u vezi s tim s problemom odnosa između temeljnih državnih djelatnosti, budući da zahtijeva da država svojom vlastitom voljom u određenoj mjeri ograničava svoju vlast i podvrgava je posebnim instrumentima kontrole. Posebno je u tom kontekstu značajno pitanje može li i u kojoj mjeri pravosudna vlast kontrolirati legislativnu, te koliki je prostor slobode ostavljen egzekutivi. Drugim riječima, radi se o još jednoj inačici starog problema izraženog pitanjem "... a tko će (i kako) nadzirati one koji nadziru?"

2. O odgovornosti države za štetu

Ako želimo na generalnoj razini definirati institut odgovornosti države za štetu, treba upozoriti da se radi o veoma složenoj kategoriji koja je sastavljena od nekoliko

komponenti. Opći pojam odgovornosti države za štetu svakako bi morao uključiti i međunarodnopravnu odgovornost države prema drugim državama, međunarodnim organizacijama i pojedincima koji nisu njeni državljani. Ovdje se nećemo baviti tim aspektima ovog pojma, već ćemo se ograničiti samo na civilnopravnu odgovornost države na unutrašnjem planu, i to samo na jedan uski segment te odgovornosti, odnosno na odgovornost države prema njenim građanima za štete uzrokovane terorističkim aktima. No, da bi se moglo govoriti o pretpostavkama i sadržaju takve odgovornosti, potrebno je prethodno definirati opći pojam odgovornosti države za štete koje su građanima nastale zbog nepravilnog ili nezakonitog rada njenih tijela.¹

Najznačajnije obilježje ove odgovornosti u suvremenom hrvatskom pravu jest prihvaćanje sustava po kojem se odgovornost države uređuje na isti način na koji je uređen opći građanskopravni institut odgovornosti za štetu.² Potrebno je napomenuti da institut civilnopravne odgovornosti države za štetu ima određenu tradiciju na ovim prostorima, tako da njegov razvitak možemo pratiti od Vidovdanskog ustava iz 1921. godine do današnjeg rješenja hrvatskog prava, ali već spomenuto temeljno obilježje jasno je izraženo u svim fazama razvoja instituta.³

¹ Ovdje treba upozoriti da se i ovaj "uži" pojam odgovornosti države za štetu, dakle njene odgovornosti prema vlastitim građanima i pravnim osobama na njenom teritoriju, zapravo sastoji od dva elementa. Treba naime razlikovati odgovornost države za štete koje nastaju od rada njenih tijela kada ona djeluju isključivo u funkciji državne vlasti, od odgovornosti države za štetu kada ona stupa u (privatno) pravne odnose s građanima i privatnopravnim osobama kao ravnopravan subjekt, a ne kao nositelj vlasti. Iako je ovom razlikovanju u našoj pravnoj literaturi do sada poklanjana izuzetno mala pozornost, nesumnjivo je, obzirom na temeljna načela na kojima počiva naš cjelokupni pravni poredak, da ove dvije "uloge" države kao pravnog subjekta treba razlikovati. Ovdje će naravno biti riječi isključivo o odgovornosti države u njenom djelovanju *iure imperii*, tj. kao javne vlasti.

² Napominjemo da takvo rješenje nije prihvaćeno u svim pravnim sustavima. Negdje se, kao i kod nas, odgovornost države za štetu prosuđuje gotovo isključivo po općim pravilima koja vrijede za deliktnu odgovornost privatnopravnih subjekata (englesko, američko i talijansko pravo), u nekim zemljama postoje posebna pravila koja uređuju pitanje odgovornosti države za štetu (njemačko pravo), a u nekim pravnim sustavima je ova odgovornost uređena prvenstveno normama javnog prava koje se dopunjuju normama privatnog prava (francusko i švicarsko pravo).

³ Vidovdanski ustav uvodi sustav primarne i neposredne odgovornosti države za štetu. Ustav iz 1931. godine ovo rješenje dopunjuje uvođenjem neposredne odgovornosti službenika koji odgovara pored države. Zakon o činovnicima, iz 1931. godine, određuje da je službenik primarno odgovoran, a država odgovara tek kao jamac u slučaju njegove insolventnosti. Ustav iz 1946. godine i Zakon o državnim službenicima, iz 1946. godine, kao primarno odgovornog određuju državnog službenika, a država je odgovorna samo ako se naknada ne može dobiti od službenika. Zakon o narodnim odborima, iz 1952. godine, u čl. 29. prvi put uvodi načelo primarne odgovornosti države, s tim što primarnu odgovornost predviđa isključivo za lokalna tijela uprave, a odgovornost centralnih državnih tijela ostaje i dalje supsidijarna. Tek Ustavni zakon iz 1953. godine u čl. 99. stavak 2.-3. predviđa direktnu odgovornost svih državnih tijela, a Zakon o javnim službenicima, iz 1957. godine, to načelo proširuje i na rad ustanova s javnim ovlastima. Slične odredbe sadrži i Ustav iz 1963. godine. Ustav iz 1974. godine u čl. 199. predviđa direktnu odgovornost države za sve štete koje nezakonitim ili nepravilnim radom službena osoba nanese u obavljanju djelatnosti državnog tijela ili organizacije koja obavlja poslove od javnog interesa. Teret naknade štete snosila je ona društveno-politička zajednica, odnosno organizacija

Današnji sustav odgovornosti postavljen je na način da posebni zakoni koji uređuju rad državne uprave i sudstva propisuju da država odgovara za štetu koja u svezi s radom njenih tijela nastane trećim osobama, a tako uspostavljena odgovornost se uvijek ravna po općim pravilima građanskog prava o deliktnoj odgovornosti.⁴ To stoga što posebni zakoni koji predviđaju ovu odgovornost ne sadrže, uz rijetke i nebitne iznimke, nikakva posebna pravila koja bi se primjenjivala isključivo na državu kao odgovornu osobu. Posebni zakoni koji predviđaju obvezu države da odgovara za štetu nastalu radom njenih tijela su zakoni koji reguliraju organizaciju i rad tijela državne vlasti. Tako Zakon o sustavu državne uprave⁵ u čl. 13. određuje: "Štetu koja građaninu, pravnoj osobi ili drugoj stranci nastane nezakonitim ili nepravilnim radom tijela državne uprave, tijela jedinica lokalne samouprave i uprave, odnosno pravnih osoba koje imaju javne ovlasti u prenijetim im poslovima državne uprave, naknađuje Republika Hrvatska." Zakon o sudovima⁶ u čl. 67. određuje da: "Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju sudačke dužnosti nanese sudac građaninu ili pravnoj osobi, svojim nezakonitim ili nepravilnim radom. Republika Hrvatska može od suca zatražiti naknadu isplaćene svote samo kad je sudac štetu učinio namjerno ili iz krajnje nepažnje". Zakon o kaznenom postupku⁷ i Zakon o prekršajima⁸ uređuju poseban institut odgovornosti države za štetu koju fizička osoba pretrpi zbog nezakonitog lišenja slobode ili neopravdane osude do koje je došlo uslijed nepravilnog ili nezakonitog rada državnog organa.⁹ Na sve ove slučajeve primjenjuju se, prema jedinstvenom stavu pravne teorije i sudske prakse,¹⁰ opća pravila ZOO-a o odgovornosti za štetu, a budući da se

u kojoj se obavljala djelatnost koja je dovela do štetne posljedice. Uz odgovornost države Ustav iz 1974. godine predviđa i odgovornost službene osobe.

Više o povijesti instituta građanskopravne odgovornosti države za štetu na našim prostorima, vidi: I. Matijević – J. Vesel: O odgovornosti države i sudija za štetu, d.d. Obnova, Zagreb, 1930.; I. Krbek: Odgovornost države za štetu, Zagreb, 1954.; I. Borković: Upravno pravo, Informator, Zagreb, 1997., str. 117-136; V. Ivančević, odgovornost države za štetu nanесenu građanima protupravnim ponašanjem službenih osoba, (Referat o važećem režimu u jugoslavenskom pravu na *Međunarodnom kolokviju Inozemno pravo i međunarodno pravo*; Max-Planck Institut, srpanj, 1964.), Naša zakonitost, 1964/1, str. 24-28.; T. Josipović – I. Gliha, O građanskopravnoj odgovornosti sudaca, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1992/4 (suppl.) str. 682.

⁴ Zakon o obveznim odnosima, Sl. I. SFRJ br. 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., N. N. br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 91/96., 112/99. (u daljnjem tekstu: ZOO), u čl. 154-209 uređuje materiju odgovornosti za štetu u hrvatskom pravu.

⁵ N.N. 75/93.

⁶ N.N. 3/94.; 100/96.; 131/97. i 129/2000.

⁷ N.N. 110/97., 27/98., 58/99., 112/99. i 58/2000.

⁸ N.N. 2/73., 5/73., 9/80., 25/84., 52/87., 27/88., 43/89., 8/90., 41/90., 59/90., 91/92., 33/95., 88/2002., 122/2002.

⁹ Čl. 475.- 484. Zakona o kaznenom postupku.

¹⁰ Više vidi: I. Crnić, Odgovornost države za štetu, Informator, br. 3471/1996.; I. Borković, op. cit. str. 124.sq.

očito radi o odgovornosti jedne osobe (države) za radnje ili propuste druge osobe (službenika u državnim tijelima), posebno pravila o odgovornosti poslodavca za radnje radnika i pravila o odgovornosti pravne osobe za rad njenih tijela.

Ovdje treba napomenuti da, za razliku od ranijih razdoblja i ranijih ustavnih tekstova, Ustav Republike Hrvatske¹¹ ne govori izričito o institutu odgovornosti države za štetu, ali se ustavni temelj zakonskih odredaba koje državu čine odgovornom za nepravilan i nezakonit rad njenih tijela može lako naći u nekim temeljnim ustavnim načelima, posebno u načelima koja zahtijevaju poštivanje prava. Tako Ustav kao jednu od temeljnih vrednota ustavnopravnog poretka proglašava vladavinu prava, što znači da su svi, a posebno državni organi, vezani prvenstveno pravom, tj. da je pravo iznad političke i svake druge moći.¹² Isto tako, kao jedno od temeljnih načela Ustav proklamira načelo: "Svatko je dužan držati se Ustava i zakona i poštivati pravni poredak Republike."¹³ Ove opće ustavne odredbe koje zahtijevaju poštivanje pravnog poretka odnose se ne samo na građane i privatnopravne osobe, nego tim više i na državu i njena tijela. Otuda logično slijede i posebne zakonske odredbe o odgovornosti države za štetu ako je postupanje njenih tijela protivno pravnom poretku u najširem smislu te riječi.

Obuhvaća li ovako postavljena odgovornost države za nepravilan i nezakonit rad državnih organa i njenu odgovornost za štete koje su građanima nastale zbog događaja koji se mogu kvalificirati kao teroristički akti, javne manifestacije i demonstracije i slični akti nasilja?¹⁴ Ovo se pitanje danas mora postavljati jer postojeći pozitivnopravni poredak ne sadrži posebna pravila vezana za odgovornost u ovakvim ili sličnim situacijama, a odgovor se može naći jedino analizom postojećih zakonskih tekstova koji, kako je gore izloženo, veoma općenito postavljaju pravila o odgovornosti države za štetu i upućuju na primjenu općih normi građanskog prava. No, naravno, to ne znači da je pitanje ove odgovornosti jednostavno i da se može riješiti nekakvom općenitom formulom, jednostavnom primjenom načela *neminem laedere*, ili pozivom na stavove i rješenja drugih prava. Pokušaj da se na ovo pitanje odgovori otvara čitav niz problema, i to na različitim razinama. S jedne strane radi se o pitanju koje je od izuzetnog političkog značaja, ne samo kod nas nego i u čitavom svijetu, posebno nakon 11. rujna 2001. godine. Terorizam, nažalost, postaje jedan od najozbiljnijih globalnih problema, i čak se

¹¹ Ustav Republike Hrvatske, N.N. 56/90.; 41/2000.

¹² Članak 3. Ustava Republike Hrvatske: "Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost, mirovništvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske."

¹³ Članak 5/2. Ustava Republike Hrvatske.

¹⁴ O političkom i pravnom pojmu terorizma, više vidi: Antonio Filippo Panzera, *Terrorismo*, Enciclopedia del Diritto, XLIV, Giuffrè Editore, 1992, str. 355-379; Antonio Cassese, *The International community's "Legal" Response to Terrorism*, *International and Comparative Law Quarterly* 1989, Volume 38, Part 3, str. 589-609.

susreću stavovi da je u posljednjih desetak godina spoj izuzetno efikasnih tehnoloških sredstava za masovno uništenje i nepomirljivog, uglavnom vjerskog fanatizma njegovih aktera, toliko izmijenio klasični sadržaj ovog pojma, da se može govoriti o "novom terorizmu" kojeg karakterizira gotovo nevjerovatan porast broja žrtava, izuzetno povećanje broja mogućih ciljeva i načina napada, kao i do sada neviđena bezobzirnost.¹⁵ Ali, ako ostavimo po strani kaznenopravne i međunarodnopravne aspekte terorizma, i pažnju usmjerimo isključivo na problem građanskopravne odgovornosti države za štetu od takvih akata, veoma jasno uočavamo da svi oni teorijskopравни problemi, već desetljećima prisutni u svakoj raspravi o općem pojmu odgovornosti države za štetu, u ovom kontekstu postaju još daleko složeniji.

3. O nekim pogledima na problem odgovornosti za štete od terorističkih akata u uporednom pravu

Pregled rješenja najznačajnijih pravnih sustava pokazuje da se pitanje odgovornosti države za štetu od terorističkih akata ne susreće kao posebno uređen pravni institut. Na to su svakako utjecali različiti faktori, a prvenstveno činjenica da je u većini velikih pravnih sustava deliktna odgovornost, pa time i odgovornost države za štetu, uređena općenitim pravilima koja, u pravilu, ne izdvajaju pojedina deliktna ponašanja kao poseban institut.¹⁶ No, ni u sudskoj praksi i teoriji većine zemalja nije gotovo uopće moguće pronaći slučajeve raspravljanja o odgovornosti države za ovakve štete. Naravno, razlozi za ovakvu šutnju zakonodavaca, sudske prakse, pa velikim dijelom i pravne doktrine, nisu poglavito u činjenici da se radi o teorijski složenom problemu, nego prvenstveno u tome što, barem do najnovijih vremena, ovo pitanje nije, nasreću, bilo od šireg praktičnog značenja jer su štete od terorističkih akata ipak bile relativno rijetke. Osim toga, budući da je većina šteta od terorističkih akata bila povezana s činjenicom da su oštećenici u trenutku štetnog akta koristili određene usluge, najčešće usluge prijevoza ili boravka u hotelima, restoranima i sl., u praksi se prvenstveno postavljalo pitanje odgovornosti pružatelja takvih usluga zbog propusta u provođenju adekvatnih mjera osiguranja od rizika terorističkih akata, tako da su često oni, na temelju skrivljene odgovornosti, odgovarali žrtvama za štetu.¹⁷ U tom kontekstu od značenja je i činjenica da je u velikom broju slučajeva rizike od ovakvih šteta uspješno pokrивao institut osiguranja, tako da su žrtve terorističkih akata dobivale često vrlo visoke svote osiguranja, i s

¹⁵ Više o ovakvim stavovima, vidi: D. Derenčinović, Novi antiterorizam na razmeđu depolitizacije i dejuridizacije, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 52 (3-4), 545-573. (2002.).

¹⁶ Izuzetak je u velikoj mjeri angloameričko pravo koje poznaje neka općenita pravila, ali i određenu listu posebnih delikata, veoma slično onome kako kontinentalno europsko pravo pristupa problemu kaznenopravne odgovornosti.

¹⁷ Potpuno je jasno da u svim pravnim sustavima za ovakve štete uvijek postoji primarna, bilo objektivna bilo subjektivna, odgovornost počinitelja takvih akata, ali oni su nažalost često nepoznati ili nedostupni ili se od njih ne može, zbog insolventnosti, dobiti nikakva naknada.

njihove strane nije se u pravilu ni postavljalo pitanje odgovornosti štetnika ili trećih osoba.

Činjenica postojanja osiguranja koje pokriva određene rizike, pa tako i rizike od ovakvih šteta, uvelike je utjecala na to da se u stranoj pravnoj literaturi i praksi malo ili nikako ne raspravlja o odgovornosti države za štete od terorističkih akata. U nekim zemljama je čak posebna zakonodavna aktivnost usmjerena na to da se u okvirima instituta osiguranja pruži što bolja zaštita žrtvama terorističkih akata. To stoga što su osiguravatelji skloni da se, u slučaju povećanja broja ovakvih šteta u praksi, štite posebnim klauzulama u ugovorima, ili pak da odbijaju uopće unositi ove rizike u ugovore o osiguranju.

Na ovom ćemo mjestu izložiti samo neke poglede na problem odgovornosti za terorističke akte u poredbenom pravu, više kao ilustraciju odnosa prema tom problemu, nego kao nekakav sustavan pregled uporedog prava.

3.1. *Francusko pravo*

Francusko pravo problemu ovih šteta očito pristupa prvenstveno kao problemu vrste rizika obuhvaćenih ugovorima o osiguranju, ali respektirajući izuzetno značenje i težinu takvih šteta za žrtve, u određenoj mjeri modificira opća pravila odgovornosti osiguravatelja i značajan dio tereta, posrednim putem, prebacuje na zajednicu. Tako se prema odredbama francuskog Zakona o osiguranju,¹⁸ čl. 126.-1.,¹⁹ određuje da francuski građani, žrtve terorističkih akata počinjenih u zemlji i inozemstvu imaju posebno pravo na naknadu tzv. tjelesnih šteta²⁰ prema odredbama čl. 422.-1. – 422.-3. istog zakona. Odredbe čl. 422.-1. do 422.-9. Zakona o osiguranju uređuju nastanak i funkcioniranje posebnog Garancijskog Fonda za žrtve terorističkih akata. Fond se formira predumjbljivanjem određenih sredstava iz ugovora o osiguranju dobara, prema uvjetima propisanim posebnim Dekretom, a isto tako u njega se prelijevaju naknade dobivene na temelju primjene čl. 706.-714. Zakona o kaznenom postupku.²¹ Fond je obvezan, pod određenim uvjetima, u prvoj fazi isplatiti iznose predujma naknade tjelesnih šteta žrtvama ili njihovim pravnim sljednicima, a u drugoj fazi, kada iznosi naknade budu uz sudjelovanje Fonda točno utvrđeni, isplatiti točne iznose naknade. Činom isplate na Fond prelaze sva potraživanja žrtava prema počiniteljima štete i

¹⁸ Code des assurances, Decret n. 76-666 et 76-667 du 7. juill. 1976.

¹⁹ Čl. 126.-1. i svi ostali članci koji se odnose na materiju osiguranja od terorističkih akata uvršteni su u Zakon o osiguranju donošenjem Decret n. 88-260 du 18. mars 1988.

Izmjenama koje su uslijedile u ovom tekstu, uglavnom početkom 90-tih godina, djelovanje Garancijskog Fonda prošireno je i na žrtve drugih štetnih događaja, kao što su nuklearne štete, štete od biomedicinskih istraživanja i štete od kontaminacije virusom AIDS-a prenesenog transfuzijom krvnih proizvoda. (čl. 422.-9.)

²⁰ Pod tjelesnim štetama (*Dommages corporels*) podrazumijevaju se sva tjelesna oštećenja, uključujući i oštećenja zdravlja, te smrt žrtve, u kojem slučaju su oštećenici pravni sljednici preminulog.

²¹ Čl. 422.-4.

drugim dužnicima naknade,²² bilo da njihova obveza proizlazi iz činjenice što su svojim propustima doprinijeli nastanku štetne posljedice, bilo iz osnova osiguranja, naravno samo u visini stvarno isplaćene naknade.²³

U pogledu šteta na materijalnim dobrima žrtava terorističkih akata, Zakon o osiguranju propisuje da ugovori o osiguranju dobara ne mogu isključiti odgovornost osiguratelja za takve štete ako su nastale od terorističkih akata ili atentata počinjenih na nacionalnom teritoriju. Svaka takva klauzula u ugovoru o osiguranju smatrat će se nepostojećom.²⁴

3.2. Pravo SAD-a

Za prosuđivanje odnosa uporednog prava prema problemu ovih šteta svakako je veoma značajno razmotriti stanje u pravu SAD-a, budući da je problem šteta od terorizma sigurno u ovom trenutku najjače prisutan upravo u toj zemlji. Osim toga, pravo SAD u materiji civilnopravne deliktne odgovornosti u sebi sjedinjuje na veoma specifičan način karakteristike klasičnog, tzv. "angloameričkog prava", kakvo je i danas, primjerice, englesko pravo, i neke elemente karakteristične za europski kontinentalni sustav.

I u američkom pravu se problem šteta od terorističkih akata uglavnom promatra kao problem odgovornosti pravnih ili fizičkih osoba koje su propustom mjera osiguranja u većoj ili manjoj mjeri doprinijele da dođe do šteta od terorističkih akata, a s time je uvijek povezan i problem ugovora o osiguranju od različitih rizika koje su takvi subjekti ranije eventualno zaključili s osiguravateljima.²⁵

3.2.1. Općenito o odgovornosti države u pravu SAD-a

U pravu SAD-a, kako onom na razini federalne države, tako i u zakonodavstvima pojedinih saveznih država, postoje veoma detaljne odredbe koje govore o odgovornosti države za štetu. Tako Sjedinjene Države kao federalna država odgovaraju za štete koje su nastale radnjama službenih osoba zaposlenih u bilo kojem federalnom tijelu vlasti, uključujući ne samo upravna nego i pravosudna i

²² Vidi čl. 422.-1., stavak 3. i čl. 244.-8.

²³ Takvo vidi, presuda: Cour de cassation - Première chambre civile, N° de Pourvoi: 97-10.268, Arrêt n. 1351 du 15 juillet 1999. U ovoj presudi Kasacijskog suda riječ je o naknadi štete žrtvama terorističkog napada iračkih trupa na avion British Airways-a koji je prisilno sletio na aerodrom u Kuwaitu, a putnici su nakon toga bili raspoređeni u grupe koje su u periodu od jednog do tri mjeseca bile zarobljenici iračkih snaga. Putnici, francuski državljani i članovi njihovih obitelji, nakon toga su podigli tužbu protiv kompanije British Airways za naknadu šteta pretrpljenih od terorističkog akta. Garancijski Fond je prethodno predumio određene iznose ovoj grupi putnika u ime naknade tjelesnih šteta, primjenom čl. 126.-1. i 422.-2. Zakona o osiguranju, te se pojavljuje kao pridruženi tužitelj koji zahtijeva isplatu predumljenih iznosa, pored oštećenika koji od British Airwaysa zahtijevaju isplatu do punog iznosa pretrpljenih šteta. (izvor: <http://www.courdecassation.fr/agenda/default.htm>).

²⁴ Čl. 126.-2.

²⁵ Naravno, prvenstveno za takve štete po općim pravilima odgovaraju osobe koje su ih uzrokovale, ali u praksi se njihova odgovornost najčešće ne može, bar ne u potpunosti, realizirati.

legislativna tijela, vojna tijela, kao i sve nezavisne korporacije i ustanove koje djeluju kao agencije SAD-a.²⁶ Država odgovara za sve akte koje su službene osobe poduzele u okvirima službene dužnosti, po općim pravilima o deliktnoj odgovornosti. Interesantno je da po ovim pravilima službena osoba ne može direktno odgovarati, tj. odgovornost države je isključiva, pod uvjetom da je šteta nastala u okviru obavljanja službene dužnosti. Iznimka od tog pravila postoji samo u slučaju da je službena osoba štetu prouzročila ponašanjem koje ujedno predstavlja kršenje neke odredbe Ustava SAD-a ili nekog federalnog zakona ili uredbe po čijim odredbama se takva odgovornost službene osobe može ustanoviti.²⁷

No, od pravila o odgovornosti države za rad njenih tijela postoje i vrlo značajne iznimke. Tako država, između ostalog, ne odgovara u slučaju da je šteta nastala

²⁶ United States Code: TITLE 28 - JUDICIARY AND JUDICIAL PROCEDURE, PART VI - PARTICULAR PROCEEDINGS, CHAPTER 171 - TORT CLAIMS PROCEDURE:

Section 2674. Liability of United States

The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgment or for punitive damages.

If, however, in any case wherein death was caused, the law of the place where the act or omission complained of occurred provides, or has been construed to provide, for damages only punitive in nature, the United States shall be liable for actual or compensatory damages, measured by the pecuniary injuries resulting from such death to the persons respectively, for whose benefit the action was brought, in lieu thereof.

With respect to any claim under this chapter, the United States shall be entitled to assert any defense based upon judicial or legislative immunity which otherwise would have been available to the employee of the United States whose act or omission gave rise to the claim, as well as any other defenses to which the United States is entitled.

²⁷ Section 2679. Exclusiveness of remedy

(a) The authority of any federal agency to sue and be sued in its own name shall not be construed to authorize suits against such federal agency on claims which are cognizable under section 1346(b) of this title, and the remedies provided by this title in such cases shall be exclusive.

(b)(1) The remedy against the United States provided by sections 1346(b) and 2672 of this title for injury or loss of property, or personal injury or death arising or resulting from the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment is exclusive of any other civil action or proceeding for money damages by reason of the same subject matter against the employee whose act or omission gave rise to the claim or against the estate of such employee. Any other civil action or proceeding for money damages arising out of or relating to the same subject matter against the employee or the employee's estate is precluded without regard to when the act or omission occurred.

(2) Paragraph (1) does not extend or apply to a civil action against an employee of the Government:

(A) which is brought for a violation of the Constitution of the United States, or

(B) which is brought for a violation of a statute of the United States under which such action against an individual is otherwise authorized.

(d)(1) Upon certification by the Attorney General that the defendant employee was acting within the scope of his office or employment at the time of the incident out of which the claim arose, any civil action or proceeding commenced upon such claim in a United States district court shall be deemed an action against the United States under the provisions of this title and all references thereto, and the United States shall be substituted as the party defendant.

prilikom izvršavanja odredaba nekog zakona ili uredbe, a službena osoba je pri tom pokazala dužnu pažnju. Isto tako, država ne odgovara za štete koje su posljedica izvršavanja ili propusta da se izvrše dužnosti koje se mogu okvalificirati kao vršenje diskrecijskih ovlasti tijela ili službene osobe, pa čak ni u slučaju da je došlo do zlorabe tih ovlasti.²⁸ Što se tiče šteta koje su prouzročile osobe na službi u vojnim organima SAD-a, kao i civilne osobe na službi u vojnim snagama, US Code sadrži i neka posebna pravila vezana za odgovornost države.²⁹

Za štete koje građanima ili pravnim osobama nastanu zbog nepravilnog ili nezakonitog rada državnih tijela pojedinih saveznih država odgovaraju te savezne države, u skladu sa svojim posebnim pravilima. Pravila pojedinih država su uglavnom veoma slična i kao primjer iznosimo pravila koja vrijede u saveznoj državi Washington, a sadržana su u Zakoniku države Washington (RWC).³⁰ Prema ovim

²⁸ Section 2680. Exceptions:

The provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall not apply to:

(a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused.

²⁹ Vidi: United States Code, Title 10 – Armed Forces, Subtitle A – General Military Law, Part IV – Service, Supply and procurement, Chapter 163 – Military Claims

U.S. Code as of: 01/23/00 Section 2733. Property loss; personal injury or death: incident to noncombat activities of Department of Army, Navy, or Air Force:

Po ovim pravilima država odgovara za:

(1) damage to or loss of real property, including damage or loss incident to use and occupancy;
(2) damage to or loss of personal property, including property bailed to the United States and including registered or insured mail damaged, lost, or destroyed by a criminal act while in the possession of the Army, Navy, Air Force, Marine Corps, or Coast Guard, as the case may be; or (3) personal injury or death; either caused by a civilian officer or employee of that department, or the Coast Guard, or a member of the Army, Navy, Air Force, Marine Corps, or Coast Guard, as the case may be, acting within the scope of his employment, or otherwise incident to noncombat activities of that department, or the Coast Guard. Isto tako država odgovara i za radnje civilnih osoba koje su zaposlene u vojnoj službi, prema odredbama: *U.S. Code as of: 01/23/00* Section 2737. Property loss; personal injury or death: incident to use of property of the United States and not cognizable under other law.

Država odgovara do zakonom određenih iznosa za slijedeće štete:

(1) damage to, or loss of, property; or
(2) personal injury or death; caused by a civilian official or employee of a military department or the Coast Guard, or a member of the armed forces, incident to the use of a vehicle of the United States at any place, or any other property of the United States on a Government installation.
(b) Under such regulations as the Secretary of Defense may prescribe, he or his designee has the same authority as the Secretary of a military department with respect to a claim, not cognizable under any other provision of law, for:

(1) damage to, or loss of, property; or
(2) personal injury or death; caused by a civilian official or employee of the Department of Defense not covered by subsection (a), incident to the use of a vehicle of the United States at any place, or any other property of the United States on a government installation.

³⁰ Revised Code of Washington (RWC). (izvor: <http://www.leg.wa.gov/rcw/index.cfm>)

pravilima³¹ za sve štete koje građanima ili pravnim osobama nastanu od rada državnih službenika ili volontera odgovara lokalna jedinica državne vlasti (okrug, grad, mjesto, distrikt, itd.), po općim pravilima o odgovornosti za delikte. Odgovornost je ista bez obzira da li je šteta nastala u obavljanju javnih funkcija (*governmental capacity*) ili je nastala u obavljanju poslova u kojima državna vlast ne nastupa kao vlast, nego kao vlasnik određenih dobara, odnosno kao gospodarski subjekt (*proprietary capacity*). Državne jedinice odgovaraju za štetu jedino pod uvjetom da šteta nije nanesena namjerno, tj. da je službena osoba djelovala u sklopu svoje dužnosti, odnosno da je postupala u dobroj vjeri. Za štetu može oštećeniku direktno odgovarati i sama službena osoba, a u tom slučaju, ako su ispunjeni uvjeti za odgovornost države, službena osoba može zahtijevati da je pred sudom zastupa i da sve troškove obrane i postupka, kao i troškove naknade dosuđene u sporu, snosi država.³²

³¹ RCW 4.96.010: Tortious conduct of local governmental entities. Liability for damages.

(1) All local governmental entities, whether acting in a governmental or proprietary capacity, shall be liable for damages arising out of their tortious conduct, or the tortious conduct of their past or present officers, employees, or volunteers while performing or in good faith purporting to perform their official duties, to the same extent as if they were a private person or corporation. Filing a claim for damages within the time allowed by law shall be a condition precedent to the commencement of any action claiming damages. The laws specifying the content for such claims shall be liberally construed so that substantial compliance therewith will be deemed satisfactory.

(2) Unless the context clearly requires otherwise, for the purposes of this chapter, "local governmental entity" means a county, city, town, special district, municipal corporation as defined in RCW 39.50.010, quasi-municipal corporation, or public hospital.

(3) For the purposes of this chapter, "volunteer" is defined according to RCW 51.12.035.
[2001 c 119 § 1; 1993 c 449 § 2; 1967 c 164 § 1.]

³² RCW 4.96.041: Action or proceeding against officer, employee, or volunteer of local governmental entity. Payment of damages and expenses of defense.

(1) Whenever an action or proceeding for damages is brought against any past or present officer, employee, or volunteer of a local governmental entity of this state, arising from acts or omissions while performing or in good faith purporting to perform his or her official duties, such officer, employee, or volunteer may request the local governmental entity to authorize the defense of the action or proceeding at the expense of the local governmental entity.

(2) If the legislative authority of the local governmental entity, or the local governmental entity using a procedure created by ordinance or resolution, finds that the acts or omissions of the officer, employee, or volunteer were, or in good faith purported to be, within the scope of his or her official duties, the request shall be granted. If the request is granted, the necessary expenses of defending the action or proceeding shall be paid by the local governmental entity. Any monetary judgment against the officer, employee, or volunteer shall be paid on approval of the legislative authority of the local governmental entity or by a procedure for approval created by ordinance or resolution.

(3) The necessary expenses of defending an elective officer of the local governmental entity in a judicial hearing to determine the sufficiency of a recall charge as provided in RCW 29.82.023 shall be paid by the local governmental entity if the officer requests such defense and approval is granted by both the legislative authority of the local governmental entity and the attorney representing the local governmental entity. The expenses paid by the local governmental entity may include costs associated with an appeal of the decision rendered by the superior court concerning the sufficiency of the recall charge.

(4) When an officer, employee, or volunteer of the local governmental entity has been represented at the expense of the local governmental entity under subsection (1) of this section and the court hearing the

No, budući da se odgovornost ravna prema općim pravilima o odgovornosti za delikte, to u američkom pravu znači da je za ustanovljavanje odgovornosti potrebno ustanoviti postojanje tzv. "*duty of care*", odnosno obveze navodnog štetnika da vodi računa o interesima određenog oštećenika. Tek povreda takve obveze rađa odgovornošću za delikt poznat u angloameričkom pravu kao *negligence*. Postojanje ovakve konkretne obveze mora dokazati tužitelj, a sudovi se pri određenju postoji li ona ili ne, služe tzv. trostrukim testom. To znači da "*duty of care*" postoji ako su ispunjeni sljedeći uvjeti: - ako postoji bliski, neposredni odnos između oštećenika i navodnog štetnika;³³ - ako je navodni štetnik mogao po razumnim kriterijima predvidjeti da će iz njegovog ponašanja nastati ona šteta koja je zaista nastala;³⁴ - ako utvrđenje odgovornosti nije suprotno javnom interesu.³⁵ Budući da u većini slučajeva u kojima je šteta građanima nastala djelovanjem državnih službenika, sudovi, zbog toga što nije zadovoljen jedan od navedenih kriterija, zauzimaju stav da državni službenici ne duguju ovakvu obvezu konkretnoj osobi nego generalno javnosti, građanstvu kao općem pojmu, većina ovakvih zahtjeva za naknadu štete se odbija.³⁶

Osim toga, kako je već spomenuto u svezi s odgovornošću federalne države za rad njenih tijela, i u pravu pojedinih saveznih država se gotovo bez iznimke priznaje imunitet države u slučaju da je šteta nastala u obavljanju tzv. diskrecijskih ovlasti javne vlasti. Tako se smatra da država ne odgovara ako je šteta nastala prilikom obavljanja funkcija koje daju određeni stupanj slobode službenoj osobi, koje joj daju pravo donositi odluke, birati između više alternativnih ponašanja, slobodno procjenjivati odnos rizika i koristi od poduzimanja ili nepoduzimanja radnje, ukratko da planira modalitete poduzimanja službenih radnji, brinući prvenstveno o interesima državne službe, odnosno o javnim interesima. Ako se službena osoba u obavljanju takvih radnji ponašala u okvirima slobode koju joj daju diskrecijske ovlasti dodijeljene joj za obavljanje službene dužnosti, te ako nije postupala s namjerom nanošenja štete, ni država ni sama službena osoba ne odgovaraju za

action has found that the officer, employee, or volunteer was acting within the scope of his or her official duties, and a judgment has been entered against the officer, employee, or volunteer under chapter 4.96 RCW or 42 U.S.C. Sec. 1981 et seq., thereafter the judgment creditor shall seek satisfaction for nonpunitive damages only from the local governmental entity, and judgment for nonpunitive damages shall not become a lien upon any property of such officer, employee, or volunteer. The legislative authority of a local governmental entity may, pursuant to a procedure created by ordinance or resolution, agree to pay an award for punitive damages.

[1993 c 449 § 4; 1989 c 250 § 1; 1979 ex.s. c 72 § 1. Formerly RCW 36.16.134.]

³³ The relationship between the parties;

³⁴ The reasonable foreseeability of the harm to the person injured;

³⁵ Public policy concerns.

³⁶ Više o pojedinim slučajevima u kojima su američki sudovi odbili zahtjev za naknadu štete prouzročene radom državnih tijela pozivom na nedostatak postojanja "*duty of care*", vidi: <http://www.smithtodd.com/torts/ICLEF0.htm>. Governmental Liability Public/Private Duty. Stranica sadrži izvode iz presuda nekoliko saveznih država u povodu sporova između građana i državnih tijela za naknadu štete prouzročene radom državnih tijela.

štetu.³⁷ Odgovornost postoji samo ako se radi o šteti nastaloj u obavljanju tzv. operativnih funkcija koje se sastoje od primjene već prethodno, putem diskrecijskih ovlasti, utvrđenih načina ponašanja u određenim situacijama.³⁸ Drugim riječima, država uživa imunitet od odgovornosti za aktivnosti koje se sastoje u utvrđivanju načina na koji će djelovati (tzv. "*formulation of policy*"),³⁹ ali kada je jednom taj način utvrđen, odgovara za greške i nemar u provedbi utvrđene politike djelovanja (tzv. "*implementation of policy*").

No, pregled stavova sudske prakse i teorije pokazuje da se pojam "diskrecijskih ovlasti" države u američkom pravnom sustavu shvaća veoma široko. Tako se pozivanjem na diskrecijske ovlasti isključuje u velikom broju slučajeva odgovornost za djelovanje policijskih snaga, jer se smatra da one moraju imati slobodu u odlučivanju o metodama kojima će izvršavati svoju zadaću zaštite građana. Isto vrijedi i za djelovanje snaga za zaštitu od požara, pa čak i za službe hitne medicinske pomoći. Ukoliko takva tijela postupaju u skladu s pravilima postavljenim njihovim internim pravilnicima o radu, nema odgovornosti države za štete koje su posljedica njihovih odluka kako pružati pomoć i zaštitu građanima.⁴⁰ Štoviše, odlukom koja

³⁷ Tako vidi: *Idaho Statutes: Title 6: Actions in particular cases: Chapter 9: Tort claims against governmental entities:*

6-904. Exceptions to governmental liability.

A governmental entity and its employees while acting within the course and scope of their employment and without malice or criminal intent shall not be liable for any claim which:

1. Arises out of any act or omission of an employee of the governmental entity exercising ordinary care, in reliance upon or the execution or performance of a statutory or regulatory function, whether or not the statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a governmental entity or employee thereof, whether or not the discretion be abused.

³⁸ Takva argumentacija je veoma česta u presudama američkih sudova. Vidi, presuda Apelacijskog suda države Indijane u slučaju: *Minks v. Pina* (1999) Ind.App., 709 N.E.2d 379 (dostupno na stranici: <http://www.smithtodd.com/torts/ICLEF0.htm>. Governmental Liability Public/Private Duty.):

"Under Peavler, immunity is granted for basic planning and policy-making functions in order to avoid a chilling effect on the ability of the government to effectively deal with difficult policy decisions. Planning activities, which are protected by immunity from suit, are functions involving the formulation of basic policy characterized by official judgment, discretion and the weighing of alternatives and public policy choices. Operational functions, which are not immune, are characterized by the execution or implementation of previously-formulated policy."

³⁹ Tako primjerice *Texas Tort Claims Act* ("TCA") kao dio *Texas Code* u odjeljku: *Civil Practice: Subchapter B: Tort liability of governmental units*, propisuje imunitet od odgovornosti države za tzv. diskrecijske odluke. (Napominjemo da se ista ili slična pravila mogu se naći i u zakonodavstvima drugih saveznih država):

§ 101.056. Discretionary Powers:

This chapter does not apply to a claim based on:

(1) the failure of a governmental unit to perform an act that the unit is not required by law to perform; or
(2) a governmental unit's decision not to perform an act or on its failure to make a decision on the performance or nonperformance of an act if the law leaves the performance or nonperformance of the act to the discretion of the governmental unit.

⁴⁰ Više o ovome i općenito o odgovornosti države za štetu u američkom pravu vidi: Michael

spada u "*formulation of policy*" smatra se i odluka službene osobe (tijela) da u konkretnom slučaju ne poduzme nikakve radnje, tj. da se suzdrži od djelovanja. Posebni propisi većine saveznih država čak izričito isključuju mogućnost da država odgovara za štete koje su posljedica pobuna, masovnih nemira i građanskog neposluha.⁴¹ Država ne odgovara za štete koje su nastale kao posljedica aktivnosti kojima državna tijela odgovaraju na takve događaje pokušavajući ih kontrolirati ili spriječiti, niti odgovara za štete koje su posljedica odluke državnog tijela da uopće ne pokuša kontrolirati nemire.⁴²

Istina, treba napomenuti da i od svih ovih slučajeva u kojima država uživa imunitet od odgovornosti⁴³ postoji izuzetak koji proizlazi iz jednog od općih načela koja ravnaju institutom odgovornosti države za štetu u angloameričkom pravu. Naime, osnovni princip angloameričkog prava u ovoj materiji jest da država odgovara za štetu po istim pravilima po kojima za štetu odgovaraju i privatne osobe. Iz toga proizlazi da će država odgovarati i za one akte svojih službenika za koje inače ne bi odgovarala jer postoji imunitet od odgovornosti, ako ponašanje službenika predstavlja djelo za koje se po nekom posebnom zakonu odgovara.⁴⁴

3.2.2. Posebno o tretmanu šteta od terorističkih akata u pravu SAD-a

Zbog svega ovoga u američkoj pravnoj literaturi i sudskoj praksi, usprkos izuzetnoj težini i aktualnosti problema šteta od terorističkih akata, ne nailazimo, bar za sada, na stajališta koja bi dopuštala mogućnost odgovornosti države za ovakve štete. No, to ne znači da u sudskoj praksi nema slučajeva sporova povodom ovakvih šteta. Budući da su osobe koje su direktno uzrokovale ovakve štete najčešće nepoznate, nedostupne ili insolventne, tužbeni zahtjevi, bilo oštećenika bilo

Shaunessy, *Tort liability of governmental entities under the Texas Tort Claims Act*, Bickerstaff, Heath, Smiley, Pollan, Kever & McDaniel, L.L.P., 1998.

⁴¹ Tako vidi: *Texas Tort Claims Act* ("TCA") kao dio *Texas Code* u odjeljku: *Civil Practice: Subchapter B: Tort liability of governmental units*:

§ 101.057. Civil Disobedience and Certain Intentional Torts

This chapter does not apply to a claim:

(1) based on an injury or death connected with any act or omission arising out of civil disobedience, riot, insurrection, or rebellion; or

(2) arising out of assault, battery, false imprisonment, or any other intentional tort, including a tort involving disciplinary action by school authorities.

⁴² Sudska praksa je u interpretaciji ove odredbe stala na stanovište da je za isključenje odgovornosti države za štetu po čl. 101.057. potrebno da se radi o događajima u kojima sudjeluje velik broj ljudi i njihovo djelovanje mora biti protupravno. Očito je da se smatra da jedino u takvim okolnostima djelovanje policijskih organa ima obilježja djelovanja s diskrecijskim ovlastima. Više vidi: Shaunessy, op. cit.

⁴³ Treba napomenuti da ovo nisu jedini slučajevi u kojima je odgovornost države isključena, ali ostali nisu od značaja za ovaj rad.

⁴⁴ "*Governmental entities, however, do not enjoy immunity from claims arising from tax collection, or the police and fire protection, if the Act or other statute creates liability.*" Vidi: Shaunessy, op. cit.

osiguravajućih kompanija koje su isplatile svote osiguranja, uglavnom se upućuju protiv osoba koje su propustom dužnih mjera osiguranja doprinijele u određenoj mjeri nastanku štetnih posljedica.

Tako je u američkoj sudskoj praksi poznat slučaj u kojem su oštećenici iz bombaškog napada na zgradu *World Trade Center*-a u New Yorku 26. veljače 1993. godine,⁴⁵ uputili tužbeni zahtjev protiv vlasnika zgrade.⁴⁶ No, već i sama priroda ovog tužbenog zahtjeva i stavova izraženih u američkoj sudskoj praksi povodom tog zahtjeva dovoljno govori o tome koliko je američki pravni sustav nesklon priznati odgovornost države za ovakve štete. Naime, vlasnik zgrade je "*Port Authority*" (PA), specijalna vladina ustanova (agencija) osnovana 1921. godine na temelju legislativnog akta dvije države, New York i New Jersey, a s ciljem da upravljanjem Njujorškom Lukom (*Port of New York*) promovira ekonomske interese, kako ovih država, tako i nacije u cjelini. To znači da se radi o subjektu osnovanom prvenstveno u cilju postizanja i zaštite javnog interesa, te da se PA prema stavu američkog zakonodavca i sudske prakse ima smatrati pravnom osobom koja izvršava u biti državnu (*governmental*) funkciju. Tužbeni zahtjev oštećenika o kojemu je riječ nije bio upravljen prvenstveno na naknadu štete pretrpljene od terorističkog akta, nego se zahtijevalo da PA preda zastupniku oštećenika svu dokumentaciju koja se odnosila na sustav i mjere osiguranja zgrade protiv terorističkih akata. Istina, u pozadini tog zahtjeva je svakako bila težnja da se pregledom dokumentacije utvrdi eventualni nemar, a time i odgovornost vlasnika zgrade. Osim toga, jedna od osiguravajućih kompanija koja je isplatila svom osiguraniku naknadu štete pretrpljene u ovom napadu ustala je regresnim zahtjevom protiv PA, te je u tom postupku također zahtijevala predaju navedene dokumentacije.⁴⁷

Glavni predmet ovih sporova tako je postao pravni problem da li je PA kao prvenstveno vladina ustanova dužna predati dokumente koji se mogu smatrati tajnim i čije bi objavljivanje moglo ugroziti javni interes. No, ako i ne ulazimo u to posebno pravno pitanje koje nije od interesa za problem ovog rada, veoma su interesantna razmišljanja prvostupajnske i drugostupajnske presude, kao i gledišta Vrhovnog Suda, koja periferno dodiruju i pitanje moguće odgovornosti PA kao državne ustanove za ovakve štete. Temeljni je problem koji se ovdje postavlja pitanje može li se PA kao državna ustanova u svemu izjednačiti sa svakim privatnim vlasnikom zgrade ili ne. Iako je Apelacioni sud New Yorka u drugostupajnskoj presudi očito smatrao da nema razlike u njihovom položaju i prihvatio zahtjev tužitelja, Vrhovni

⁴⁵ U ovom terorističkom napadu poginulo je šest osoba, brojne osobe su ranjene, a mnogi poslovni prostori su uništeni ili oštećeni.

⁴⁶ Vidi: *IN THE MATTER OF WORLD TRADE CENTER BOMBING LITIGATION. STEERING COMMITTEE (REPRESENTING PLAINTIFFS), RESPONDENTS, v. THE PORT AUTHORITY OF NEW YORK AND NEW JERSEY, APPELLANT*. 93 N.Y.2d 1, 709 N.E.2d 452, 686 N.Y.S.2d 743 (1999). (izvor: <http://www.cornell.edu/ny>)

⁴⁷ *Phoenix Assur. Co., as subrogee of Teleport Communications v The Port Authority of New York and New Jersey*, No. 120788/93.

sud je u svom mišljenju povodom žalbe izrazio stav da pitanje treba ponovno razmotriti i uputio sud da u konkretnim okolnostima pronade ravnotežu između potrebe da se štiti interes privatnih osoba (oštećenika) i javni interes koji bi mogao biti ugrožen objavljivanjem ovakvih dokumenata.⁴⁸ Isto tako, Vrhovni sud je doveo u pitanje rezoniranje drugostupanjskog suda koje je očito utemeljeno na razlikovanju između javne, tj. državne funkcije PA i njenog djelovanja kao nedržavnog subjekta (tj. vlasnika zgrade), te je smatrao da treba uzeti u obzir činjenicu da se ove dvije funkcije obavljaju simultano i da se međusobno mogu prožimati.⁴⁹ U tom kontekstu Vrhovni sud je dotaknuo i generalno pitanje mogućeg imuniteta PA kao državne ustanove od odgovornosti za ovakve štete, i iz cjelokupnog izraženog mišljenja se s velikom izvjesnošću može zaključiti da Vrhovni sud smatra da postoje realne osnove za uspostavljanje tog imuniteta. Očigledno, Vrhovni sud smatra da rješenje tog problema ovisi o odgovoru na pitanje da li se PA mora smatrati državnom ustanovom ili u ovim specifičnim okolnostima nastupa kao privatni vlasnik zgrade. Kako se u svim ostalim točkama mišljenja Suda provlači stav da PA ne može biti potpuno izjednačena s privatnim vlasnicima zgrada, implicate je jasno da sud smatra da PA ima imunitet od odgovornosti.⁵⁰ Taj imunitet se temelji s jedne strane na već spomenutom stajalištu američkog prava da vršenje diskrecijskih ovlaštenja izuzima državna tijela od odgovornosti za štetu, a s druge na argumentu javnog interesa koji mora prevladati nad privatnim interesima.

⁴⁸ Vidi: 93 N.Y.2d 1, 709 N.E.2d 452, 686 N.Y.S.2d 743 (1999). (izvor: <http://www.cornell.edu/ny>)
“... These competing objectives bespeak the weighing and proportionality of redress and access to public, though confidential, information. However, “once it is shown that disclosure would be more harmful to the interests of the government than [nondisclosure would be to] the interests of the party seeking the information, the overall public interest on balance would then be better served by nondisclosure” (id., at 118).

Notably, a mere showing by a private litigant in a civil case that information sought would be helpful to secure “useful testimony” is not enough to override a demonstrated or manifest potential harm to the public good (see, id., at 118). Rather, a court must calibrate the need of a litigant for information with the government’s duty to try to prevent similar occurrences and to maintain the public peace and welfare (see, id., at 118). “

⁴⁹ 93 N.Y.2d 1, 709 N.E.2d 452, 686 N.Y.S.2d 743 (1999). (izvor: <http://www.cornell.edu/ny>)
“In this regard, we note that the Appellate Division decision was pegged to a distinction between the PA’s “general” functioning as a governmental agency, and its functioning, in connection with this matter, in a non-governmental capacity. Moreover, the Appellate Division did not sufficiently appreciate or attend to the nuance and subtlety of the continuum of governmental and proprietary functions that may overlap (see, *Miller v State of New York*, 62 NY2d 506, 512).”

⁵⁰ 93 N.Y.2d 1, 709 N.E.2d 452, 686 N.Y.S.2d 743 (1999). (izvor: <http://www.cornell.edu/ny>)
“The Appellate Division may also have conflated the test for whether the public interest privilege attaches with the standard for determining whether the PA could be immunized from liability as a State agency (compare, *Cirale v 80 Pine St. Corp.*, supra, with *Clinger v New York City Tr. Auth.*, 85 NA2d 957, and *Miller v State of New York*, 62 NY2d 506, supra; see also, *Clark-Fitzpatrick, Inc. v Long Is. R. R. Co.*, 70 NA2d 382). Notably, nothing requires a defendant to establish immunity from liability as a prerequisite to qualifying for an otherwise available privilege at the pretrial discovery stage.”

Zbog svega navedenoga ne začuđuje da se u američkom pravu problem odgovornosti za štete od terorističkih akata uglavnom pojavljuje kao pitanje vezano za odgovornost zbog propusta mjera osiguranja, i s tim u vezi za institut osiguranja od šteta. To postaje posebno aktualno nakon 11. rujna 2001. godine, od kada je u SAD-u uslijedila vrlo intenzivna zakonodavna aktivnost na ovom polju. Neposredno nakon 11. rujna izvršene su izmjene u *The Airline Stabilization Act*, koji regulira odgovornost zračnih prijevoznika za štete, ali izmjene se odnose samo na odgovornost za štete nastale u ovom konkretnom terorističkom napadu. Utvrđeno je da zračni prijevoznici odgovaraju žrtvama za ove štete samo do iznosa do kojih su pokriveni ugovorima o osiguranju od odgovornosti. Ujedno je federalna vlada ponudila svim žrtvama napada 11. rujna, koje su pretrpjele osobne štete, punu naknadu štete iz vladinih fondova ukoliko ne ustanu tužbom protiv zračnih prijevoznika.⁵¹

Ovim izmjenama američka je vlada očito htjela postići dva cilja. S jedne strane zaštititi zračne prijevoznike od ogromnih zahtjeva za naknadu štete ukoliko se utvrdi da je njihovim propustom došlo do štetnog događaja, a ujedno pružiti i punu zaštitu onim žrtvama napada koje su pretrpjele najteže gubitke. Nedugo nakon toga ovaj je zakon još jednom mijenjan na način da su gore navedene izmjene proširene i u korist proizvođača aviona, vlasnika zračnih luka Newark i Logan, svih onih koji imaju vlasništvo u WTC-u i Grada New Yorka.⁵² Razlozi su razvidno isti kao i u slučaju prve izmjene i može se reći da imaju "ograničeni" cilj, tj. sanirati na najbolji mogući način štetne posljedice događaja od 11. rujna, kako za poslovni svijet, tako i za žrtve terorističkog napada.

Drugi dio reforme američkog prava uslijedio je u 2002. godini usvajanjem "*Terrorism Risk Insurance Act of 2002*",⁵³ usmjerenog na zaštitu osiguravatelja koji su nakon događaja 11. rujna pretrpjeli ozbiljan udar.⁵⁴ Naime, nakon 11. rujna postalo je jasno da većina osiguravatelja i reosiguravatelja ne može podnijeti teret ovakvih šteta i da će to u temeljima uzdrmati ovu poslovnu granu. S druge strane, premije za osiguranje od šteta nastalih terorističkim aktima, ukoliko se osiguravatelji uopće odluče da ih uključuju u police osiguranja, toliko su porasle da su postale gotovo potpuno nedostupne većini osiguranika. Zbog toga novi zakon predviđa da će federalna država, tj. Ministarstvo financija, pokrivati 90% zahtjeva prema osiguravateljima za naknadu šteta koje proizlaze iz terorističkih akata u zakonom

⁵¹ O ovom pitanju više vidi: Anthony J. Sebok, *Why Congress Should Reject The Republicans' Proposal To Limit All Future Terrorism Victims' Liability To Seek Compensation In Court*, (izvor: tsebok@findlaw.com)

⁵² Vidi: ibidem.

⁵³ Zakon je usvojen i stupio je na snagu 26. studenoga 2002. godine. Službeni tekst vidi: http://www.zurichlondon.co.uk/pdfs/TRIA2002_v1.pdf

⁵⁴ Više vidi: Anthony J. Sebok, *Tagging Tort Reform On To A Terrorism Bill: Why The Terrorism Risk Insurance Act Of 2002 Is Still Stalled In Congress, Limiting Our National Preparedness*, tsebok@findlaw.com

određenom periodu, tj. odvojeno za svaku kalendarsku godinu, a koji prelaze iznos od 1 milijarde dolara za čitavu poslovnu granu osiguranja ili 100 milijuna dolara za pojedinačnog osiguravatelja. Ujedno se odgovornost osiguravatelja i Ministarstva financija ograničava gornjim limitom od 100 milijardi dolara za svaki period. Ovim zakonom ozbiljno su ograničena i neka druga prava koja bi žrtve delikata imale prema općim pravilima deliktne prava, pa se tako isključuje odgovornost za nematerijalne štete, ne postoji mogućnost dosuđivanja tzv. *punitive damages*,⁵⁵ a svi postupci se vode pred federalnim sudovima. Sve su ove odredbe usmjerene na to da omoguću osigurateljima sniziti premije osiguranja za one grane poslovanja za koje se može očekivati da snose odgovornost za štete iz terorističkih akata zbog propusta dužnih mjera osiguranja protiv takvih događaja.

Sve ovo veoma ilustrativno govori o stavu američkog prava prema odgovornosti za štete od ovakvih događaja, tj. očito je da se smatra da jedino vlasnici objekata koji su pogođeni terorističkim aktima⁵⁶ ili objekata koji su upotrijebljeni za izvođenje tih akata,⁵⁷ mogu, naravno pored samih počinitelja, odgovarati za ovakve štete.⁵⁸

4. Hrvatsko pravo

4.1. Općenito o institutu odgovornosti države za štete od terorističkih akata

U hrvatskom je pravu situacija s institutom odgovornosti države za štete od terorističkih akata veoma specifična. Prema današnjem stanju zakonodavstva ne postoje posebne odredbe koje bi govorile o ovom posebnom obliku odgovornosti za štete, ali, do izmjena ZOO-a izvršenih 1996. godine,⁵⁹ u našem je pravu postojao poseban institut odgovornosti države za štete od terorističkih akata, javnih demonstracija i manifestacija.⁶⁰ Zakon o obveznim odnosima je od svog donošenja 1978. godine sadržavao pravila o ovoj odgovornosti, uvrštena u poseban odsjek odjeljka koji se bavi prouzrokovanjem štete kao jednim od izvora obveza. U ovom, šestom odsjeku zakon je uredio neke posebne slučajeve odgovornosti koji po svojim

⁵⁵ Oblik naknade karakterističan za angloameričko deliktne pravo, a koji ima prvenstveno kazneno značenje.

⁵⁶ Poslovne i stambene zgrade, restorani, kina, aerodromi, luke i sl.

⁵⁷ Zračni i drugi prijevoznici, proizvođači aviona i drugih sredstava prijevoza, poslovni subjekti koji se bave djelatnošću osiguranja objekata i osoba i sl.

⁵⁸ O problemu smanjenja rizika od terorističkih akata u takvim objektima i poslovnim zgradama vidi: Nicole Belson Goluboff, *Passing Terrorism Insurance Legislation: How Telework And Flextime Work Arrangements Can Help*, (izvor: <http://writ.news.findlaw.com/contributors.html#g>)

⁵⁹ Zakon o izmjeni Zakona o obveznim odnosima, N.N. 7/96.

⁶⁰ Čl. 180. ZOO-a, koji je izmjenama izvršenim donošenjem Zakona o izmjeni ZOO-a iz 1996. godine brisan iz teksta Zakona.

karakteristikama odudaraju više ili manje od općih pravila o odgovornosti za štetu.⁶¹ Za sve te posebne slučajeve odgovornosti karakteristično je da do donošenja ZOO-a nisu bili posebno regulirani, te su ova pravila na određeni način predstavljala novost u tadašnjem pravu. Naravno, može se argumentirano tvrditi da bi se neki, ili čak svi, ovi posebni slučajevi odgovornosti za delikt mogli u konkretnim slučajevima nastalih šteta deducirati iz općih pravila o odgovornosti za štetu, naročito ako je ta odgovornost postavljena onako široko kako je postavljaju odredbe ZOO-a. No, zakonodavac je očito želio donošenjem posebnih pravila naglasiti stav o nužnosti da se za ovakve štete odgovara i osigurati da odgovornost određenih subjekata u nekim posebnim okolnostima ne bude prepuštena sudskoj interpretaciji općih pravila o odgovornosti. Kako se ponekad ističe u pravnoj znanosti, radilo se o situacijama u kojima, prema stavu zakonodavca, građanima treba pružiti pojačanu zaštitu.⁶²

Posebna pravila o odgovornosti države za štete od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija nisu bila samo novost u našem pravnom sustavu, nego je to bio, koliko je nama poznato, prvi put da je jedan građanski zakon donio izričita pravila o ovom obliku odgovornosti.⁶³ Ni pravna znanost, ni sudska praksa, ni kod nas ni u svijetu, nisu se do tada šire bavile ovim posebnim problemom. Tekst ZOO-a iz 1978. godine ovu odgovornost uredio je u čl. 180. na sljedeći način:

Čl. 180: Odgovornost uslijed terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija

Za štetu nastalu smrću ili tjelesnom povredom uslijed akata nasilja ili terora, kao i prilikom javnih demonstracija i manifestacija, odgovara društveno-politička zajednica čiji su organi po važećim propisima bili dužni spriječiti takvu štetu.

Ovako utvrđeno pravilo o odgovornosti za terorističke akte mijenjano je izmjenama ZOO-a 1985. godine,⁶⁴ a među uvedenim izmjenama svakako je najznačajnija ona koja proširuje krug šteta, tako da država odgovara ne samo za smrt i tjelesne povrede, nego i za štete nastale oštećenjem ili uništenjem imovine fizičkih osoba. Nakon izmjena tekst čl. 180 glasio je:

Čl. 180: Odgovornost uslijed terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija:

- (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

⁶¹ Tako su u ovaj Odsjek pored pravila o odgovornosti države za štete od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, uvrštena pravila o odgovornosti organizatora priredbi, pravila o odgovornosti zbog uskraćivanja neophodne pomoći, odgovornosti u svezi s obvezom zaključenja ugovora, te odgovornosti u svezi s vršenjem poslova od općeg interesa.

⁶² Takov vidi: V. Stanković, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, (Redaktori: S. Perović i D. Stojanović), knjiga I, 1980., str. 534.

⁶³ Tako: D. Nikolić, Posebna odgovornost za štetu od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, Pravni život (Knjiga o desetogodišnjici ZOO-a), II Tom, 1988., str. 607-617.

⁶⁴ Zakon o izmjenama i dopunama ZOO-a, Sl. list SFRJ 39/85

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.

Republika Hrvatska je 1991. godine preuzela ZOO kao svoj propis, donošenjem Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima.⁶⁵ Tim zakonom tekst ovog članka nije mijenjan.

4.2. Elementi odgovornosti

4.2.1. Štetna radnja

Osnovano se može zaključiti da je zakonodavac ovaj poseban slučaj odgovornosti izdvojio iz općih pravila o odgovornosti za delikte prvenstveno zbog specifičnosti događaja u okviru kojega je šteta nastala. Zakon te događaje i situacije definira kao akte nasilja, terorističke akte, javne manifestacije i demonstracije. O određenju ovih pojmova bilo je dosta rasprava u pravnoj teoriji, a neke od njih su dijelom uzrokovane nedovoljnom preciznošću zakonske odredbe te određenim neslaganjima između naslova članka 180. i teksta članka. Naime, u tekstu članka se između ostalog govori i o štetama nastalim od "akata nasilja", koji nisu spomenuti u naslovu članka.⁶⁶ Ali, kako se ističe u pravnoj teoriji,⁶⁷ naslov članka ne mora egzaktno, tj. potupno i u svim elementima odražavati sadržaj pravne odredbe izražene u tekstu članka, tako da propust da se spomenu akti nasilja u naslovu ne znači da oni nisu obuhvaćeni ovom odredbom. No, značajniji problem koji se pojavio u interpretaciji ove odredbe jest kako u kontekstu čl. 180. treba razumjeti izraz "akti nasilja". Pravna teorija je suglasna da u ovom slučaju termin "akti nasilja" treba razumjeti u užem smislu riječi, odnosno da ga treba tumačiti sistematski, tj. usko vezano za drugu spomenutu situaciju, a to su akti terora. Namjera zakonodavca nije bila ustanoviti odgovornost države za sve štete koje su nastale od akata nasilja, jer bi to značilo apsurdno proširenje odgovornosti države na svaku štetu koja je povezana s nasilničkim ponašanjem bilo kojeg štetnika. Pojam "akti nasilja" ovdje treba

⁶⁵ Zakon o preuzimanju ZOO-a, NN 53/91.

⁶⁶ Osim toga, u tekstu članka je između "manifestacija" i "demonstracija" veznik *i*, a u naslovu veznik *ili*.

⁶⁷ Petar Klarić, *Ratna šteta i štete nastale zbog akata nasilja ili terora te prilikom javnih demonstracija*, Zbornik radova: Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 1993., str. 83.

razumjeti isključivo kao pobliže određivanje smisla pojma “terora”, odnosno “terorističkog akta”. Zakon govori o nasilju kao elementu terorističkog akta, tj. nasiljem u smislu čl. 180. mogu se smatrati samo oni akti nasilja koji su dio pojma terorističkog akta.⁶⁸ Takvo shvaćanje odredbe čl. 180., bez obzira što je tekst norme dosta nespretno redigiran, pa na razini jezičnog tumačenja otvara mogućnosti i za drukčije stavove, proizlazi iz smisla čitavog instituta, čija je svrha pojačana zaštita građana baš od specijalnog oblika nasilja, tj. nasilja kao načina izvršenja terorističkih akata. Posredno u prilog takvog stava govori i činjenica da zakon državu čini odgovornom za štete od akata nasilja *ili* terora, a ne nasilja *i* terora, dakle da ta dva pojma usko povezuje, a ne odvaja ih kao posebne izvore šteta.⁶⁹

Pravna teorija je u visokoj mjeri suglasna i oko tumačenja pojma “terorističkog akta” kao uvjeta za primjenu odredbe iz čl. 180. Tako se ističe da se terorističkim aktima mogu smatrati samo akti koji zadovoljavaju određene kriterije. Mora se u prvom redu raditi o aktima nasilja, tj. aktima nanošenja zla, koji rezultiraju bilo fizičkim ili psihičkim patnjama, bilo uništenjem ili oštećenjem imovinskih dobara. Akt nasilja može biti upravljen protiv velikog broja osoba istovremeno, dakle imati karakteristike masovnog akta nasilja, ili protiv pojedinaca. No, ono što određuje takav akt jest da on u pravilu nije upravljen na poimence, tj. osobnim svojstvima ili osobnim odnosom s počiniteljima određene žrtve, već da se žrtve biraju nasumce. Identitet žrtve u pravilu je za aktere terorističkih akata potpuno nebitan, zlo koje im se nanosi samo je sredstvo da se postignu određeni ciljevi koji s konkretnom osobom žrtve nemaju direktne veze. Ovdje je potrebno napomenuti da je ova karakteristika terorizma, tj. da on svoje žrtve određuje nasumce, samo generalna tendencija, a ne nužno i *conditio sine qua non* pojma terorističkog djelovanja. Naime, i kada su žrtve odabrane zbog nekih svojih osobnih svojstava ili osobnih odnosa s akterima terorističkih napada, ako akt nasilja prema tako odabranim osobama zadovoljava ostale kriterije, može se raditi o terorističkom aktu.⁷⁰

Ono što je bitno obilježje ovih akata, bez obzira na način izbora žrtava, jest da se uvijek vrše s neposrednim ciljem izazivanja straha, panike, osjećaja osobne i imovinske nesigurnosti kod određenih osoba, pojedinih skupina građana, ili pak javnosti u cjelini. Taj neposredni cilj nasilnih akata je u funkciji realizacije onog temeljnog cilja terorističkog djelovanja, a to je ostvarenje određenih političkih ili

⁶⁸ Tako vidi: Klarić, op. cit. str. 84-85; Zoran Tomić, *Odgovornost usled terorističkih akata javnih demonstracija ili manifestacija*, Predlog za izmenu i dopunu člana 180. Zakona o obligacionim odnosima, Pravni život, god. XXXII 8-9/1982., str. 876-878.; Mirsa Mijačić-Cvetanović, *Odgovornost društveno-političke zajednice za štetu nastalu usled terorističkih akata*, javnih demonstracija ili manifestacija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1985./XXV, str. 120-121.; Nikolić, op. cit. str. 613.; Stanković, op. cit. str. 535-536.

⁶⁹ Osim toga, kako se ističe u pravnoj teoriji, takvo tumačenje onda objašnjava razliku između teksta i naslova čl. 180., naime činjenicu da u naslovu zakon ne spominje posebno “akte nasilja”, jer to nije ni potrebno budući da je nasilje integralni dio pojma terorističkog akta, koji je apostrofirao u naslovu. Vidi: Klarić, op. cit. str. 84-85.

⁷⁰ Tako i: Klarić, op. cit. str. 85.

socijalnih ciljeva, odnosno usmjeravanje razvoja događaja u jednoj zajednici u pravcu promjene političke, socijalne, gospodarske, nacionalne, vjerske ili neke druge strukture društva, odnosno države.⁷¹ To znači da je terorističko djelovanje uvijek usmjereno protiv državnih interesa, protiv stabilnosti državnog poretka, a ne protiv osobnih interesa konkretnih žrtava. Upravo u ovoj specifičnosti ciljeva terorističkih akata pravna teorija nalazi i opravdanje za odgovornost države za štete proizašle iz njih. Ističe se naime da su oštećenici "žrtve u ime društva čiji su pripadnici", pa "nema opravdanja da teret padne samo na njih."⁷²

Pojmovi demonstracija i manifestacija iz čl. 180. također su bili predmet analize koja je ponekad dovodila do određenih različitosti u stavovima pravne znanosti. Dio teorije ova dva pojma razlikuje, smatrajući da se demonstracijama izražava javno nezadovoljstvo, a manifestacijama javna podrška,⁷³ dok većina smatra da se, iako postoje određene etimološke razlike i razlike u svakodnevnom shvaćanju ovih termina, radi o bitno istim pojmovima. Odlučujuće je po njihovim shvaćanjima da se i u jednom i u drugom slučaju radi o javnom, i to kolektivnom, masovnom iskazivanju određenog stava, pozitivnog ili negativnog, prema određenom događaju, stanju, osobi i sl.⁷⁴

4.2.2. *Osoba štetnika i odgovorna osoba*

Štetnici su osobe koje su izvršile teroristički akt te osobe koje su sudjelovale u javnim demonstracijama i manifestacijama uslijed kojih je nastala štetna posljedica. Odgovornost tih osoba nije bila predmet regulacija čl. 180., oni odgovaraju za svoje radnje prema općim pravilima o odgovornosti za delikte, a ovaj poseban slučaj odgovornosti bila je još jedna od onih situacija u kojima ZOO predviđa odgovornost za štetne radnje drugoga. Država ("društveno-politička zajednica") odgovarala je na temelju čl. 180. za štetne radnje osoba koje su sudjelovale u aktima koji se mogu okvalificirati kao teroristički akti, demonstracije i manifestacije. To znači da se nije odgovaralo za štete koje bi prouzrokovale osobe koje nisu sudionici ovakvih događaja, nego su primjerice za vrijeme takvih događaja iskoristile situaciju da bi prouzročile štetu drugome, a pri tom su nastupali potpuno samostalno i nezavisno od ciljeva terorističkih akata, javnih manifestacija i demonstracija.

Sporno je bilo u starijoj literaturi koja se bavila ovim problemom odgovara li država i za štete koje su građanima prouzrokovali pripadnici državnih tijela koji su sudjelovali u suzbijanju ili kontroliranju ovakvih događaja, a pri tom su postupali

⁷¹ Ovaj element pojma terorizma, tj. njegove bitno političke ciljeve, posebno apostrofiraju gotovo sve definicije terorizma u različitim međunarodnim konvencijama ili rezolucijama posvećenim borbi protiv terorizma. Više vidi: Derenčinović, op. cit. str. 552sq.

⁷² Tomić, *Odgovornost usled...*, op. cit. str. 874.

⁷³ Branko Jakaša, *Nekoliko pitanja temelja vanugovorne odgovornosti u Zakonu o obveznim odnosima*, *Naša zakonitost*, 6/1979 str. 85.

⁷⁴ Tako: Klarić, op. cit. str. 85-87; Tomić, *Odgovornost usled...*, op. cit. str. 877; Nikolić, op. cit. str. 614.

zakonito i pravilno. Po jednom mišljenju, država za takve štete ne odgovara,⁷⁵ dok drugi smatraju da ova pojačana odgovornost države mora obuhvatiti i takve štete.⁷⁶ Razlika u stajalištima očigledno proizlazi iz različitog shvaćanja općeg smisla i svrhe čitavog instituta. Naime, oni koji se zalažu proširenje pojma štetnika za koje država odgovara očito smatraju da u prvi plan treba staviti interes oštećenika i da mu treba pružiti sveobuhvatnu, i to pojačanu zaštitu, čak i preko onoga što bi zahtijevala redovna pravila o odgovornosti za delikt.

Definiranje odgovorne osobe u zakonu je veoma jasno, to je ona jedinica državne vlasti ("društveno-politička zajednica") koja je, prema propisima koji su na snazi, bila dužna spriječiti ovakve štete. To znači da su po nekadašnjim propisima o nadležnosti odgovorne bile općine na čijem teritoriju je štetni događaj nastao.⁷⁷ Budući da hrvatski zakonodavac nije mijenjao redakciju ovog članka, a da po Ustavu RH ne postoje "društveno-političke zajednice", jasno je da je ovu odredbu u hrvatskom pravu trebalo tumačiti na način da je za štetu odgovorna Republika Hrvatska, jer su njeni organi dužni osiguravati red.⁷⁸ Za štetu je naravno mogao odgovarati i sam štetnik, ali njegova odgovornost nije isključivala odgovornost države.⁷⁹

4.2.3. *Štete za koje se odgovara*

Što se tiče kruga šteta za koje se odgovaralo, već je rečeno da je prvi tekst zakona obuhvaćao samo štete nastale smrću ili tjelesnom povredom. Država je odgovarala po općim pravilima građanskog prava, što znači kako za materijalne štete, uključivši i izmaklu dobit, tako i za nematerijalne štete, pod uvjetom da su nastale kao posljedica povrede ili smrti fizičke osobe. Iako su neki prijedlozi Zakona o obligacijama i ugovorima iz 1975. godine predviđali i odgovornost države za štete na materijalnim dobrima, takav stav je u konačnoj redakciji teksta zakona odbačen, vjerovatno zato što se nije željelo suviše proširiti odgovornost države, tj. smatralo se

⁷⁵ Jakaša, op. cit., str. 86.

⁷⁶ Zoran Tomić, *Odgovornost društveno-političke zajednice za štetu prouzrokovanu prilikom javnih manifestacija u pravu SFRJ*, Beograd, 1982., str. 97.; Nikolić, op. cit. str. 609.

⁷⁷ Iznimno, odgovorna je mogla biti i federacija, pod uvjetom da se radilo o terorističkom aktu koji je organiziran u inozemstvu, a dogodio se na teritoriju tadašnje države, budući da je federacija po Ustavu bila nadležna za provođenje mjera sigurnosti i kontrole državne granice. Tako vidi: M. Mijačić-Cvetanović, *Odgovornost društveno-političke zajednice za štetu nastalu usled terorističkih akata*, javnih demonstracija ili manifestacija, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1985./XXV, str. 123.

⁷⁸ Tako vidi: Ivica Crnić, *Odgovornost države za štetu*, *Godišnjak 2, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Organizator, Zagreb, 1995., str. 127.

⁷⁹ Interesantno je da je u Nacrtu i Prijedlogu Zakona o obligacijama i ugovorima bio predviđen i stavak koji je isključivao odgovornost države u slučaju da je poznat stvarni štetnik ili ako je postojala druga osoba odgovorna za ovu štetu po općim pravilima o odgovornosti za štetu. Država je i u tim slučajevima, prema Nacrtu i Prijedlogu, mogla odgovarati jedino ako je bilo očigledno da se od tih osoba ne može ostvariti naknada štete. Ovaj stavak Prijedloga Zakona o obligacijama i ugovorima nije prihvaćen prilikom donošenja ZOO-a. Vidi: *Nacrt Zakona o obligacijama i ugovorima*, 1976., čl. 157.

da je dovoljno da država ovu pojačanu zaštitu pruža samo u svezi onim štetama koje najteže pogađaju interese građana.

Do proširenja kruga šteta za koje je država odgovarala došlo je izmjenama ZOO-a iz 1985. godine. Ove su izmjene bile direktna posljedica političkih događaja i previranja u SAP Kosovo iz 1981. godine.⁸⁰ U nemirima na Kosovu nastale su brojne štete, i to kako na osobama, tako i neposredno na imovinskim dobrima fizičkih i pravnih osoba. Budući da za takve štete država nije odgovarala, uslijedila je vrlo intenzivna aktivnost usmjerena na promjenu zakona.⁸¹ U pravnoj literaturi koja je podržavala ovakva razmišljanja isticalo se da postojeće rješenje zakona nije u skladu s ustavnim načelima, posebno s načelom jedinstvene zaštite ljudi i imovine, te s načelom solidarnosti i uzajamnosti, koje zahtijeva da društvena zajednica (tj. država) snosi štetu prouzrokovanu pojedincu ovakvim događajima.⁸² Izmjenama i dopunama ZOO-a, izvršenim 1985. godine, prihvaćeni su ovakvi zahtjevi na način da je pojam šteta za koje država odgovara proširen i na štete nastale "oštećenjem odnosno uništenjem imovine fizičke osobe". No, obzirom da je ova izmjena bila potaknuta ne samo načelnim razlozima,⁸³ nego prvenstveno potrebom da se odgovori na konkretan problem šteta iz događaja 1981. godine, zakonodavac je odstupio od načela da pravni propisi proizvode djelovanje samo od dana stupanja na snagu i propisao da navedene izmjene čl. 180. imaju retroaktivno djelovanje, tj. da se odredbe izmijenjenog čl. 180. primjenjuju na sve štete nastale od 1.1.1981. godine, a ne od dana stupanja na snagu Zakona od izmjenama i dopunama ZOO-a.⁸⁴

4.2.4. *Tko ima pravo na naknadu*

Određenje kruga šteta za koje se odgovara određuje i krug osoba koje imaju pravo tražiti naknadu štete po čl. 180. Po prvoj verziji čl. 180., koja je vrijedila do izmjena iz 1985. godine, odnosno praktički do 1.1.1981. godine zbog retroaktivnog

⁸⁰ Može se s dosta sigurnosti reći da do ovih događanja u sudskoj praksi Jugoslavije gotovo da i nije bilo ozbiljnih slučajeva primjene odredaba čl. 180.

⁸¹ Neki su prijedlozi bili usmjereni na to da se odgovarajućim izmjenama u pravnom sustavu riješi samo konkretan problem šteta nastalih vezano za politička događanja u SAP Kosovu 1981. godine, tj. predlagalo se donošenje posebnog zakona koji bi samo za ovaj slučaj proširio odgovornost države i na štete na materijalnim dobrima pravnih i fizičkih osoba. No, takvi prijedlozi nisu prihvaćeni jer se smatralo da se time narušava načelo jednakosti građana pred zakonom, a osim toga, time se ne bi trajno i na generalnoj razini riješio problem različitog tretmana šteta na nematerijalnim i materijalnim dobrima. Više vidi: Nikolić, op. cit. str. 612.

⁸² Tako: Tomić, *Odgovornost usled...*, op. cit. str. 874sq.; Mijačić-Cvetanović, op. cit. str. 118-120; Nikolić, op. cit. str. 613.

⁸³ Interesantno je da do događaja na Kosovu 1981. godine nitko u pravnoj literaturi ni u sudskoj praksi nije ovo razlikovanje tretmana različitih izvora štetnih posljedica isticao kao loše rješenje, dapače, takav stav zakonodavca se prihvaćao kao sasvim opravdan. Više o takvim stavovima koji su prevladavali do 1981. godine, vidi: Nikolić, op. cit. str. 612.

⁸⁴ Čl. 6. Zakona o izmjenama i dopunama ZOO-a (Sl. l. SFRJ 39/85.), koji je stupio na snagu 3.8.1985. godine.

djelovanja Zakona o izmjenama i dopunama ZOO-a, oštećenici su mogle biti samo fizičke osobe. Istina, zakon nije sadržavao izričitu odredbu koja bi ovako ograničavala krug oštećenika, ali vezivanje odgovornosti samo za štete od smrti i tjelesnih povreda uvjetuje i ovakvo ograničenje kruga mogućih oštećenika. Nakon izmjena taj se krug nije proširio, jer sada zakon izričito predviđa da država odgovara samo za štete koje pretrpe fizičke osobe.

Štete koje pretrpe sami sudionici, organizatori, pomagači, podstrekači i sl. ovakvih događaja, prva redakcija čl. 180. uopće ne spominje, a u pravnoj teoriji se jednodušno smatra da odgovornost države ne obuhvaća takve štete. To je naravno potpuno jasno i nedvojbeno ako se radi o osobama koje su na bilo koji način sudjelovale u izvršenju terorističkih akata, budući da se radi o eklatantnom primjeru protupravnog postupanja, a iz protupravne radnje nitko ne može crpiti pravo na naknadu štete. No, problem eventualno može nastati ukoliko se radi o šteti koju je pretrpio sudionik javnih manifestacija ili demonstracija koje su prethodno odobrila državna tijela. Može li se smatrati da je država, odobravanjem takvih postupanja, time ujedno i preuzela odgovornost za sve štete? O tom se problemu nije puno raspravljalo, ali neki autori ističu⁸⁵ da bi u tom slučaju trebalo primijeniti odredbe čl. 181. ZOO-a koje govore o odgovornosti organizatora javnih priredbi, tj. da bi sudionicima morao odgovarati organizator javnih manifestacija ili demonstracija.⁸⁶ Očito je dakle, da teorija ipak državu ne smatra odgovornom i za ovakve štete, tj. da negativno odgovara na ovo pitanje, bilo time što ovo pitanje sasvim prešućuje, bilo time što odgovornost za takve štete traži u drugim institutima.

No, da se o odgovornosti za štete koje nastanu samim sudionicima ovakvih događanja ipak razmišljalo, pokazuju izmjene ZOO-a iz 1985. godine. Zakonodavac je naime izmjenama u tekst čl. 180. uvrstio posebno pravilo koje izričito isključuje odgovornost države za štete koje od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija nastanu organizatorima, sudionicima, podstrekačima i pomagačima.⁸⁷ Ali, interesantno je da je, uz pojam "manifestacija i demonstracija" za štete od kojih se ovim osobama ne odgovara, uvrstio i jedno posebno obilježje, tj. naveo je da se radi o takvim "...manifestacijama i demonstracijama koje su usmjerene na podrivanje ustavom utvrđenog društvenog uređenja...".⁸⁸ Iz toga bi se možda moglo posredno zaključiti da je zakonodavac imao na umu upravo ono gore spomenuto razlikovanje između odobrenih i neodobrenih manifestacija i demonstracija, ili

⁸⁵ Vidi: Mijačić-Cvetanović, op. cit. str. 121-122.; Stanković, Komentar Zakona..., op. cit. str. 536.

⁸⁶ Opravdanost ovog stava zavisi u prvom redu od tumačenja pojama "organizatora priredbi" u smislu odredaba čl. 181. ZOO-a, tj. postavlja se pitanje može li se organizator javnih demonstracija ili manifestacija, čak i onda kada postoji, jer ovakvi događaji često nastaju spontano i neorganizirano, smatrati "organizatorom priredbi". Drugim riječima, obuhvaća li *ratio legis* odredbe o odgovornosti organizatora priredbi iz čl. 181. ZOO-a, i ovakve skupove kao "priredbe"?

⁸⁷ Stavak 2. čl. 180.

⁸⁸ Jezično tumačenje norme ukazuje da se ovo posebno obilježje ne odnosi i na "akte nasilja i terora", nego samo na javne demonstracije i manifestacije.

barem da dopušta razlikovanje između pojedinih slučajeva koji spadaju u širi pojam "manifestacija i demonstracija". Ovo posebno inzistiranje na specifičnom cilju manifestacija i demonstracija može se tumačiti i kao dodatno podcrtavanje osnovnog *ratio legis* ovog posebnog slučaja deliktne odgovornosti, tj. naglašavanje još jednom da se čitav institut odnosi samo na one događaje koji su povezani zajedničkim obilježjem, što je inače temeljna karakteristika terorističkih akata, a to je namjera ostvarenja političkih ciljeva.

4.2.5. *Odgovornost*

Odgovornost države za ove štete je i po prvoj i po drugoj redakciji čl. 180. uvijek primarna i direktna objektivna odgovornost. To znači da država odgovara za ovakve štete bez obzira jesu li su počinitelji poznati, dostupni tijelima gonjenja, jesu li u konkretnim okolnostima slučaja odgovorni za delikt i u kojoj su mjeri u stanju naknaditi štetu. Odgovornost države naravno ne isključuje odgovornost samih štetnika. Štetnik odgovara za štetu po općim pravilima ZOO-a o odgovornosti za delikte, što će u slučajevima terorističkih akata uvijek značiti objektivnu odgovornost, budući da se radi o opasnim djelatnostima ili upotrebi opasnih stvari. S druge strane, sudjelovanje u aktivnostima kao što su javne manifestacije i demonstracije ne znači samo po sebi obavljanje opasne djelatnosti, što znači da bi odgovornost štetnika za takve akte bila subjektivna, osim ako u okolnostima konkretnog slučaja nisu ispunjeni uvjeti za primjenu pravila o objektivnoj odgovornosti.⁸⁹

Što se tiče odnosa štetnika i države, ukoliko je u konkretnom slučaju štetnik poznat i odgovoran, zakon posebno ne određuje odgovaraju li država i štetnik oštećeniku za štetu solidarno ili odvojeno. No, pozivajući se na primjenu općih pravila o solidarnoj odgovornosti, tj. odredbe koja kaže da će za štetu solidarno odgovarati osobe koje su štetu uzrokovale radeći nezavisno jedna od druge, ali se ne mogu utvrditi njihovi udjeli u uzrokovanoj šteti,⁹⁰ pravna teorija jednoglasno brani stav da će i u ovom slučaju država i štetnik oštećeniku odgovarati solidarno.⁹¹ Država naravno uvijek ima pravo regresirati se od štetnika za sve isplaćene iznose naknade štete. Ovo pravo država ima prema štetniku, tj. osobi koja je izvršila protupravnu radnju, po općim pravilima o odgovornosti za drugoga, i prema tome mogla ga je ostvarivati i bez posebnog apostrofiranja tog prava u čl. 180.⁹² No, zanimljivo je da izmjene ZOO-a iz 1985. godine ne samo što posebno naglašavaju pravo države na

⁸⁹ Tako: Jakaša, op. cit. str. 86.

⁹⁰ Čl. 206./3 ZOO-a

⁹¹ Tako vidi: Jakaša, op. cit. str. 85; Nikolić, op. cit. str. 616; Ivica Crnić, *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, 1987./9.-10., str. 1090.; Crnić, *Odgovornost države za štetu*, op. cit., str. 128.

⁹² Čl. 180. ZOO-a u prvoj redakciji iz 1978. g. ne spominje posebno ovo ovlaštenje.

regres prema štetniku, nego nameću državi ("društveno-političkoj zajednici") i obvezu da zahtijeva od štetnika regres isplaćenih iznosa.⁹³

Stav da država odgovara neposredno i objektivno prihvaća potpuno jedinstveno i pravna znanost i sudska praksa.⁹⁴ No, zanimljivo je kako se teorijski objašnjavaju ovakvi stavovi o primarnoj i neposrednoj objektivnoj odgovornosti države za radnje trećih. U pravilu se polazi od toga da je ovaj poseban slučaj odgovornosti zamišljen i prihvaćen stoga što ovakve štete imaju neka specifična obilježja zbog kojih se na njih ne mogu primjenjivati opća pravila o odgovornosti za delikte. Ta specifična obilježja opravdavaju kako činjenicu da za štete odgovara osoba (država) koja ih nije prouzročila, tako i činjenicu da je njena odgovornost objektivna. Naravno, sve su te posebne karakteristike i razlozi za izdvajanje ove odgovornosti u poseban institut usko povezani i međuzavisni.

Tako se, u nastojanju da se teorijski objasni odgovornost države za radnje drugih osoba, u prvom redu ističe da je temeljni cilj instituta pojačana zaštita pravom zaštićenih interesa građana u situacijama kada je šteta na individualnim dobrima nastala zbog ostvarenja specifičnih ciljeva koji nemaju direktne veze s konkretnim građaninom - oštećenikom. Djelovanja aktera terorističkih akata, javnih manifestacija i demonstracija usmjerena su protiv javnog interesa, protiv državnog, političkog ili socijalnog poretka, a ne protiv interesa u pravilu nasumce izabrane žrtve. Ako je štetna radnja samo sredstvo da se postignu određeni politički ciljevi, odnosno da se izazove stanje koje će olakšati realizaciju primarno političkih ciljeva, načelo pravičnosti zahtijeva da teret štete snosi čitava zajednica, a ne samo individualna i potpuno slučajna žrtva. Zbog toga se veoma često kao razlog ove odgovornosti države (zajednice) navodi načelo solidarnosti i uzajamnosti kao temeljno ustavno načelo.⁹⁵ Time se opravdava činjenica da država odgovara za štetu primarno i direktno, a ne tek kao nekakav jamac oštećeniku u slučaju da naknadu ne može dobiti od štetnika.

Osim toga, dio pravne literature temelj za primarnu odgovornost države nalazi dijelom i u činjenici da država (ili njeni pojedini teritorijalno-politički dijelovi) ima obvezu štititi građane, njihovu osobnu i imovinsku sigurnost, pa se čak govori o tome da građani koji "... financiraju državne službe imaju pravo od njih zahtijevati određene usluge" i ako te usluge izostanu imaju pravo na naknadu sve zbog toga pretrpljene štete.⁹⁶

Što se tiče vrste, odnosno osnova odgovornosti, smatra se da država odgovara za ove štete na temelju činjenice prouzrokovanja, a ne na temelju krivnje, odnosno

⁹³ Stavak 3. čl. 180. ZOO-a. Svrha ove odredbe je očigledno zaštita javnog, društvenog (državnog) interesa, kako teret od štetnih radnji ne bi i u konačnici snosila čitava zajednica, a ne stvarni uzročnik štete.

⁹⁴ Tako: Boris Vizner, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Dio I, Knjiga 2, Zagreb, 1978., str. 814.; Jakaša, op. cit. str. 85.; Tomić, *Odgovornost usled...*, str. 879. sq.

⁹⁵ Nikolić, op. cit. str. 615.; Mijačić-Cvetanović, op. cit. str. 124. i 126.

⁹⁶ Tako: Tomić, *Odgovornost usled...*, str. 874-875.

propusta njenih tijela da te štete spriječe. Istina, do izvjesnih nesigurnosti u prihvatanju ovakvog stava mogla je dovesti redakcija čl. 180. koji govori o odgovornosti društveno-političke zajednice "... čiji su organi po važećim propisima bili dužni spriječiti takvu štetu." Jedno od mogućih tumačenja koje otvara ovakva odredba jest da država odgovara zbog toga što je "propustila svoju obvezu sprječavanja štete", tj. zbog svoje "krivnje" ili "greške" u radu njenih tijela. No, ovaj dio odredbe čl. 180., kako se ističe u pravnoj teoriji, nema za cilj vezati odgovornost države za skrivljene propuste u radu državnih tijela, nego isključivo odrediti koja "društveno-politička zajednica", tj. koje tijelo državne vlasti u konkretnom slučaju snosi odgovornost za štetu.⁹⁷ Vezivati odgovornost države za postojanje propusta i krivnje njenih tijela bilo bi prema vladajućem stavu, protivno smislu i svrsi čitavog instituta odgovornosti države za ove štete.

Osim toga, kod ovakvih je šteta u pravilu teško ili se uopće ne može utvrditi postojanje krivnje državnih tijela, budući da se radi o štetama koje najčešće nije moguće, ni uz najstrože mjere i svu potrebnu pozornost, u svakom slučaju predvidjeti i spriječiti. Štoviše, upravo je ta specifičnost ovih štetnih događaja, između ostalog, i dovela do toga da se za njih predvide posebna pravila, izdvojena od općih pravila o odgovornosti za štetu. Odgovornost koju ona predviđaju je odgovornost za preuzeti rizik, a ne odgovornost za propust.⁹⁸ Država se ne može osloboditi odgovornosti ni ako uspije dokazati da je poduzela sve mjere da do šteta ne dođe, niti bi njen položaj kao odgovorne osobe bio teži ako je do štete došlo stoga što je ona zaista propustila svoje obveze obavljati kako treba. Načelo solidarnosti i načelo pravičnosti zahtijevaju da rizik koji se ne može predvidjeti ni izbjeći snosi državna zajednica, a ne pojedinac, posebno ako se imaju na umu specifični uzroci zbog kojih su dobra pojedinca oštećena.

I konačno, potrebno je napomenuti da se ponekad kao argument koji govori u prilog objektivnoj odgovornosti ističe i činjenica da u pravilu štete od terorističkih akata nastaju kao posljedica radnji koje imaju karakter opasnih radnji ili radnji izvršenih upotrebom opasnih stvari, a za koje je u našem pravu predviđena objektivna odgovornost. No, ovo stanovište je toerijski - pravno prilično sporno. Naime, uzrokovanje štete opasnim stvarima ili djelatnostima moglo bi biti razlog za predviđanje objektivne odgovornosti samo ako bi odgovornost države za ovakve štete bila u svemu izjednačena s općim institutom odgovornosti za radnje drugoga, primjerice s odgovornošću države za radnje njenih službenika ili odgovornosti poslodavca za radnje radnika. No, već sama sistematizacija zakona koji je ovaj slučaj odgovornosti izdvojio u posebni odsjek dovoljno govori o tome da se ovdje ne radi o primjeni istih načela koja vrijede za opći institut odgovornosti za drugoga. Država odgovara za štete koje su prouzročile druge osobe, ali osnov odgovornosti nije u

⁹⁷ Tomić, *Odgovornost usled...*, str. 879.

⁹⁸ O ovoj odgovornosti kao odgovornosti za snošenje rizika govori Jakaša, *op. cit.* str. 85.

posebnom odnosu između štetnika i države kao odgovorne osobe,⁹⁹ ni u činjenici da je štetnik neodgovoran ili u pravilu nema sredstava za naknadu štete.¹⁰⁰ Iako država ne odgovara za svoje propuste ni za svoje radnje, nego za štete koje su prouzrokovale druge osobe, jasno je da se radi o vlastitoj odgovornosti, a ne odgovornosti za drugoga. I budući da odgovornost po čl. 180. ne zavisi o postojanju propusta ili bilo kakvog oblika krivnje na strani države, *ratio legis* odgovornosti mora ležati u posebnoj prirodi i cilju aktivnosti koje su uzrokovale štete, i u svezi s tim u načelima kao što su načelo solidarnosti i pravičnosti.

4.3. Današnja situacija u hrvatskom pravu u pogledu odgovornosti za štete od terorističkih akata

Ovako koncipiran i interpretiran institut odgovornosti države za štete od terorističkih akata postojao je u našem pravnom sustavu sve do donošenja Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima od 17. siječnja 1996. godine, kojim je čl. 180. brisan iz ZOO-a. Osim toga, Zakon o izmjeni ZOO-a je izričito propisao da se njegovim stupanjem na snagu prekidaju svi sudski postupci pokrenuti po odredbama čl. 180., a određeno je da će se nastaviti nakon donošenja "... posebnog propisa kojim će se urediti odgovornost za štetu nastalu uslijed terorističkih akata".¹⁰¹ Takav poseban zakon nije do danas, što znači sedam godina od preuzimanja obveze, još uvijek donesen.

4.3.1. Odluka Europskog suda za ljudska prava povodom odgovornosti države za štete od terorističkih akata

Zbog ovakvog rješenja našeg zakonodavca sudovi su po službenoj dužnosti morali obustaviti postupke koji su se vodili u vrijeme donošenja spomenutih izmjena. Neke od stranaka u obustavljenim postupcima protiv države iskoristile su mogućnost potražiti pravnu zaštitu pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu,¹⁰² kao specifičnim tijelom osnovanim s glavnim ciljem da nadzire u kojoj mjeri države-ugovornice poštuju obveze preuzete potpisivanjem Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnih Protokola koji su dio ovog međunarodnog dokumenta.¹⁰³ Europska konvencija postala je dio pravnog poretka Republike Hrvatske 1997. godine nakon što je Hrvatska postala članica

⁹⁹ Što je razlog za predviđanje odgovornosti npr. poslodavca za radnika, pravne osobe za njene organe, roditelja za maloljetnu djecu i sl.

¹⁰⁰ Što je dodatni razlog odgovornosti roditelja za djecu ili staratelja za osobe lišene deliktne sposobnosti.

¹⁰¹ Čl. 2. Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima (NN 7/96.). Zakon je stupio na snagu 6. veljače 1996. godine.

¹⁰² U daljnjem tekstu: Sud za ljudska prava.

¹⁰³ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Europska konvencija) donesena je od strane Vijeća Europe u Rimu 1950. godine, a stupila je na snagu 1953.

Vijeća Europe, te prihvatila Europsku konvenciju donošenjem Zakona 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.¹⁰⁴ S obzirom da se radi o međunarodnoj konvenciji njene odredbe, prema temeljnim načelima našeg pravnog sustava¹⁰⁵ imaju snagu jaču i od zakona, što znači da u primjeni imaju prednost pred zakonskim i podzakonskim odredbama domaćeg prava.¹⁰⁶

Većina ovih postupaka je još u tijeku, no nedavno je Sud za ljudska prava donio prvu konačnu presudu povodom tužbe građanina Republike Hrvatske zbog obustavljanja postupka pred domaćim sudom. To je presuda Prvog odjela Europskog suda za ljudska prava, br. 48778/99, od 1. ožujka 2002. godine, u predmetu *Kutić protiv Hrvatske*. Stranke u sporu podnijele su 15. veljače 1999. godine tužbu protiv Republike Hrvatske radi povrede odredaba čl. 6./1. Europske konvencije koji jamči svakom subjektu, radi utvrđenja njegovih građanskih prava i obveza, pravo na nepristrano, nezavisno i javno suđenje u razumnom roku.¹⁰⁷

Činjenično stanje u ovom predmetu je sljedeće: Stranke su 29. studenog 1994. godine, pozivajući se na odredbe čl. 180. ZOO-a, pokrenule postupak protiv Republike Hrvatske zbog štete od terorističkog akta, tj. štete od eksplozije kojom je 26. prosinca 1991. godine uništena njihova kuća. Eksplozijom od 13. studenog 1994. godine uništena je garaža i druge zgrade, te su stranke 14. prosinca 1994. podnjele i drugi tužbeni zahtjev protiv Republike Hrvatske po istoj osnovi. Nakon nekoliko održanih ročišta, Općinski sud u Zagrebu je 24. travnja 1998. godine donio odluku o prekidu prvog postupka, te 19. srpnja 2000. godine odluku o prekidu drugog postupka, primjenjujući propis iz čl. 2. Zakona o izmjeni ZOO-a.¹⁰⁸

Stranke su ustale tužbom pred Sudom za ljudska prava pozivajući se na povredu prava iz čl. 6./1. Europske konvencije, i to prava na pristup sudu, kao i prava na okončanje spora u razumnom roku. Zahtijevale su da Sud dosudi naknadu materijalne štete u iznosu od 227.738,70 kuna, kao i iznos od 100.000 kuna na ime nematerijalne štete. Presudom je utvrđeno da je Republika Hrvatska povrijedila odredbe čl. 6./1. Europske konvencije i osuđena je da strankama isplati iznos od 10.000 eura na ime nematerijalne štete, s pripadajućim zateznim kamatama.

godine. Više o Europskoj konvenciji i djelovanju Suda za ljudska prava, vidi: P. Van Dijk – G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo, 2001.

¹⁰⁴ N.N. Međunarodni ugovori, 18/97.

¹⁰⁵ Ustav RH u čl. 134. izričito propisuje da međunarodni ugovori (što znači i konvencije) koji su na snazi čine dio unutrašnjeg pravnog poretka Republike Hrvatske i imaju pravnu snagu višu od zakona.

¹⁰⁶ Tako vidi: Nikola Gavella, *Europsko privatno pravo*, Zagreb, 2002., str. 36.

¹⁰⁷ Čl. 6./1.(1): Prilikom utvrđivanja građanskih prava i obveza ili osnovanosti bilo kakve krivične optužbe protiv njega, svatko ima pravo na pravično suđenje i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristranim zakonom ustanovljenim sudom.

¹⁰⁸ Sud je ovakvu odluku morao donijeti po službenoj dužnosti primjenjujući propis čl. 212. Zakona o parničnom postupku, koji zahtijeva da se postupak prekida kada je to "drugim zakonom određeno."

4.3.1.1. Osnovna načela djelovanja Suda za ljudska prava

Prije no što se upustimo u raspravljanje o sadržaju i razlozima zaštite koju je u ovom predmetu Sud za ljudska prava priznao podnositeljima zahtjeva, potrebno je ukazati na neka pravila koja su od značenja za djelovanje Suda, a koja su bila relevantna i u ovom predmetu.¹⁰⁹

A) Osobe koje mogu biti stranke u postupku pred Sudom za ljudska prava:

Kao stranke u postupku pred Sudom za ljudska prava mogu se pored država ugovornica pojaviti i pojedinačne osobe.¹¹⁰ Ovo se pravo ističe kao jedna od najprogressivnijih odredaba Europske konvencije jer je subjektom međunarodnog prava učinila i pojedinca i time značajno olakšala i unaprijedila zaštitu njegovih prava.¹¹¹ Pravo na tužbu imaju svi koji se nalaze pod jurisdikcijom države ugovornice, bez obzira jesu li njeni državljani, državljani druge države,¹¹² ili osobe bez državljanstva. Za prihvatljivost tužbe podnositelj mora dokazati da je on osobno žrtva navodnog kršenja pravila Europske konvencije, no praksa koju je Sud razvio dopušta određena značajna proširenja ovakvog pojma žrtve. Tako da se dopušta i podnošenje zahtjeva od strane tzv. indirektna žrtve, tj. osobe koja ima blisku vezu s žrtvom i zbog toga i ona osobno trpi materijalne ili osobne povrede izazvane kršenjem Europske konvencije koje je usmjereno na direktnu žrtvu. Isto tako, sudska praksa u tumačenju čl. 25. Europske konvencije priznaje status žrtve i tzv. potencijalnim žrtvama, tj. osobama koje nisu sigurne da li je određena mjera bila primjenjivana i protiv njih, a u novije vrijeme sud pokazuje spremnost da u određenim okolnostima prihvati i zaštitu budućih interesa, odnosno da zaštiti tzv. buduće žrtve.¹¹³

B) Odgovorna osoba:

Predstavka (tužba) mora biti usmjerena protiv države, a ne protiv pojedinaca. Odgovornost države postoji za djelovanje svih njenih tijela, zakonodavnih, pravo-

¹⁰⁹ Više o postupku pred Sudom za ljudska prava i o materijalnopравnom djelovanju zaštitnog mehanizma Europske konvencije vidi: Matti Pellonpää, *General Remarks Concerning the Scope of Individual Reparation Claims under the European Convention on Human Rights, State Responsibility and the Individual, Reparations in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, str. 109sq.

¹¹⁰ Ovo pravo pojedinaca stupilo je na snagu dana 5. srpnja 1955. godine, kada je prikupljen dovoljan broj ratifikacija odredbe čl. 25.(1.) Konvencije koji je predvidio pravo na podnošenje zahtjeva Sudu i za pojedinca, a ne samo za države ugovornice. Od 1987. godine tu su odredbu prihvatile sve države ugovornice. Pod pojmom pojedinca podrazumijevaju se i pravne osobe, kao i različite nevladine udruge i grupe građana.

¹¹¹ Više o pravnom položaju pojedinca u međunarodnom pravu vidi: Albrecht Randelzhofer, *The Legal Position of the Individual under Present International Law, State Responsibility and the Individual, Reparations in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999., str. 231sq.

¹¹² To mogu biti i državljani države koja nije potpisnica Konvencije.

¹¹³ O svemu ovome više vidi: P. Van Dijk – G.J.H. van Hoof, op. cit. str. 41sq.

sudnih i upravnih ukoliko je takvim djelovanjem (ili propustom djelovanja) prekršeno neko od prava utvrđenih Europskom konvencijom.

C) Pravilo o iscrpljenosti pravnih lijekova pred nacionalnim tijelima:

Predstavka Europskom sudu za ljudska prava može biti upućena u roku od šest mjeseci nakon okončanja postupka pred domaćim državnim tijelima,¹¹⁴ i to samo pod uvjetom da su prethodno iscrpljeni svi pravni lijekovi pred domaćim pravosudnim i upravnim tijelima.¹¹⁵ Ovo je opće pravilo međunarodnog prava koje daje pravo međunarodnim tijelima da ispituju okolnosti spornog slučaja tek onda kada navodna žrtva nema više mogućnosti zaštitu dobiti u okviru vlastitog pravnog sustava. Iscrpljenost domaćih pravnih lijekova Sud ispituje *ex offio*, i ako ustanovi da stranka nije iskoristila sve mogućnosti unutar domaćeg pravnog sustava, donosi odluku koja ima učinak odgađanja raspravljanja o zahtjevu, a ne njegovog konačnog odbijanja.¹¹⁶ No, i ova odredba Europske konvencije se u sudskoj praksi tumači fleksibilno, tako da se smatra da pojedinac ne mora koristiti pravne lijekove ako su oni u okolnostima njegovog predmeta nedjelotvorni ili neadekvatni. Nedjelotvornim se smatra lijek koji ne može imati utjecaja na odluku o činjenicama u konkretnom sporu, tj. ne garantira žrtvi mogućnost obeštećenja. I dužina postupka pred nacionalnim tijelima uzima se kao jedan od čimbenika koji određuju da li je određen pravni lijek stvarno djelotvoran ili ne, ali samo pod uvjetom da se radi o tzv. "strukturnalnoj razvučenosti postupka", tj. da je postupak neprimjereno dug u svim slučajevima.

Koliko Sud brine o stvarnim okolnostima i daje im prednost pred usko formalnim shvaćanjem zahtjeva za iscrpljenošću pravnih lijekova, govori i stanovište Suda da se pravni lijek ne mora iskoristiti ako u pravnom sustavu države ugovornice postoji jasna i konstantna sudska praksa koja pokazuje da stranka nema nikakve šanse da uspije sa svojim zahtjevom. Naravno, stranka mora dokazati postojanje takve prakse, a generalno se može reći da je Sud u pravilu veoma strog u procjeni postojanja ovih okolnosti. Ako postoji i najmanji izgled da stranka ostvari svoja prava unutar nacionalnog pravnog sustava, inzistira se na pravilu o iscrpljenju domaćih pravnih lijekova. Pored svega navedenog, praksa Suda dopušta strankama da se pozovu i na neke druge izuzetne okolnosti zbog kojih nisu mogle koristiti pravne lijekove.¹¹⁷

¹¹⁴ Čl. 26. Europske konvencije.

¹¹⁵ Čl. 26. i 27./3 Europske konvencije.

¹¹⁶ Takav razvoj situacije postojao je i u predmetu *Kutić protiv Hrvatske*, budući da je u vrijeme podnošenja zahtjeva još uvijek trajao postupak pred domaćim sudom. Stoga je Sud donio prethodnu i djelomičnu odluku o prihvatljivosti zahtjeva, kojom je odlučio da odgodi raspravljanje o tužbenom zahtjevu stranaka zato što pravni lijekovi nisu bili iscrpljeni. Vidi: PARTIAL DECISION AS TO THE ADMISSIBILITY OF Application no. 48778/99 by Vojin and Ana Kutic against Croatia, The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting on 11 July 2000: "The Court notes that the proceedings concerning the applicants' actions for damages are still pending before the first instance court. Therefore, the application is premature and manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and must be rejected pursuant to Article 35 § 4."

¹¹⁷ Tako se stranke mogu pozvati na: sumnju podnositelja u djelotvornost lijeka, njegovo neznanje o postojanju lijeka, nepriznavanje žalbe zbog procesne greške podnositelja, loše zdravstveno stanje ili

I u predmetu *Kutić protiv Hrvatske* Sud je očito vodio računa o ovakvim svojim stajalištima vezanim za zahtjev za iscrpljenošću domaćih pravnih lijekova. Naime, u opisu činjeničnog stanja ističe se da je pred Ustavnim sudom Hrvatske nekoliko stranaka (ali ne i podnositelji zahtjeva) pokrenulo postupke radi ispitivanja zakonitosti Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima, no da ti postupci u vrijeme donošenja presude Suda za ljudska prava još nisu bili okončani. Sud u obrazloženju presude posebno ne elaborira pitanje iscrpljenosti pravnih lijekova, ali budući da se radi o jednoj od temeljnih pretpostavki dopuštenosti zahtjeva Sudu, očigledno je da smatra da tužitelji zadovoljavaju i ovaj uvjet, iako oni nisu pokrenuli postupak pred Ustavnim sudom, niti su postupci drugih pred Ustavnim sudom okončani. Može se pretpostaviti da je ovakav (implicite izražen) stav Suda utemeljen na nekoliko gore spomenutih shvaćanja Suda o zadovoljenju uvjeta iscrpljenosti pravnih lijekova. To je u prvom redu činjenica da je postupak pred Ustavnim sudom specifičan i da ne jamči uvijek strankama mogućnost obeštećenja, tj. da Ustavni sud raspravlja o pravu, a ne o činjenicama konkretnog slučaja, pa se stoga ne može uvijek smatrati "djelotvornim" lijekom sa stanovišta stranaka. Osim toga, činjenica da pokrenuti postupci nisu ni nakon relativno dugog perioda okončani, ukazuje na "nedjelotvornost" lijeka.

D) Vremensko važenje Europske konvencije:

Predstavka se može odnositi samo na povrede prava zajamčenih Europskom konvencijom koje su izvršene nakon što je Konvencija stupila na snagu u onoj zemlji ugovornici koja je, navodno, povrijedila pravo podnositelja. No, i ovaj se kriterij u praksi Suda tumači šire, tako da se priznaje zaštita zbog kršenja prava koje je započeto i prije stupanja Europske konvencije na snagu, ako se može smatrati da je kršenje kontinuirano trajalo i u trenutku kada je Konvencija počela obvezivati konkretnu državu.

U predmetu *Kutić protiv Hrvatske* štete koje su bile predmet spora pred nacionalnim sudom dogodile su se prije stupanja na snagu Europske konvencije u Republici Hrvatskoj, ali je uvjet vremenskog važenja zadovoljen stoga što je zahtjev podignut ne zbog zaštite samog građanskog prava na naknadu štete, nego zbog uskrate prava na pravično i efikasno sudovanje, a to pravo je uskraćeno podnositelju prekidom sudskih postupaka pred domaćim sudom, do čega je došlo u vrijeme kada su Hrvatsku odredbe Europske konvencije već obvezivale.

4.3.1.2. Pravna pitanja u predmetu Kutić protiv Hrvatske

Odluka Suda za ljudska prava u predmetu *Kutić protiv Hrvatske* od izuzetnog je značenja za problem odgovornosti države za štete od terorističkih akata, i to s dva međusobno povezana, ali ipak donekle različita aspekta. Naime, iako se Sud na prvi

starost podnositelja, loše materijalne prilike podnositelja ili visoki troškovi postupka po pravnom lijeku, nepostojanje besplatne pravne pomoći, strah od posljedica podnošenja lijeka, greške pravnog zastupnika podnositelja ili državnog organa itd.

pogled bavio samo problemom koji je pretežito procesnopravne prirode, tj. pitanjem prava stranke na pristup sudu, ova odluka implicite, ali ipak vrlo jasno odražava i stav Suda prema sadržaju i dosegu civilnopravnog ovlaštenja oštećenika na naknadu štete od terorističkih akata. Drukčije nije moglo ni biti, budući da su materijalnopravni i procesnopravni aspekti problema u pravilu dvije strane u biti jedinstvenog pitanja. Stoga se ova dva spekta isprepliću i u ovoj odluci Suda, podupirući se i dopunjavajući međusobno. Osim toga, treba napomenuti da ova odluka, time što izražava odnos Suda prema jednom važnom problemu našeg (ili bilo kojeg drugog) pravnog sustava, prelazi okvire pitanja odgovornosti za štete od terorističkih akata i okvire konkretnog slučaja. Radi se naime o stavu Suda prema mogućnosti postojanja slobode države da donošenjem posebnog zakonskog ili podzakonskog akta zadire u postojeća subjektivna prava.

A) Pravo na pravično i javno suđenje:

U predmetu *Kutić protiv Hrvatske* zahtjev stranaka bio je upravljen na utvrđivanje povrede čl. 6./1. Europske konvencije,¹¹⁸ tj. tužitelji su tvrdili da im je uskraćen pristup sudu radi zaštite građanskih prava i obveza. Pravo na pravično i javno sudovanje smatra se jednim od temeljnih demokratskih prava i postoji veoma bogata sudska praksa vezana za primjenu čl. 6. Konvencije. Ova praksa pokazuje da čl. 6. Europske konvencije nesumnjivo ima dvije dimenzije i obje su se na određeni način reflektirale i u odluci *Kutić protiv Hrvatske*. Iako su one bitno povezane i čine neodvojivo jedinstvo, jedna bi se, uvjetno rečeno, mogla definirati kao materijalno-pravna, a druga kao procesnopravna dimenzija. Naime, osiguranje prava na pravično i učinkovito izvršenje pravde temeljna je pretpostavka ostvarenja bilo kojeg prava o kojem govori ova Konvencija, kao i demokratskog sustava uopće, što znači i onih prava kojima se Europska konvencija ne bavi. Ultimativna svrha i unutrašnji, implicitni sadržaj čl. 6. ne može se ostvariti ako se njegove odredbe tumače isključivo kao garancija jednog formalnog prava na sudski postupak. Svrha odredbe nije da strankama osigura samo golo pravo na proceduru, nego to pravo mora biti interpretirano u funkciji ostvarenja sadržaja stvarnih interesa i prava svih subjekata koje Europska konvencija štiti.

Ovakvo razumijevanje sadržaja čl. 6. zahtijevaju i od strane Suda usvojena generalna načela tumačenja značenja i svrhe Europske konvencije u cjelini. Jedno od temeljnih načela tumačenja odredaba Konvencije jest i načelo djelotvornosti, koje zahtijeva da zaštita koju Konvencija daje bude "praktična i efikasna", da ne ostaje samo na praznoj proklamaciji prava, već da razmatra realnu situaciju u kojoj se pojedinac nalazi i da mu pruži stvarnu, a ne samo formalnu zaštitu.¹¹⁹ Osim toga, temeljno načelo tumačenja Europske konvencije je i načelo koje zahtijeva da

¹¹⁸ Stavci 2. i 3. čl. 6. Europske konvencije govori o pravu na pravično i javno suđenje u kaznenim predmetima.

¹¹⁹ Tako vidi presude: *Airey v. Ireland judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, pp. 12-14, § 24*; *Garcia Manibardo v. Spain, no. 38695/97, 15 February 2000, § 43*.

tumačenje bilo koje odredbe Konvencije bude u skladu s “općim duhom i svrhom Konvencije”, a to je ostvarenje “ideala i vrijednosti demokratskog društva.”¹²⁰

Ovakvo shvaćanje dosega i svrhe čl. 6. vidljivo je u većini presuda povodom ove odredbe. Sud je nesumnjivo odbacio svaku mogućnost restriktivnog tumačenja čl. 6. i u presudama, uz značajan kreativni napor, izložio svoja shvaćanja ne samo onog sadržaja koji norme eksplicitno sadrže, nego i čitavog niza impliciranih zahtjeva koji, po mišljenju Suda, proizlaze iz ovih relativno šturih odredaba čl. 6. Pri tom se očito rukovodio načelom djelotvornosti i učinkovitosti, načelom tumačenja odredaba Europske konvencije u skladu s njenim temeljnim ciljevima i svrhom, kao i ostalim načelima tumačenja kao što su načelo autonomnog značenja pojedinih termina, načelo evolutivnog tumačenja, načelo proporcionalnosti, itd.

B) Pravo na pristup sudu kao dio prava na pravično suđenje:

U postupku *Kutić protiv Hrvatske* središnji problem vezan je za jedno od jamstava koje čl. 6./1. u interpretaciji Suda pruža građanima, a to je pravo na pristup sudu. Iako taj aspekt prava na sudsku zaštitu nije eksplicitno naveden u tekstu odredbe, njegovo postojanje se izvodi teleološkim tumačenjem pravila koje govori o pravu na “pravično i javno suđenje”. Naime, pravo pristupa sudu kao samostalno pravo izvedeno iz čl. 6./1., predstavlja nužan preduvjet za ostvarenje onog što odredba izričito jamči, a to je pravično suđenje.¹²¹ Ovo pravo, prema stajalištu Suda kojim je uklonjena izvjesna nedovoljna preciznost norme, postoji ne samo onda kada pravni poredak zemlje dopušta pristup sudu, ali ga stranka u konkretnom slučaju nije mogla ostvariti, nego tim više i onda kada ta mogućnost po pravu zemlje ne postoji. Sud se u ovakvom stavu poziva na univerzalna pravna načela, kao što je načelo da svako građansko pravo mora biti zaštićeno pravom na tužbu pred sudom, kao i na opće načelo međunarodnog prava koje zabranjuje uskraćivanje pravde.¹²² Drukčiji stav omogućio bi zemljama da izigraju primjenu čl. 6./1. Europske konvencije pravnim uskraćivanjem ili ograničavanjem prava na sudsku zaštitu.¹²³ Pravo pristupa sudu podrazumijeva ujedno i da taj sud mora biti nepristran i nezavisan, te u interpretaciji Suda, čak nameće neke pozitivne obveze državama ugovornicama, kao što je osiguranje pravne pomoći strankama ako nacionalni propisi zahtijevaju profesionalno zastupanje stranaka u postupku, i sl.

¹²⁰ Vidi: Presuda *Kjeldsen, Gusk Madsen i Pedersen*, od 7. prosinca 1976, Series A. no. 23, p.27, § 53 (citirano po: P. Van Dijk – G. J. H. van Hoof, op. cit. str. 57.).

¹²¹ Stoga sud ističe da ovakvo shvaćanje teksta čl. 6./1. ne znači nikakvo prošireno tumačenje odredbe, budući da se radi o “...elementu koji je inherentan pravu navedenom u čl. 6. st. 1. To nije široko tumačenje koje nameće nove obveze na države –ugovornice: ono je zasnovano na samoj formulaciji prve rečenice prvog stavka ovog članka, kad se čitaju u svom kontekstu i s obzirom na cilj i svrhu Konvencije, zakondavnog sporazuma i općih principa prava.” (Citirano po: P. Van Dijk – G. J. H. van Hoof, str. 393.)

¹²² P. Van Dijk – G. J. H. van Hoof, op. cit. str. 392.

¹²³ U pravnoj literaturi se ističe da je ovakvim širokim tumačenjem čl. 6./1. preuzeo u velikoj mjeri funkciju čl. 13. Europske konvencije, koji jamči pravo na učinkovit pravni lijek.

C) Definiranje pojma civilnopravnog interesa zaštićenog odredbama čl. 6./1. Europske konvencije:

Da bi uopće mogao raspravljati o tome je li u slučaju *Kutić protiv Hrvatske* povrijeđeno pravo podnositelja na pravično, javno i brzo suđenje, Sud je kao prethodno pitanje morao zauzeti stajalište o tome radi li se uopće u konkretnom slučaju o pravu koje spada u građanska prava i obveze o kojima govori jamstvo iz čl. 6./1. Europske konvencije. Time je Sud zapravo izrazio svoj stav prema onom gore spomenutom materijalnopravnom aspektu problema kojim se bavi. I upravo to je jedno od onih pitanja dotaknutih ovom presudom, koja su za predmet ovog rada od posebnog interesa. Radi se o tome kako Sud shvaća sadržaj pojma "građanskih prava i obveza" radi čije zaštite stranke imaju, po čl. 6./1. pravo na postupak pred sudom.

Tekst Europske konvencije ne specificira što se smatra "građanskim pravima i obvezama" i stoga je sudska praksa morala utvrditi smjernice za tumačenje sadržaja tog pojma. Opće usvojeno i u brojnim presudama elaborirano stanovište Suda jest da za utvrđenje pojma građanskog (civilnog) prava polazna točka mora biti odnos zakonodavstva, odnosno pravnog poretka konkretne zemlje ugovornice prema interesu koji je u pitanju. No, istovremeno Sud ističe u nizu svojih presuda da definiranje sadržaja ovog pojma ne smije zavisiti isključivo od stava domaćeg pravnog poretka, budući da je njegovo značenje u određenoj mjeri autonomno i nezavisno od volje zakonodavca. U određenju treba li neki interes smatrati građanskim pravom u smislu čl. 6./1. Europske konvencije, po mišljenju Suda, treba uzeti u obzir i "njegov materijalni sadržaj i učinke", kao i svrhu i ciljeve Konvencije, te temeljna pravna načela pravnog poretka države koja je navodni kršitelj prava, kao i ostalih država ugovornica.¹²⁴ Ovakvo široko tumačenje pojma "građanskog prava" ima za cilj spriječiti da države ugovornice uspješno izigravaju svrhu odredaba čl. 6./1. Konvencije time što određenom interesu izričito ne priznaju status "građanskog prava", iako on to po svom sadržaju jest, ili time što državnim tijelima daju široka diskrecijska ovlaštenja u odlučivanju o tome treba li neko pravo u konkretnom slučaju priznati kao građansko pravo, ili ne.¹²⁵ Naravno, ne treba posebno ni napominjati da se pod pojmom građanskih prava, radi čije zaštite stranke imaju pravo na pravično i javno suđenje, ne podrazumijevaju samo građanska subjektivna prava koja proizlaze iz nekog od prava priznatih ovom Konvencijom, nego da su to općenito sva prava (interesi) koja, prema gore navedenim kriterijima, imaju karakter građanskih, civilnih prava.

¹²⁴ Više vidi: P. Van Dijk – G. J. H. van Hoof, op. cit. str. 366sq.

¹²⁵ Treba napomenuti da je u nekim presudama Sud odstupio od ovakvog tumačenja pojma građanskog prava i stao na stanovište da diskrecijska ovlast kojom je domaći zakonodavac omogućio sudovima da određena prava "mogu", a ne moraju priznati, isključuje mogućnost primjene odredaba čl. 6. No, takvo stanovište Suda se ne pojavljuje u većem broju presuda i mišljenja Suda, tako da se ne može smatrati utvrđenom praksom, a osim toga, izloženo je i kritici teorije koja ističe da diskrecijska ovlaštenja nisu neograničena i da se moraju uvijek izvršavati u granicama koje postavljaju temeljna pravna načela, ne samo konkretne države nego i osnovna načela pravnog poretka svih država ugovornica. Vidi: ibidem, str. 369sq.

Iako u presudi *Kutić protiv Hrvatske* Sud ne govori eksplicitno o tome smatra li pravo podnositelja da traži od države naknadu štete zbog terorističkog akta građanskim pravom u smislu čl. 6./1. Europske konvencije, sama činjenica da o zahtjevu raspravlja i da utvrđuje pravo podnositelja na sudsku zaštitu u ovom predmetu, dovoljno govori o stavu Suda prema sadržaju prava koje je u pitanju. Drukčiji stav, tj. stav Suda da se u ovom slučaju ne radi o građanskom pravu koje može biti predmet rasprave pred sudom, doveo bi do toga da Sud odbaci zahtjev podnositelja i da uopće ne raspravlja o procesnim pitanjima, tj. o tome je li povrijeđeno pravo na pristup sudu. Dakle, odluka Suda koja govori o tome da je u ovom slučaju pravo na pristup sudu povrijeđeno, implicira pozitivan odgovor na pitanje radi li se u ovom slučaju o građanskopravnom zahtjevu ili ne.¹²⁶ Činjenica da Sud posebno ne obrazlaže takav svoj implicitno izražen stav, dodatno govori o tome koliko smatra da je takvo stanovište sasvim izvjesno i nesporno. Naravno, ovakvo stajalište Suda ne prejudicira sadržaj tog prava, a još manje osnovanost zahtjeva stranke za naknadu štete u konkretnim okolnostima, jer to prelazi granice kompetencije Suda.

4.3.1.3. Konačni stav Suda o osnovanosti zahtjeva stranaka

A) Odluka o navodnoj povredi prava na pristup sudu:

Polazeći od pretpostavke da se radi o građanskopravnom zahtjevu u smislu čl. 6./1., Sud je razmatrajući temeljno, u biti proceduralno pitanje slučaja *Kutić protiv Hrvatske*, zauzeo stajalište da je donošenjem Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima, koji je obustavio sve postupke povodom čl. 180. ZOO-a, povrijeđeno pravo stranke na pristup sudu. Specifičnost ovog slučaja bila je u tome što je stranka uspješno inicirala sudske postupke, ali joj je naknadno zakonodavnim aktom uskraćena mogućnost da postupke nastavi i dovede do kraja.

Takvo činjenično stanje zahtijevalo je od Suda tumačenje dosega i smisla jamstva na pristup sudu iz čl. 6./1. Sud je, pozivajući se na svoju raniju praksu, ustvrdio da pravo na pristup sudu sadrži u sebi dva aspekta. Jedan je svakako pravo da se započne postupak, odnosno pravo na iniciranje procesa u kojem stranka traži zaštitu svog građanskog prava.¹²⁷ Ovaj aspekt prava na pristup sudu su stranke uspješno realizirale podnošenjem dva tužbena zahtjeva nadležnom sudu. No, smisao i svrha prava na pristup sudu ne iscrpljuju se samo u ovom aspektu. Pravo na pristup sudu nužno podrazumijeva i pravo stranke da u sudskom postupku postigne i

¹²⁶ Naravno, isti bi se zaključak o priznavanju ovog interesa kao građanskog subjektivnog prava mogao iščitavati iz presude i u slučaju da je Sud nakon razmatranja činjenica došao do zaključka da pravo stranke na pristup sudu nije povrijeđeno. Naime, već samo upuštanje u raspravu o tome je li država povrijedila pravo na pristup sudu iz čl. 6./1., bez obzira na ishod te rasprave, govori o stavu Suda da se radi o građanskom pravu. Drugim riječima, utvrđenje je li određeni interes građansko pravo ili ne, prethodno je pitanje u odnosu na primjenu odredaba čl. 6./1. Europske konvencije.

¹²⁷ U praksi Suda se, uvjetno rečeno, presedanom koji utvrđuje da odredbe čl. 6/1 sadrže kao svoj sastavni dio i pravo na pristup sudu, smatra odluka u predmetu: *Golder v. the United Kingdom judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 13-18, §§ 28-36.*

konačnu i obvezujuću odluku povodom svog zahtjeva. U tom kontekstu Sud i u ovoj presudi još jednom naglašava svoj toliko puta izraženi stav da se sva pravila Europske Konvencije moraju tumačiti u skladu s načelom djelotvornosti i učinkovitosti, što znači da zaštita prava iz Konvencije mora biti stvarna i praktična, a ne iluzorna i samo teoretska.¹²⁸ Osim toga, Sud ističe da koncept vladavine prava i pravne države, kao idejni temelj svih pravila Europske konvencije, zahtijeva da pravni poredak osigura ne samo formalno pravo na pristup sudu nego i učinkovitu zaštitu prava, a to je moguće samo ako pravo na sudovanje u sebi sadržava i pravo stranke na konačnu odluku o spornom pitanju. Kad toga ne bi bilo, pravo na javno, nepristrano i ekspeditivno suđenje, koje izrijeком jamči čl. 6./1. Konvencije, ostalo bi samo iluzorna i prazna zaštita, što znači da se svrha čl. 6./1. ne bi mogla ostvariti.¹²⁹

Ovaj aspekt prava na pristup sudu bio je u predmetu *Kutić protiv Hrvatske* strankama uskraćen donošenjem zakona, dakle aktom zakonodavne, a ne pravosudne vlasti. No, kako je već naglašeno, države ugovornice odgovaraju za povredu prava predviđenih Europskom konvencijom bez obzira koje je državno tijelo svojom djelatnošću uzrokovalo tu povredu. Sud izričito navodi da je člankom 2. Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima, koji naređuje prekid svih postupaka povodom šteta od terorističkih akata, povrijeđeno pravo stranke na konačnu i obvezujuću presudu, čime je Republika Hrvatska povrijedila odredbe čl. 6./1. Europske konvencije.¹³⁰

U tom kontekstu Sud je razmatrao i prigovore predstavnika Republike Hrvatske koji ističu da je ovo ograničenje prava na pristup sudu samo privremeno, budući da je Zakon o izmjeni Zakona o obveznim odnosima predvidio donošenje posebnog propisa kojim će se sporna materija naknadno regulirati. Sud smatra da takvi prigovori nisu osnovani, jer je od donošenja Zakona proteklo više od 6 godina. u kojem periodu nije poduzeta nikakva aktivnost da se toj obvezi zaista i udovolji. U čitavom su tom razdoblju postupci povodom bivšeg čl. 180. ZOO-a, najprije *de facto*, a kasnije i na temelju formalne odluke suda, bili obustavljeni. Takvo stanje stvari temelj je za stanovište Suda da mjera u kojoj zakonodavstvo Republike Hrvatske povodom ovog pitanja osigurava strankama pristup sudu ne zadovoljava kriterije čl. 6./1. Europske konvencije.

¹²⁸ Stavak 25. presude: "The Court recalls that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective."

¹²⁹ U prilog svojim stavovima Sud upućuje na vlastitu praksu: *Hornsby v. Greece judgment of 19 March 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II, p. 510, § 40*). *Ashingdane v. the United Kingdom judgment of 28 May 1985, Series A no. 93, pp. 24-25, § 57*)

¹³⁰ Sud se u obrazloženju poziva i na svoju raniju presudu u slučaju sa sličnim činjeničnim stanjem. Naime, u jednom prethodnom predmetu u kojem je Sud utvrdio da se radi o povredi odredaba čl. 6./1. Europske konvencije, aktom zakonodavne vlasti bilo je osujećeno pravo stranke na prinudno izvršenje presude. Vidi slučaj: *Immobiliare Saffi v. Italy judgment of 28 July 1999, Reports 1999-V, p. 95, § 70*.

B) Primjena načela proporcionalnosti i doktrine slobodne ocjene:

Interesantno je da je Sud razmatrao i specifičnost situacije u kojoj se Hrvatska nalazi, budući da je suočena s mogućnošću podnošenja velikog broja tužbenih zahtjeva po osnovi čl. 180. ZOO-a. Sud uzima u obzir činjenicu da takvi zahtjevi mogu predstavljati ozbiljan teret za državu, i dopušta mogućnost da država ima opravdani interes da ovo pitanje posebno uredi nekim detaljnijim i možda donekle drukčijim pravilima. No, bez obzira na to, Sud smatra da svaka djelatnost države u rješavanju ovog (ili bilo kojeg drugog) problema ipak mora uvijek biti u skladu s osnovnom svrhom i zahtjevima odredbe čl. 6./1. Europske konvencije.¹³¹

Iz ovakvog razmatranja vidljivo je da je Sud i u ovom predmetu uzimao u obzir, između ostalog, i postavke dvije temeljne doktrine koje primjenjuje u donošenju odluka. To je s jedne strane tzv. doktrina proporcionalnosti, koja zahtijeva da Sud u donošenju odluka uzme u obzir i interese druge strane, tj. da traži pravičnu ravnotežu između zahtjeva za zaštitom temeljnih prava pojedinca i interesa zajednice u konkretnom slučaju.¹³²

Druga doktrina koju je primijenio jest doktrina stupnja slobodne procjene koja, pojednostavljeno rečeno, zahtijeva da Sud u određenim prilikama prizna državnim vlastima određeni stupanj diskrecijskih ovlasti prilikom rješavanja pojedinog pitanja. Potrebno je napomenuti da je doktrina stupnja slobodne procjene nerazdvojno povezana i da velikim dijelom proizlazi iz jednog od temeljnih načela Europske konvencije, a to je načelo supsidijarnosti. Po ovom načelu Konvencija i svi mehanizmi Konvencije koji služe osiguravanju njene primjene predstavljaju samo sekundarni sustav zaštite prava i sloboda pojedinaca, tj. zaštita ljudskih prava i sloboda, koje Konvencija jamči, u prvom se redu prepušta državama ugovornicama i njihovom unutrašnjem pravnom sustavu. Institucije koje je Konvencija stvorila uključuju se u zaštitu tek onda kada su iscrpljeni ili su se pokazali neadekvatnim svi putovi zaštite u unutrašnjem pravnom sustavu. Zbog toga u odlučivanju po tužbama povodom navodnih kršenja Europske konvencije od strane država ugovornica, Sud mora uzimati u obzir i respektirati nacionalne posebnosti i eventualne izvanredne prilike u zemlji, mora razmatrati jesu li u konkretnim okolnostima postojali opravdani razlozi za ograničavanje ili isključivanje nekih prava i sloboda iz Konvencije, je li ograničavanje "proporcionalno legitimnom cilju" kojeg država želi ostvariti, mora uzeti u obzir i prirodu prava pojedinca koje je ograničeno ili isključeno i sl.¹³³ Ovakvoj procjeni se u pravilu pribjegava u situacijama u kojima se

¹³¹ Stavak 31. presude: *"The Court acknowledges that a situation where a significant number of legal suits claiming large sums of money are lodged against a State may call for some further regulation by the State and that in respect of that matter the States enjoy a certain margin of appreciation. However, the measures taken must still be compatible with Article 6 § 1 of the Convention."*

¹³² Načelo proporcionalnosti smatra se jednim od onih temeljnih pravila tumačenja cjelokupnog teksta Europske konvencije.

¹³³ Naravno, Sud mora u presudi veoma detaljno obrazložiti i argumentirati svoj stav ako temeljem doktrine slobodne procjene ostavlja određenu diskrecijsku slobodu državama u ograničavanju ili isključivanju prava i sloboda iz Europske konvencije.

može uzeti da su državne vlasti u boljoj prilici od Suda procijeniti opravdanost neke mjere koja znači ograničavanje slobode pojedinca.¹³⁴

Primijenivši ove doktrine na slučaj *Kutić protiv Hrvatske* Sud je očigledno u prvom redu smatrao da je pravo na pristup sudu po svojoj prirodi takvo da ne dopušta visok stupanj diskrecijskih ovlasti i slobode državnim tijelima.¹³⁵ Osim toga, važući s jedne strane težinu interesa zajednice (države) da teret odgovornosti za štete od terorističkih akata prebaci na pojedinca, na što se faktički svodi situacija nakon donošenja Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima,¹³⁶ a s druge važnost interesa pojedinca da ostvari svoje pravo na sudsku zaštitu civilnih prava, Sud je dao prednost interesima pojedinca.

C) Odluka o navodnoj povredi prava na razuman rok:

I konačno, stranke su se u tužbi pozivale na povredu još jednog aspekta jamstva iz čl. 6./1. Europske konvencije. Odredbe čl. 6./1. naime nameću državama ugovornicama, kao sastavni dio prava na pravično i javno suđenje, i obvezu da se sudski postupak obavi u "razumnom roku". To stoga što se smatra da odugovlačenje s pružanjem sudske zaštite subjektivnim pravima također znači povredu prava na pravično suđenje, a u isto vrijeme i povredu samih prava za koja se sudska zaštita traži. Nerazumno dugo trajanje sudskog postupka može biti posredan, ali vrlo učinkovit način izigravanja smisla i svrhe sudske zaštite prava. Ako stranka na utvrđenje i realizaciju svog prava mora čekati nesrazmjerno dugo, to pravo za nju postaje iluzorno i neučinkovito. Faktički, ako ne pravno, ono postaje samo golo pravo.

No, određivanje je li postupak "nerazumno dugotrajan" prate brojni problemi. Tako je u prvom redu potrebno odrediti od kada se počinje računati rok koji mora biti razuman. Ako je postupak na čije se trajanje stranka žali započeo u vrijeme kada je država već bila vezana odredbama Europske konvencije, to nije problem. No, problem nastaje ako je postupak započeo u vrijeme dok država još nije prihvatila Konvenciju, ali traje i nakon što ju je država već prihvatila. Stanovište koje Sud dosljedno zastupa u svojoj praksi jest da se u obzir glede primjene odredaba čl. 6./1. može uzeti samo period nakon stupanja na snagu Europske konvencije.¹³⁷ Takav je stav Sud zauzeo i u

¹³⁴ Ovo pravilo služi lakšem prihvatanju odluka Suda od strane država i time odbrani njegovog autoriteta.

¹³⁵ Inače je za prasku Suda karakteristično da stupanj slobodne ocjene različito procjenjuje ovisno o tome o kojem se pravu iz Europske konvencije radi. Tako se za neka prava koja su pretežito proceduralne naravi smatra da po svojoj prirodi gotovo uopće ne dopuštaju nikakvu marginu slobode državnim tijelima. To se posebno odnosi na prava iz čl. 5. i 6. Europske konvencije. Isto vrijedi i za prava za čija se ograničenja u tekstu Konvencije zahtijeva da budu "propisana zakonom", kao što su prava priznata u čl. 8-11.

¹³⁶ Zakon o izmjeni Zakona o obveznim odnosima govori o obvezi donošenja posebnih pravila kojima će se urediti ovo pitanje, ali nespornost države da to pitanje zaista i riješi Sud očigledno shvaća kao prešutni izraz njene volje da teret ovih šteta konačno sasvim prebaci na pojedinca.

¹³⁷ To je primjena prigovora *competentio ratione temporis*. Takav stav je jedino moguć obzirom na opće pravno načelo o vremenskom početku važenja pravnih normi, a time i vezanosti subjekata (u ovom

predmetu *Kutić protiv Hrvatske*, tj. razmatrao je samo period nakon stupanja na snagu Europske konvencije u Republici Hrvatskoj u siječnju 1997. godine.¹³⁸

Drugi, i zapravo mnogo značajniji problem, jest određenje što se smatra "razumnim rokom". Svakako da je interes stranke da se postupak okonča što prije, no s druge strane treba respektirati i činjenicu da i ona i druga strana u postupku imaju istovremeno i pravo na pravičan postupak i pravedan ishod, što zahtijeva pomnjivo ispitivanje okolnosti slučaja, provođenje različitih faza postupka i sl. Stoga praksa Suda dosljedno inzistira na tome da se ovaj rok ne može odrediti unaprijed, apstraktno za sve postupke ili čak samo po pojedine vrste postupaka, već da treba u svakom slučaju uzimati u obzir sve okolnosti tog pojedinačnog slučaja. Na dužinu postupka može utjecati i sama stranka ako svojim ponašanjem namjerno ili nenamjerno usporava njegov tijek. Zato Sud u procjeni "razumnosti" roka koristi različite kriterije, a prvenstveno vodi računa o pravnoj i činjeničnoj složenosti predmeta, jer ona odlučujuće utječe na rok realno potreban za odluku o sporu.¹³⁹ Isto tako, vodi se računa i o ponašanju stanke koja traži intervenciju Suda, te osobito o ponašanju državnih tijela koja su sudjelovala na bilo koji način u postupku.¹⁴⁰

U dispozitivu odluke *Kutić protiv Hrvatske* Sud navodi da nema potrebe posebno odlučivati o onom dijelu zahtjeva stranaka koji se odnosi na problem razumnog roka, i to stoga što je Sud već usvojio navode stranaka koji se odnose na tvrdnju da im je uskraćeno pravo pristupa sudu. Sud smatra da pozitivno utvrđenje ove povrede u sebi sadrži i utvrđenje da je postupak neopravdano dugo trajao, odnosno da stranke, ali ni sud zbog donošenja novog zakona, nisu imale mogućnosti nastaviti započeti postupak.¹⁴¹ No, iz obrazloženja Suda vezanog za postojanje

slučaju zemlje ugovornice) pravnim normama. Naime, opće je pravno načelo u svim pravnim sustavima da pravne norme ne mogu imati retroaktivno djelovanje u slučaju da adresatima pored prava određuju i obveze. No, ovo je gledište, koje očito ide na štetu stranaka jer ne uzima u obzir čitavo trajanje postupka, ponešto ublaženo stavom Suda da u tom slučaju treba uzimati u obzir i trajanje faze u kojoj se sudski postupak nalazio u trenutku stupanja na snagu Europske konvencije.

¹³⁸ Tako je Sud u obrazloženju istaknuo: "*The Court notes that at the time when the Convention came into force in respect of Croatia the Zagreb Municipal Court had been prevented from continuing to deal with the applicants' cases pursuant to the 1996 legislation, although the decisions to stay the proceedings were delivered only later. It follows that all the delays in the proceedings within the period to be taken into account resulted from the 1996 legislation.*"

¹³⁹ Složenim se primjerice smatra predmet u kojem sudjeluje više stranaka na jednoj ili drugoj strani, predmet koji je povezan ili zavisao o nekom drugom postupku, predmet koji zahtijeva intervenciju drugih tijela i sl.

¹⁴⁰ Značajno je da Sud u ocjeni razumnosti roka uzima u obzir ne samo ponašanje suda, nego i stanje zakonodavstva koje utječe na dugotrajnost postupka i takve zakone smatra neprihvatljivima. Isto tako, veoma je indikativno da Sud ne smatra preopterećenost nacionalnih sudova adekvatnim opravdanjem za dugotrajnost postupaka. Stav je Suda da je svaka država dužna organizirati provođenje pravde na takav način da zadovolji kriterije iz čl. 6./1. No, taj se stav izuzetno može ublažiti zbog posebnih političkih ili drugih izvanrednih prilika u zemlji. O svemu ovome više vidi: P. Van Dijk – G. J. H. van Hoof, op. cit. str. 415sq.

¹⁴¹ Stavak 34. i 35. presude koji se odnose na ovaj problem glase: "34. – *It follows that all the delays in the proceedings within the period to be taken into account resulted from the 1996 legislation. The Court*

povrede prava na pristup sudu jasno se razabire stav Suda o tome da je i u ovom slučaju postupak pred sudom nerazumno dugo trajao. No, Sud nema potrebe ni mogućnosti o tom trajanju posebno odlučivati, budući da je ono u prvom redu posljedica druge povrede, tj. donošenja zakona koji uskraćuje strankama pravo na pristup sudu.

D) Odluka o mjerama i sankcijama:

Na temelju svega iznesenog Sud je donio odluku u predmetu *Kutić protiv Hrvatske*, i to u skladu sa svojom nadležnošću. Naime, kako je već ranije istaknuto, Europski sud za ljudska prava dio je mehanizma uspostavljenog Europskom konvencijom, čija je zadaća nadzirati u kojoj mjeri države ugovornice ispunjavaju obveze preuzete prihvaćanjem Europske konvencije i pripadajućih Protokola.¹⁴² No, primarno je na domaćim sudovima i drugim državnim tijelima dužnost da osiguravaju primjenu i poštovanje prava iz Konvencije. Temeljno načelo Europske konvencije, pa time i djelovanja Suda kao njenog kontrolnog mehanizma, jest načelo supsidijarnosti. Sud se pojavljuje tek onda ako stranka ne može korištenjem domaćih mehanizama osigurati svoja prava,¹⁴³ ali ni tada uloga Suda nije izjednačena s ulogom nacionalnih sudova, odnosno Sud ne predstavlja nekakvu "četvrtu instancu" koja nakon nacionalnih sudova konačno i s istim nadležnostima odlučuje o pojedinom pitanju. Poštujući načelo supsidijarnosti Sud u svojim odlukama, bez obzira na česte zahtjeve stranaka, nikada ne naređuje državama da izmijene zakon za koji je Sud utvrdio da je suprotan odredbama Europske konvencije, niti proglašava presude nacionalnih sudova ništavima. Njegova je odluka uvijek u dijelu koji utvrđuje povredu pravila Konvencije isključivo deklaratornog karaktera. Naravno, to ne znači da su odluke Suda bez pravne snage i neobvezujuće za države ugovornice. Čl. 53. Europske konvencije nalaže strankama da se pridržavaju odluka Suda, a posebno tijelo, Komitet ministara Vijeća Europe, nadležno je po Konvenciji da nadgleda izvršenje odluka Suda.¹⁴⁴ Nakon donošenja presude Komitet ministara obavještava državu o mjerama koje je potrebno poduzeti u vezi s izvršenjem presude. Ukoliko država ne postupi u skladu s presudom ili ne plati pravičnu naknadu na koju je

has already taken this aspect into account in its consideration of the applicant's right of access to a court above. Having regard to its findings in this respect (see paragraph 33 above), it finds that the issue of the length of the proceedings must be regarded as having been absorbed by the issue of access to a court.

35. The Court therefore finds that it is not necessary to examine separately the issue of the length of the proceedings."

¹⁴² Čl. 19. Europske konvencije.

¹⁴³ Pristup Sudu tek nakon što su bezuspješno iskorištene sve mogućnosti zaštite pred domaćim državnim tijelima osigurava se pravilom o obvezi iscrpljenosti svih pravnih lijekova koje pruža domaći pravni sustav.

¹⁴⁴ Čl. 54. Europske konvencije. Komitet ministara nije tijelo uspostavljeno Europskom konvencijom, kao što je to Sud za ljudska prava, već se radi o tijelu koje je od ranije postojalo u okviru Vijeća Europe, a po Konvenciji je dobilo izvjesne, uglavnom nadzorne ovlasti vezane za primjenu Konvencije.

osuđena, Komitet donosi odluku o mjerama koje u tom slučaju treba poduzeti. Komitet ministara nema efikasnog pravnog puta da prisili državu na ponašanje u skladu s presudom, ali s obzirom na njegov izuzetan politički položaj i utjecaj koji ima kao specifično tijelo Vijeća Europe, on može izvršiti veoma djelotvoran pritisak na državu i tako je navesti da poštuje odluku Suda.¹⁴⁵

Osim utvrđenja da je država ugovornica svojim ponašanjem povrijedila neku odredbu Konvencije, Sud uvijek ima, prema čl. 41. Konvencije,¹⁴⁶ i mogućnost strankama dosuditi pravo na tzv. pravičnu naknadu zbog povrede prava. Ovo pravo, koje uvodi zaštitni mehanizam Europske konvencije, specifičnost je u klasičnom međunarodnom pravu u kojem je, tradicionalno, pravo na naknadu uvijek pripadalo samo državama. No, kako Europska konvencija priznaje i pojedincima pravni subjektivitet u međunarodnom pravu i status stranke pred Sudom, tako ovo pravo mora nužno biti priznato i pojedincu. Pravo na naknadu postoji pod uvjetom da unutrašnji pravni poredak zemlje ne omogućava potpuno uklanjanje posljedica povrede. Sud naknadu dosuđuje samo na zahtjev stranke, a ne po vlastitoj volji. Naknada se može zahtijevati kako za materijalne tako i za nematerijalne štete. Naknada se u pravilu dosuđuje u novcu, ali u nekim slučajevima Sud zauzima stanovište da samo utvrđivanje povrede predstavlja za stranke dovoljnu "pravičnu naknadu".¹⁴⁷ Osim toga, kako se ističe u pravnoj teoriji,¹⁴⁸ Europska konvencija daje relativno široke diskrecijske ovlasti Sudu da odluči ne samo kolika će biti "pravična naknada", nego i hoće li naknadu dosuditi ili ne. Sud će naime, prema čl. 41. Europske konvencije, dosuditi naknadu samo "ako je to potrebno", što znači da Sud ima slobodu u odlučivanju opravdavaju li okolnosti slučaja dosuđivanje naknade, iako su ostali uvjeti iz čl. 41. ispunjeni.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Ovaj se pritisak provodi političkim sredstvima, tj. Komitet ministara ima mogućnost predložiti i provesti čak suspenziju ili isključenje države iz Vijeća Europe. Zbog toga, iako odluke Suda, kako je gore rečeno, nikada ne naređuju izmjenu zakona niti stavljaju presude nacionalnih sudova izvan snage, politička snaga koja stoji iza njih veoma često dovodi do toga da država sama izmijeni sporni zakon ili nacionalni sud poništi presudu. Više o posljedicama odluka Suda za ljudska prava vidi: Pellonpää, op. cit. str. 110sq.

¹⁴⁶ Article 41:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

¹⁴⁷ Ovdje treba radi jasnoće upozoriti na to da tekst čl. 41. govori o "*just satisfaction*". Taj se izraz u svim hrvatskim tekstovima prevodi u značenju "pravična naknada", što direktno asocira na naknadu u novcu, ali očito je da je pojam "*just satisfaction*" šireg značenja, odnosno da se "zadovoljenje" ne mora sastojati u isplati određene svote novca, nego to mogu biti i neki drugi oblici zadovoljštine za stranku, kao što je upravo spomenuto utvrđenje postojanja povrede.

¹⁴⁸ Više o ovakvim stavovima vidi: Pellonpää, op. cit. str. 112sq.

¹⁴⁹ Odluka Suda će uglavnom ovisiti o ponašanju same stranke koja traži pravičnu naknadu, odnosno naknada će biti odbijena ako Sud smatra da žrtva kršenja odredaba Europske konvencije ne zaslužuje takvu naknadu.

Pravo na pravičnu naknadu postoji, prema vrlo čvrstoj praksi Suda, samo u slučaju kad se može ustanoviti nesumnjiva uzročna veza između kršenja odredbe Europske Konvencije i štete koja je zbog toga nastala pojedincu. Postojanje uzročne veze mora dokazati podnositelj zahtjeva, i u najvećem broju slučajeva ju je lako utvrditi. No, u slučajevima kršenja odredaba čl. 6./1. Konvencije Sud u pravilu odbija priznati postojanje uzročne veze između pretrpljene materijalne štete zbog povrede prava na pravično sudovanje i kršenja norme od strane države.¹⁵⁰ Materijalna šteta čiju naknadu stranke u takvim slučajevima traže sastoji se u pravilu od vrijednosti prava čija je zaštita stranci bila uskraćena pred nacionalnim sudovima. U takvim slučajevima Sud staje na stanovište da ne može isključivo na temelju činjenice što je stranci pravo na sudsku zaštitu bilo uskraćeno, sa sigurnošću utvrditi kakav bi bio ishod procesa pred nacionalnim sudom da nije bilo povrede čl. 6./1. Njegova uloga u slučaju povrede prava na pravičan i ekspeditivan proces ne sastoji se u tome da on vodi proces koji je stranci uskraćen, već samo u utvrđenju da je pravo na sudovanje povrijeđeno. Ovakvo stajalište Suda nužna je posljedica primjene načela supsidijarnosti koje određuje njegov odnos s nacionalnim sudovima. I u predmetu *Kutić protiv Hrvatske* Sud je primijenio isto stajalište odbivši zahtjev za naknadu materijalne štete koju su stranke pretrpjele od terorističkog akta.¹⁵¹

No, zahtjev stranaka za naknadu pretrpljene nematerijalne štete nije podložan istim razlozima koji isključuju mogućnost ustanovljavanja kauzalnog nekusa između povrede prava i kršenja norme čl. 6./1. Nematerijalna šteta koja strankama nastaje zbog povrede bilo kojeg interesa priznatog odredbama čl. 6. Europske konvencije¹⁵² izravno je povezana s kršenjem tih odredaba. Ona nastaje zbog same činjenice kršenja prava na pravično sudovanje i predstavlja samostalni pravni interes neovisan od ishoda postupka pred nacionalnim sudom. Naravno, stranka mora dokazati postojanje nematerijalne štete i uzročnu vezu, i jednako kao i kod materijalnih šteta, Sud ima diskrecijsku ovlast dosuditi ovakvu naknadu, dakle dosuđuje je samo ako smatra "da je to potrebno". U predmetima povodom povrede odredaba čl. 6./1. Sud veoma često dodjeljuje strankama pravo na naknadu nematerijalne štete. Što se tiče metoda kojima Sud određuje visinu naknade za pretrpljene nematerijalne štete, temeljni kriterij je svakako stvarno pretrpljena šteta, ali budući da se, kako odredba čl. 41. kaže, radi o "pravičnoj naknadi", u određivanju visine naknade Sud se rukovodi i težinom povrede odredaba čl. 6./1. To je stanovište

¹⁵⁰ Izuzetno je Sud u nekim slučajevima priznao i naknadu materijalne štete zbog ovakvih povreda, ali se obično radilo o štetama zbog tzv. "gubitka mogućnosti" ("*loss of opportunities*"), kao što je primjerice nemogućnost osobe da se bavi određenim zanimanjem ili da živi na određeni način ili sl., a sve zbog toga što je sudski postupak povodom određenog civilnopravnog zahtjeva dugo trajao.

¹⁵¹ Stavak 39. (1. rečenica) presude: "*The Court finds no causal link between the violation complained of and the pecuniary damage alleged. It cannot speculate about the outcome of the proceedings had they been in conformity with Article 6.*"

¹⁵² Radi se o povredama nematerijalnih dobara zaštićenih civilnim pravom, kao što su pretrpljeni stres, duševne boli, osjećaj nesigurnosti i nezaštićenosti i sl.

Sud primijenio i u predmetu *Kutić protiv Hrvatske* dosudivši strankama određeni iznos na ime nematerijalne štete.¹⁵³

5. Zaključak

Ako na kraju postavimo pitanje što presuda Suda za ljudska prava govori o situaciji vezanoj za odgovornost države za štete od terorističkih akata u hrvatskom pravu, odgovori se nameću sami po sebi. Ova odluka veoma jasno iskazuje stav jednog međunarodnog tijela izuzetnog ugleda i utjecaja o problemu koji je za današnju Hrvatsku, usuđujemo se reći, ne samo pravno, nego još više političko, socijalno i etičko pitanje. Naravno, Sud za ljudska prava daje eksplicitne odgovore samo na pravni problem vezan za dosege i valjanost Zakona o izmjeni Zakona o obveznim odnosima. No, ti odgovori sadrže u sebi potvrdu onoga što je svakom pravniku koji poznaje temeljna načela koja vrijede u svim pravnim sustavima, veoma dobro poznato.

Ono što politička i pravna teorija naziva suverenom voljom zakonodavca, nije u pravnoj državi moć bez ikakvih ograničenja, to nije nedodirljiva "moć nad svim moćima", niti u okvirima države, a još manje ako se država promatra u kontekstu međunarodne zajednice i međunarodnih organizacija i tvorevina kojima pripada i čije temeljne norme i načela mora poštovati. Zakonodavac je u manifestacijama svoje volje vezan u prvom redu vlastitim pravnim poretom, odnosno temeljnim načelima tog poretka, bez obzira da li su ona eksplicitno izražena u najvišim pravnim aktima države, ili proizlaze iz duha i smisla zakona i predstavljaju opće prihvaćeno shvaćanje o tome što je svrha i uloga prava. Među njima su svakako i dva načela koja su od posebnog značenja za ovaj problem. Jedno je načelo poštovanja stečenih prava, koje je, uz sve kontroverze i različite aspekte u kojima se pojavljuje, temeljno načelo prava od najranijih faza njegovog razvoja. U svom osnovnom značenju ono govori da se moć zakonodavca u modernoj državi koja prihvaća ideju vladavine prava, ne može protezati toliko daleko da jednim potezom pera ukida subjektivna prava građana koje je vlastitim pravnim normama priznao, a još manje da ih ukida u stadiju njihove realizacije pred vlastitim pravosudnim tijelima.

Takva praksa, bez obzira koliko bili opravdani društveni i politički razlozi koji stoje iza nje, direktno kolidira s idejom pravde i pravičnosti i potpuno je neprihvatljiva u civiliziranom društvu. Ona osim toga, posredno vrijeda još jedno od temeljnih načela pravnog poretka, a to je zabrana retroaktivnog važenja pravne norme. Naime, iako ovakav zakonodavni akt koji obustavlja sudske postupke povodom određenih zahtjeva, formalno nema retroaktivno djelovanje, učinak koji

¹⁵³ Stavak 39. (2. rečenica) presude: "However, it accepts that the violation has caused the applicants non-pecuniary damage which cannot be made good by the mere finding of a violation. Making its assessment on an equitable basis and having regard to the circumstances of the case, the Court awards the applicants jointly 10,000 euros as compensation for non-pecuniary damage."

proizvodi je u biti jednak aktu koji počinje obvezivati od nekog trenutka prije svog donošenja. Njegova primjena se faktički, ako ne pravno, proteže prije njegovog donošenja, i to zapravo vremenski neograničeno, dakle za zainteresirane subjekte u pravilu još nepovoljnije nego da je točno određeno od kojeg trenutka u prošlosti zakon ima povratno djelovanje.

Drugo temeljno načelo koje se vrijeđa ovakvim aktom jest načelo da svako subjektivno pravo mora biti snabdjeveno zahtjevom, tj. pravom na sudsku zaštitu. Ukidanje prava na pristup sudu, a jednako tako i prava na okončanje započetog sudskog postupka i postizanje konačne i izvršne presude, protivno je ne samo onim univerzalnim i nepisanim temeljnim načelima svakog pravnog poretka, nego i pravima i slobodama izričito priznatim Ustavom Republike Hrvatske.¹⁵⁴

Praksa zakonodavca koji jednim aktom, makar i samo u pogledu pitanja koje za veliku većinu građana na sreću nije od neposrednog interesa, jednostavno ukida ove temelje na kojima počiva pravni poredak uopće, predstavlja vrlo opasan presedan. Ona nesumnjivo unosi veliku nesigurnost u pravni poredak uopće, i mora duboko zabrinuti sve one koji vjeruju u vladavinu prava. Takav je postupak protivan svemu što hrvatska pravna praksa i pravna misao predstavljaju tijekom čitavog svog razvoja, pa stav jednog međunarodnog suda da je time ujedno i prekršena norma Konvencije koja Hrvatsku obvezuje snagom jačom od snage njenih zakona, zapravo nije ni bila potrebna da bi se takav akt smatrao stranim hrvatskom pravu. Ova odluka se ne može doživljavati kao nekakva prinudna mjera i kazna za Hrvatsku, jer je Europska konvencija o ljudskim pravima i slobodama dio hrvatskog pravnog sustava po njenoj volji i slobodnoj odluci, načela i pravila Konvencije su i prije njenog formalnog usvajanja bila najvećim dijelom ugrađena u naš pravni sustav, a odredbe čl. 6. samo potvrđuju ono što je već odavno hrvatska pravna tradicija.

Naravno, sasvim je drugo pitanje kako će Hrvatska u budućnosti riješiti problem odgovornosti za štete od terorističkih akata. Rješenje koje je sadržavao ZOO može se više ili manje argumentirano izlagati kritici i mogu se pronalaziti novi načini da se ovaj problem riješi na način koji će bolje zadovoljavati i javni interes i temeljna načela deliktne odgovornosti. No, ostaje činjenica da je ovo rješenje bilo orijentirano izrazito "pro-zaštitnički" prema onima koji su pretrpjeli štete od akata čiji su konačni ciljevi usmjereni protiv čitave zajednice. Ono je odgovaralo duhu jednog vremena koje je, iako ponekad samo na nivou proklamacije, inzistiralo na načelima kao što je društvena solidarnost i raspodjela nekih tereta na sve pripadnike zajednice.¹⁵⁵ Budući da ni u komparativnom pravu ne nalazimo pandan ovakvom institutu, teško je reći

¹⁵⁴ Članak 3.: "Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske."

Članak 16.: "Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje."

¹⁵⁵ Naravno, istina je da ovaj institut i načela na kojima se bazirao nije doživio svoju punu provjeru u praksi, i pitanje je koliko bi istinski funkcionirao u težim situacijama.

kakvo rješenje ovog problema je najbolje i kako će teći budući razvoj prava u ovoj oblasti. No, tendencije razvoja općeg instituta odgovornosti države za štetu, a posebno najnovija kretanja u ovoj oblasti u pravu Europske unije, nesumnjivo govore o proširenju te odgovornosti daleko izvan granica klasičnog pojma.¹⁵⁶ Postupno prevladava stav da država mora civilnopravno odgovarati pojedincu podjednako za akte svih svojih tijela, od zakonodavnih do upravnih, pojam diskrecijskih ovlasti koje isključuju odgovornost se sve više sužava, a pozivanje na "*public policy reasons*" kao prostor slobode države gubi djelotvornost čak i u pravnim sustavima u kojima je bilo uobičajeni način uspostavljanja imuniteta države od odgovornosti, kao što je englesko pravo. Iako se ove rasprave o odgovornosti ne vode povodom odgovornosti države baš za štete od terorističkih akata, uobličavanje općih načela u pravcu proširenja i objektivizacije odgovornosti svakako će u konačnici imati utjecaja i na prosuđivanje odgovornosti državnih tijela za njihove aktivnosti u sprječavanju i kontroliranju takvih radnji. U skladu s tim tendencijama razvoja trebalo bi se ponašati i buduće hrvatsko pravo u ovoj oblasti, tim više što je rješenje, u velikoj mjeri sukladno ovom novom shvaćanju pojma odgovornosti države za štetu, u našem pravu već postojalo i bilo široko prihvaćeno.

Summary

STATE RESPONSIBILITY FOR DAMAGES AS A RESULT OF TERRORIST ACTS WITH ANALYSIS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGMENT NO. 48778/99

Problem of state responsibility, in terms of civil law, for damages to its citizens occurred as a result of terrorist acts is exceptionally significant in Croatian law due not only to the need for definition of this special aspect of general state responsibility, but especially to development in Croatian legislation, since the 1996 revision of Law on Obligations has abolished this special form of responsibility and thus created legally very disputable situation for protection of citizens' subjective rights. The article, thus, analyzes basic elements of state responsibility for terrorist acts as it was defined in Croatian law until 1996, presents certain views to this problem in comparative law, and particularly discusses content and implications of the European Court of Human Rights judgment that has declared such a situation in

¹⁵⁶ Tako vidi: Ralph Surma, A Comparative Study of the English and German Judicial Approach to the Liability of Public Bodies in Negligence, German Law Archive (dostupno na stranici: <http://www.iuscomp.org/gla/>); Ian B. Lee, Misfeasance in Public Office, Governmental Liability, and European Influences, International and Comparative Law Quarterly, Volume 51, Issue 4, October 2002; Roberto Caranta, Governmental liability after Francovich, Cambridge Law Journal 52 (1993), str. 272-297.; W. Van Gerven: Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after Francovich and Brasserie, International and Comparative Law Quarterly, Volume 45, Part 3, July 1996, str. 507-544.

present Croatian law contrary to one of the fundamental principles of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the principle of fair, public and efficient court protection of civil rights.

Key words: *state responsibility for damage, terrorist acts, ius standi.*

Zusammenfassung

HAFTUNG DES STAATES FÜR SCHADEN WEGEN TERRORISTISCHER AKTE IN HINBLICK AUF URTEILE DES EUROPÄISCHEN GERICHTS FÜR MENSCHENRECHTE NR. 48778/99

Das Problem der zivilrechtlichen Haftung des Staates für Schäden, die für die Bürger aus terroristischen Akte entstehen, ist im kroatischen Recht außerordentlich bedeutend, nicht nur wegen der Notwendigkeit, diesen Aspekt des allgemeinen Begriffs der Schadenshaftung des Staates zu definieren, sondern speziell wegen der Entwicklung der Situation in der kroatischen Gesetzgebung, die durch die Änderungen des ZOO von 1996 diese besondere Form der Haftung abgeschafft hat und damit eine rechtlich sehr diskutable Situation hinsichtlich des Schutzes der subjektiven Rechte des Bürgers geschaffen hat. Deshalb werden in der Arbeit die Hauptelemente des Instituts Haftung für terroristische Akte, wie es im kroatischen Recht bis 1996 bestand analysiert, es wird von einigen Auffassungen zu diesem Problem im vergleichenden Recht gesprochen sowie Inhalt und Tragweite der Entscheidungen des Europäischen Gerichts für Menschenrechte betrachtet, womit die Situation im heutigen kroatischen Recht als im Widerspruch zu einem der Grundsätze der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten erklärt wurde, nämlich dem Recht auf gerechten, öffentlichen und expeditiven Gerichtsschutz der Bürgerrechte.

Schlüsselwörter: *Schadenshaftung des Staates, terroristische Akte, Recht auf Zutritt zum Gericht.*

Sommario

RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER DANNI DA ATTI TERRORISTICI CON ACCENNO ALLA DECISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI N. 48778/99

Il problema della responsabilità di diritto civile dello stato per danni ai suoi cittadini derivati da atti terroristici è eccezionalmente significativo nel diritto croato, non solo per la necessità di definire questo aspetto generale della responsabilità dello

stato per danni, ma particolarmente per l'evoluzione della situazione nella legislazione croata, in cui la modifica della Legge sulle obbligazioni del 1996 ha abrogato questa particolare forma di responsabilità e quindi ha creato una situazione giuridica molto discutibile per la tutela dei diritti soggettivi dei cittadini. Così il lavoro analizza gli elementi fondamentali della responsabilità dello stato per atti terroristici come è definita nel diritto croato dall'anno 1996, presenta diversi punti di vista su questo problema nel diritto comparato, e in particolare discute i contenuti e le implicazioni della decisione della Corte europea dei diritti umani che ha dichiarato tale situazione nel diritto croato vigente contraria ad uno dei principi fondamentali della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, il principio dell'equa, pubblica e rapida tutela giurisdizionale dei diritti civili.

Parole chiave: *responsabilità dello stato per danni, atti terroristici, diritto di adire il tribunale.*

FIDUCIJARNO VLASNIŠTVO U USPOREDNOM PRAVU I SUDSKOJ PRAKSI

Dr. sc. Meliha Powlakić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Sarajevu

UDK: 347.232.4
347.952
Ur.: 17. prosinca 2002.
Pr.: 5. veljače 2003.
Izvorni znanstveni članak

U suvremenom usporednom pravu široku praktičnu primjenu ima prijenos vlasništva u svrhu osiguranja odnosno fiducijarno vlasništvo. Ova prvobitna forma stvarnopravnog osiguranja povjerilaca, napuštena još u okrilju rimskog prava zbog nepovoljnih posljedica po dužnika, doživljava svoju renesansu u modernom pravu. Posebno značenje ovaj model osiguranja ima u kontekstu mobilijarnih sredstava osiguranja i upravo u toj funkciji je osnovno sredstvo osiguranja u njemačkom pravnom poretku gdje nije tvorevina zakonodavca nego prakse. Tranzicijske zemlje, među njima gotovo sve zemlje nastale disolucijom bivše SFRJ, prihvatile su ovaj institut, pri čemu u navedenim pravnim porecima ne postoji tradicija i izgrađen instrumentarij koji se sreću u njemačkom pravu, gdje su sudska praksa i doktrina odgovorile na sva pitanja koja se postavljaju u vezi sa ovim institutom. U radu je dat kratak prikaz zakonodavne regulative ovog instituta u pojedinim tranzicijskim zemljama u usporedbi s rješenjima njemačkog prava. Zatim su kritički izložena zakonska rješenja određenih aspekata fiducijarnog vlasništva, i to ona koja mogu da ugroze kako sigurnost povjerioca, tako i trećih lica, kao što je npr. fiducijarno vlasništvo na nekretninama, naročito na neuknjiženim nekretninama, kao što je nedostatak publiciteta, ali i sigurnost dužnika, npr. namirenje fiducijarnog vlasnika. Budući da se radi o odnosu osiguranja čija je struktura različita od založno-pravnog odnosa, izražena je sumnja da će bez odgovarajuće detaljne zakonske regulative i pravne tradicije u praksi tranzicijskih zemalja ovaj institut ispuniti zahtjeve osiguranja povjerioca, ali ujedno i zahtjeve pravne sigurnosti i zaštite dužnika.

Ključne riječi: fiducijarno vlasništvo, prijenos vlasništva u svrhu osiguranja, besposjedovna sredstva osiguranja, mobilijarna sredstva osiguranja.

Sadržaj: 1. Uvod. 2. Historijski razlozi za nastanak fiducijarnog vlasništva u njemačkom pravu. 3. Presjek zakonskog uređenja fiducijarnog vlasništva u tranzicijskim zemljama, 3.1. Zemlje bivšeg Istočnog bloka, 3.1.1. Fiducijarno vlasništvo u poljskom pravu, 3.1.2. Fiducijarno vlasništvo u češkom pravu, 3.2. Zemlje nastale disolucijom SFRJ, 3.2.1. Fiducijarno vlasništvo u pravu Crne Gore, 3.2.2. Fiducijarno vlasništvo u pravu Republike Hrvatske, 3.2.3. Fiducijarno vlasništvo u pravu Republike Makedonije, 3.2.4. Fiducijarno vlasništvo u pravu Republike Slovenije, 3.2.5. SR Jugoslavija i BiH – da li je moguće fiducijarno vlasništvo pri nepostojanju izričite zakonske regulative. 4. Zakonska rješenja pojedinih aspekata fiducijarnog vlasništva u usporednom pravu, 4.1. Objekt fiducijarnog vlasništva, 4.1.1. Generičke stvari, 4.1.2. Nepokretne stvari, 4.2. Osnivanje fiducijarnog vlasništva, 4.2.1. Pravna osnova, 4.2.2. Zakonit način pribavljanja, 4.2.3. Publicitet fiducijarnog vlasništva, 4.2.4. Negativne posljedice nedostatka publiciteta, 4.3. Namirenje osiguranog povjerioca. 5. Zaključak.

1. Uvod

Razvoj prava i pravnih instituta nije uvijek uzlazna prava linija, u nizu slučajeva moguće je govoriti o cikličnoj putanji. Određeni instituti bivaju napušteni već u okrilju rimskog prava, ali im se moderno pravo u bitno promijenjenim okolnostima vraća. Primjera ima dosta: objektivna odgovornost, apstraktni pravni poslovi, formalizam ugovora, a jedan od njih je i rimska fiducia cum creditore contracta, prijenos vlasništva u svrhu osiguranja. Fiducia cum creditore contracta je najstariji oblik u kome se javilo stvarnopravno osiguranje povjerilaca. Zbog nepovoljnih posljedica po dužnika napuštena je još u rimskom pravu, da bi doživjela renesansu u savremenom njemačkom pravu i pravima niza tranzicijskih zemalja.

Klasične građanske kodifikacije ne reguliraju fiducijarni prijenos vlasništva, a najčešće ne normiraju ni fiducijarne pravne poslove.¹ U doktrini se čak raspravlja i o dopustivosti fiducijarnih pravnih poslova.² Usprkos tome čini se da je fiducijarno vlasništvo danas vrlo rasprostranjena ustanova, kako u razvijenim tržišnim zemljama (Njemačka, Švicarska, Austrija), tako i u tranzicijskim zemljama (Hrvatska, Slovenija, Makedonija, Crna Gora, Češka, Poljska). Između rješenja pojedinih zemalja

¹ Usporediti Đurović, Ljiljana, Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine, Pravni život, 10/1998., II.tom, str. 814.

² O punovažnosti fiducijarnih pravnih poslova i razlikovanju u odnosu na fiktivne i simulirane pravne poslove vidjeti kod Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 18. Neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, str. 80, Offtinger, Karl, Das Fahrnispfand u Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite und neu gearbeitete Auflage, Zürich, 1952, str. 70, n° 241, Đurović, Ljiljana, op. cit., str. 818-819, Salma, Jožef, Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prijenos svojine radi obezbeđenja potraživanja, Pravni život, 10/1998, II.tom, str. 37-38, Rottbauer, Achim, E., Die Mobiliarkreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung der besitzlosen Pfandrechte im deutschen und englischen Recht, Berlin, 1992, str. 71.

postoje značajne konceptijske razlike, kao i razlike u pogledu praktičnog značaja ovog instituta. Neki pravni poreci dopuštaju prijenos prava vlasništva u svrhu osiguranja i na nekretninama, neki ga ograničavaju samo na pokretne stvari. U nekim zemljama je fiducijarni prijenos na pokretnim stvarima dopušten samo ako nije suprotan zabrani ugovaranja mobilijarne hipoteke. Tako je npr. u austrijskom pravu samo izuzetno dopušteno fiducijarno vlasništvo kao besposjedovno sredstvo osiguranja.³ Švicarsko pravo ne dopušta besposjedovna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima. Član 717. st. 1. ŠGZ-a određuje da su poslovi osiguranja kojima bi se zaobilazila predaja pokretne stvari u posjed bez učinka prema trećima.⁴

Ovaj će se rad koncentrirati na rješenja onih zemalja u kojima je fiducijarno vlasništvo besposjedovno sredstvo osiguranja potraživanja, s obzirom na to da je taj model osiguranja od posebnog interesa za tranzicijske zemlje. Rješenja njemačkog prava će zauzeti posebno mjesto u radu, kao osnova za usporedbu s rješenjima usvojenim u drugim zemljama koje poznaju ovaj institut, budući da su ona historijska prethodnica rješenjima u tranzicijskim zemljama i jer je praktični značaj ovog instituta u Njemačkoj nesumnjivo najveći, o čemu svjedoči bogata literatura i judikatura. U radu se neće posebno dati prikaz njemačkih rješenja, već će ona na odgovarajućim mjestima biti osnova za usporedbu i ocjenu rješenja u tranzicijskim zemljama koje tek uvode ovaj institut. Rješenja švicarskog i austrijskog prava neće biti predmetom analize budući da su izvan problematike mobilijarnih osiguranja, te se pred zakonodavca i doktrinu ovih zemalja ne postavljaju dogmatski i praktični problemi kojima će se baviti ovaj rad. Zemlje koje stoje pod utjecajem francuskog prava probleme mobilijarnog osiguranja na pokretnim stvarima rješavaju u sistemu mobilijarne hipoteke i besposjedovne zaloge.⁵ Francusko i talijansko pravo su tradicionalno neprijateljski raspoloženi prema fiducijarnim pravnim poslovima⁶ te takođe neće biti predmetom ovog rada.

Osim u njemačkom pravu fiducijarno vlasništvo dobiva na značenju u tranzicijskim zemljama, gdje je prihvaćeno u nizu pravnih poredaka, i to od onih pravnih poredaka u kojima ne postoji odgovarajuća pravna tradicija. Fiducijarno vlasništvo je proturječan i složen pravni institut, te se vezano za njega postavlja niz pitanja koja se ne postavljaju kod klasičnog založnopravnog odnosa. Odgovor na ta pitanja je od posebnog doktrinarnog i praktičnog interesa za svaku tranzicijsku zemlju. Budući da je ovaj institut široko obrađen u doktrini, posebno njemačkoj, a da mu je značajnu pažnju posvetila i hrvatska i slovenska doktrina, ovaj rad će nastojati da ne ponavlja općepoznata mjesta. Nastojat će se u radu produbiti određeni aspekti

³ Više o tome v. **Wilmowsky**, Peter, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tübingen, 1996, str. 105. U austrijskom pravu ono ima za cilj olakšanje namirenja povjerioca. **Juhart**, Miha, *Prijenos lastninske pravice v zavarovanje*, Pravnik, Ljubljana, let 50 (1995), 1-3, str. 47.

⁴ Više o tome v. **Wilmowsky**, Peter, op. cit., str. 167-168, **Offtinger**, Karl, op. cit., str. 69, n° 236.

⁵ **Đurović**, Ljiljana, op. cit., str. 819.

⁶ Vidjeti **Legais**, Dominique, *Les garanties conventionnelles sur créance*, Paris, 1986, str. 330, **Offtinger**, Karl, op. cit., str. 71, n° 245.

ovog instituta, koji su od posebnog značenja za tranzicijske zemlje odnosno zemlje regiona koje su se opredijelile za ovaj model osiguranja potraživanja. Usporedno-pravna analiza u ovom radu će imati za cilj da ukaže na proturječnosti, mane, ali i dobra rješenja zastupljena u pojedinim pravnim porecima. Ova bi analiza trebala da rezultira adekvatnom procjenom da li su navedene zemlje formulirale prihvatljiva rješenja, kao i da li prihvatiti ili ne prihvatiti ovaj model osiguranja u zemljama koje ga još ne poznaju, kao što je to Bosna i Hercegovina.

2. Historijski razlozi za nastanak fiducijarnog vlasništva u Njemačkoj

U njemačkom pravu je fiducijarni prijenos vlasništva u svrhu osiguranja bio rješenje za potrebe privrednog života u situaciji u kojoj je § 1205. BGB-a zabranjivao besposjedovni zalog, a formiranju novih stvarnopravnih sredstava osiguranja na putu stajao numerus clausus stvarnih prava.⁷

Za ovim vidom osiguranja potraživanja posegnula je privredna praksa u Njemačkoj krajem devetnaestog stoljeća. Sudska praksa, doktrina, tvorci BGB-a, koji je tada bio u postupku izrade, bili su negativno raspoloženi prema ovom institutu. Prvobitno su fiducijarni pravni poslovi smatrani ništavim budući da su poduzeti in fraudem legis (zaobilaženje zakonske zabrane konstituiranja besposjedovnog zaloga i zasnivanja zaloga putem posesornog konstituta), odnosno budući da su simulirani. Prijenos vlasništva u svrhu osiguranja označavan je kao “vanbračno dijete pravnog prometa”, “civilnopravna močvarna biljka”,⁸ “primjer neuspjele sudske izgradnje prava.”⁹ Protiv ovog instituta isticani su sljedeći argumenti – on ugrožava sigurnu i solidnu kreditnu privredu, dovodi do olakog zaduženja ekonomski slabijih slojeva, budući da kod zasnivanja osiguranja opterećenje ne biva primjetno za davaoca osiguranja, koji ostaje u posjedu stvari, ugrožava sigurnost trećih lica.¹⁰ Taj je otpor trajao godinama, ali su davaoci kredita na kraju izvojevali pobjedu. Novija njemačka literatura obrađuje ovaj institut kao jednu datost, dok stariji njemački pravni pisci još uvijek ukazuju na problematiku njegovog nastanka, i ne propuštaju da primijete da je ovo institut običajnog prava.¹¹

⁷ U tom smislu **Drobing**, Ulrich, Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren, RabelsZ 44 (1980), str. 785, **Offtinger**, Karl, op. cit., str. 71, tač. 245, **Simitis**, Konstantin, Das besitzlose Pfandrecht AcP 171(1971), str. 96, **Čulinović-Herc** Edita, Trebaju li nam nova sredstva osiguranja vjerovnika, Pravo u gospodarstvu, vol. 34, 1995., str. 566.

⁸ Više o tome **Rottbauer**, Achim, E., op. cit., str. 70-71.

⁹ **Larenz**, Karl, Kennzeichen geglückter richterlichen Rechtsfortbildung, Karlsruhe, 1965, str. 6. (Navedeno prema **Gaul**, Hans Fridhelm, Lex commissoria und Sicherungsübereignung, AcP 168 (1968), str. 356.

¹⁰ **Rottbauer**, Achim, E., op. cit., str. 69.

¹¹ **Serick**, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Heidelberg, 1986, str. 4 (§ 17 I 2).

Razvoj fiducijarnog vlasništva kao sredstva osiguranja odvijao se u njemačkom pravu postupno. Prvobitno je paralelno ugovorano nekoliko međusobno povezanih pravnih poslova, kako bi se omogućila konstrukcija prijenosa vlasništva na povjerioca bez prijenosa posjeda na njega, uz pravo dužnika da zahtijeva povratni prijenos vlasništva kada ispuni svoju obvezu. Navedena pravna konstrukcija brzo je napuštena, od prava dužnika da zahtijeva povratni prijenos vlasništva nastala je obveza povjerioca na povratni prijenos, čime je otvoren put konstrukciji apstraktnog prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja.¹²

Institut fiducijarnog vlasništva u Njemačkoj nikada nije zakonodavno uobličen, ali su kroz stoljeće njegove praktične primjene sudska praksa i doktrina odgovorile na sva pitanja vezana za primjenu ovog instituta. Od presudnog je značaja bilo zakonodavno reguliranje posljedica prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja u zakonima koji reguliraju stečajni postupak.¹³

Enormni praktični značaj ove ustanove u njemačkom pravu pospješen je jednim pravno-dogmatskim razlogom. Njemačko pravo poznaje specifičan sistem prijenosa vlasništva temeljem pravnog posla. Prenosilac i stjecatelj pored kauzalnog, obligacionog posla, zaključuju i stvarnopravni, prijenosni, apstraktni pravni posao, kojim se prenosi vlasništvo. On je neovisan o valjanosti i kauzi obligacionopravnog posla. Zbog tog se razloga u njemačkom pravu ne postavlja pitanje podobnosti fiducijarnog pravnog posla da prenese vlasništvo.¹⁴ O ovom razlogu bi takođe trebalo voditi računa kada se vrši preuzimanje jedne ustanove u pravni poredak druge zemlje.

Opredjeljenje za osiguranje prijenosom vlasništva bilo je u Njemačkoj prekarno rješenje, uvjetovano naraslim potrebama kredita u situaciji u kojoj zakonske norme nisu omogućavale konstituiranje besposjedovnog zaloga. Kod kritičkog procjenjivanja ovog instituta, kod opredjeljenja za njegovo uvođenje u pravni poredak drugih zemalja, konkretno tranzicijskih zemalja, ne treba gubiti iz vida ove činjenice odnosno historijski razlog uskrsnuća rimske fiducije u modernom njemačkom pravu, kao i otpor koji su tome pružali zakonodavac i doktrina.

¹² **Rottbauer**, Achim, E., op. cit., str.70.

¹³ Do reforme njemačkog stečajnog prava 1999. fiducijar je imao različito pravo na osnovi analogne primjene § 48 Konkursordnung (KO), čiji naslov glasi "Založna prava na osnovu pravnog posla". Vidjeti **Baur**, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Auflage, München, 1997, str. 573, **Wolf**, Martin, Sachenrecht, 12. Auflage, München, 1994, str. 309, **Drobing**, Ulrich, Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren, str. 801, **Kilger**, J., **Schmidt**, Karsten, Insolvenzgesetze, KO, VglO, GesO. 17. völlig neubearbeitete Auflage, München, 1997, str. 263. Prema novom njemačkom insolventijskom pravu fiducijar je izričito uvršten u red različitih vjerovnika (§ 50 Insolvenzordnung-a od 5.10.1994, BGBl I S. 2866. Ovaj je zakon stupio na snagu 1.1.1999). Više o tome kod **Smid**, Stefan, Grundzüge des neuen Insolvenzrechtes, München, 1999, str. 36. i dalje.

¹⁴ Tako **Witz**, C., op. cit., str. 31, **Juhart**, Miha, op. cit., str. 47, **Đurović**, Ljiljana, op. cit., str. 820.

3. Presjek zakonskog uređenja fiducijarnog vlasništva u tranzicijskim zemljama

3.1. Zemlje bivšeg Istočnog bloka

Zemlje bivšeg SSSR-a kao i druge zemlje koje su pripadale Istočnom bloku, za vrijeme socijalističkog pravnog poretka su u većoj ili manjoj mjeri prekinule s klasičnom građanskopravnom tradicijom. Značenje kredita i sredstava osiguranja kredita bilo je marginalno.¹⁵ Izgradnja novog pravnog poretka donosi upravo u ovom domenu značajne promjene. Kratki pregled rješenja u navedenim zemljama ukazuje da se većina zemalja bivšeg Istočnog bloka opredijelila za institut registriranog zaloga.¹⁶ Za fiducijarni prijenos vlasništva u svrhu osiguranja opredijelilo se poljsko i češko pravo.¹⁷ Fiducijarno vlasništvo etabliralo se u onim pravnim porecima koji su u određenom vremenskom razdoblju stajali pod utjecajem njemačkog prava.¹⁸

¹⁵ O odnosu prema kreditu najbolje govore ranija rješenja mađarskog prava prema kojima je kreditiranje bilo protivno pozitivnom pravu, pa tako i davanje osiguranja za kredit. Tako **David**, E., Allan, *Credit and Security: Economic Orders and Legal Regims*, I.C.L.Q., 1984(33), str. 33, **Harmathy**, Attila, *Recht der Kreditsicherheiten in Ungarn*, objavljeno u *Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa*, Berlin, New York, 1997, str.187.

¹⁶ Registrirani zalog npr. poznaju poljsko pravo (Zakon od 6.12.1996. o registriranim zalozima i registru zaloga - Dz.U. 1996.149, 1997.121.796, 1998.106.668, 2000.48.54, 60.70 i 114.1193. I prije donošenja ovog zakona poljsko je pravo poznavalo jedan vid besposjedovnog zaloga. § 308 Poljskog građanskog zakonika normirao je besposjedovni zalog korist banaka. Tako i **Pyziol**, Wojciech, *Recht der Kreditsicherheiten in Polen*, objavljeno u *Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa*, Berlin, New York, 1992, str. 113. Navedena odredba je izričito ukinuta članom 46. Zakona o registrovanim zalozima i registru zaloga. Registriranu zalogu poznaje i ukrajinsko pravo (Zakon o zalozima br. 2654 –12 od 2.10.1992, 4035-12/94, 287/94-VR, 90/95-VR, 496/95-VR, 583/97-VR, 82-XIV/1998), rumunjsko pravo (Zakon br. 99 od 26.5.1999.g. o određenim mjerama za ubrzanje privredne reforme), mađarsko pravo (§ 256. Mađarskog građanskog zakonika. 09.04.1996. U Mađarskoj je usvojen Zakon XXVI/1996 o promjenama odredaba građanskog zakonika koje se odnose na založno pravo i hipoteku. Više o tome **Harmathy**, Attila, *Recht der Kreditsicherheiten in Ungarn*, objavljeno u *Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa*, Berlin, New York, 1992, str. 182), češko pravo (Zakon Nr. 317/2001 od 08.08.2001, kojim su izmijenjene odredbe Češkog građanskog zakonika, Zakonika o civilnoj proceduri i Zakona o notarima. Navedeno prema **Giese**, Ernst – **Fritzsch**, Falk, *Das neue Pfandregister und die neuen Verwertungsmöglichkeiten für Pfandgegenstände in Tschechien*, WiRO 9/2002, str. 271), estonsko i litvansko pravo (navedeno prema **Beutler**, Johannes, E., *Kreditsicherheiten in Osteuropäischen Ländern aus deutscher Sicht*, objavljeno u *Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa*, Berlin, New York, 1992, str. 203).

¹⁷ Mađarsko pravo, koje je stajalo pod uticajem austrijskog prava, nije se načelno opredijelilo za ovaj institut. Sudeći prema činjenici da nema objavljenih sudskih odluka koje bi za predmet imale fiducijarno vlasništvo, može se zaključiti da ovaj institut u mađarskoj praksi ne igra značajnu ulogu. U tom smislu **Harmathy**, Attila, op. cit., str. 192.

¹⁸ **Beutler**, Johannes, E., op. cit., str. 199.

3.1.1. Poljsko pravo

Početak dvadesetog stoljeća institut prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja primjenjivan je u onim dijelovima Poljske u kojima je važio njemački BGB.¹⁹ Nakon Drugog svjetskog rata u poljskom pravu ova tradicija nije potpuno napuštena. Institut je prihvatila sudska praksa.²⁰ Vrhovni sud Poljske se u više navrata izjašnjavao o pitanjima vezanim za fiducijarno vlasništvo, načelno ga dopuštajući na pokretnim,²¹ ali ne i na nepokretnim stvarima.²² U poljskoj je doktrini sporno da li dopustiti fiducijarno vlasništvo na nekretninama, zbog opasnosti koje iz toga mogu slijediti za dužnika, ako je vrijednost nekretnine znatno veća nego vrijednost potraživanja.²³ Osim suglasnosti doktrine i prakse o načelnoj dopuštenosti fiducijarnog vlasništva ovaj je institut reguliran samo jednom zakonskom odredbom Zakona o bankama. Ova je odredba dopuštala fiducijarni prijenos individualno određenih pokretnih stvari, generičkih stvari i vrijednosnih papira na banku kao povjerioca.²⁴

U poljskom pravu nema prepreka za zasnivanje fiducijarnog vlasništva kao besposjedovnog sredstva osiguranja. Član 156. st. 1. Poljskog građanskog zakonika određuje da se vlasništvo na individualno određenim stvarima prenosi samim ugovorom, ukoliko zakon i ugovor ne određuju drugačije. S obzirom na translativno djelovanje samog ugovora suvišno je diskutirati o dopuštenosti prijenosa u svrhu osiguranja putem posesornog konstituta.²⁵

Poslovna je praksa po uzoru na njemačko pravo izgradila dvije varijante ovog instituta – prijenos vlasništva ograničen raskidnim uvjetom izvršenja dugovane obaveze od strane dužnika i apstraktni prijenos vlasništva, nevezan za osigurano potraživanje, pri čemu je povjerilac obavezan na povratni prijenos vlasništva. U bankarskoj je praksi apstraktni prijenos vlasništva u svrhu osiguranja široko prihvaćen.²⁶

Položaj fiducijara i fiducijanta u izvršnom postupku u Poljskoj uređen je na isti način kao u njemačkom pravu. U skladu sa članom 841. Zakona o građanskom postupku²⁷ svatko čije je pravo povrijeđeno odnosno vlasnik čija je stvar obuhvaćena ovrhom, može istaći prigovor protiv ovrhe i sljedom toga i podići tužbu pred sudom. U slučaju prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja fiducijar se tretira kao formalno-pravni vlasnik, a fiducijant kao materijalnopravni vlasnik. Na taj način izlučna tužba

¹⁹ Pyziol, Wojciech, op. cit., str. 129.

²⁰ Uporediti **Franek**, Jacek, Kredite und Kreditsicherheiten in Polen, WiRO 1/1999, str. 22.

²¹ Odluke od 10.5.1948, OSN 1948/58, od 19.11.1992. Navedeno prema **Franek**, Jacek, op. cit., str. 22.

²² Odluka Vrhovnog suda Poljske od 24.4.1964. Navedeno prema **Pyziol**, Wojciech, op. cit., str. 130.

²³ **Pyziol**, Wojciech, op. cit., str. 131.

²⁴ Član 101. Zakona o bankama od 29.08.1997, DzU 97.140.939.

²⁵ Prema članu 156. st. 2. Poljskog građanskog zakonika na generičkim se stvarima vlasništvo prenosi tradicijom.

²⁶ **Pyziol**, Wojciech, op. cit., str. 132.

²⁷ Zakon o građanskom postupku od 17.11.1964 (DzU 64.43.296).

stoji na raspolaganju i fiducijaru i fiducijantu u slučaju da povjerioci druge strane traže ovrhu na predmetu fiducijarnog vlasništva.²⁸

Prema stajalištu poljske doktrine, koja ovdje slijedi njemačku, izlučno pravo davaoca osiguranja trpi jedno ograničenje. U njemačkom je pravu intervencijski zahtjev dopušten samo ukoliko je fiducijant izvršio svoju obvezu.²⁹ Spriječiti ovrhu na "svojoj" stvari može fiducijant prije dospelosti, a nakon dospelosti svoga duga samo onda ako je izvršio dugovanu obvezu.³⁰ Ukoliko nije platio dug, jer npr. potraživanje nije dospjelo, dužnik fiducijant ima određene prigovore koji odlažu ovrhu, ako je platio dug, onda može uložiti prigovor da je ovrha nedopuštena (prigovor trećeg, intervencijski zahtjev), a dopustiti izlučenje stvari nakon što je on sam u zakašnjenju s ispunjenjem obveze, bilo bi nepravilno prema fiducijaru i njegovim povjeriocima. Ako bi fiducijar kao povjerilac fiducijanta mogao tražiti ovrhu, onda ne bi trebalo dopustiti fiducijantu da spriječi povjerioce fiducijara da to čine.³¹ U poljskom pravu je intervencijski zahtjev ograničen i u slučaju kada je prijenos vlasništva apstraktan, kada do povrata stvari fiducijantu ne dolazi automatski ispunjenjem obaveze, već povratnim prijenosom od strane fiducijara.^{32,33}

Nasuprot rješenjima većine zemalja koje poznaju fiducijarno vlasništvo i u kojima fiducijar u ovršnom postupku ima izlučno, a u stečaju razlučno pravo,³⁴ član 28. poljskog Zakona o stečaju priznaje fiducijaru izlučno pravo u slučaju stečaja fiducijanta.³⁵

Položaj fiducijanta u slučaju stečaja nad imovinom fiducijara zavisi, kao i u ovršnom postupku, od toga da li je je fiducijarno vlasništvo vezano uz raskidni uvjet (u

²⁸ Vidjeti kod **Pyziol**, Wojciech, op. cit., str. 134, **Franek**, Jacek, op. cit., str. 23.

²⁹ Tako **Reich**, Norbert, op. cit., str. 261, **Smid**, Stefan, Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, München, 1999, str. 37.

³⁰ **Wolf**, Martin, op. cit., str. 313.

³¹ Tako **Medicus**, Dieter, op. cit., str. 366.

³² U tom smislu **Pyziol**, Wojciech, op. cit., str. 136.

³³ U izvršnom postupku i fiducijant i fiducijar imaju pravo vlasništva, što znači da se obojica tretiraju kao vlasnici. U doktrini je uočena ta nekonzekventnost i bilo je prijedloga da bi u slučaju izvršenja nad imovinom dužnika povjeriocu-fiducijaru trebalo priznati pravo na prvenstveno namirenje, vodeći računa o njegovoj faktičkoj poziciji osiguranog povjerioca. O tome je u njemačkoj doktrini bilo rasprava, ali je danas bez izuzetka zastupljeno mišljenje da i povjerilac može istaći prigovor protiv izvršenja, podići intervencijski zahtjev. Tako **Wolf**, Martin, op. cit., str. 309. U tom smislu poljsko pravo slijedi njemačko pravo.

³⁴ Tretiranje fiducijara u jednoj situaciji kao punog vlasnika, u drugoj kao založnog povjerioca s pravom se smatra neprincipijelnim. Tako **Medicus**, Dieter, op. cit., str. 366.

³⁵ Zakon o stečaju od 24.10.1934 (Dz.U.1934.93.834. Zakon je noveliran 31.7.1997. godine. Vidjeti **Franek**, Jacek, op. cit., str. 23. Ovo u usporednom pravu nestandardno rješenje vjerojatno je posljedica promjena stečajnog prava nakon donošenja navedene Novele. Nakon noveliranja stečajnog prava u Poljskoj ne postoji više kategorija razlučnih prava, već se povjerioci dijele u kategorije s različitim stepenom privilegiranosti. Osigurani povjerioci su privilegirani i zastupljeni su u trećoj kategoriji povjerilaca (namiruju se npr. nakon troškova postupka i sl.).

ovom slučaju fiducijant ima izlučno pravo) ili je potreban povratni prijenos vlasništva. Taj zahtjev na prijenos vlasništva fiducijant ostvaruje kao stečajni povjritelj.³⁶

3.1.2. Češko pravo

U češkom pravu je institut fiducijarnog vlasništva baziran na istim elementima kao u njemačkom pravu.³⁷ Češko pravo ne regulira izričito ovaj institut, ali doktrina nema sumnje u pogledu dopuštenosti zasnivanja fiducijarnog vlasništva u češkom pravu. Iz odredbe § 553. češkog Građanskog zakonika koja dopušta prijenos prava u svrhu osiguranja izvlači se zaključak da se u svrhu osiguranja može prenijeti i pravo vlasništva.³⁸ Specifičnost češkog prava se ogleda u tome što samo lični dužnik može prenijeti vlasništvo za osiguranje ličnog duga. Vlasništvo se ne može prenijeti za osiguranje tuđeg duga.³⁹ Fiducijarni prijenos vlasništva u načelu nije besposjedovno sredstvo osiguranja na pokretnim stvarima, ukoliko se želi postići taj učinak, onda je nužno pored ugovora o prijenosu vlasništva zaključiti i ugovor o posudbi, na osnovi kojeg dužnik, prijenosilac vlasništva, ostaje u posjedu stvari.⁴⁰ Zaključenje ugovora o posudbi preporučuje se i zbog poreskih olakšica.⁴¹ Kao u njemačkom, i u poljskom pravu moguće su dvije varijante – apstraktni prijenos vlasništva i prijenos vlasništva pod raskidnim uvjetom. Sudska praksa se kolebala oko pravnog položaja fiducijarnog vlasništva u stečaju, oko priznanja izlučnog ili razlučnog prava povjeriocu, ali je najnovija reforma stečajnog prava priznala razlučno pravo fiducijarnom vlasniku,⁴² s tim da se kao razlučni povjerioci namiruju u postotku do 70% iznosa dobijenog prodajom, a u iznosu u kojem nisu namireni kao stečajni povjerioci.⁴³

3.2. Zemlje nastale disolucijom bivše SFRJ

U bivšoj SFRJ nije se postavljalo pitanje osiguranja prijenosom vlasništva. Takva pravna tradicija nije postojala ni u Kraljevini Jugoslaviji,⁴⁴ ali se i pored toga

³⁶ Uporediti Pyziol, Wojciech, op. cit., str. 137.

³⁷ VERNY, Arsène – SCHORLING, Tom Oliver, *Recht der Kreditsicherheiten in der Tschechischen Republik*, objavljeno u *Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa*, Berlin, New York, 1997, str. 174.

³⁸ GIESE, Ernst, *Kreditsicherheiten in der Tschechischen Republik*, WiRO, 7/1999, str. 258.

³⁹ ibidem.

⁴⁰ Tako VERNY, Arsène – SCHORLING, Tom Oliver, op. cit., str. 175, GIESE, Ernst, loc. cit.

⁴¹ Fiducijarno vlasništvo regulirano je propisima o porezu na dobit, koji imaju za cilj da propisi o porezu ne onemoguće nastanak fiducijarnog vlasništva. Davalac osiguranja, koji je istovremeno i poslugoprimac tretira se kao vlasnik stvari. GIESE, Ernst, *Kreditsicherheiten in der Tschechischen Republik*, WiRO, 7/1999, str. 258,

⁴² § 28 noveliranog Zakona o stečaju i poravnanju od 11.07.1991. (328/1991 Sb), a navedena novela je od 13.03.1996. (94/1996 Sb). Više o tome VERNY, Arsène – SCHORLING, Tom Oliver, op. cit., str. 175.

⁴³ § 28. st. 4. češkog Zakona o stečaju i poravnanju.

⁴⁴ Prednacrt Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju nije sadržavao odredbe o prijenosu vlasništva u svrhu osiguranja. Uporediti JUHART, Miha, op. cit., str. 43.

većina zemalja nastalih disolucijom bivše SFRJ odlučila za ovaj model osiguranja. U opredjeljenju za uvođenje novih stvarnopravnih sredstava osiguranja potraživanja na pokretnim stvarima i odabiru pravnog modela, zemlje bivše SFRJ krenule su vrlo različitim putevima. Rješenja se kreću od registriranog zaloga do fiducijarnog prijenosa vlasništva, a u okviru istog modela osiguranja rješenja su vrlo različita od zemlje do zemlje, tako da se može reći da međusobne cirkulacije pravnih modela među ovim zemljama nije bilo.⁴⁵ Može se uočiti izražen trend u pravcu prihvaćanja prijenosa prava vlasništva u svrhu osiguranja (Hrvatska, Crna Gora, Makedonija, Slovenija).

3.2.1 Fiducijarno vlasništvo u pravu Crne Gore

Fiducijarni prijenos vlasništva u pravnom poretku Crne Gore uređen je Zakonom o fiducijarnom prenosu svojine⁴⁶ i Uredbom o upisu fiducijarnog prenosa svojine.⁴⁷

Iz odredaba zakona slijedi da je fiducijarno otuđenje vlasništva u Crnoj Gori besposjedovno sredstvo osiguranja potraživanja, kako na pokretnim, tako i na nepokretnim stvarima. Osiguranje se vrši prijenosom vlasništva na povjeritelja, bilo od strane dužnika, bilo od strane trećeg lica. Prijenos vlasništva upisuje se u posebne javne registre. Na prvi pogled može se imati dojam da je u pravu Crne Gore riješeno nekoliko problema sa kojima se susreću tranzicijske zemlje: moguće je besposjedovno osiguranje na pokretnim stvarima, publicitet takvog prava je osiguran upisom u registar, a kada su nekretnine u pitanju, radi se o još jednom sredstvu osiguranja, koje postoji paralelno sa hipotekom. Međutim, analiza zakonskih rješenja izaziva sumnju u efikasnost ovog sredstva osiguranja u praksi.

Ovo je veoma široko postavljeno sredstvo osiguranja, što nije uvijek slučaj u pravima tranzicijskih zemalja, i što je, samo pod uslovom da je publicitet adekvatno osiguran, dobro rješenje.⁴⁸ U pogledu subjekata založnopravnog odnosa nema zakonskih ograničenja - i fiducijar i fiducijant mogu biti sva fizička i pravna lica, kako domaća tako i strana.⁴⁹ Ograničenja nema ni u pogledu tražbine koja se osigurava prijenosom vlasništva, jer se ovo sredstvo može osnovati za osiguranje bilo koje tražbine. U pogledu objekata ovo je sredstvo osiguranja ograničeno samo na

⁴⁵ U pravnom saobraćaju između ovih zemalja to može u bliskoj budućnosti stvoriti velike probleme.

⁴⁶ Sl. list R CG 23/96.

⁴⁷ Sl. list R CG 9/97.

⁴⁸ Fiducijarno vlasništvo može funkcionirati i uz neadekvatan publicitet, ako je moguće izgraditi pretpostavke o njegovom postojanju, kao npr. da je uobičajeno da se jedan tip potraživanja osigurava na taj način ili da je to osiguranje tipično za odnose među određenom vrstom subjekata, ili na određenoj vrsti objekata.

⁴⁹ Kada su strana lica u pitanju, mogu se postaviti problemi vezani za mogućnost stjecanja prava vlasništva na teritoriji Crne Gore, naročito kada su u pitanju nepokretne stvari. U tom smislu **Pürner, Stefan – Milosavljević, Aleksandar**, BR Jugoslawien/Republik Montenegro: Gesetz über fiduziarische Übertragung des Eigentumsrechts, WiRO, 12/1999, str. 461.

stvari, prvenstveno pokretne i nepokretne,⁵⁰ ali ne i na prava. Novinu predstavlja mogućnost da objekt osiguranja bude robni lager.⁵¹

Pravna osnova za zasnivanje ovog sredstva osiguranja je ugovor, koji mora biti zaključen u pismenoj formi, a ako su nekretnine u pitanju, potpise mora ovjeriti sud.⁵² Prema članu 23. st. 1. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine u registar se upisuju ugovori o fiducijarnom prijenosu. Ukoliko upis ugovora ne bude izvršen u roku od osam dana od nastanka potraživanja, ugovor je ništav (član 23. st. 2.).⁵³ Iz navedene odredbe proizlazi da je upis uvjet za punovažnost ugovora, a ne uvjet stjecanja prava.⁵⁴

Da bi jedan registar mogao ostvariti neophodne ciljeve, a prije svega efikasan publicitet prava, mora biti vođen i organiziran na određenim postulatima odnosno načelima. Iz samog zakonskog teksta ne proizlazi da je to slučaj sa registrom u koji se upisuje fiducijarno vlasništvo u Crnoj Gori, što može devalvirati ovo sredstvo osiguranja. Na prvom mjestu ovaj registar nije koncipiran na načelu upisa, prava se stječu samim ugovorom.⁵⁵

Izričito je propisano da se radi o javnom registru⁵⁶ koga vodi Direkcija za nekretnine Crne Gore.⁵⁷ Svako lice može izvršiti uvid u registar i tražiti potvrdu da nema opterećenja.⁵⁸ Međutim, nije normirana jedna nužna konzekvenca načela javnosti, a to je obveza subjekata da se informiraju o stanju u registru. Iz navedene obveze nužno bi proizilazila neoboriva pretpostavka da su činjenice upisane u registar svima poznate. Ovo pitanje nije regulirano, a od presudne je važnosti s

⁵⁰ Član 1. st. 1. i 2. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine.

⁵¹ Član 6.-9. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine.

⁵² Član 1. st. 4. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine.

⁵³ Navedeno rješenje nije ispravno. Rok za registraciju ne bi nikako trebalo vezati za nastanak tražbine, već za zaključenje ugovora o fiducijarnom prenosu. Nije isključeno da stranke zaključe neki obligacioni ugovor, a da se dogovore u nekom kasnijem momentu da tu tražbinu osiguraju fiducijarnim prijenosom vlasništva. Nije ispravno rješenje prema kojem je cijeli ugovor zahvaćen ništavošću. U slučaju neblagovremene registracije bila bi ništava samo odredba o fiducijarnom prijenosu vlasništva. Potpuno je moguća situacija da stranke zaključe samo jedan ugovor u kome je zasnovana tražbina i u kome je ona osigurana prijenosom vlasništva. Zbog propuštene registracije ne bi trebao biti ništav cijeli ugovor, bez dejstva bi trebao ostati samo fiducijarni prijenos vlasništva.

⁵⁴ Tako je ova odredba, bez ikakve kritičke opaske, tumačena u doktrini. Vidjeti **Pürner**, Stefan – **Milosavljević**, Aleksandar, op. cit., str. 460, **Rašović**, Z.,P., Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine, Podgorica, 1996. str. 187,

⁵⁵ Ukoliko ugovor ne bude upisan u registar u roku od osam dana, biva ništav, a time i otpada pravna osnova za stjecanje prava, odnosno prestaje već zasnovano pravo. Na ovaj način posljedice neizvršenog upisa prividno su gotovo iste u obje situacije. Ipak, rješenje preme kome bi prava nastajala i prestajala upisom bila bi logična posljedica postojanja registra.

⁵⁶ Član 2. Uredbe o upisu ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine.

⁵⁷ Član 1. Uredbe o izmjeni Uredbe o upisu ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine od 13.03.1997.

⁵⁸ **Rašović**, Z.,P., op.cit., str. 191.

obzirom na mogućnost savjesnog pribavljanja odnosno materijalna je pretpostavka načela povjerenja. Zakonskim propisima nije uređeno ni načelo povjerenja.

Iz odredaba o mjesnoj nadležnosti registarskog organa nije jasno da li se ovaj registar vodi po sistemu realnih ili personalnih folija,⁵⁹ tako da nije jasno na koji način bi zainteresirano lice vršilo provjeru da li su određene stvari opterećene ili ne. Zainteresirano lice bi moralo pregledati i upisnik gdje se stvari nalaze, kao i onaj koji se vodi prema prebivalištu dužnika.⁶⁰ Ovo je nepraktično rješenje i u stvari ne osigurava efikasan publicitet.⁶¹ Način na koji funkcioniraju registri nije u mogućnosti da obezbijedi adekvatan publicitet i to je velika slabost ovog sredstva osiguranja.⁶²

3.2.2. *Fiducijarno vlasništvo u pravu Republike Hrvatske*

Fiducijarno vlasništvo je u Republici Hrvatskoj uređen normama dva zakona – Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,⁶³ u okviru problematike prethodnog i potonjeg vlasništva,⁶⁴ i u Ovršnom zakonu,⁶⁵ kao sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava.⁶⁶ U ovom potonjem slučaju institut je uređen u okviru postupka osiguranja.

Predmetom fiducijarnog vlasništva u hrvatskom pravu mogu biti pokretne tako i nepokretne stvari, kako uknjižene tako i neuknjižene. Kod prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima konstituira se besposjedovno (moblijarно) sredstvo osiguranja. Ovo sredstvo osiguranja na pokretnim i neuknjiženim nepokretnim stvarima postoji bez organiziranog publiciteta, što može imati negativni učinak na sigurnost pravnog prometa.⁶⁷

Postavlja se pitanje u kakvom odnosu stoje norme ova dva zakona i da li se radi o istom ili različitim institutima? Između ova dva zakonska teksta postoje određene disonance, koje bi govorile u prilog namjere zakonodavca da regulira dva posebna instituta.

⁵⁹ Član 3. Uredbe o upisu ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine

⁶⁰ U Uredbi se govori samo o prebivalištu dužnika, što naravno analogno treba primijeniti i na sjedište ako je dužnik pravno lice.

⁶¹ Zloupotrebe su vrlo lako moguće. Dovoljno je da dužnik optereti stvari i to upiše u registru koji je nadležan prema mjestu nalaska stvari, a da zatim stvari prenese u drugo mjesto, za koji je nadležan drugi registar, pa da je opterećenju teško ući u trag. Za problem prijenosa stvari preko granica vidjeti **Pürner**, Stefan - **Milosavljević**, Aleksandar op. cit., str. 462.

⁶² Suprotno **Rašović**, Z., P., op. cit., str. 169.

⁶³ Narodne novine 91/96.

⁶⁴ Član 34. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁶⁵ Narodne novine 57/96, 29/99.

⁶⁶ Član 273. –279. Ovršnog zakona Republike Hrvatske.

⁶⁷ Za uvođenje odgovarajućih upisnika i publiciranje besposjedovnih sredstava osiguranja zalaže se u hrvatskoj doktrini **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 187, 233 itd. Takođe **Čulinović-Herc**, Edita, Trebaju li nam nova sredstva osiguranja povjerilaca, str. 575.

Već na prvi pogled su uočljive terminološke razlike između ova dva zakonska teksta – Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima govori o prethodnom i potonjem vlasniku, a Ovršni zakon o protivniku i predlagatelju osiguranja, što ne upućuje nužno na dobrovoljni karakter ove ustanove odnosno o punopravnom i nepunopravnom vlasniku, kad govori o namirenju predlagatelja osiguranja.⁶⁸

U hrvatskom se pravu prema odredbama Ovršnog zakona vlasništvo prenosi u strogo propisanoj formi sporazuma pred sudom odnosno u obliku javnobilježničke isprave. Nasuprot tome iz odredbe člana 34. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ne proizlaze strogi zahtjevi forme (ograničenje na osnovu pravnog posla).

Kada je u pitanju prijenos vlasništva na nekretninama upisanim u zemljišne knjige, odredba člana 274. st. 5. Ovršnog zakona određuje da stranke mogu zahtijevati prijenos prava vlasništva na fiducijara uz zabilježbu da je prijenos izvršen u svrhu osiguranja. Nasuprot tome prema odredbi člana 34. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske i člana 32. Zakona o zemljišnim knjigama, u zemljišne knjige upisuje se vlasništvo povjerioca (kao prethodno) i pred-bilježava vlasništvo dužnika (kao potonje vlasništvo). Ova odredba Zakona o zemljišnim knjigama kao *lex posterior* derogira odredbu člana 274. st. 5. OZ Hrvatske.⁶⁹

Namirenje fiducijarnog vlasnika, kao prethodnog, prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima vrši se u skladu sa pravilima o namirivanju založnog povjerioca izvansudskim putem,⁷⁰ a sam zakon u članu 337. određuje izvansudsko namirenje povjerioca, koje se razlikuje od namirenja predviđenog Ovršnim zakonom. Ovršni zakon sadrži složena i razrađena pravila namirenja (preko javnog bilježnika, stjecanjem stvari od strane povjerioca, ukoliko je on s tim suglasan, ili mogućnošću da sam povjerilac proda stvar).⁷¹

Određena razlika između ova dva zakonska teksta postoji i kada je u pitanju djelovanje prema trećim licima. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima određuje da će ograničenje vlasništva u svrhu osiguranja djelovati prema trećima pod uslovom da je upisano u javnu knjigu ili u odgovarajući javni upisnik⁷² odnosno da ne djeluje prema trećima koja za to ograničenje nisu znala niti su mogla znati.⁷³ Na ovaj su način zaštićeni i prethodni i potonji vlasnik i treća lica. Ovršni zakon ograničenje vlasništva u svrhu osiguranja ne veže za upis u zemljišne knjige ili druge

⁶⁸ Član 277. st. 5. i 6. Ovršnog zakona Republike Hrvatske. Za korištenje naziva povjerilac i dužnik **Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z.**, op. cit., str. 610. Upravo se promjena naziva ističe kao novina u odnosu na raniji ZIP koji je upotrebljavao termine dužnik i povjerilac. Tako **Dika, Mihajlo**, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, str. 77.

⁶⁹ Tako **Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z.**, op. cit., str. 611.

⁷⁰ Član 34. st. 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷¹ Član 277. Ovršnog zakona Republike Hrvatske.

⁷² Član 34. st. 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁷³ Član 34. st. 6. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske.

javne upisnike (osim kada su u pitanju uknjižene nekretnine), a iz odredbe člana 275. st. 2. izvodi se zaključak da i nesavjesni treći mogu valjano pribaviti od fiducijarnog vlasnika, čije je pravo ograničeno i koji raspolaže protivno zabrani otuđenja.⁷⁴

S druge strane, između ova dva zakonska teksta došlo je do svojevrsnog uzvraćanja i upućivanja, što govori u prilog stavu da je zakonodavac u vidu imao jedinstveni institut fiducijarnog vlasništva. U tom slučaju je odista velika šteta što ne postoji potpuno suglasje ova dva zakonska teksta. Prema odredbi člana 312. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima za postupak oblikovanja (zasnivanja) sudskog dobrovoljnog založnog prava,⁷⁵ ali i za njegove **pravne učinke**, mjerodavne su odredbe zakona koji je regulirao prinudnu ovrhu i osiguranje, a prema članu 19. st. 2. Ovršnog zakona Republike Hrvatske na materijalnopravne pretpostavke i **posljedice** provedbe ovršnog postupka i postupka osiguranja se na odgovarajući način primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju stvarnopravni odn. obligacioni odnosi. Kod ovog dvostrukog upućivanja je nesporno da su za zasnivanje sudskog dobrovoljnog založnog prava (analogno i sudskog i javnobilježničkog prijenosa vlasništva) mjerodavne odredbe Ovršnog zakona, ali ostaje nedoumica da li su za učinke sredstava osiguranja mjerodavne materijalnopravne ili procesnopravne norme. Pitanje dobija na značenju upravo zbog spomenutih nesuglasja ova dva zakonska teksta (npr. kod učinaka prema trećima). Prema jednom mišljenju izraženom u hrvatskoj doktrini, kome se priklanja ovaj rad, neka rješenja Ovršnog zakona nisu u potpunom suglasju s građansko-pravnom dogmatikom.⁷⁶

Odredba člana 297. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima daje opći okvir za sredstva osiguranja određujući da se odredbe koje reguliraju založno pravo na odgovarajući način primjenjuju i na prijenos vlasništva u svrhu osiguranja, kao i na svako drugo sredstvo osiguranja, ako zakonom nije drugačije određeno. Usprkos tome je fiducijarno vlasništvo na osnovi sporazuma pred sudom i javnim bilježnikom izvan sistema Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske. Sam Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ipak regulira samo klasična sredstva osiguranja (hipoteku, pignus, založno pravo na pravima), a ne sadrži propise o fiducijarnom vlasništvu kao sredstvu osiguranja. Čak se čini da hrvatska doktrina ne traga za rješenjima određenih pitanja u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (npr. tko osigurava predmet osiguranja, kako fiducijar može vršiti pregled predmeta osiguranja, koja su prava povjerioca u slučaju smanjenja vrijednosti stvari, klauzula o oslobađanju predmeta, kada je došlo do namirenja i sl. Ova su pitanja, naime, regulirana navedenim zakonom.) već se smatra

⁷⁴ Vidjeti supra 4.2.4.

⁷⁵ Citiranom odredbom nije obuhvaćeno dobrovoljno založno pravo konstituirano pred javnim bilježnikom, kao ni fiducijarno vlasništvo na osnovu sporazuma pred sudom ili javnim bilježnikom. Da li je zakonodavac izričito uputio na primjenu normi ovršnog postupka samo u jednom slučaju i svjesno izostavio druge slučajeve dobrovoljnog osiguranja pred sudom i javnim bilježnikom, ili se radi o propustu zakonodavca, te je moguća analogna primjena citirane odredbe i na druge slučajeve?

⁷⁶ Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., Stvarno pravo, Zagreb, 1998., str. 610.

da će stranke ta pitanja morati urediti svojim ugovorom koristeći rješenja usvojena u njemačkoj poslovnoj praksi.⁷⁷

U njemačkom, poljskom, češkom i slovenskom pravu fiducijarno vlasništvo može biti akcesorno sredstvo osiguranja, ali može postojati i neovisno o osiguranom potraživanju. Iskustva ovih zemalja pokazuju da banke kao povjeritelji upravo preferiraju ovaj neakcesorni oblik osiguranja. Postoje mišljenja u hrvatskoj doktrini prema kojima je prijenos prava vlasništva u svrhu osiguranja neakcesornog karaktera, što znači da ne zavisi od postojanja osigurane tražbine.⁷⁸ Uporište za takvu tvrdnju pruža odredba člana 276. st. 1. Ovršnog zakona, koja određuje da je povjerilac (predlagatelj osiguranja) koji je namiren dužan da vrati vlasništvo dužniku (protivniku osiguranja), iz čega slijedi da do prestanka fiducijarnog vlasništva ne dolazi ipso facto ispunjenjem i prestankom potraživanja odnosno da je fiducijarno vlasništvo neakcesorno sredstvo osiguranja. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima nije u potpunosti u skladu s ovom odredbom, propisujući na jednom mjestu da vlasništvo povjerioca prestaje ipso facto ispunjenjem rezolutivnog uvjeta (akcesorno sredstvo osiguranja) ako je u pitanju djelovanje prema trećim, a na drugom mjestu da je prethodni vlasnik, pošto se ispuni uvjet, dužan prenijeti vlasništvo potonjem vlasniku (neakcesorno sredstvo osiguranja).⁷⁹ Nasuprot navedenim zakonskim odredbama koje upućuju na neakcesornost fiducijarnog vlasništva postoje i one koje upućuju na suprotan zaključak. Odredbe koje se odnose na fiducijarni prijenos vlasništva određuju da se ovo sredstvo osiguranja zasniva "radi osiguranja tražbine",⁸⁰ a to proizlazi i iz člana 34. st. 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Upravo korištenje takve sintagme u zakonskom tekstu u njemačkom pravu opredjeljuje razliku između hipoteke i zemljišnog duga. Hipoteka, kao akcesorno sredstvo osiguranja, osigurava potraživanje povjerioca, što je izostavljeno u definiciji zemljišnog duga kao neakcesornog osiguranja.⁸¹

Mogućnost pribavljanja izvršnog naslova još u momentu zasnivanja, kao i mogućnost odstupanja od prodaje po pravilima izvršnog postupka, donijet će povjeritelju određene prednosti u odnosu na klasična sredstva osiguranja. Međutim, postavlja se pitanje koliko su istovremeno zaštićeni i interesi dužnika-fiducijanta.

U hrvatskom je pravu dopušteno osiguranje prijenosom vlasništva i zakonodavno je razrađeno, a pozitivna je strana zakonskog uređenja ovog instituta u Republici Hrvatskoj što nije regulirana samo mogućnost prijenosa vlasništva u svrhu

⁷⁷ U tom smislu **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 146, **Barbić**, Jakša, op. cit., str. 119.

⁷⁸ Tako **Barbić**, Jakša, op. cit., str. 103, **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 62. O akcesornosti prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja detaljnije, **Jauerling**, Othmar, Zur Akzessorietät bei der Sicherungsübertragung, NJW, 6/82. str. 270.

⁷⁹ Član 34. st. 4. zadnja rečenica Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁸⁰ Član 274. st. 1. OZ Hrvatske.

⁸¹ Uporediti § 1113. i § 1191. BGB-a.

osiguranja već su regulirane i najvažnije konsekvence ovog osiguranja - položaj osiguranog lica, fiducijarnog vlasnika u izvršnom i stečajnom postupku. U tom se smislu hrvatsko ovršno i stečajno pravo oslonilo na rješenja njemačkog prava i na taj način su iskorištena iskustva njemačke prakse.

Ovršni zakon rješava situaciju u kojoj je protiv povjerioca (predlagatelja osiguranja) pokrenut ovršni ili stečajni postupak tako što dužniku (protivniku osiguranja) priznaje izlučno pravo.^{82,83} Zakonom nije riješena situacija u kojoj je pokrenut ovršni postupak protiv dužnika (protivnika osiguranja), te doktrina predlaže da povjerioca (predlagatelja osiguranja) treba smatrati pravim vlasnikom koji može uložiti prigovor i tražiti da se ovrha proglasi nedopuštenom⁸⁴ odnosno smatra se da povjerilac ima izlučno pravo.⁸⁵ Smatra se da je isticanje prigovora protiv ovrhe najmoćnije sredstvo zaštite fiducijara.⁸⁶ Logika Stečajnog zakona⁸⁷ je drugačija. Prema odredbi člana 83. Stečajnog zakona povjeritelj (predlagatelj osiguranja) se smatrao razlučnim povjeriteljem. Najnovije novele Stečajnog zakona iz 2000. godine nisu ostale samo pri tome da fiducijarnog vlasnika svrstaju u razlučne povjerioce, već su detaljno i posebno regulirale položaj fiducijarnog vlasništva zasnovanog pred sudom ili javnim bilježnikom u stečaju.⁸⁸ U osnovnom položaju fiducijarnog vlasnika kao razlučnog povjerioca se ništa ne mijenja, ali je razrađen način njegovog namirenja, koji znatno odstupa od načela oficijelnosti. Slijedeći ideju Ovršnog zakona i u stečajnom se postupku može fiducijrni vlasnik namiriti zadržanjem stvari.⁸⁹

⁸² Član 276. st. 2. OZ-a Hrvatske.

⁸³ Od pravila da dužniku (protivniku osiguranja) pripada izlučno pravo postoji izuzetak. Prednost pred izlučnim pravom dužnika (protivnika osiguranja) ima založni povjerilac kome je povjerilac (predlagatelj osiguranja) založio predmet fiducijarnog vlasništva. Ovakvo rješenje može dovesti do izigravanja interesa davaoca osiguranja, koji, čak i pri urednoj otplati duga, može na ovaj način izgubiti svoju stvar. Postavlja se pitanje da li prednost uživa samo treći savjesni zalogoprimalac? Koji zalogoprimalac uopće može biti savjestan? Ako je u pitanju pokretna stvar, nije bilo moguće izvršiti predaju, slijedom toga ni steći založno pravo. U slučaju da je predmet zaloge nekretnina, navedeno rješenje je još manje razumljivo. Upisu hipoteke naknadnog zalogoprimalca ne stoji nikakva prepreka, ali on ne može ignorirati činjenicu da je zalagodavac vlasnik uz čije je pravo vlasništva unesena zabilježba o prijenosu radi osiguranja, dakle "nepunopravno" vlasništvo. Prema tome nema savjesnog besteretnog stjecanja. Takođe, ako su u pitanju neuknjižene nekretnine, zalogoprimalac ne može savjesno steći neograničeno pravo vlasništva – činjenica da je nekretnina u posjedu trećega (fiducijanta) sprječava njegovu savjesnost.

⁸⁴ Tako **Barbić, Jakša**, op. cit., str. 131.

⁸⁵ Tako **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 238.

⁸⁶ **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 190.

⁸⁷ Narodne novine 44/96., 29/99., 129/2000.

⁸⁸ Član 81a. Stečajnog zakona.

⁸⁹ Novina u hrvatskom stečajnom pravu je i posebno reguliranje položaja razlučnih vjerovnika u slučaju prodaje imovine stečajnog dužnika kao cjeline (član 163f).

3.2.3. *Fiducijarno vlasništvo u pravu Republike Makedonije*

U Republici Makedoniji provedene su cjelovite reforme u oblasti osiguranja potraživanja. Posebnim zakonom uređeno je dobrovoljno zalaganje pokretnih stvari i prava,⁹⁰ a posebnim nekretnina.⁹¹ Za sve vrste založnog prava predviđen je poseban postupak registracije.⁹² Prvobitno u makedonskom pravu nije bio reguliran fiducijarni prijenos vlasništva. Izvorni tekst makedonskog Zakona o izvršnom postupku iz 1997. godine⁹³ je na isti način kao bivši savezni Zakon o izvršnom postupku iz 1978. godine predviđao založno pravo na osnovi sporazuma pred sudom, kako na pokretnim, tako i na nepokretnim stvarima.⁹⁴ Te su odredbe stavljene van snage Zakonom o ugovornoj hipoteci⁹⁵ i Zakonom o zalaganju pokretnih stvari i prava,⁹⁶ te u Republici Makedoniji nije moguće zasnivanje založnog prava na osnovi sporazuma stranaka pred sudom. U Republici Makedoniji je donesen zakon kojim je regulirana oblast stvarnog prava, ali ova dva posebna zakona o zalaganju pokretnih i nepokretnih stvari nisu stavljena izvan snage.⁹⁷

Makedonski zakonodavac nije zadržao ovo principijelno opredjeljenje. Novela na Zakon o izvršnom postupku iz 2000. godine⁹⁸ po uzoru na novele Ovršnog zakona Republike Hrvatske iz 1999. godine reguliran je u makedonskom pravu fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim i nepokretnim stvarima na osnovi sporazuma pred sudom. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku ne predviđa fiducijarni prijenos vlasništva na osnovu sporazuma pred javnim bilježnikom.

Nakon što se zakonodavac prvobitno odlučio za reguliranje dobrovoljnih sredstava osiguranja izvan propisa o izvršnom postupku, ponovno vraćanje na raniji koncept predstavlja određenu nedosljednost u sistemu. Ukoliko je postojala potreba za reguliranjem fiducijarnog vlasništva, to je moglo biti učinjeno na isti način na koji je regulirano zalaganje pokretnih i nepokretnih stvari (osnivanje ugovorom, eventualno javnobilježnička ovjera), a u postojeći elektronski registar moglo je biti upisano i fiducijarno vlasništvo.

⁹⁰ Zakon o zalaganju pokretnih stvari i prava (Sl. vesnik 21/98, 86/2000).

⁹¹ Zakon o dobrovoljnoj hipoteci (Sl. vesnik 59/2000).

⁹² Zakon o vođenju registara u Republici Makedoniji (Sl. vesnik 28/98). Ovim je zakonom uređen centralni, elektronski vođen registar za Republiku Makedoniju, koji objedinjava više registara (registar nekretnina, registar zalog na pokretnim stvarima i pravima, registar pravnih lica, sa njihovim godišnjim bilansama.) – član 2. st. 1. navedenog zakona.

⁹³ Služben vesnik 53/97.

⁹⁴ Član 247. -252. Zakona o izvršnom postupku.

⁹⁵ Član 54. Zakona o dobrovoljnoj hipoteci.

⁹⁶ Član 62. Zakona o zalaganju pokretnih stvari i prava.

⁹⁷ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Makedonije (Služben vesnik 18/2001). Uporediti Schrammeyer, K., Mazedonien: Gesetz über Eigentum und sonstige dingliche Rechte, WiRO 11/2001, str. 339.

⁹⁸ Član 252a-252d Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku (Služben vesnik 59/2000).

Nepokretne i pokretne stvari zalažu se na osnovu ugovora između stranaka. Oba zakonska teksta predviđaju da stranke ugovoru o zalaganju mogu dati karakter izvršne isprave ovjeravajući potpise kod javnog bilježnika.⁹⁹ To stranke mogu učiniti prilikom upisa hipoteke u javni registar, odnosno zasnivanja založnog prava na pokretnim stvarima, ali i naknadno. Bilo bi poželjnije da se svojstvo izvršne isprave ne stječe samo ovjerom potpisa već javnobilježničkom ovjerom sadržaja akta, ali bez obzira na ovakvo opredjeljenje, makedonsko rješenje se u dobroj mjeri približava pravilnom shvatanju uloge javnog bilježnika u procesu osiguranja povjara. Može se postaviti pitanje koji su razlozi opredijelili zakonodavca da kod fiducijarnog vlasništva ne predvidi mogućnost konstituiranja na osnovi sporazuma pred javnim bilježnikom.

Odredbe o fiducijarnom vlasništvu Republike Makedonije neće biti predmetom analize budući da su identične odredbama hrvatskog Ovršnog zakona koje su prethodno bile detaljnije analizirane.

3.2.4. *Fiducijarno vlasništvo u pravu Republike Slovenije*

Prije nego što je fiducijarni prijenos vlasništva reguliran Stvarnopravnim zakonikom,¹⁰⁰ primjenjivan je u praksi¹⁰¹ i bila mu je posvećena pažnja slovenske doktrine, gdje se diskutiralo o pitanju dopustivosti fiducijarnih pravnih poslova.¹⁰²

Stvarnopravni zakonik predviđa zasnivanje fiducijarnog vlasništva samo na pokretnim stvarima, pri čemu predmet osiguranja ostaje u neposrednom posjedu dužnika.¹⁰³

Ovo se sredstvo osiguranja konstituira ugovorom koji mora biti sačinjen u zakonom propisanoj formi - formi javnobilježničkog akta.¹⁰⁴ Novo slovensko izvršno pravo, za razliku od hrvatskog prava, ne predviđa institut založnog prava na osnovi sporazuma stranaka pred sudom, a tako ni fiducijarni prijenos vlasništva na osnovu sporazuma pred sudom.¹⁰⁵

⁹⁹ Član 7. Zakona o dobrovoljnoj hipoteci, član 8. Zakona o zalaganju pokretnih stvari i prava.

¹⁰⁰ Uradni list 87/2002. od 17.10.2002.

¹⁰¹ **Tratnik, M., Rijavec, V., Keresteš, T., Vrenčur, R.**, Stvarnopravna zavarovanja, Maribor, 2001, str. 149, **Braniselj, Erika**, Osiguranje tražbina u slovenačkom pravu i uloga javnog bilježnika u izboru vrste osiguranja, Javni bilježnik 7/99, str. 26.

¹⁰² Odgovori su različiti – u starijoj literaturi dat je potvrđan odgovor na dopustivost fiducijarnih pravnih poslova, što i nije moglo biti zaničevano s obzirom na odredbu člana 445. ZOO o cesiji radi osiguranja, ali ne i na mogućnost fiducijarnog prijenosa vlasništva. Navedeno prema **Juhart, Miha**, Prijenos lastninske pravice v zavarovanje, Pravnik, Ljubljana, let 50 (1995), 1-3, str. 49. Novija slovenska literatura sa bavi iscrpno ovim pitanjem i odgovara potvrdno na mogućnost prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja. Tako **Tratnik, M., Rijavec, V., Keresteš, T., Vrenčur, R.**, op. cit., str. 149, **Juhart, Miha**, op. cit., str. 50.

¹⁰³ Član 201. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

¹⁰⁴ Član 202. st.1. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

¹⁰⁵ Mogućnost zalaganja na osnovu sporazuma pred sudom napuštena je donošenjem Zakona o izvršenju i osiguranju 1998. godine (Uradni list 51/98, izmjene 75/2002). U procesu donošenja ovog

Fiducijarno vlasništvo nije jedino besposjedovno sredstvo osiguranja na pokretnim stvarima u slovenskom pravu. Pored fiducijarnog vlasništva navedeni zakon regulira i besposjedovni zalog.¹⁰⁶ U slovenskoj doktrini je stoga zastupljeno mišljenje da svrha uvođenja ovog sredstva osiguranja nije reguliranje besposjedovnog sredstva osiguranja. Fiducijarno vlasništvo razlikuje se od besposjedovnog zalogu po tome što nije nužno akcesorno sredstvo osiguranja.¹⁰⁷ Dispozitivno je zakonsko pravilo da je fiducijarni prijenos vlasništva vezan za raskidni uvjet ispunjenja obaveze od strane dužnika. Plaćanjem potraživanja od strane dužnika na njega bi automatski trebalo prijeći pravo vlasništva, ukoliko se stranke nisu drugačije ugovorile i stipulirale obvezu fiducijarnog vlasnika na povratni prijenos vlasništva.¹⁰⁸ U drugom navedenom slučaju je fiducijarno vlasništvo neakcesorno sredstvo osiguranja. Izričito je propisano da u ugovoru kojim se zasniva neakcesorno fiducijarno vlasništvo ne smiju biti naznačene visina i dospelost potraživanja.¹⁰⁹

Stvarnopravnim zakonikom nije podrobno reguliran ovaj institut, umjesto toga izvršena je uputa na shodnu primjenu odredaba o besposjedovnoj zalozi (sadržaj založno-pravnog odnosa)¹¹⁰ i odredaba o prijenosu vlasništva.¹¹¹ Budući da se radi o novom institutu u slovenskom pravu, bilo bi poželjno da je zakon potpunije uredio ovaj institut umjesto što upućuje na odgovarajuću primjenu drugih odredbi. Stvarnopravni zakonik međutim regulira dva ključna pitanja – pitanje namirenja osiguranog povjerioca, pri čemu su učinjena znatna odstupanja od načela oficijelnosti,¹¹² i pitanje položaja osiguranog povjeritelja u stečajnom i ovršnom postupku.

Budući da je Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji Republike Slovenije¹¹³ donesen mnogo ranije nego Stvarnopravni zakonik, nije mogao regulirati položaj fiducijara i fiducijanta u stečaju nad imovinom druge strane, stoga je to učinjeno, u izvjesnoj mjeri na sistemski pogrešnom mjestu, u Stvarnopravnom zakoniku.¹¹⁴ Prema članu 205. i 206. Stvarnopravnog zakonika predviđena je mogućnost da se dužnik fiducijant i povjerilac fiducijar dogovore da u slučaju pla-

zakona bilo je kolebanja da li propisati mogućnost paralelnog osnivanja založnog prava na osnovi sporazuma pred sudom i na osnovi sporazuma pred javnim bilježnikom. Uporediti **Tratnik, M., Rijavec, V., Keresteš, T., Vrenčur, R.**, op. cit., str. 241-242.

¹⁰⁶ Član 170-177.

¹⁰⁷ **Vrenčur, Renato**, Fiducijarni prijenos vlasničkog prava u svrhu osiguranja na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu, Materijali za Simpozijum o stvarnom pravu, održan u Budimpešti od 30. oktobra do 3. novembra 2002.g., str. 1.

¹⁰⁸ Član 201. st. 2. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

¹⁰⁹ Član 201. st. 2. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

¹¹⁰ Član 203. st. 2. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

¹¹¹ Član 201. st. 3. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

¹¹² Član 204. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

¹¹³ Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji (Uradni list 67/93).

¹¹⁴ Član 205.-206. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije.

težne nesposobnosti druge strane stvar prenesena u vlasništvo ne može biti predmetom zahvata povjerilaca druge strane u izvršnom postupku i stečaju. Fiducijar odnosno fiducijant imaju izlučno pravo samo ako o tome postoji njihov dogovor. Navedena rješenja prema kojima je moguće dogovaranje između fiducijara i fiducijanta o položaju u stečaju ili izvršnom postupku moraju biti predmetom kritike. Ova materija mora biti zahvaćena imperativnim normama stečajnog i izvršnog prava. Prema članu 206. st. 2. u slučaju izvršnog postupka ili stečaja nad imovinom fiducijanta dužnika, fiducijar povjerilac *ex lege* ima razlučno pravo i ovo je korektno i standardno rješenje.

3.2.5. SR Jugoslavija i BiH – da li je moguće fiducijarno vlasništvo pri nepostojanju izričite zakonske regulative

Ovo se pitanje na prostoru bivše SFRJ aktualno postavlja samo za pravo BiH i Savezne Republike Jugoslavije. Na isti način se postavljalo u Republici Sloveniji prije donošenja Stvarnog pravnog zakonika.

Pri odgovoru na navedeno pitanje nužno je poći od činjenice da li dati pravni poredak dopušta i priznaje fiducijarne pravne poslove. Zakon o obligacionim odnosima, koji se još uvijek primjenjuje u SR Jugoslaviji i BiH, ne normira izričito načelno pitanje punovažnosti fiducijarnih pravnih poslova. Međutim, odredba člana 445. Zakona o obligacionim odnosima dopušta punovažnost fiducijarne cesije odnosno ustupanja potraživanja u svrhu osiguranja. Fiducijarna cesija kao i fiducijarni prijenos vlasništva imaju isti *ratio legis* (osiguranje prijenosom prava), te je moguće primjenom analogije govoriti o punovažnosti fiducijarnog vlasništva. Nema razloga da prijenos prava u svrhu osiguranja u jednom slučaju bude dopušten (prijenos potraživanja), a da u drugom slučaju ne bude (prijenos vlasništva).

Pred sudovima SR Jugoslavije odnosno Srbije pojavili su se sporovi iz fiducijarnog vlasništva te su se sudovi izjašnjavali o dopustivosti fiducijarnih pravnih poslova. Na bazi istih propisa je u sudskoj praksi u SR Jugoslaviji (Srbiji) različito presuđivano. U nekim sudskim odlukama je dopušten fiducijarni prijenos vlasništva,¹¹⁵ a u nekim je oglašen ništavim.¹¹⁶ U jednoj je sudskoj odluci osiguranje prijenosom vlasništva osporeno ne zbog fiducijarnog pravnog posla, već s toga što je sud takvo ugovaranje ocijenio protivnom ugovaranju komisorne klauzule.¹¹⁷ O nesnalaženju sudske prakse govori i činjenica da je u slučaju u kojem je sud priznao

¹¹⁵ Presuda Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 263/96 od 29.01.1997, Viši privredni sud, Bilten sudske prakse, 1/97, str. 24.

¹¹⁶ "Ništava je odredba ugovora zaključenih između parničnih stranaka kojim je tuženi preneo pravo vlasništva na spornim nekretninama na tužioca, kao sredstvo obezbeđenja vraćanja kredita (zaloga).", Presuda Višeg privrednog suda 652/97. od 29.10.1997, Viši privredni sud – Bilten sudske prakse, 1/97, str. 108. Vidjeti kod **Salma**, Jožef, Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prijenos svojine radi obezbeđenja potraživanja, Pravni život, 10/1998, II.tom, str. 37-38.

¹¹⁷ Vidjeti presudu Višeg privrednog suda u Beogradu Pž 5867/97 navedenu kod **Đurović**, Ljiljana, op. cit., str. 818-819.

punovažnost fiducijarnog pravnog posla odrekao izlučno pravo fiducijarnom vlasniku. Radi se o jednom temeljnom nepoznavanju svrhe instituta, čije osnivanje nije samo sebi svrha, već povjerilac upravo želi sigurnost u izvršnom i stečajnom postupku (izlučno odn. razlučno pravo).

Međutim, osnovni problem fiducijarnog vlasništva ne leži u tome da li ga propisi jedne zemlje izričito dopuštaju ili ne, jer je tumačenjem moguće naći osnovu za dopuštenost fiducijarnog prijenosa vlasništva, osim ako ono nije izričito zabranjeno,¹¹⁸ već u tome kakva prava i obaveze između stranaka nastaju i kakvi su učinci ovog instituta prema trećima. U svakom pravnom poretu prvenstveno mora biti odlučeno da li dopustiti fiducijarni prijenos i na nepokretnim stvarima, je li fiducijarni prijenos vlasništva besposjedovno sredstvo osiguranja ili ne. Osim ovih pitanja vezanih za priznanje novog sredstva osiguranja u jednom pravnom poretu i za domen njegove primjene, nužno je odgovoriti na niz pitanja od kojih zavisi efikasnost jednog sredstva osiguranja, a to je najkraće rečeno pitanje publiciteta i s tim povezano pitanje dejstva prema trećima (eventualnim savjesnim pribaviocima iste stvari, prema drugim dužnikovim povjeriocima u izvršnom i stečajnom postupku). Od adekvatnog rješenja ovih aspekata fiducijarnog vlasništva zavisi da li će ono biti efikasno sredstvo osiguranja povjerioca, ali i da li će u neophodnoj mjeri zaštititi dužnika, a ne od same mogućnosti da se u jednom pravnom poretu vlasništvo prenese u svrhu osiguranja.

Zagovornici fiducijarnog vlasništva, a to su najčešće banke, gube iz vida da zemlje koje se nalaze u procesu tranzicije i koje nemaju neophodnu tradiciju i iskustvo u vezi sa ovim institutom, teško mogu adekvatno odgovoriti ovom zadatku.¹¹⁹

4. Zakonska rješenja pojedinih aspekata fiducijarnog vlasništva u usporednom pravu

Nekoliko je posebno interesantnih pitanja vezanih za ovaj model osiguranja potraživanja na koja mora biti dat adekvatan odgovor da bi fiducijarno vlasništvo moglo ispuniti svoju funkciju. Čini se da u pravima zemalja nastalih disolucijom SFRJ takvi odgovori nisu dati, pri čemu se misli na pitanje što može biti objekt fiducijarnog vlasništva, kako se prijenosi vlasništvo u svrhu osiguranja, kako je organiziran publicitet ovog sredstva osiguranja, te kako se namiruje fiducijarni vlasnik.

¹¹⁸ Tako je svojevrmeno njemačka doktrina pravnu osnovu našla u § 232 st. 2. BGB-a. Prema navedenoj odredbi u situaciji u kojoj je "za osiguranje jednog potraživanja preneseno pravo" a osigurano potraživanje zastarjelo, nije moguće zahtijevati povratni prijenos prava. Detaljnije Gaul, Hans Fridhelm, op. cit., str. 358.

¹¹⁹ Citirane sudske odluke su najbolja potvrda.

4.1. Objekt fiducijarnog vlasništva

U usporednom pravu zastupljena su različita rješenja u pogledu objekta koji se prijenosi u svrhu osiguranja. To mogu biti pokretne i nepokretne stvari, a kada je riječ o pokretnim stvarima, objektom fiducijarnog vlasništva mogu biti kako individualno određene stvari tako i generičke stvari odnosno grupe stvari, kao što je npr. robni lager.

4.1.1. Generičke stvari

Kako je rečeno, fiducijarno vlasništvo je nastalo u njemačkom pravu u pokušaju da se razriješi problematika besposjedovnog sredstva osiguranja na pokretnim stvarima. Napuštanje načela depozicije dužnika omogućilo je napuštanje još jednog načela založnog prava – načela specijalnosti.¹²⁰ Na taj je način omogućeno zalaganje grupa stvari, stvari čiji se sastav mijenja, kao npr. skladišta robe, skladišta poljoprivrednih proizvoda, skladišta nafte itd.¹²¹ Mogućnost zalaganja grupa stvari odnosno generičkih stvari postoji gotovo u svim pravnim porecima koji dopuštaju besposjedovna osiguranja na pokretnim stvarima bilo u formi registriranog zaloga¹²² bilo u formi fiducijarnog prijenosa vlasništva. Napuštanje načela specijalnosti utječe na proširenje materijalne podloge osiguranja, ali uzrokuje značajne posljedice za osiguranog povjerioca. Veza između prava osiguranja i predmeta slabi, te položaj povjerioca kome za osiguranje služe stvari čiji se sastav mijenja i koje se mogu otuđivati za vrijeme postojanja odnosa osiguranja biva manje siguran nego u situacijama kada veza između prava i objekta osiguranja biva čvršća.

Njemačko je pravo našlo načina da pomiri princip određenosti predmeta stvarnih prava s mogućnošću da predmet fiducijarnog vlasništva budu skupine stvari čiji se sastav mijenja. Tako predmet fiducijarnog vlasništva mogu biti skupine stvari koje se nalaze u određenom prostoru (Raumsicherungsvertrag),¹²³ pri čemu se razlikuje prijenos vlasništva na skladištu sa promjenljivim stanjem i sa stalnim stanjem,¹²⁴ stvari koje pripadaju ili koje će pripasti davaocu osiguranja koje moraju biti posebno obilježene (Markierungsvertrag),¹²⁵ kao i stvari koje će tek pripasti fiducijantu, pri čemu se ugovara način prijenosa vlasništva.¹²⁶

¹²⁰ Tako **Simitis**, Konstantin, op. cit., str. 112.

¹²¹ Detaljnije uporediti **Simitis**, Konstantin, op. cit., str. 106.

¹²² Tako § 7. st. 2. tač. 2. poljskog Zakona o registriranim zalagama, član 4. st. 3. Zakona o registriranim zalagama Federacije BiH. Za francusko pravo **Cabrillac**, Michel-Mouly, Christian, op. cit., str. 609. **Hammel**, **Lagarde**, **Jauffret**, *Traité de droit commercial*, T. II., Paris, 1966, str. 395.

¹²³ Vidjeti **Medicus**, Dieter, op. cit., str. 371, **Baur**, Fritz, op. cit., str. 567. i dalje, **Rottbauer**, Achim, E., op. cit., str. 78, **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998, str. 75-77.

¹²⁴ Više o tome **Boeckers**, Thorsten, **Eitel**, Gottfried, **Weinberg**, Marcel, *Kreditsicherheiten*, Wiesbaden, 1997, str. 56-58.

¹²⁵ **Quack**, Friedrich, in *Münchener Kommentar, Sachenrecht*, 2. Auflage, München, 1986, str. 776.

Nasuprot tome u češkom pravu nije dovoljan Raumsicherungsvertrag, po kome je dostatno označenje prostora da bi se predmet fiducijarnog vlasništva dovoljno individualizirao, već je neophodno nabranje svih prenesenih predmeta u ugovoru. Ukoliko se želi prijenos dodatnih stvari, nužno je ugovoriti obavezu dužnika da vrši aktualne unose u popisnu listu.¹²⁷

U poljskom je pravu prijenos generičkih stvari i cjelina stvari najvažniji slučaj fiducijarnog prijenosa u praksi iako je samo djelomično reguliran u članu 102. § 2. Zakona o bankama.¹²⁸

Zakon o fiducijarnom prenosu svojine Crne Gore dopušta zalaganje robnog lagera gotovih proizvoda (mašina, automobila i drugih robnih zaliha).¹²⁹ Odredbe su u određenoj mjeri međusobno neusklađene. Iz odredbe člana 9. st. 1. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine slijedi da roba mora imati utvrđenu vrijednost, biti markirana¹³⁰ i smještena u poseban prostor,¹³¹ što upućuje na Raumsicherungsvertrag njemačkog prava i to varijantu pri kojoj roba ostaje u skladištu za vrijeme trajanja prava osiguranja. Samo uz suglasnost povjerioca može se vršiti zamjena robom u robnom lageru sa robom iste vrijednosti. Nasuprot tome odredba člana 6. st. 2. propisuje da se obvezno utvrđuje minimalna količina robe u robnom lageru koja osigurava potraživanje povjerioca, iz čega proizlazi da se roba može otuđivati do te navedene granice. To proizlazi i iz člana 7. prema kojem je dužnik dužan da o svakom poslu koji se tiče robnog lagera obavijesti povjerioca preko odgovarajućih trgovačkih papira. Iz navedene formulacije slijedi da se obavještenje odvija nakon obavljene transakcije, dok prema odredbi člana 9. st. 2. zamjena robom iste vrijednosti odvija se samo uz suglasnost povjerioca! Rješenje nije najspretnije; zakonodavac je pomiješao slučaj fiducijarnog vlasništva na robu u skladištu čiji se sastav ne mijenja, sa drugim slučajem – prijenos vlasništva na robu u skladištu sa promjenjivim sastavom. Pri tome, prijenos vlasništva na generičkim stvarima ide za tim da povjeriocu jamči određenu vrijednost, a ne konkretne stvari. Upravo generičke stvari (sirovine, polugotovi proizvodi, roba na skladištu) teško mogu biti imobilizirane. Fiducijarni prijenos vlasništva ima smisla samo ako se odnosi na robe koje će se u budućnosti u momentu dospelosti naći u skladištu;¹³² do tog časa se dužniku ne može uskratiti sloboda da njima raspolaže.

¹²⁶ Čulinović-Herc, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998, str. 75-77.

¹²⁷ Giese, Ernst, Kreditsicherheiten in der Tschechischen Republik, WiRO, 7/1999, str. 259.

¹²⁸ Franek, Jacek, op. cit., str. 22. Dužnik je dužan da stvari prostorno odvoji i obilježi. Dispozitivno pravilo je da je dužnost dužnika da vodi popisnu listu.

¹²⁹ Član 6. – 9. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine.

¹³⁰ Obilježavanje robnog lagera vrši Direkcija za nekretnine – član 11. i 12. Uredbe o upisu ugovora o fiducijarnom prenosu svojine.

¹³¹ Smatra se da se ispunjenjem ova tri zahtjeva respektira princip specijalnosti, određenosti predmeta. Tako Rašović, Zoran, P., Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine, Podgorica, 1996, str. 117.

¹³² Tratnik, M., Rijavec, V., Keresteš, T., Vrenčur, R., op. cit., str., str. 152.

Slovensko pravo ne normira izričito mogućnost fiducijarnog prijenosa vlasništva na generičkim stvarima. Do zaključka da je u slovenskom pravu moguće fiducijarno vlasništvo na generičkim stvarima dolazi se odgovarajućom primjenom pravila o besposjedovnoj zalozi, na koju upućuje član 203. st. 2. Stvarnopravnog zakonika. Prema pravilima koja važe za besposjedovni zalog predmetom zaloge, mogu biti stvari koje se nalaze na točno određenom prostoru. Zalogodavac je obavezan da se na uobičajen način brine za obnavljanje zaloga te da založnom povjeriocu omogući redovan nadzor nad obnavljanjem zaloga i da mu u tu svrhu šalje izvode iz svojih poslovnih knjiga.¹³³ Prije donošenja Stvarnopravnog zakonika u slovenskoj doktrini bilo je zastupljeno shvaćanje da su generičke stvari, prije svega inventar, po prirodi stvari podobne da budu objektom fiducijarnog prijenosa, i to ne samo postojeći inventar već i budući, odnosno predmeti na kojima će dužnik tek steći vlasništvo.¹³⁴

Hrvatski Ovršni zakon, kao ni makedonski Zakon o izmjenama i dopunama zakona o izvršnom postupku, ne predviđa izričito mogućnost zalaganja ili prijenosa vlasništva na skupini stvari. Doktrina stoji na stanovištu da nema prepreka da se u hrvatskom pravu prihvati prijenos vlasništva na skupini stvari, te da se u pogledu zahtjeva određenosti stvari prihvate rješenja koja je usvojila njemačka sudska praksa.¹³⁵ Čini se ipak da ovakvo shvaćanje nije usuglašeno s odredbom člana 34. st. 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, koja ima u vidu vlasnika na koga je preneseno vlasništvo **određene stvari**. Uz to, citirana odredba, djelovanje i dopuštenost fiducijarnog vlasništva veže za upis u javne registre, što po sebi isključuje mogućnost zasnivanja potonjeg i prethodnog vlasništva na generičkim stvarima.

Zalaganje pokretnih stvari bez predaje u posjed na osnovi sporazuma pred sudom pokazalo je u praksi bivše SFRJ negativne strane sa stanovišta sigurnosti povjerioca; dužnici su založenu robu protivno zabrani otuđivali iz skladišta i sl. i time činili bespredmetnim osiguranje povjerioca.¹³⁶ Osiguranje na generičkim stvarima u sebi nužno uključuje mogućnost raspolaganja od strane dužnika, čime opasnost po povjerioca biva još više izražena. U zemljama nelikvidne privrede i slabog platežnog morala ovo sredstvo neće garantirati povjeriocu potpunu sigurnost. Prvi preduvjet za to bi bila precizna zakonska regulativa, koja je u zemljama bivše SFRJ izostala, ali i adekvatna publikacija ovog sredstva osiguranja.

¹³³ Član 173. Stvarnopravnog zakonika.

¹³⁴ Više o tome **Tratnik, M., Rijavec, V., Keresteš, T., Vrenčur, R.**, op. cit., str. 152.

¹³⁵ **Barbić, Jakša**, Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, objavljeno u Novo ovršno i stečajno pravo, Zbornik radova, Zagreb, 1996, str. 111. Donekle nedovoljno energično, ali ipak protiv prijenosa vlasništva na generičkim stvarima, **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998, str. 97.

¹³⁶ Takva su iskustva banaka u BiH.

4.1.2. *Nepokretne stvari*

Institut fiducijarnog vlasništva njemačkog prava je isključivo besposjedovno sredstvo osiguranja na pokretnim stvarima, a fiducijarni prijenos vlasništva na nekretninama, mada je moguć, ne igra nikakvu ulogu u praksi.¹³⁷ Hipoteka i zemljišni dug besposjedovna su sredstva osiguranja na nekretninama i odgovaraju zahtjevima privrede i osiguranja kredita na nekretninama, tako da praksa nije tragala za novim sredstvom osiguranja.¹³⁸ Fiducijarni prijenos vlasništva na nepokretnim stvarima ima niz nepovoljnih konzekvenci kako s građanskopravnog aspekta, tako i s poreskopravnog aspekta i uopće aspekta troškova koji nastaju za stranke.¹³⁹ Prijenos vlasništva na nekretninama je u njemačkom pravu skopčan s nužnošću da javni bilježnik sačini javnobilježnički akt, što se za hipoteku i zemljišni dug ne traži, osim ako se želi da povjerilac pribavi mogućnost neposrednog izvršenja na osnovi javnobilježničkog akta. § 925. II BGB-a ne dopušta da prijenos vlasništva bude vezan za rok ili uvjet, te bi plaćanjem od strane dužnika bila nužno sačinjavanje javnobilježničkog akta i ponovni upis u zemljišne knjige, što pored dvostrukih troškova javnog bilježnika i uknjižbe, povlači za sobom i nužnost plaćanja dvostrukog poreza na promet nekretnina.¹⁴⁰

Za razliku od slovenskog, poljskog¹⁴¹ i češkog prava¹⁴² gdje je, po ugledu na njemačko pravo, fiducijarni prijenos ograničen samo na pokretne stvari, u pravu republika Hrvatske, Makedonije i Crne Gore izričito je dopušteno ovo sredstvo osiguranja konstituirati i na nepokretnim stvarima.¹⁴³ Na ovom mjestu u radu će mogućnost fiducijarnog prijenosa vlasništva na nekretninama u navedenim pravnim porecima biti podvrgnuta kritičkoj analizi.

Jedan od osnovnih postulata sigurnosti u domeni osiguranja na nekretninama je publicitet prava osiguranja garantiran djelovanjem načela zemljišnih knjiga. U zemljama bivše SFRJ je načelo upisa, prema kome se stvarna prava na nekretninama stječu upisom u zemljišne knjige, primjenjivano uz niz ograničenja, osim kada je u pitanju ugovorna hipoteka, gdje nas doktrina uči da se ovo načelo apsolutno

¹³⁷ Serick, Rolf, op. cit., str. 20, § 17 III 2.

¹³⁸ Serick, Rolf, op. cit., 19, § 17 III 1.

¹³⁹ Detaljnije Serick, Rolf, op.cit., str. 18. i dalje (§ 17 III 1).

¹⁴⁰ Prema nekim autorima upravo je nužnost dvostrukog plaćanja poreza na promet nekretnina uvjetovala da se u njemačkom pravu ne primjenjuje fiducijarni prijenos vlasništva na nekretninama. Tako Barbić, Jakša, op. cit., str. 112. Međutim, to je samo jedan od razloga. Ključni je sigurno taj što povjerilac ne dobiva ništa više od onoga što ima povjerilac osiguran hipotekom ili zemljišnim dugom, uz niz drugih negativnih posljedica.

¹⁴¹ Pyziol, Woiziech, op. cit., str. 131.

¹⁴² Uporediti VERNY, Arsène – SCHORLING, Tom Oliver, op. cit., str. 174, GIESE, Ernst, *Kreditsicherheiten in der Tschechischen Republik*, II dio, WiRO, 7/1999, str. 258.

¹⁴³ Sudovi u Srbiji nisu se izjasnili protiv fiducijarnog vlasništva na nekretninama, ali doktrina ima određene sumnje u tom pogledu. Tako Salma, Jožef, op. cit., str. 384.

primjenjuje.¹⁴⁴ Rješenja koja susrećemo u usporednom pravu takođe pokazuju da je hipoteka knjižno pravo par excellence,¹⁴⁵ čija egzistencija nije moguća bez zemljišnih knjiga odnosno drugih odgovarajućih javnih registara. Budući da se ovo pravo ne ispoljava ni u kakvom realnom već samo virtualnom obliku u odnosu na nekretninu pod hipotekom, nužna je publikacija putem upisa u javne registre.¹⁴⁶

Hipoteka koja postoji bez publiciranja u zemljišnim knjigama izvor je opasnosti za hipotekarnog povjerioca, eventualne stjecatelje nekretnine i eventualne druge povjerioce, ukratko izvor pravne nesigurnosti. Velike su kritike upućene u literaturi zakonskim založnim pravima ili privilegijama, koje postoje bez publiciteta.¹⁴⁷

Raniji savezni Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima određivao je da hipoteka može nastati upisom u zemljišnu knjigu, ali i na drugi zakonom određen način.¹⁴⁸ Primjer za drugi zakonom određen način daje sudsko založno pravo na osnovi sporazuma stranaka pred sudom. Kada je 1990. godine noveliran Zakon o izvršnom postupku SFRJ¹⁴⁹ i u pravni poredak uveden institut založnog prava na osnovi sporazuma stranaka pred sudom, zakonske norme imale su u vidu samo uknjižene nekretnine.¹⁵⁰ U radovima objavljenim neposredno nakon donošenja Novela na ZIP, kada još nije bilo moguće predvidjeti put kojim će krenuti sudska praksa, izražavana su stajališta da zasnivanje založnog prava na neuknjiženim nekretninama nije moguće.¹⁵¹

Iako su se odredbe članova 251a. i dalje ZIP-a odnosile samo na nepokretne stvari koje su upisane u zemljišnu knjigu, praksa je, motivirana činjenicom da veliki

¹⁴⁴ Više o tome **Stanković, O.-Orlić, M.**, *Stvarno pravo*, Beograd, 1989, str. 527.

¹⁴⁵ § 873. BGB, član 796. st. 1. ŠGZ. U njemačkom pravu ne postoji hipoteka bez publiciteta, nema privilegija niti tajnih založnih prava. **Baur, Fritz**, op. cit., str. 323 i 327. U francuskom pravu ugovorna hipoteka isključivo nastaje upisom u javne registre **Cabrillac, Michel**, *Les créanciers munis de sûretés dans les procédures de faillite en droit français*, *RabelsZ* 44(1980), Heft 4, str. 738. U Francuskoj postoje i privilegije (opće i specijalne) kao i zakonske hipoteke, ali i one proizvode dejstvo samo ako se u izvjesnom vremenu nakon njihovog nastanka izvrši upis u zemljišne knjige. Više o tome **Cabrillac, Michel**, op. cit., str. 739.

¹⁴⁶ Suprotstavljivost jednog prava u direktnoj je korelaciji sa publicitetom tog prava. Tako **Baur, Fritz**, op. cit., str. 311, **Derrupé, Jean**, *La nature juridique du prainer à bail et la distinction des droit réeles et de droit de créance*, Paris, 1952, str. 221, **Gavella, N.**, **Josipović, T.**, **Gliha, I.**, **Belaj, V.**, **Stipković, Z.**, op. cit., str. 24.

¹⁴⁷ **Baur, Fritz**, op. cit., str. 323, **Stanković, O.-Orlić, M.**, op. cit., str. 339.

¹⁴⁸ Član 64. st. 2. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (Sl.l. SFRJ 6/80, 36/90)

¹⁴⁹ Sl.l. SFRJ 27/90.

¹⁵⁰ Takvo je opredjeljenje vidljivo u svakoj pojedinoj odredbi koja regulira ovaj institut: za zasnivanje založnog prava na nekretninama "mjesno je nadležan sud koji vodi zemljišnu knjigu u koju treba izvršiti upis." (član 251a. st. 1.). Povjerilac i dužnik saglasno traže od suda da odredi i sprovede uknjižbu založnog prava (član 251b st. 1.), jedan od elemenata sporazuma stranaka je saglasnost da se uknjiži založno pravo (član 251c. st.1); sud rješenjem određuje uknjižbu založnog prava (član 251 d. st. 1), itd.

¹⁵¹ Tako **Ilc, Jože**, *Spremembe Zakona o izvršilnem postopku*, *Pravnik*, Ljubljana, 6-8/1991, str. 301, **Paunović, Miroslav**, *Prednosti hipoteke kao sredstva osiguranja potraživanja*, *Pravni život*, 8-9/91, str. 1048

broj nekretnina nije uknjižen, te da na taj način ne može biti podlogom stvarno-pravnog kredita i da su velike potrebe za kreditom, brzo probila to ograničenje i dopustila zasnivanje osiguranja i na neuknjiženim nekretninama.¹⁵² Kasnije je ta praksa u Hrvatskoj sankcionirana zakonom.¹⁵³ Potreba za kreditom nadjačala je opća pravnička načela; posljedice u pravnom prometu će se tek pokazati.

Slijedeći navedeni trend u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Makedoniji dopušten je i fiducijarni prijenos neuknjiženih nekretnina.¹⁵⁴ U navedenim pravnim porecima se vlasništvo na nekretninama prenosi u momentu zaključenja ugovora odnosno sporazuma pred sudom ili javnim bilježnikom.^{155,156} Doktrina konstatira da ovo sredstvo osiguranja postoji bez zakonitog načina pribavljanja,¹⁵⁷ te da je nepostojanje publiciteta mana ovakvog osiguranja.¹⁵⁸

Zakonom se nastoji organizirati surogat publiciteta. U jednoj rudimentarnoj formi publicitet postoji, a to je oglašavanje na oglasnoj ploči suda i u službenom glasilu.¹⁵⁹ Rješenje se kao nedovoljno kritiziralo. Naime, objavljivanje u Narodnim novinama ima samo deklaratorni karakter i propuštanje te obveze ne povlači za sobom nevaljanost sporazuma,¹⁶⁰ i nema utjecaja na stjecanje fiducijarnog vlasništva.

Hrvatsko pravo nudi još jednu mogućnost koja bi mogla gotovo anulirati probleme zasnivanja založnog prava ili drugog sredstva osiguranja na neuknjiženim nekretninama. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima govori o upisu u zemljišne knjige kao zakonitom načinu pribavljanja stvarnih prava na nekretninama, kao i polaganju isprava u slučaju da se radi o neuknjiženim

¹⁵² Uporedi **Dika**, Mihajlo, *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, str. 75-76.

¹⁵³ Vidi član 262. st. 2. Ovršnog zakona Hrvatske. Vidjeti **Dika**, Mihajlo, *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, str. 82.

¹⁵⁴ Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske (Narodne novine 78/93) donesen prije donošenja Ovršnog zakona predviđao je samo založno pravo na uknjiženim nekretninama. Vidjeti **Dika**, Mihajlo, *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, str. 76.

¹⁵⁵ Član 274. st. 6. OZ. U tom smislu i **Gavella**, N., **Josipović**, T., **Gliša**, I., **Belaj**, V., **Stipković**, Z., op. cit., str. 611, **Čulinović-Herc**, Edita, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, str. 145. **Barbić**, Jakša, op.cit., str. 125. Takođe član 252 b Zakona o izvršnom postupku Republike Makedonije.

¹⁵⁶ Za prijenos vlasništva nekretnina u Crnoj Gori je nužan upis u zemljišna knjige odnosno u katastar kao *modus acquirendi*. Tako **Rašović**, Zoran, P., op. cit., str. 65. Međut im, nema odgovora na pitanje šta je *modus acquirendi* kod neuknjiženih nekretnina.

¹⁵⁷ **Gavella**, N., **Josipović**, T., **Gliša**, I., **Belaj**, V., **Stipković**, Z., op. cit., str. 611, **Čulinović-Herc**, Edita, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, str. 145. **Barbić**, Jakša, op.cit., str. 125.

¹⁵⁸ **Barbić**, Jakša, op.cit., str. 105.

¹⁵⁹ Član 266. st. 1. i 274. st. 9. OZ Hrvatske.

¹⁶⁰ **Čulinović-Herc**, Edita, *Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema ovršnom zakonu – Pravni okvir i primjena*, Zbornik pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, str. 929.

nekretninama.¹⁶¹ Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik),¹⁶² članovima 115.-127. regulira postupak polaganja isprava za slučaj da zemljišne knjige nisu bile osnovane ili su uništene. Principi na kome je ovaj posebni zemljišno-knjižni postupak zasnovan garantiraju veliki stupanj sigurnosti i mogu adekvatno u prijelaznom periodu zamijeniti zemljišne knjige. Postavlja se pitanje može li se nastanak ili barem dejstvo prema trećima fiducijarnog vlasništva na osnovi sporazuma pred sudom ili javnim bilježnikom učiniti ovisnim o polaganju isprava?¹⁶³ Član 115. st. 3. Poslovnika propisuje da posebni zakon određuje kada je polaganje isprave pretpostavka stjecanja, promjene i prestanka prava na neupisanim nekretninama. Odist, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima s upisom u zemljišnu knjigu izjednačava polaganje isprava u sud kada je u pitanju stjecanje **dobrovoljnog ugovornog založnog prava (dobrovoljne ugovorne hipoteke)** na nekretninama koje nisu upisane u zemljišnu knjigu.¹⁶⁴ Iz ovakve zakonske formulacije slijedi da polaganju isprava ima mjesta samo kod založnog prava na osnovi ugovora, ali ne i kod založnog prava i prijenosa vlasništva na osnovi sporazuma pred sudom ili javnim bilježnikom. Kada je u pitanju dobrovoljno sudsko založno pravo, kako ga naziva Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima odnosno sudsko osiguranje zasnivanjem založnog prava na temelju sporazuma stranaka, što je terminologija OZ-a Hrvatske, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima određuje da se ovo založno pravo osniva u skladu s odredbama ovršnog prava.¹⁶⁵ Odredbe Ovršnog zakona su izričite – fiducijarno vlasništvo na neuknjiženim nekretninama stječe se potpisivanjem zapisnika o sporazumu kojim se prijenosi vlasništvo na povjerioca.¹⁶⁶

Nesigurnost koju izaziva nepostojanje publiciteta može potpuno devalvirati ovo sredstvo osiguranja. U usporednom pravu nema ekvivalentnog primjera da hipoteka ili zemljišni dug mogu postojati bez upisa u zemljišnu knjigu. Kao element nesigurnosti kritiziraju se zakonske hipoteke ili privilegije, jer postoje bez publiciteta, a u porecima Hrvatske, Makedonije i Crne Gore to je slučaj čak s jednim

¹⁶¹ Pri tome se neuknjiženim nekretninama smatra samo ona situacija u kojoj zemljište nije upisano u zemljišnu knjigu, a ne dijelovi inače upisanog zemljišta (npr. nije izvršen upis zgrade ili posebnih dijelova zgrade). Polaganjem isprava ne bi se moglo zasnovati založno pravo na neupisanim dijelovima uknjiženog zemljišta. Vidjeti i Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., op. cit., str. 339.

¹⁶² Narodne novine 81/97.

¹⁶³ Za zasnivanje osiguranja upisom u knjigu položenih isprava takođe Dika, Mihajlo, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, str. 82.

¹⁶⁴ Član 309. st. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

¹⁶⁵ Član 312. st. 2. i 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

¹⁶⁶ Član 274. st. 6. Ovršnog zakona Republike Hrvatske.

dobrovoljnim sredstvom osiguranja, koje je uz to konstituirano uz sudjelovanje suda ili javnog bilježnika.

Postavlja se pitanje može li se fiducijarno vlasništvo, koje postoji bez publiciteta, suprotstaviti savjesnom sticaocu koji nije znao niti je mogao znati, da je nekretnina koju pribavlja već prenesena drugome u svrhu osiguranja? Zaštita pravne sigurnosti nalagala bi da se jedno pravo ne može suprotstaviti licima koja za njega ne znaju. Ovdje bi povjerilac snosio puni rizik što je kao osiguranje prihvatio ovakvu nekretninu. Ali ne smije se gubiti iz vida da je fiducijarno vlasništvo nastalo uz sudjelovanje suda odnosno javnog bilježnika, na osnovi sudske ili javnobilježničke isprave, da su provedene radnje propisane zakonom za zasnivanje fiducijarnog vlasništva. Autoritet sudske vlasti bio bi ozbiljno narušen kada se ovako stečenom fiducijarnom vlasništvu ne bi garantirala puna dejstva. Ako zakon dopušta ovakav način nastanka fiducijarnog vlasništva, nužna konzekvenca koja proizilazi iz autoriteta sudske vlasti jest i zaštita takvog sredstva osiguranja. To bi značilo da bez obzira na to što savjesni stjecatelj određene nekretnine nije znao niti je mogao znati za fiducijarno vlasništvo, može steći samo opterećenu nekretninu.

Međutim, upravo ti prerogativi fiducijarnog vlasnika mogu ugroziti sigurnost pravnog prometa. Interesantno je da ovaj problem nije dovoljno uočen u teoriji građanskog prava kod nas, a radi se o krucijalnim pitanjima, o zaštiti sigurnosti pravnog prometa i validnosti jednog sredstva osiguranja. Oba interesa dostojna su zaštite: i interes savjesnog trećeg lica koji leži u osnovi zaštite sigurnosti pravnog prometa, kao i interes povjerioca koji je odobrio i isplatio kredit. Kome dati prednost? Da ovo nije razmatranje "l' art pour l' art", pokazuju i konkretni sporovi koji su se povodom neuknjižene hipoteke pojavili pred sudovima.¹⁶⁷

Fiducijarni prijenos vlasništva neki vide kao mogućnost da nekretnine u područjima gdje ne postoje zemljišne knjige budu ipak objektom osiguranja, budući da na neuknjiženim nekretninama nije moguće zasnovati hipoteku!¹⁶⁸ Ovo nipošto ne bi smio biti razlog za uvođenje fiducijarnog vlasništva na nekretninama. Fiducijarno vlasništvo niti bilo koje drugo sredstvo osiguranja na neuknjiženim nekretninama neće moći stvoriti sigurnu poziciju za povjerioca, niti će doprinijeti sigurnosti pravnog prometa u pravnim porecima koji ga poznaju.

¹⁶⁷ U jednom konkretnom slučaju na osnovi sporazuma pred sudom zasnovano je založno pravo na neuknjiženoj nekretnini (Rješenje Općinskog suda II u Sarajevu, I-118/97. od 06.06.1997.). Nakon toga je vlasnik prodao nekretninu savjesnom trećem licu, koje za založno pravo nije znalo niti je moralo znati. Kada je banka podnijela zahtjev za izvršenje na nekretnini, novi je vlasnik istakao prigovor protiv izvršenja, ističući svoje valjano savjesno stjecanje neopterećene nekretnine. U svojoj presudi P-1544/00 od 21.12.2000.g. Kantonalni sud u Sarajevu presudio je u korist savjesnog stjecatelja, ali osnova za takvo presuđivanje ležala je u činjenici da je nižestepeni sud učinio propuste u postupku zasnivanja založnog prava (nije izvršen popis nekretnine i oglašavanje), sukladno tome prema mišljenju suda založno pravo nije bilo ni nastalo (obje odluke su iz arhive suda). Postavlja se, međutim, pitanje kako bi sud sudio da je založno pravo valjano zasnovano?

¹⁶⁸ Salma, Jozef, op. cit., str. 390.

4.2. Konstituiranje fiducijarnog vlasništva

4.2.1. Pravna osnova

U njemačkom pravu nije propisana posebna forma za ugovor o prijenosu vlasništva.¹⁶⁹ Nasuprot tome, hrvatsko, makedonsko i slovensko pravo propisuju vrlo strogu formu – sporazum mora biti zaključen bilo pred sudom (Hrvatska, Makedonija), bilo pred javnim bilježnikom (Hrvatska, Slovenija). Jedino je u pravu Crne Gore za fiducijarni prijenos vlasništva dovoljno zaključenje ugovora u pismenoj formi.¹⁷⁰ Stroga se forma ne traži ni u poljskom¹⁷¹ ni u češkom pravu. Zahtjev za ispunjenjem stroge forme može usporiti pravni promet, a sigurno poskupljuje cijelu transakciju, pa se postavlja pitanje da li je nužno predvidjeti strogi formalizam fiducijarnog vlasništva?

Rješenja u zemljama nasljednicama SFRJ, prema kojima je za fiducijarni prijenos vlasništva neophodno sudjelovanje suda ili javnog bilježnika odraz su većeg ili manjeg ideološkog uticaja Novela na Zakon o izvršnom postupku SFRJ iz 1990. godine, kojima je uveden institut založnog prava na osnovi sporazuma pred sudom.¹⁷² Taj utjecaj je najdirektniji tamo gdje se pojedina sredstva osiguranja zasnivaju sporazumom stranaka pred sudom (fiducijarno vlasništvo u Hrvatskoj, fiducijarno vlasništvo u Makedoniji), ali je u osnovi ista ideja zadržana ondje gdje je punovažno samo ono osiguranje zasnovano u formi neposredno izvršnog javnobilježničkog akta (fiducijarno vlasništvo slovenačkog prava).

Opravdanje za ovakva rješenja može ležati u činjenici da je zasnivanjem jednog sredstva osiguranja pred sudom ili javnim bilježnikom ipso facto moguće i pribavljanje izvršnog naslova, što će znatno olakšati realizaciju povjeriočevog prava.¹⁷³ Strogi zahtjevi forme ipak nisu imanentni fiducijarnom prijenosu vlasništva. Kod osnivanja ovog instituta trebalo je dopustiti intenzivnije djelovanje načela slobode ugovaranja, i prepustiti volji stranaka da odluče o stupnju zaštite svojih prava. Postavlja se pitanje zašto ne postoji paralela sa založnim pravom, koje se može zasnovati ugovorom, ali i sporazumom pred sudom i javnim bilježnikom, što zavisi od izbora stranaka. Ova postrožena forma osim što predstavlja izvršni naslov i može olakšati namirenje povjerioca,¹⁷⁴ ne znači nikakav veći stupanj zaštite

¹⁶⁹ Tako npr. njemačko pravo ne postavlja zahtjeve u pogledu forme ugovora kojim se zasniva osiguranje. Vidjeti **Drobing**, Ulrich, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, *RabelsZ* 44(1980) Heft 4, str. 794, **Boeckers**, Thorsten, **Eitel**, Gottfried, **Weinberg**, Marcel, op. cit., str. 55.

¹⁷⁰ Član 1. st. 4. Zakona o fiducijarnom prijenosu svojine. Ukoliko se prijenosi vlasništvo na nekretninama nužna je sudska ovjera potpisa.

¹⁷¹ Osim u slučaju kad se prijenosi vlasništvo na nekretninama. Svi akti prijenosa vlasništva na nekretninama trebaju notarijalnu formu. Vidjeti **Pyziol**, Woiziech, op. cit., str. 134.

¹⁷² Član 251a-251f – Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku (Sl.l. SFRJ 27/90).

¹⁷³ Sporazum pred sudom ima učinak sudske nagodbe. Tako član 274. st. 3. Ovršnog zakona Republike Hrvatske i član 252b. st. 3. Zakona o izvršnom postupku Republike Makedonije.

¹⁷⁴ Olakšanje namirenja nije uvijek nužno. Moguće je da povjerilac i dužnik već stoje u takvom odnosu u kojem povjerilac ima izvršni naslov (npr. ranije zaključen sporazum pred sudom ili javnim bilježnikom), tako da nije nužno stjecanje još jednog izvršnog naslova.

povjериoca ili trećih lica, jer ne doprinosi sama po sebi efikasnom publicitetu fiducijarnog vlasništva.¹⁷⁵

Reguliranje jednog dobrovoljnog sredstva osiguranja isključivo odredbama izvršnog prava, kao što je to slučaj u Hrvatskoj i Makedoniji, ima niz nedostataka i zamagljuje dobrovoljni karakter ove institucije. Zalaganje pokretnih i nepokretnih stvari na osnovi sporazuma stranaka pred sudom u vremenu u kome je nastalo predstavljalo je značajan korak u zaštiti osiguranog povjериoca. Na taj način je u pravnom poretku koji nije poznao instituciju javnog bilježništva i u kome se izvršni naslov mogao dobiti prije svega sudskom odlukom olakšano pribavljanje izvršnog naslova.¹⁷⁶ Još u vremenu svog nastanka označeno je kao hibridna ustanova.¹⁷⁷ Šteta je da donošenje novih propisa iz oblasti stvarnog i izvršnog prava nije iskorišteno kao šansa za eliminiranje ovog instituta u Republici Hrvatskoj, kao što je to učinjeno u Republici Sloveniji i dobrim dijelom u Republici Makedoniji. Umjesto toga navedeni je model zakonodavno razrađen i proširen.¹⁷⁸ Najkrupnija slabost ovog modela osiguranja leži u činjenici da se jedno dobrovoljno sredstvo osiguranja zasniva pred izvršnim sudom po pravilima koji vrijede za postupak osiguranja, ali na koji se na odgovarajući način primjenjuju pravila izvršnog postupka.^{179,180} U usporednom pravu ne sreću se slična rješenja.

Pozitivnu ocjenu zaslužuju rješenja gdje je pravna osnova zasnivanja osiguranja pravni posao. Šteta je što makedonsko pravo nije kod fiducijarnog vlasništva slijedilo istu logiku kao i kod založnog prava, gdje se založno pravo osniva ugovorom, ali je u cilju stjecanja izvršnog naslova ovoj ugovor moguće u momentu zasnivanja zaloga ili kasnije ovjeriti pred javnim bilježnikom. Da je provedeno i kod fiducijarnog vlasništva, takvo bi rješenje makedonskog prava bilo najbliže pravilnom shvaćanju

¹⁷⁵ Suprotno **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari u posjed vjerovnika, str. 141. Smatra se da je stroga forma neophodna zbog važnih učinaka koji iz sporazuma slijede. Ukoliko nisu poštovani propisi o formi sporazum nije ništav, ali ne nastupaju zakonom predviđene posljedice. Takođe, **Barbić**, Jakša, op. cit., str. 121.

¹⁷⁶ **Dika**, Mihajlo, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, str. 75.

¹⁷⁷ **Stanković**, Gordana, Zasnivanje založnog prava na nepokretnostima u postupku osiguranja, *Pravni život* 11-12/1991, str. 1054.

¹⁷⁸ Tako **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 141, **Dika**, Mihajlo, Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka, str. 76.

¹⁷⁹ OZ Hrvatske, član 253., Zakon o izvršnom postupku Republike Makedonije, član 238.

¹⁸⁰ Zastupljena su mišljenja da se radi o institutu mješovite prirode, institutu na razmeđu materijalnog i procesnog prava. U tom smislu **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 235. Nepraktične strane procesnopravne prirode ovog instituta ogledaju se npr. u činjenici da sporazum o zasnivanju založnog prava ne bi mogao biti pobijan pravilima obligacionog prava, već po pravilima procesnog prava koja važe za pobijanje sudskog poravnjanja. Vidjeti **Čulinović-Herc**, Edita, Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema ovršnom zakonu – Pravni okvir i primjena, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, Supplement, 1998, str. 933.

funkcije izvršne javnobilježničke isprave odnosno instituta neposrednog izvršenja na osnovi javnobilježničke isprave, gdje je djelatnost suda potrebna samo u provođenju, a ne i u zasnovanju izvršenja.

4.2.2. Zakonit način stjecanja

U duhu pravne tradicije bivše SFRJ, koju slijede i zemlje nastale njenom disolucijom, ugovor o prijenosu vlasništva nema translativno dejstvo; pored pravne osnove za stjecanje vlasništva potreban je i zakonit način stjecanja. Isti takav mehanizam stjecanja morao bi postojati i kod fiducijarnog prijenosa vlasništva, ali to nije uvijek slučaj u zemljama nasljednicama bivše SFRJ.

U svrhu osiguranja vlasništvo se na pokretnim stvarima prenosi samim ugovorom¹⁸¹ ili potpisivanjem sudskog zapisnika.¹⁸² Trebalo bi dopustiti prijenos vlasništva uz prijenos posjeda na povjerioca. Na taj način se ne bi konstituiralo besposjedovno sredstvo osiguranja, ali stranke moraju imati slobodu i da na ovakav način urede svoj odnos. U tom slučaju bi moment stjecanja fiducijarnog vlasništva morao biti momenat predaje posjeda. U slučaju da stvar ostaje u posjedu dužnika, pogrešno je govoriti o prijenosu vlasništva ugovorom, vlasništvo će biti preneseno samo ako u ugovoru postoji uglavak o posesornom konstitutu. Znači, i ovdje se vrši tradicija, ali tradicija očitovanjem. Stvarnopravni zakonik Slovenije ne sadrži direktne odredbe u ovom pravcu, ali iz odredbe o odgovarajućoj primjeni propisa o prijenosu vlasništva na fiducijarno vlasništvo može se govoriti o prijenosu vlasništva putem tradicije očitovanjem.¹⁸³ U onim pravnim porecima gdje postoji registar, ispravno rješenje bilo bi ono koje moment stjecanja prava veže za moment podnošenja zahtjeva za upis. Upis bi trebao imati konstitutivni učinak. S obzirom da se u crnogorskom pravu o prijenosu vlasništva u svrhu osiguranja vode posebni registri, bilo bi za očekivati da je upis u registar tako zakonodavno uređen da predstavlja modus acquirendi, zakonit način stjecanja, te da ovo sredstvo osiguranja nastaje, tj. da se vlasništvo prenosi, upisom u registar. Na osnovi zakonskih propisa o registru ovakav zaključak se ne može izvesti - od upisa u registar zavisi samo punovažnost ugovora.

Nedostatak u pogledu zakonitog načina stjecanja još je očigledniji kada se vlasništvo prenosi na pokretninama. U slučaju prijenosa vlasništva na nekretninama koje nisu upisane u zemljišnu knjigu, prijenos se vrši takođe zaključenjem ugovora¹⁸⁴ odnosno sporazuma pred sudom.¹⁸⁵ Ukoliko se prenosi vlasništvo na

¹⁸¹ Rašović, Z., P., op. cit., str. 65.

¹⁸² Ovršni zakon Republike Hrvatske, član 274. st. 6. Nasuprot tome založno pravo na osnovi sporazuma pred sudom stječe se provedbom određenih radnji osiguranja odn. pljenidbom pokretne stvari (član 264. st. 3. u vezi sa članom 262. st. 1. t. 3. Također i u makedonskom pravu – član 252 b. st. 6.

¹⁸³ Član 201. st. 3. u vezi sa 60. Stvarnopravnog zakonika.

¹⁸⁴ Rašović, Z., P., op. cit., str. 65.

¹⁸⁵ Član 275. st. 6. Ovršnog zakona Republike Hrvatske i član 252 b. st. 6. Zakona o izvršnom postupku Republike Makedonije.

nekretninama upisanim u zemljišnu knjigu, tada je neophodno izvršiti uknjižbu.¹⁸⁶ Samo je u ovom slučaju za prijenos vlasništva potreban zakonit način stjecanja, tj. vlasništvo se prijenosi upisom u zemljišne knjige.¹⁸⁷ Navedeno je rješenje nekonzekventno. Upis u registar morao bi imati istovjetan učinak u i kada su u pitanju pokretne i nepokretne, uknjižene i neuknjižene nekretnine, a to je stjecanje prava. Sa stanovišta cjelovitosti stvarnog prava ne bi trebalo u određenim situacijama dopustiti mogućnost stjecanja vlasništva samim ugovorom (crnogorsko pravo), odnosno potpisivanjem zapisnika pred sudom (hrvatsko i makedonsko pravo), a u drugoj situaciji za stjecanje tražiti i ispunjenje dodatnih uslova. Jedna nepraktična konzekvenca takvog rješenja bila bi već u sljedećem – povjerilac koji osiguranje stječe na neuknjiženim nekretninama bio bi u prednosti pred povjericom na kojeg se prenosi vlasništvo na uknjiženim nekretninama. Dok bi prvi pravo vlasništva i perfektom sredstvo osiguranja stekao već momentom zaključenja ugovora odnosno potpisivanjem zapisnika, drugi bi navedena prava stekao u nekom kasnijem momentu. Moment stjecanja fiducijarnog vlasništva ima međutim niz važnih posljedica, prvenstveno kada je u pitanju izvršni i stečajni postupak nad dužnikom.

Na ovaj način se u pravnom sistemu zemalja nastalih disolucijom SFRJ čini jedan sistemski proboj u stvarnom pravu – uvodi se stjecanje vlasništva temeljem pravnog posla. U doktrini se to bez kritičkih opaski konstatira.¹⁸⁸ Ovakav konceptijski prevrat i raskidanje s pravnom tradicijom, po kojoj je za stjecanje stvarnih prava nužna i pravna osnova (*iustus titulus*) i zakonit način pribavljanja (*modus acquirendi*), nije poželjan, niti ga potrebe reforme pravnog sistema zahtijevaju.¹⁸⁹

4.2.3. *Publicitet fiducijarnog vlasništva*

U zemljama u kojima je fiducijarno otuđenje vlasništva besposjedovno sredstvo osiguranja na pokretnim stvarima ono najčešće funkcionira bez ikakvog publiciteta, tako npr. u njemačkom, poljskom i češkom pravu. Prema mišljenju nekih autora doktrina i sudska praksa propustile su da svojevremeno proglase ove pravne poslove nevažećim, jer odstupaju od zahtjeva publiciteta koji se traži za stvarna prava.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Član 275. st. 4. i 5. Ovršnog zakona Republike Hrvatske i član 252 b. st. 4. i 5. Zakona o izvršnom postupku Republike Makedonije.

¹⁸⁷ Rašović, Z., P., op. cit., str. 65.

¹⁸⁸ Tako Rašović, Z., P., op. cit., str. 65., Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z., op. cit., str. 611, Čulinović-Herc, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 145, Barbić, Jakša, op. cit., str. 125.

¹⁸⁹ Tradicionalno naše pravo ne poznaje translativno dejstvo ugovora, što je slučaj sa romanskim pravima. Takođe ne poznaje ni apstraktni pravni posao njemačkog prava kojim se prijenosi vlasništvo, te je nužno da u cjelini ostane pri tradicionalno prihvaćenom sistemu stjecanja na osnovu dvije činjenice – pravne osnove i zakonitog načina pribavljanja.

¹⁹⁰ Tako Medicus, Dieter, op. cit., str. 354.

Ista je situacija i u zemljama nastalim SFRJ, osim u Crnoj Gori. Nejasno je zašto u Republici Makedoniji, gdje postoji registar zalogu na pokretnim stvarima, obveza upisa nije proširena i na fiducijarno vlasništvo. Publicitet fiducijarnog vlasništva predviđen je u Crnoj Gori, ali je kritikovan kao nedovoljan, s obzirom da se ne predviđa konstitutivnost upisa.

Primjer njemačkog prava, gdje osnovno mobilijarno sredstvo osiguranja, fiducijarno vlasništvo, funkcionira bez ikakvog publiciteta, nije relevantan za zemlje bivše SFRJ. Upravo imajući u vidu njemačko pravo, neki autori ova sredstva osiguranja nazivaju okultnim,¹⁹¹ dok drugi ističu da je za stranog posmatrača njemačkog prava frapantna činjenica da vodeća nit osiguranja funkcionira bez ikakvog publiciteta.¹⁹² Njemačka doktrina je svjesna opasnosti po pravnu sigurnost koju nose u sebi ova "latentna" sredstva osiguranja.¹⁹³ Stoga su doktrina i praksa izgradile pravila za situaciju da dužnik (fiducijant) prenese vlasništvo na treća lica, koja se mogu pouzdati u njegov posjed, kao i za slučaj da vlasnik (fiducijar) prenese vlasništvo suprotno zabrani koja mu je ugovorom nametnuta (*pactum fiduciae*, *Sicherungsabrede*), kao i za situacije u kojima se nad imovinom tih lica vodi stečajni ili izvršni postupak. Iako rješenja za navedene situacije u njemačkom pravu nisu propisana zakonom, o njima više nema dvojbe ni u doktrini ni u praksi.¹⁹⁴ Međutim, za pravne poretke tranzicijskih zemalja bilo bi preporučljivo da se u zakon preuzmu rješenja i iskustva njemačke prakse, ali i da se organizira publicitet ovog sredstva osiguranja. Prigovor da je nedostatak publiciteta glavna mana ovog instituta mogao bi biti otklonjen uvođenjem registra u koji bi se upisivao prijenos prava vlasništva u svrhu osiguranja. Nema nikakvih suštinskih prepreka da se i ovo sredstvo osiguranja ne bi moglo upisati u registar kao i registrirani zalog.

Rješenja zastupljena u zemljama bivše SFRJ prema kojima fiducijarno vlasništvo može postojati bez ikakvog publiciteta, čak i na neuknjiženim nekretninama, mogu dovesti u pitanje sigurnost osiguranog povjerioca i sigurnost trećih lica. Ovo je ključno mjesto od kojeg zavisi uspješnost jednog novog sredstva osiguranja. Ne čini se da je ovo pitanje dovoljno problematizirano u doktrini ovih zemalja, gdje postoji svijest da su ovakva rješenja opasna, ali se ne smije zadovoljiti konstatacijom da ova sredstva osiguranja nastaju na osnovi samog ugovora i bez modusa *acquirendi* odnosno konstatacijom da je pomanjkanje publiciteta mana ovih sredstava osiguranja.¹⁹⁵

¹⁹¹ Legais, Dominique, op. cit., str. 330.

¹⁹² Uporediti Witz, C., op. cit., str. 53.

¹⁹³ Tako Baur, Fritz, op. cit., str. 559, Wolf, Martin, *Sachenrecht*, 12. Auflage, München, 1994, str. 301.

¹⁹⁴ U njemačkom su pravu vođene diskusije o organiziranju registra u koji bi se upisivala besposjedovna sredstva osiguranja. Glavni protivnici takvog rješenja su, koliko god to zvučalo apsurdno, bile banke. Prigovori su bili sljedeći: registracija usporava i poskupljuje transakciju, a banke imaju druge sigurne načine da provjere imovinsko stanje dužnika. Vidjeti Witz, C., op. cit., str. 54-55.

¹⁹⁵ Tako Barbić, Jakša, op. cit., str. 105.

4.2.4. Negativne posljedice nepostojanja publiciteta

Nepostojanje adekvatnog publiciteta fiducijarnog vlasništva na pokretnim i nepokretnim stvarima, uz činjenicu da je predmet fiducijarnog vlasništva u posjedu fiducijanta dužnika, može ugroziti fiducijarnog vlasnika kao i sigurnost trećih savjesnih lica koja se mogu pouzdati u činjenicu posjeda od strane fiducijanta. Takođe raspolaganja vlasnika fiducijara pod određenim uslovima mogu dovesti do gubitka prava potonjeg vlasnika, fiducijanta. Pravo vlasništva povjerioca-fiducijara (pravno, prethodno, nepunopravno, privremeno vlasništvo) je kao pravo vlasništva podobno da bude predmet prijenosa trećim licima. Ugovorom se može isključiti mogućnost fiducijara da raspolaže stvarju, ali i to isključenje ne biva publicirano. Može se složiti s mišljenjima da su raspolaganja od strane fiducijara više hipotetična, budući da je stvar u posjedu fiducijanta,¹⁹⁶ ali ne treba gubiti iz vida da je fiducijar ipak vlasnik, koji može slobodno raspolagati svojim pravom.

Dalje, pravo vlasništva dužnika fiducijanta (ekonomsko, potonje, konačno) odnosno pravo u očekivanju fiducijanta moralo bi takođe biti podobno za pravni promet. Da bi sredstvo osiguranja moglo biti aktivator dužnikove imovine, mora biti moguće da dužnik za vrijeme postojanja osiguranja predmet osiguranja može dalje otuđiti ili opteretiti.

Mogućnost da obje strane raspolažu istim objektom, uz činjenicu da pravo fiducijara kao ni zabrana raspolaganja ne biva publicirana, mogu stvoriti probleme u pravnom prometu i usporedno pravo ovaj problem rješava na različite načine. Postavlja se pitanje da li su raspolaganja fiducijara samo uvjetno važeća odnosno zavisna od ispunjenja raskidnog uvjeta neplaćanja duga o dospelosti, kao i da ili se ograničenja iz unutarnjeg odnosa (*pactum fiducie*, *Sicherungsabrede*) mogu suprotstaviti trećim licima?

Sloboda fiducijara da kao vlasnik raspolaže predmetom vlasništva pravilo je u njemačkom pravu, ukoliko stranke ne odrede drugačije.¹⁹⁷ U principu se smatra da fiducijar (vlasnik) valjano raspolaže pravom vlasništva. U njemačkom se pravu ugovor s fiducijantom (dužnikom) odnosno tzv. *Sicherungsabrede* ne može suprotstaviti trećem stjecatelju, osim ako je bio nesavjestan,¹⁹⁸ što odgovara osnovnim postulatima sigurnosti pravnog prometa.

Fiducijant raspolaže svojim pravom u očekivanju, treći bi mogao steći samo takvo pravo,¹⁹⁹ ali ako fiducijant ne plati dug, pravo u očekivanju neće prerasti u puno pravo.²⁰⁰ Na osnovi činjenice da ima stvar u posjedu, fiducijant bi mogao i

¹⁹⁶ U tom smislu Đurović, Ljilljana, op. cit., str. 823.

¹⁹⁷ Tako Serick, Rolf, op. cit., § 19 V, str. 107.

¹⁹⁸ Medicus, Dieter, op. cit., str. 360.

¹⁹⁹ v. Wilmowsky, Peter, op. cit., str. 131.

²⁰⁰ Doktrina je sklona dopustiti punovažnost otuđenja od strane fiducijanta, naročito u situaciji kada je prijenos prava vlasništva ugovoren pod raskidnim uslovom (izvršenje dugovane činidbe od strane dužnika). Tada fiducijant raspolaže svojim pravom u očekivanju, čiji nastanak ne može spriječiti

zlonamjerno postupati, te prenijeti stvar trećem. Time bi interesi povjerioca mogli biti ugroženi, naročito pod uslovom da se na strani trećeg ispune uslovi za stjecanje od nevlasnika. Navedena opasnost postoji i kod drugih besposjedovnih sredstava osiguranja (besposjedovna zaloga, zadržanje vlasništva, leasing). Besposjedovno osiguranje povjerilaca ima široku primjenu u praksi, pri čemu se stvar nalazi u posjedu dužnika. Stoga posjed nije više dovoljan da stvori privid o vlasništvu posjednika. Doktrina govori o tome da posjed gubi svoju funkciju, te da je nužno pooštriti zahtjeve u pogledu savjesnosti trećih stjecatelja.²⁰¹

U hrvatskom pravu, suprotno rješenjima njemačkog prava, fiducijar, iako je vlasnik, ne može pravno raspolagati stvari, ako suprotno nije dogovoreno.²⁰² Doktrina u Poljskoj i Češkoj također stoji na stanovištu da fiducijar ne može raspolagati predmetom fiducijarnog vlasništva, protivno fiducijarnom uglavku.²⁰³ Odredba člana 275. st. 2. Ovršnog zakona Republike Hrvatske ne pravi distinkciju između savjesnih i nesavjesnih trećih lica i daje osnove za doktrinarno tumačenje prema kome nesavjesnost trećeg lica koje je steklo predmet fiducijarnog vlasništva od fiducijara, i pored toga što je znalo za zabranu otuđenja i zalaganja, nije relevantna.²⁰⁴ Takva su rješenja vrlo opasna po samog fiducijanta (dužnika), koji može i pri urednom ispunjenju svoje obveze nepovratno izgubiti predmet osiguranja ako ga fiducijar (povjerilac, vlasnik) zlonamjerno otuđi ili založi i to trećem nesavjesnom licu! Isto važi i za situaciju da fiducijar založi predmet fiducijarnog vlasništva. Raspolaganje fiducijara (vlasnika), kako je rečeno, više je hipotetičko, s obzirom na činjenicu da on nije u posjedu stvari. U hrvatskom se pravu treba zalagati za rješenje prema kome stjecanju ima mjesta samo ako je treći savjestan,²⁰⁵ a to je teško ostvariti. S obzirom da je stvar u neposrednom posjedu dužnika (fiducijanta), a u posrednom posjedu povjerioca, vlasnika (fiducijara), postojanje pravnog odnosa između njih ne može ostati skriveno trećem licu. Postupao bi s grubom nepažnjom onaj ko se ne bi informirao o prirodi ovlaštenja posrednog posjednika, o osnovi po kojoj on raspolaže sa stvari. Ukoliko postupa sa pažnjom, koja se očekuje od savjesnog stjecatelja u pravnom prometu, činjenica da se radi o fiducijaru neće mu

fiducijar. Drugačije kada je fiducijar preuzeo obavezu na povratni prijenos vlasništva o ispunjenju duga. U tom slučaju fiducijant ima samo obligacionopravni zahtjev na prijenos prava vlasništva prema fiducijaru. U tom smislu **Medicus**, Dieter, op. cit., str. 363, **Reich**, Norbert, Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung, AcP 169, str. 262.

²⁰¹ O tome više, **Kindl**, Jochan, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Erlangung mittelbaren Besitzes, AcP 201 (2001), str. 393. Takođe i **Pyziol**, Woiziech, op. cit., str. 135.

²⁰² Član 275. st. 1. OZ Hrvatske. Identično rješenje člana 252 v Zakona o izmjenama i dopunama zakona o izvršnom postupku Republike Makedonije.

²⁰³ **Verny**, Arsène – **Schorling**, Tom Oliver, op. cit., str. 174.

²⁰⁴ Vidjeti **Barbić**, Jakša, op. cit., str. 103, 126 i 129.

²⁰⁵ Tako **Gavella**, N., **Josipović**, T., **Gliha**, I., **Belaj**, V., **Stipković**, Z., op. cit., str. 613, **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 187.

tada ostati nepoznata. Stjecatelj ne mora znati za zabranu raspolaganja, ali činjenica da se stvar ne nalazi u posjedu tuđioca, već u posjedu dužnika, mora stvoriti svijest da između ta dva lica postoji određeni pravni odnos, koji će on morati respektirati. U tom bi slučaju treće lice pribavljalo vlasništvo putem izjave volje (*cessio vindicationis*) i pravni odnos između predlagatelja i protivnika osiguranja ne bi mu mogao ostati skrivenim, te bi mu dužnik mogao istaći prigovor prava na posjed i odbiti predaju stvari. U njemačkom pravu uporište za ovaj stav je u odredbi § 986. st. 2. BGB-a, prema kojoj neposredni posjednik može stjecatelju, kojem je vlasnik posredni posjednik prodao stvar, staviti prigovore koje ima prema vlasniku. Iako u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske nedostaje slična odredba ovakav zaključak proizilazi iz smisla instituta pribavljanja prava vlasništva na osnovi izjave volje (*cessio vindicationis*).²⁰⁶

U njemačkom je pravu vlasnik principijelno slobodan da raspolaže stvarju ako sa *pactum fiduciae* nije određeno drugačije. Treći koji pribavlja od fiducijarnog vlasnika mogao bi se braniti činjenicom da mu zabrana nije bila poznata, te da se pouzdao u opće zakonsko pravilo o slobodi raspolaganja, ali i pored toga njemačko pravo savjesnost trećega smatra relevantnom, raspolaganja će imati dejstva samo ako treće lice nije znalo za ugovorenu zabranu.²⁰⁷ U hrvatskom je pravu situacija upravo obrnuta. Zabrana raspolaganja je zakonsko pravilo, što znači da bi svaki treći stjecatelj u situaciji kad stječe određeno pravo na stvari od lica koje nije njen posjednik, mogao poći od toga da zabrana postoji. Stoga bi njegova stjecanja trebala biti valjana samo ako je znao da su fiducijar i fiducijant svojim sporazumom otklonili zakonom propisano ograničenje. Rješenje OZ-a Hrvatske po kojima su raspolaganja fiducijara prema trećima valjana ako su poduzeta i mimo ove zabrane, pa čak i u situaciji da su treća lica nesavjesna, tumačenje kakvom je doktrina sklona, u stvari je poziv zakonodavca na nepoštovanje zakonske norme o zabrani raspolaganja od strane fiducijara!

Navedena se pitanja u pravu Crne Gore ne postavljaju na isti način, s obzirom da se fiducijarno vlasništvo upisuje u javne registre. Zakon o fiducijarnom vlasništvu propustio je da regulira načela na kojima se vodi registar, a neke zakonske odredbe upućuju na to da činjenica postojanja organiziranog publiciteta u Crnoj Gori nije

²⁰⁶ Šteta da u hrvatskoj doktrini nisu dovođena u vezu rješenja OZ-a Hrvatske sa općim institutima stvarnog prava. U hrvatskom pravu je regulirano stjecanje posjeda putem *cessio vindicationis* (prenošenjem prava zahtijevati predaju stvari) – član 15. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Više o tome **Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z.**, op. cit., str. 140.

²⁰⁷ Njemačka sudska praksa nije tako stroga kod utvrđivanja savjesnosti trećeg pribavioca, kao što je to slučaj s obavezom trećega u slučaju postojanja zadržanja prava vlasništva. Tada treći ima obavezu da istražuje da li postoji zadržanje prava vlasništva. Uporediti **Drobing, Ulrich**, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, str. 804, **Wolf, Manfred**, op.cit., str. 269, **Ortscheidt, Pierre**, *Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand*, *Revue international de droit comparé*, 4/1983, str. 784. Kod fiducijarnog vlasništva to nije slučaj. Uporediti **Witz, C.**, op. cit., str. 61. Suprotno Čulinović-Herc, *Edita*, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 202.

iskorištena na pravi način. Ukoliko se želi da javni registar i troškovi za njegovo osnivanje i vođenje imaju smisla, samo njegovo postojanje moralo bi upućivati na primjenu određenih načela. Iz načela javnosti proizlazi i obveza obavješćavanja u stanju u registru, tako da bi bilo nemoguće da treća lica savjesno pribave vlasništvo na stvari od posjednika fiducijanta. Treći ne mogu pribaviti od fiducijanta neopterećenu stvar. Međutim, iz odredaba crnogorskog zakona o pravima i obavezama fiducijanta dužnika uopće se ne može izvući zaključak da fiducijant može raspolagati stvarju dok je ona opterećena fiducijarnim vlasništvom. S obzirom na postojanje registra moglo bi se zagovarati i suprotno rješenje, te fiducijantu priznati slobodu raspolaganja, uz ograničenje da treći uvijek pribavlja stvar opterećenu fiducijarnim vlasništvom, odnosno da će postati njen "punopravni" vlasnik tek po namirenju fiducijara. Iz odredaba o namirenju fiducijara, koje će niže biti predmetom kritike kao nedovoljno precizne, posredno se može zaključiti da takođe fiducijar ne može prodati stvar, jer je ta mogućnost dopuštena samo kada se vrši namirenje o dospelosti²⁰⁸ ili prije dospelosti zato što je stvar izložena kvarenju²⁰⁹ ili prije dospelosti uz saglasnost fiducijanta.²¹⁰ I na ovom mjestu nije iskorištena činjenica postojanja registra i mogućnosti da na taj način predmet fiducijarnog vlasništva bude potpunije mobiliziran u svrhu aktiviranja imovine i fiducijanta i fiducijara. U doktrini se ne raspravlja o tome da li bi fiducijar mogao postupiti protivno ovim zabranama i kakva bi tada bila pozicija trećeg savjesnog lica.

Stvarnopravni zakonik Republike Slovenije nije uredio pitanje raspolaganja fiducijanta i fiducijara. Svoje međusobne odnose stranke uređuju ugovorom o fiducijarnom prijenosu, a ako to ne učine na odgovarajući način primjenjuju se pravila o besposjedovnoj zalozi.²¹¹ Stvarnopravni zakonik nije postavio nikakva ograničenja slobodi dogovaranja fiducijanta i fiducijara; ne postoji zakonska zabrana raspolaganja od strane fiducijara kao u hrvatskom pravu. Do donošenja Stvarnopravnog zakonika u doktrini je predlagano da sva pitanja u nedostatku zakonske regulative moraju biti uređena ugovorom o fiducijarnom prijenosu.²¹² Donošenjem Stvarnopravnog zakonika situacija se nije bitno promijenila i propuštena je šansa da se zakonom podrobno uredi ustanova fiducijarnog vlasništva, kao ustanova s kojom tranzicijski pravni poreci nemaju dovoljno iskustva. Ukoliko stranke svoje odnose ne riješe detaljno ugovorom, sukladna primjena pravila o besposjedovnoj zalozi ne može dati adekvatan odgovor na ovdje postavljeno pitanje, s obzirom na drugačiju prirodu založnopravnog i fiducijarnog odnosa. Založni povjerilac nije vlasnik, te se i ne postavlja pitanje može li i kako raspolagati sa objektom osiguranja. Prema odredbi člana 172. Stvarnopravnog zakonika založni dužnik ne može bez saglasnosti

²⁰⁸ Članovi 18. st. 1. i 20. Zakona o fiducijarnom prijenosu svojine.

²⁰⁹ Član 17. Zakona o fiducijarnom prijenosu svojine.

²¹⁰ Član 18. st. 2. Zakona o fiducijarnom prijenosu svojine.

²¹¹ Član 203. Stvarnopravnog zakonika.

²¹² Tratnik, M., Rijavec, V., Keresteš, T., Vrenčur, R., op. cit., str. 158. i dalje.

povjerioca otuđiti ili opteretiti predmet zaloge, odgovarajuća primjena ovog pravila znači da to ne može učiniti ni fiducijant. Neovlaštena raspolaganja fiducijanta ipak mogu dovesti do pribavljanja od strane savjesnog trećeg prema pravilima o pribavljanju od nevlasnika.²¹³

Kod osiguranja fiducijarnim prijenosom vlasništva i na strani fiducijara kao i na strani fiducijanta može nastati čitav lanac uslovnih stjecanja, a definitivno rješenje odnosa zavisi od savjesnosti trećih lica,²¹⁴ od činjenice da li će dužnik platiti dug ili ne, kao i od činjenice da li fiducijarno pravo vlasništvo prestaje ispunjenjem raskidnog uslova ili izvršenjem obveze fiducijara na povratni prijenos vlasništva. Ovdje je vidljivo da prijenos prava vlasništva u svrhu osiguranja sofisticiran pravni institut koji zbog nepostojanja odgovarajuće publikacije može ugroziti pravnu sigurnost.

4.3. Namirenje povjerioca osiguranog prijenosom vlasništva

S obzirom na činjenicu da je vlasnik stvari prenesene u svrhu osiguranja, povjerilac bi se trebao namiriti zadržavanjem stvari, bez pridržavanja načela oficijelnosti koje prati založno pravo. U usporednom pravu ovakvo rješenje nije svugdje i bez ograničenja prihvaćeno, ali je uočljivo u usporednopravnoj analizi da su moguća veća odstupanja od načela oficijelnosti nego kod založnog prava.

Kada se govori o olakšanju namirenja povjerioca, ne treba zaboraviti osnovnu slabu točku svih besposjedovnih sredstava osiguranja, a to je činjenica da se predmet osiguranja nalazi u posjedu dužnika. Namirenje povjerioca osiguranog besposjedovnim sredstvima osiguranja, a tako i fiducijarnim vlasništvom, suočava se s problemom reposesije, omogućavanja povjeriocu neposrednog zahvata u objekt osiguranja, privlačenja objekta u domenu utjecaja povjerioca.²¹⁵ Opisani problem kod pignusa ne postoji. Predaja stvari u posjed zalogoprimca može se tretirati kao vrsta prethodne zapljene.²¹⁶ Kada su u pitanju mobilijarna besposjedovna sredstva osiguranja u evropskim zemljama koje imaju kontinentalni pravni poredak, konzekventno je moguće pribavljanje stvari u posjed povjerioca samo sudskim putem, vođenjem parnice za povrat stvari.²¹⁷

²¹³ Tako i **Tratnik**, M., **Rijavec**, V., **Keresteš**, T., **Vrenčur**, R., op. cit., str. 159.

²¹⁴ Tako i **Offtinger**, Karl, op. cit., str. 75, n°. 251.

²¹⁵ Tako i **Drobing**, Ulrich, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union, str. 41, **Čulinović-Herc**, **Edita**, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 297.

²¹⁶ **Cabrilac**, Michel-Mouly, Christian, op. cit., str. 532.

²¹⁷ Tako **Čulinović-Herc**, **Edita**, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 265, **Drobing**, Ulrich, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union, str. 51, **Simitis**, Konstantin, op. cit., str. 141. Za njemačko pravo **Baur**, Fritz, op. cit., str. 578. Nasuprot tome u anglo-američkom pravu ima primjera samostalnog vraćanja stvari u posjed (član 9-503. UCC). Više o tome **Drobing**, Ulrich, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union, str. 5, **Tratnik**, Matjaž u Berden, Andrej i drugi, Novo stvarno pravo, Maribor, 2002, str. 200.

Novo hrvatsko ovršno pravo nastojalo je izbjeći ovu nepovoljnu karakteristiku namirenja fiducijarnog vlasništva. Kod prijenosa vlasništva u svrhu osiguranja koje se zasniva pred sudom ili javnim bilježnikom može se dužnik već u aktu zasnivanja podvrgnut neposrednom prinudnom izvršenju potraživanja na predaju stvari.²¹⁸ Na ovaj je način povjeriocu uštedeno vođenje parničnog postupka. Čini se da je hrvatsko pravo pronašlo idealno rješenje, odnosno maksimalno moguće olakšanje stjecanja stvari, budući da se zahtjev na povrat stvari ne mora istaći u parnici, već je moguće direktno voditi izvršni postupak. Razlog zašto ovo rješenje, koje pojednostavljuje namirenje povjerioca, nije zastupljeno u usporednom pravu leži u činjenici da se u nizu pravnih poredaka vlasništvo u svrhu osiguranja prenosi ugovorom, a ne u okviru sudskog i javnobilježničkog postupka. Navedeno rješenje je trebalo biti usvojeno u slovenskom pravu, budući da se fiducijarno vlasništvo konstituira na osnovi neposredno izvršne javnobilježničke isprave. Iako ovakvog rješenja nema u slovenskom Stvarnopravnom zakoniku, poslovna će praksa i djelatnost notara sigurno pribjeći ovom logičnom rješenju.

Nakon što je uspostavljen posjed fiducijarnog vlasnika i omogućen njegov utjecaj na predmet osiguranja, postavlja se pitanje kako će doći do njegovog namirenja – da li će se vršiti sudska prodaja po pravilima koja važe za pignus, prodaja od strane javnog bilježnika, prodaja od strane povjerioca u većoj ili manjoj mjeri kontrolirana od strane suda ili će fiducijarni vlasnik predmet osiguranja zadržati za sebe. Sve navedene mogućnosti zastupljene su u usporednom pravu.²¹⁹ U nekim pravnim porecima fiducijarno vlasništvo uživa prednost pred založnim pravom ne samo zato što je besposjedovno sredstvo namirenja već i zbog olakšanog namirenja povjerioca,²²⁰ budući da su moguća odstupanja od načela oficijelnosti,²²¹ s obzirom da je moguće ugovarati način prodaje, te da je čak dozvoljeno ugovaranje komisorne klauzule.²²² Nasuprot tome postoje i negativni stavovi prema institutima *lex commissoria* i *pactum de vedendo* kod fiducijarnog prijenosa vlasništva. Tako se npr. u austrijskom pravu namirenje fiducijara vrši isključivo po pravilima koja važe za pignus, a *lex commissoria* je zabranjena.^{223,224}

²¹⁸ Član 274. st. 7. OZ-a Hrvatske.

²¹⁹ Usporediti **Drobing**, Ulrich, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union, str. 50.

²²⁰ Prema rješenjima poljskog Zakona o bankama, banka kao povjerilac može izbarati bilo koji način namirenja. Usporediti Franek, Jacek, op. cit., str. 23.

²²¹ Praksa pokazuje da povjerioci upravo teže onim sredstvima osiguranja gdje imaju više slobode u postupku unovčenja i namirenja iz založenog objekta. Tako **Simitis**, Konstantin, op. cit., str. 141.

²²² Npr. slovensko, crnogorsko pravo. O tome više kasnije.

²²³ **Drobing**, Ulrich, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union, str. 53.

²²⁴ U tom smislu i presuda Vrhovnog suda Srbije Prev. 437/99 od 29.09.1999, Bilten sudske prakse privrednih sudova 1/2000, str. 131. U navedenoj je presudi zahtjev povjerioca za predajom stvari u posjed odbijen sa obrazloženjem da je jedino moguće zahtijevati namirenje iz vrijednosti stvari.

S obzirom na činjenicu da prijenos vlasništva u svrhu osiguranja u njemačkom pravu (*Sicherungsübereignung*) nije reguliran zakonskim propisima, mišljenja njemačke doktrine su još uvijek polarizirana kada je u pitanju namirenja fiducijara.²²⁵ Prema jednom mišljenju, budući da nema nikakvih zakonskih odredaba, pitanje načina namirenja stranke treba da riješe svojim ugovorom.²²⁶ Međutim, otvoreno je pitanje načina namirenja u slučaju da ga stranke nisu odredile svojim ugovorom.²²⁷ Prema nekim mišljenjima u tom slučaju se namirenje vrši prema odredbama koja važe za *pignus*.²²⁸ Ovom je shvaćanju moguće prigovoriti određenu nekonsekventnost. Ako je moguće da se ugovori namirenje zadržanjem stvari od strane povjerioca, postavlja se pitanje zašto u slučaju nepostojanja dogovora povjerilac mora biti podvrgnut strogom režimu koji važi za unovčenje predmeta *pignusa*.²²⁹ Ima i shvaćanja prema kojima je u ovom slučaju moguće da povjerilac sam proda stvar.²³⁰ U doktrini se raspravljalo, ali nema jedinstvenog pozitivnog odgovora, o mogućnosti da povjerilac predmet osiguranja zadrži za sebe.²³¹ U njemačkoj doktrini nije jednoglasno prihvaćeno stanovište o imanentnosti komisorne klauzule fiducijarnom vlasništvu. Starija je literatura polazila od shvaćanja da *lex commissoria* pripada biću fiducijarnog vlasništva,²³² dok se u novijoj literaturi samo postavlja pitanje da li se ova klauzula može ugovoriti.²³³ Pri tome se u odgovoru polazi od činjenice da li je dužnik kod fiducijarnog prijenosa izložen istoj opasnosti kao založni dužnik u slučaju ugovaranja komisorne klauzule.²³⁴

Ovo je pitanje naročito osjetljivo u tranzicijskim zemljama, gdje je uočljiva težnja ka efikasnijim sredstvima namirenja odnosno, k olakšanju namirenja

Usporediti **Živković**, Miloš, O reformi realnih obezbeđenja u jugoslovenskom pravu, Materijali za Simpozijum o stvarnom pravu, održan u Budimpešti od 30. oktobra do 3. novembra 2002.g., str. 12.

²²⁵ Vidjeti potpuni prikaz različitih stavova kod **Gaul**, Hans Fridhelm, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, Archiv für die zivilistische Praxis, 168 (1968) str. 351. i dalje.

²²⁶ **Witz**, C., op. cit., str. 58, **Wolf**, Martin, op. cit., str. 308, **Westermann**, Harry, *Sachenrecht*, Kertlsruhe, 1966, str. 212,

²²⁷ **Witz**, C., op. cit., str. 58. U praksi relativno rijetko budući da banke reguliraju to pitanje u odredbama općih uslova poslovanja. Tako **Rottbauer**, Achim., E., op. cit., str. 85.

²²⁸ **Baur**, Fritz, op. cit., str. 577-578, **Westermann**, Harry, op. cit., str. 212.

²²⁹ U tom smislu **Gaul**, Hans Fridhelm, op.cit., str. 356.

²³⁰ **Wolf**, Martin, op. cit., str. 308, **Serick**, Rolf, op. cit., § 19 IV 2 a.

²³¹ Više o tome **Drobing**, Ulrich, *Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union*, str. 53, **Rottbauer**, Achim., E., op. cit., str. 86., **Witz**, C., op. cit., str. 58-59. Protiv dopuštenosti komisorne klauzule: **Gaul**, Hans Fridhelm, op. cit., str. 351, 380. Takođe i **Baur**, Fritz, op. cit., str. 572. i 578. Suprotno **Serick**, Rolf, op. cit., § 19 IV 2 b, str. 98. Odluka Saveznog suda u tom pravcu nije nedvosmislena (BGH od 24.10.1979, objavljena u NJW, 1980, str. 226, navedeno prema **Witz**, C., loc. cit.

²³² Usporediti **Gaul**, Hans Fridhelm, op.cit., str. 377.

²³³ Usporediti **Gaul**, Hans Fridhelm, op.cit., str. 378.

²³⁴ Usporediti **Gaul**, Hans Fridhelm, op.cit., str. 379, **Quack**, Friedrich, in *Münchener Kommentar BGB, Sachenrecht*, str. 780.

povjerioca i stavljanju interesa dužnika u drugi plan, dok su razvijene Zapadne zemlje nešto strože u ovom pogledu.²³⁵

Za razliku od njemačkog prava, gdje o pitanju namirenja fiducijarnog vlasnika u doktrini još uvijek postoje različiti stavovi, zakonodavac je u zemljama nastalim disolucijom SFRJ riješio ovu dilemu - mogućnost zadržavanja predmeta osiguranja od strane povjerioca predviđaju crnogorsko, hrvatsko, makedonsko i slovensko pravo.

Crnogorski Zakon o fiducijarnom prenosu svojine sadrži donekle međusobno proturječna rješenja u pogledu namirenja osiguranog povjerioca. Fiducijarni vlasnik može zahtijevati predaju stvari čim potraživanje doprije za naplatu.²³⁶ Ukoliko dužnik na vrijeme ne plati dug povjerilac stječe pravo da stvar proda.²³⁷ Iz formulacije ove odredbe, kao i odredbe da povjerilac može zahtijevati predaju stvari u posjed, mogao bi se izvući zaključak da će nakon toga fiducijarni vlasnik sam provoditi namirenje. Međutim, članom 20. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine predviđeni su izuzeci od načela oficijelnosti, koji su već poznati u Zakonu o obligacionim odnosima, i koji bi mogli biti primijenjeni i da nema izričitih zakonskih odredaba o tome u Zakonu o fiducijarnom prenosu svojine. Na osnovi činjenice da zakon propisuje izuzetke od načela oficijelnosti argumentumom a contrario, moglo bi se zaključiti da je pravilo da se predmet osiguranja prodaje u sudskom postupku. U skladu sa pomenutom odredbom člana 20. povjerilac bi stvar mogao zadržati za sebe samo ukoliko je cijena određena procjenom stručnjaka. Nasuprot tome, odredba člana 4. ovog zakona zabranjuje u principu ugovaranje komisorne klauzule u ugovoru o fiducijarnom prenosu vlasništva, ali dopušta ugovaranje ove klauzule osam dana nakon zaključenja tog ugovora, bez ikakvih ograničenja u pogledu utvrđivanja cijene od strane stručnjaka. Odredbe crnogorskog Zakona o fiducijarnom prijenosu svojine u pogledu namirenja povjerioca ovdje su donekle nejasne. Da li je moguće zaključiti da su stranke nakon osam dana od zaključenja ugovora o fiducijarnom prijenosu slobodne da se dogovore o namirenju, a ako to ne učine, da će se primjenjivati odredbe člana 18. – 20.? U svakom slučaju bilo bi mnogo bolje da je zakonodavac na ovom mjestu bio precizniji. Uz to, nije jasno kakav je cilj slijedio zakonodavac dopustivši ugovaranje komisorne klauzule osam dana nakon zaključenja ugovora o fiducijarnom prijenosu vlasništva. U doktrini bivše SFRJ,²³⁸ kao i u sudskoj praksi,²³⁹ bilo je zastupljeno shvatanje da su ovakve odredbe

²³⁵ Zadržanje predmeta na kome je zasnovano osiguranje od strane povjerioca u zemljama zapadnoevropske tradicije javlja se samo marginalno (npr. u španjolskom pravu ako su bile neuspješne dvije javne prodaje). Više o tome **Drobing**, Ulrich, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union, str. 48.

²³⁶ Član 19. st. 1. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine.

²³⁷ Član 18. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine.

²³⁸ **Stanković**, O.-**Orlić**, M., op.cit., str. 346.

²³⁹ Tako VS BiH, Rev. 250/78 od 29.09.1978, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda BiH 4/78, str. 34. Također i sljedeće odluke: Rješenje Vrhovnog suda NR BiH, Gzz. 13/57 od 25.03.1957, ZSO, knj. II,

dopuštene o dospelosti potraživanja, budući da tada za dužnika ne postoji opasnost i da on može ravnopravno pregovarati. Osam dana od dana zaključenja ugovora o fiducijarnom prijenosu nisu nikakva garancija dužniku. Povjerilac će u praksi redovito zaključiti ugovor o fiducijarnom prijenosu i registrirati ga, a s isplatom kredita će sačekati osam dana odnosno dok se ne zaključi ugovor o namirenju zadržanjem prava vlasništva. Pozitivno je rješenje prema kome povjerilac koji se namiruje mora isplatiti dužniku razliku između vrijednosti stvari i potraživanja.²⁴⁰

Prema članu 204. Stvarnopravnog zakona Republike Slovenije način namirenja može biti predmetom sporazuma između povjerioca i dužnika. Ukoliko takvog sporazuma nema, povjerilac može stvar zadržati za sebe uz obvezu da višak preko dugovanog iznosa isplati fiducijantu. Prema novom slovenskom pravu povjerilac i dužnik su potpuno slobodni da ugovore način namirenja, uz obvezu poštovanja načela ekvivalentnosti davanja. Za razliku od njemačkog prava, u Sloveniji je najliberalniji način namirenja predviđen samim zakonom, a stranke svojim sporazumom mogu ugovoriti određene restrikcije. S obzirom na stvarni odnos snaga povjerioca i dužnika očekivati je da se u praksi neće odstupati od dispozitivnog pravila zakona.

U hrvatskom pravu je namirenje pribavljanjem prava vlasništva supsidijarni vid namirenja. Prvo se pokušava postupak namirenja preko javnog bilježnika, pri čemu se odstupa od načela prodaje putem suda i na javnoj prodaji. Ukoliko javni bilježnik stvar ne proda u roku od tri mjeseca, kao i u situaciji kada se dužnik nije izjasnio o načinu namirenja, povjerilac namiruje svoje potraživanje sticanjem prava vlasništva na predmetu osiguranja.²⁴¹ Da fiducijarni prijenos vlasništva ne bi bio prevelik rizik i opterećenje dužnika, nužno je ugraditi rješenja prema kojima je povjerilac dužan da u slučaju namirenja pribavljanjem vlasništva na stvari razliku između vrijednosti stvari i iznosa potraživanja isplati fiducijantu. Upravo je ovdje moguće uočiti slabo mjesto rješenja hrvatskog prava. Ukoliko dođe do namirenja pribavljanjem vlasništva, smatra se da je to učinjeno po cijeni koja odgovara iznosu potraživanja, kamate, troškova postupka i poreza ukoliko se on plaća.²⁴² Na ovaj način dužnik može izgubiti stvar koja je daleko vrijednija od potraživanja povjerioca i ovo je rješenje veoma opasno za dužnika.

Kod namirenja povjerioca postoji još jedna disonanca između Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Ovršnog zakona. Prema Ovršnom zakonu namirenje stjecanjem "punopravnog" vlasništva na predmetu osiguranja je

sv.1, odl. br. 80. Vrhovni sud Crne Gore, Gž. 215/59 od 26.9.1959, Pravni zbornik 2/1960, str. 107, Vrhovni sud hrvatske, Gž. 1159/70, od 17.2.1970, Pregled sudske prakse Vrhovnog suda Hrvatske, 1970, sv. II, odl. 32, Vrhovni sud Slovenije, Pž. 387/74 od 25.4.1974.g., Poričilo o sodni praksi Vrhovnega soduška SR Slovenije, 1974, sv. I, odl. br. 8., navedeno prema **Stanković, O.-Orlić, M.**, op.cit., str. 346.

²⁴⁰ Član 22. st. 2. Zakona o fiducijarnom prenosu svojine.

²⁴¹ Član 277. st. 6. Ovršnog zakona Republike Hrvatske.

²⁴² Član 277. st. 5. Ovršnog zakona Republike Hrvatske.

supsidijarni način namirenja, a prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima kod zasnivanja osiguranja na pokretnim stvarima moguće je već u samom ugovoru o osiguranju ugovoriti komisornu klauzulu kao i pactum de vendendo.²⁴³ Na ovaj način je povjerilac kome je preneseno vlasništvo na osnovu sporazuma pred sudom ili pred javnim bilježnikom u nepovoljnijem položaju u odnosu na povjerioca osiguranog konvencionalnim sredstvima osiguranja.

Tranzicijske zemlje moraju kod pitanja namirenja fiducijara da zadovolje dva oprečna interesa – interes povjerioca za efikasnim namirenjem i odstupanjem od načela oficijelnosti pri unovčenju predmeta fiducijarnog vlasništva, kao i interes dužnika. Ugovor o davanju osiguranja promatran zajedno s osnovnim obligacionim odnosom kojeg osigurava je teretan ugovor, a za takve ugovore vrijedi načelo jednake vrijednosti uzajamnih davanja.²⁴⁴ Jedna od efikasnih mjera je sigurno dužnost fiducijara da fiducijantu vrati razliku između vrijednosti stvari i njegovog potraživanja, kao što to predviđaju crnogorsko i slovensko pravo. Ali, bez obzira na to fiducijant može biti teško oštećen izgubivši određenu stvar, naročito ukoliko je u pitanju nekretnina. Opasnost za dužnika dala bi se izbjeći izgradnjom kriterija prema kojima ne bi bilo dozvoljeno ugovarati izrazitu nesrazmjeru između vrijednosti potraživanja i predmeta osiguranja. Njemačka sudska praksa i teorija izgradile su pojmove i kriterije koji sprečavaju eklatantnu neravnopravnost dužnika i povjerioca već prilikom zaključenja ugovora o osiguranju, prema kojima je pretjerano osiguranje povjerioca, osiguranje koje "cijedi" (Knebelung) dužnika suprotno dobrim običajima.²⁴⁵ To bi trebalo biti zadatak i doktrine i sudske prakse u svakom pravnom poretku koji uvodi fiducijarno vlasništvo.²⁴⁶ S obzirom da bi izgradnja zaštitnih mehanizama na navedeni način zahtijevala izvjesno vrijeme, ove bi principe trebalo ugraditi u zakonska rješenja.

²⁴³ Član 337. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

²⁴⁴ Stanković, O. – Orlić, M., op. cit., str. 354.

²⁴⁵ Uporediti **Rottbauer**, Joachim, E., op. cit., str. 88, **Quack**, Friedrich., u Münchner Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 2. Auflage, 1986, München, str. 783. i dalje, **Čulinović-Herc**, Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, str. 117-118, 167. i dalje.

²⁴⁶ Težnja određenih tranzicijskih zemalja za pristupanju Evropskoj Uniji sigurno aktualizira pitanje koliko su norme o namirenju osiguranog povjerioca u skladu sa evropskim standardima zaštite potrošača. U evropskom se pravu zaštita davalaca osiguranja odvija u dva pravca – kao zaštita od prekomjernog osiguranja i kao zaštita od diskriminatorskih pravila o unovčenju predmeta osiguranja. Tako **v. Wilmowsky**, Peter, op. cit. str. 361, 363. U većini evropskih zemalja nije dopušteno da se povjerilac i dužnik dogovore o vremenu i načinu unovčenja i podjeli unovčenjem dobivenog iznosa. Vidjeti **v. Wilmowsky**, Peter, op. cit. str. 364.

5. Zaključak

Fiducijarno je vlasništvo u njemačkom pravu sredstvo osiguranja s najjačim dometom.²⁴⁷ U tom leži objašnjenje zainteresiranosti povjerilaca za ovaj institut. U tranzicijskim zemljama aktualno se postavlja pitanje adekvatnog osiguranja povjerilaca, problem s kojim su se razvijene zemlje tržišne privrede susretale početkom XX stoljeća. Povjeriocu treba pružiti dovoljnu sigurnost i osigurati efikasno i brzo namirenje, te se veliki broj tranzicijskih zemalja u traganju za idealnim modelom osiguranja opredijelio za fiducijarno vlasništvo.

Kratki usporednopravni prikaz instituta fiducijarnog vlasništva, pri čemu je naglasak stavljen na određene aspekte, kao što je mogućnost da objektom fiducijarnog vlasništva budu generičke stvari ili nekretnine, organiziranje publiciteta, način namirenja, kao ključni aspekti od kojih zavise sigurnost povjerioca, dužnika, ali i trećih, pokazao je da fiducijarno vlasništvo prate određene konzekvence, kakve se ne susreću kod založnopravnog odnosa, klasičnog ili besposjedovnog, te je moguće da dođe do izvjesnog nesnalaženja u praksi i doktrini tranzicijskih zemalja.

Fiducijarno vlasništvo je institut koji u sebi nosi određene proturječnosti, i te su proturječnosti bile jasno vidljive kod analize određenih aspekata ovog instituta (npr. kod namirenja). Ovdje se radi o pravu vlasništva kome je nametnuta druga svrha, naime, da bude osiguranje kredita.²⁴⁸ Unutarnja proturječnost ovog instituta uvjetovana je njegovom fiducijarnom prirodom – povjerilac dobiva više nego je potrebno za njegovo osiguranje,²⁴⁹ ili kako se u švicarskom pravu slikovito kaže, fiducijar može više nego što smije.²⁵⁰ Povjerilac (fiducijar) je formalnopravni vlasnik, ali je istovremeno dužnik (fiducijant) ostao ekonomski vlasnik. Ova situacija suprotstavljenosti interesa fiducijara i fiducijanta odista stvara određenu napetost i uvjetuje određena “nesistemska rješenja.”²⁵¹ – u određenim se situacijama ovo sredstvo osiguranja tretira kao puno vlasništvo (izvršni postupak), a u određenim se situacijama daje prednost ekonomskoj suštini instituta, te se tretira kao sredstvo osiguranja (stečajni postupak, namirenje).

Može se govoriti i o tome da fiducijarno vlasništvo proturječi osnovnom načelu modernog vlasništva, načelu nedjeljivosti i isključivosti.²⁵² Kod fiducijarnog vlasništva imamo dva vlasnika, pravnog i ekonomskog.²⁵³ U hrvatskom pravu su oni

²⁴⁷ Tako v. **Wilmowsky**, op. cit., str. 114.

²⁴⁸ **Kilger**, J., **Schmidt**, Karsten, *Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO*, 17. völlig neubearbeitete Auflage, München, 1997, str. 245.

²⁴⁹ Tako **Baur**, Fritz, op. cit., str. 557, **Medicus**, Dieter, op. cit., str. 350, **Legais**, Dominique, op. cit., str. 330.

²⁵⁰ Upaređiti **Offtinger**, Karl, op. cit., str. 70, n° 241, **Salma**, Jožef, op. cit., str. 386.

²⁵¹ **Rottnauer**, Achim, E., op. cit., str. 83.

²⁵² Tako i **Đurović**, Ljiljana, op. cit., str. 815.

²⁵³ Tako i **Offtinger**, Karl, op. cit., str. 70, n° 240.

označeni kao potonji i prethodni odn. punopravni i nepunopravni vlasnik, o čemu je ranije bilo riječi, ili kao aktualni vlasnik i konačni vlasnik.²⁵⁴ Njemačka doktrina ovu situaciju vidi kao postojanje prava vlasništva i prava u očekivanju da se stekne vlasništvo, pri čemu oba ova prava uživaju zaštitu.²⁵⁵ Ova "podjela" vlasništva uzrokuje dalje problematične situacije u pravnom prometu, koje se uopće ne pojavljuju kod založnog odnosa. Svaka radikalna novina može u tranzicijskim zemljama izazvati nesnalaženje doktrine i prakse. Iz navedenih razloga čini se da ovo nije neproblematičan institut – može se od njega odustati ako se cilj, a to je besposjedovno sredstvo osiguranja na pokretnim stvarima, može postići na drugi način.

Prethodna izlaganja pokazala su opasnosti koje sa sobom nosi ovo sredstvo osiguranja po pravnu sigurnost, koje nije kompenzirano apsolutnom sigurnosti osiguranog povjerioca, zbog problema sa organiziranjem publiciteta, kao i po sigurnost dužnika ukoliko ovršno pravo u tranzicijskim zemljama radikalno napusti načelo zaštite dužnika u ovršnom postupku.

Na osnovi rečenog nužan je oprez i kritički pristup pri odluci za uvođenje ovog sredstva osiguranja u pravni poredak jedne tranzicijske zemlje, kao što je BiH, čak i pod uvjetom da se organizira publicitet.

Summary

FIDUCIARY OWNERSHIP IN COMPARATIVE LAW AND CASE-LAW

In contemporary comparative law a transfer of ownership with the purpose of securing a main obligation – fiduciary ownership – is being widely used. This old form of property law security instrument for creditors, abandoned within Roman law due to its adverse consequences for debtor, seems to be having a renaissance in a

²⁵⁴ Reich, Norbert, Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung, AcP, 169 (1969), str. 248.

²⁵⁵ Može se reći da je shvaćanje koje položaj fiducijanta posmatra kroz konstrukciju prava u očekivanju, zalažući se za paralelnu primjenu pravila koja važe za zadržanje prava vlasništva, zastupljeno u novijoj njemačkoj literaturi. Tako Reich, Norbert, op. cit., str. 265. Takođe i Wolf, Martin, op. cit., str. 303, v. Wilmowsky, Peter, op. cit., str. 131, Baur, Fritz, op. cit., str. 559. Inače je u njemačkoj doktrini ovo pitanje bilo sporno i razvijen je čitav niz različitih teorija. Više o tome vidjeti kod Reich, Norbert, op. cit., str. 251. i dalje. Ipak se čini najprihvatljivijom teorija koja i fiducijantu pripisuje pravo u očekivanju. Odbijanje ove teorije bi bilo neusklađeno sa praksom, koja je i za zadržanje prava vlasništva, gdje nema spora o pravu u očekivanju kupca, i za fiducijarni prijenos prava vlasništva razvila paralelna pravila. Položaj kupca kod zadržanja prava vlasništva je "verdinglicht", približen položaju titulara jednog stvarnog prava; nema opravdanja da se ovako ne ojača položaj i dužnika fiducijanta. O tome više kod Reich, Norbert, op. cit., str. 249. Ova teorija naročito objašnjava situaciju u kojoj plaćanjem duga od strane fiducijanta na njega ipso facto biva ponovo preneseno pravo vlasništva.

modern law. This model of security has a special importance in a context of real securities and as such it has become a basic form of securities in the German legal order where it was created by case-law and not by legislation. Transitional countries, among them almost all countries that were created with dissolution of ex-Yugoslavia, have adopted this institute. However, in these legal orders there is no tradition and there are no developed instruments that are found in German system where case-law and legal doctrine have responded to all the issues connected with this institute. The article presents a short overview of legislative regulation of the institute in particular transitional countries in comparison with German law. A critical analysis of legislative solutions of certain aspects of fiduciary ownership follows, with special emphasis on those aspects that might endanger both security of creditor and of third persons, e.g., fiduciary ownership of immovables, especially of non-registered immovables with a lack of publicity, and also security of debtor, e.g., satisfaction of fiduciary owner. Since this security relation differs in structure from mortgage relation, the author expresses his doubt that lack of adequate and detailed legislative regulation, and lack of legal tradition in practice of transitional countries, will result in failure of this institute in its purpose of providing security for creditor and satisfying requirements of legal security and debtor protection.

Key words: *fiduciary ownership, transfer of ownership with purpose of security, non-possessory security means, real security means.*

Zusammenfassung

FIDUZARISCHES EIGENTUM IM VERGLEICHENDEN RECHT UND IN DER GERICHTSPRAXIS

Im zeitgenössischen vergleichenden Recht hat die Übertragung des Eigentums zum Zweck der Sicherung bzw. das fiduziarische Eigentum ein breites Spektrum der Anwendung. Diese ursprüngliche Form sachenrechtlicher Versicherung des Gläubigers, die schon im Rahmen des römischen Rechts wegen ungünstiger Folgen für den Schuldner aufgegeben wurde, erlebt in dem modernen Recht ihre Renaissance. Besondere Bedeutung kommt diesem Sicherungsmodell im Kontext mobiliarer Mittel der Sicherung zu und das Grundmittel der Sicherung hat im deutschen Rechtssystem, wo es kein Gebilde der Gesetzgeber sondern Praxis ist, gerade diese Funktion. Die Transitionsstaaten, unter ihnen fast alle, die durch die Disolution der ehemaligen SFRJ entstanden sind, haben dieses Institut akzeptiert wobei in den angeführten Rechtssystemen keine Tradition und kein ausgebautes Instrumentarium wie im deutschen Recht besteht, wo die Gerichtspraxis und Doktrin alle Fragen beantwortet haben, die in Verbindung mit diesem Institut gestellt wurden. In der Arbeit werden die gesetzgeberischen Regulativen dieses Instituts in den einzelnen Transitionsländern im Vergleich zu den Lösungen im deutschen Recht kurz

aufgezeigt. Danach werden die gesetzlichen Lösungen bestimmter Aspekte des fiduziarischen Eigentums kritisch betrachtet, und zwar diejenigen die die Sicherheit des Gläubigers sowie Dritter gefährden wie z.B. fiduziarisches Eigentums an unbeweglichen Sachen, besonders an nicht im Grundbuch vermerkten unbeweglichen Sachen sowie das Fehlen an Publizität aber auch die Sicherheit des Schuldners z.B. die Befriedigung des fiduziarischen Eigentümers. Da es sich um ein Sicherungsverhältnis handelt, dessen Struktur sich von dem pfandrechtlichen Verhältnis unterscheidet, wird daran gezweifelt, dass dieses Institut in der Praxis der Transitionsstaaten ohne entsprechende, detaillierte Gesetzesregulativen und ohne Rechtstradition die Sicherungsansprüche des Gläubigers aber auch die Ansprüche auf Rechtssicherheit und Schutz des Schuldners erfüllen können.

Schlüsselwörter: *fiduziarisches Eigentum, Übertragung des Eigentums zum Zweck der Sicherheit, Nichteigentums-Mittel der Sicherung, mobiliarische Mittel der Sicherung.*

Sommario

PROPRIETÀ FIDUCIARIA NEL DIRITTO COMPARATO E NELLA PRASSI GIUDIZIALE

Nel diritto comparato contemporaneo la cessione della proprietà allo scopo di garanzia, ovvero la proprietà fiduciaria, ha ampia applicazione pratica. Questa antica forma di strumento di garanzia del diritto di proprietà per i creditori, già abbandonato nella protezione del diritto romano per le conseguenze sfavorevoli per i debitori, vede la sua rinascita nel diritto moderno. Questo modello di garanzia ha particolare importanza nel contesto dei mezzi mobiliari di garanzia e propriamente in questa funzione è diventato un mezzo di garanzia fondamentale nell'ordinamento giuridico tedesco dove non è opera della legislazione ma della prassi. I paesi in transizione, tra i quali quasi tutti i paesi sorti dalla dissoluzione dell'ex Repubblica Socialista Federale di Jugoslavia, hanno adottato questo istituto; accanto cui in tali ordinamenti giuridici non esistono la tradizione e gli strumenti consolidati che si incontrano nel diritto tedesco, dove la prassi giudiziale e la dottrina hanno risposto a tutte le questioni che si pone in connessione con questo istituto. Nel lavoro è fornita una breve presentazione delle regolazioni legislative di questo istituto in singoli paesi in transizione nella comparazione con le soluzioni del diritto tedesco. Successivamente è l'esposizione critica delle soluzioni legislative di taluni aspetti della proprietà fiduciaria, e di quelli che possono minacciare sia la sicurezza del creditore, così come delle persone terze, come è ad esempio per la proprietà fiduciaria di immobili, specialmente di immobili non registrati, come per pubblicità assente, ma anche la sicurezza del debitore, per esempio il soddisfacimento del proprietario fiduciario. Siccome questo rapporto di garanzia è di differente struttura dal rapporto di

pegno/ipoteca è espresso il dubbio che senza adeguata, dettagliata regolazione legislativa e tradizione giuridica nella prassi dei paesi in transizione questo istituto soddisfi le esigenze di garanzia del creditore, nonché insieme le esigenze di sicurezza legale e di tutela del debitore.

Parole chiave: *proprietà fiduciaria, cessione della proprietà allo scopo di garanzia, mezzi non possessori di garanzia, mezzi mobiliari di garanzia.*

CHARACTER MERCHANDISING I ŽIGOVNOPRAVNA ZAŠTITA*

Dragan Zlatović, dipl. iur.
Ravnatelj Šibenskog kazališta

UDK: 347.772
Ur.: 27. prosinca 2002.
Pr.: 9. siječnja 2003.
Izvorni znanstveni članak

Suvremena je i raširena praksa upotreba znakova i simbola, žigova, elemenata umjetničkih kreacija ili karakterističnih značajki stvarnih ili izmišljenih osoba radi promocije prodaje proizvoda ili korištenja usluga. Character merchandising se definira kao praksa korištenja od strane kreatora lika, stvarne osobe ili neke druge ovlaštene osobe, imena i/ili slike popularnog lika, bilo realnog ili izmišljenog, radi promocije na drugačiji način svakodnevnih materijalnih proizvoda. To je multimilijunska poslovna aktivnost.

U ovom članku autor raspravlja mogućnosti žigovnopravne zaštite character merchandisinga. Merchandising se može štititi postojećim pravnim sredstvima, te nije potrebno donositi posebne propise na ovom području. Žig također predstavlja modalitet podesan za zaštitu znaka korištenog u merchandising svrhe. Osobna temeljna obilježja fiktivnih likova mogu biti, pod određenim uvjetima, registrirana kao žigovi. Problemi ovakve zaštite mogući su kod zaštite obilježja stvarnih osoba. Posebno se razmatraju rješidbe američkih, britanskih i njemačkih sudova na ovom području.

Ključne riječi: *character merchandising, žig, žigovna zaštita, pravo intelektualnog vlasništva, izmišljeni likovi.*

I. Pojam merchandisinga

Pod pojmom *merchandising* se, kraj njihovog primarnog korištenja, podrazumijeva i sekundarno plasiranje na tržište izmišljenih figura, stvarnih osoba, imena, naziva, zaštitnih obilježja nekog proizvoda, logoa, elemenata opreme, dizajna i slika, i to izvan njihovog stvarnog područja djelovanja i pojavljivanja, a u svrhu bolje prodaje roba i usluga.¹

* Uvodni dio ovog rada objavljen je u članku istog autora "Autorskopravna zaštita fiktivnih likova" u Zborniku Hrvatskog društva za autorsko pravo, vol. 2., 2001.

¹ Jeremiah: *Merchandising Intellectual Property Rights*, Wiley & Sons, Inc., 1997., str. 24.

Naime, suvremena je i raširena praksa upotreba znakova i simbola, žigova, elemenata umjetničkih kreacija ili karakterističnih značajki stvarnih ili izmišljenih osoba radi promocije prodaje proizvoda ili korištenja usluga. U odnosu na znakove, pa tako i žigove i imena, oni se ovdje ne rabe u njihovoj primarnoj uobičajenoj funkciji označavanja izvornosti proizvoda, nego se primjenjuju na druge produkte ili usluge i rabe se s obzirom na utjecaj što ga imaju kao poznati odnosno čuveni (*well-known*) simboli. Nadalje, upotreba imena ili slike poznate fiktivne ili stvarne osobe ili grupe ili institucije na robu, ima za cilj izvući beneficije što ih oni povlače za sobom kroz identifikaciju potrošača sa tim osobama ili institucijama.²

U anglosaksonskoj literaturi "*merchandising*" se može višeznačno odrediti. S jezično-književnog stajališta, engl. "*to merchandise*" odgovara onome hrv. "trgovati", odnosno tal. "*fare il marketing*" ili njem. "*Verkaufsförderung*"³, ali ako to koriste pravnici, može biti shvaćeno kao aktivnost "licenciranja" (*licencing*) oznaka i simbola za korištenje na ili u svezi s određenim proizvodima i uslugama različitih od onih za koje se po običaju rečene oznake i simboli koriste općenito u funkciji žiga, sa svrhom promoviranja prodaja proizvoda i usluga.⁴

Ipak, kao primjerice kod slučaja *franchisinga*, nije uputno prevoditi ove pojmove odnosno nalaziti hrvatske nazive za ovaj institut poslovne prakse, jer bi se samo proizvela zabuna u komunikaciji.

Sa stajališta davatelja licence, kod *merchandisinga* se radi o dodatnom korištenju njihovog intelektualnog vlasništva (*intellectual properties*), čija prodaja u pojedinačnim slučajevima može nadmašiti prodaju iz područja primarnog korištenja. Ako se *merchandising* promatra sa stajališta primatelja licence, moraju se uzeti u

² AIPPI: Legal aspects of merchandising (Question Q 129), XXXVI Congres de Montreal 1995, Zurich, 1995., str. 154.

³ U ekonomskoj literature *merchandising* se definira kao skup aktivnosti usmjeren prema prodaji "trgovačke robe" (engl. *merchandise*), pri čemu se planiranjem i kontrolom svake od sastavnih aktivnosti ostvaruje process "trgovanja" – *merchandising*, odgovarajućim asortimanom proizvoda i/ili usluga. Slijedeći takvo određenje *merchandising* u širem smislu obuhvaća one aktivnosti planiranja i kontrole kojima se bave proizvodne organizacije (npr. mjesto i vrijeme izrade odgovarajuće vrste, količine, kvalitete proizvoda, proizvodne i veleprodajne cijene ili sugestije za maloprodajne cijene, dinamika isporuke i način otpreme i dr.), dok u užem smislu obuhvaća one aktivnosti planiranja i kontrole kojima se, u dogovoru s proizvođačem, bavi osoblje dobavljača – trgovačke organizacije i prodajno osoblje maloprodavača u području vođenja plasmana i izlaganja odgovarajućeg asortimana proizvoda na samom mjestu prodaje (npr. raznovrsni oblici uočljivog izlaganja popraćeni određenim promotivnim materijalima od postera, oglednih kartona do letaka te posebne ponude uz prigodne cijene, popuste, sudjelovanje u nagradnoj kupnji i dr.). *Merchandising* se u ekonomskom značenju definira i kao "način plasiranja" koji se sastoji od ukupnosti nastojanja da se proizvod osposobi da bi se što prije maknuo s prodajnog mjesta i doveo u potrošnju. Time postaje sastavnim dijelom sofisticiranih oblika marketinškog miksa što se temelji na ideji vodilji: pravi proizvod, na pravom mjestu, u pravo vrijeme, u pravim količinama, na pravi način i po pravoj cijeni. Cit. te detaljnije kod Rocco: Marketinško upravljanje, II izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2000., str. 205. i Rocco i dr.: Rječnik marketinga, Masmedia, Zagreb, 1997., str. 263.

⁴ Sena: Il Nuovo Diritto dei Marchi, sec.ed., Giuffrè Editore, Milano, 1998., str. 166.

obzir današnji okvirni privredni uvjeti: zasićenost potrošačkih tržišta, moguća zamjena proizvoda, te opterećenost potrošača raznim informacijama. U takvoj situaciji koristi se tzv. *emocionalno pozicioniranje proizvoda*, pri čemu se pokušava, osim već postojeće osnovne svrhe proizvoda, kupcima prenijeti i psihološka "dodatna svrha" istog proizvoda, koja će potrošače emocionalno vezati uz proizvođača. *Merchandisingom* se simpatija prema nekom liku (*character*) ili stvarnoj osobi (*personality*) pokušava prenijeti na neki proizvod. To je u naravi ugovor kojim vlasnik određenog prava, najčešće žiga, daje pravo na njegovo korištenje drugom poduzetniku u svrhu stavljanja istog na proizvode koji su po prirodi znatno drukčiji od onih za koje je žig prethodno stvoren i registriran.

Danas mnogi poznaju Bugs Bunnya, Sherlock Holmesa, Mickeya Mousea, Supermana, James Bonda, Barneya, i druge čuvene Disneyeve dječje filmske junake i herojine. Svi su oni likovi (*characters*); tako da općenito kazavši, pojam "*character*" pokriva kako nestvarne karaktere - izmišljena ljudska bića (primjerice Conan ili Rocky) i neljudske izmišljene likove (primjerice Tom & Jerry), tako i stvarne osobe (primjerice poznate ličnosti iz filmskih ili glazbenih krugova, političare, javne osobe, sportaše i sl.).⁵

U kontekstu uporabe likova, glavno je da javnost lako prepozna esencijalno osobna obilježja likova (*personality features*) u detalje. Ta osobna obilježja su, primjerice, ime, slika u javnosti (*image*), vanjšina, izgled ili glas lika ili simboli koji ih omogućavaju.

U odnosu na primarno korištenje fiktivnih likova, ono se u većini slučajeva može označiti kao zabavna funkcija (*entertainment function*). Tako će primarna funkcija lika biti određena od strane kreatora lika, makar kada likovi dosegnu visoku reputaciju i nakon kreatorove smrti, njihovi zakonski nasljednici ili nositelji izdavačkih prava mogu postići sukladno ugovoru preživljavanje likova u novim pričama.⁶ Neki pak autori mogu tražiti da likovi koje su kreirali neće biti subjekti novih priča nakon njihove smrti.⁷ Situacija je ponešto drugačija u slučaju kinematografskog djela, gdje je rijetkost da kreator lika odnosno stvaralac originalnog crteža ili rukopisa vrši primarnu uporabu lika.⁸

U drugim slučajevima primarno korištenje lika može se odrediti kao promocijska, reklamna i prepoznatljiva funkcija. To obilježava primjerice, one likove koji su usko povezani s određenom kompanijom ili tvrtkom⁹, određenim

⁵ WIPO: Intellectual Property Reading Material, Pub. No. 476, Geneve, Chapter 2, str. 99.

⁶ Primjerice knjige o James Bondu nakon smrti Iana Fleminga.

⁷ Primjerice želja Hergea, kreatora Tintina.

⁸ I ovdje ima iznimaka kao u slučaju lika "malog čovjeka" (*Little man – little tramp*) kao kreacije Charliea Chaplina.

⁹ Primjerice "Michelin Man" za gumarsku tvrtku Michelin, odnosno Exxon-ov tigar ili Peugeotov lav.

proizvodom¹⁰ ili nekim javnim događajem¹¹. Ti su likovi kreirani s namjerom populariziranja određenog pravnog entiteta, robe ili usluga, ili aktivnosti, odnosno primarna funkcija tih likova nije izvorno vezana za njihovog kreatora, nego on stvara lik na traženje i u funkciji treće osobe.

U osnovi ovog razmatranja je pitanje može li lik biti predmet intelektualnog vlasništva, i u slučaju pozitivnog odgovora, kako vlasnik može štiti svoje vlasništvo od neovlaštenog iskorištavanja od strane trećih.

Pod pojmom *character merchandising* obično se podrazumijeva korištenje izmišljenih figura (tzv. "*characters*" kao npr. Mickey Mouse, Asterix i sl.), dok se pojam *personality merchandising* odnosi na "korištenje" osoba koje zaista postoje (ili su postojale), a u javnosti nastupaju pod svojim vlastitim imenom (npr. poznati glumci, sportaši, političari, javne osobe i sl.¹²).

Character merchandising je multimilijunska poslovna aktivnost. To je praksa korištenja imena i/ili slike (*image*) popularnog lika (bilo realnog ili izmišljenog) radi promocije na drugačiji način svakodnevnih materijalnih proizvoda.¹³ Također se *character merchandising* može definirati kao primjena (adaptacija) ili popratna (sekundarna) eksploatacija, od strane kreatora fiktivnog lika ili stvarne osobe ili jedne odnosno više ovlaštenih trećih osoba, bitnih osobnih obilježja (kao što su ime, pojava, slika u javnosti, izgled¹⁴ i dr.) lika u odnosu na različite robe i/ili usluge, sa namjerom stvaranja kod potencijalnih potrošača želje za stjecanjem tih roba i/ili korištenja tih usluga upravo radi potrošačke sklonosti i vezivanja za te likove.¹⁵ Primjerice određene robe mogu sadržavati sliku pop grupu Oasis na T-shirt odjevnim predmetima, ili u svakodnevnom prometu možemo naići na šalice obilježene Walt Disneyevim animiranim likom Mickeya Mousea ili pak animiranog mačka Garfielda.

To se ostvaruje na način da *merchandising* organizacije dobiju licenciju od kreatora lika, koji dopušta prikazivanje lika primijenjenog na određene stvari, u zamjenu za licencijsku naknadu. Trgovci koji propuste ishoditi takvu licenciju izbjegavajući tako plaćanje, zbog toga mogu si priuštiti prodaju te robe po manjoj cijeni u odnosu na trgovce s licencijom. Trgovci bez licencije nemaju ni odgovornosti s osnove kvalitete roba, a kupci tako riskiraju da budu opskrbljeni sa lošijom robom. Stoga, kako je već istaknuto, subjekti koji se bave organizacijom *merchandising* aktivnosti (*merchandiseri*) su vrlo rijetko stvaratelji fiktivnog lika ili

¹⁰ Primjerice lik Johnniea Walkera za Scotch whiskey.

¹¹ Primjerice lik Vučka za Zimske Olimpijske igre u Sarajevu.

¹² Poznati slučajevi u svezi s princezom Dianom ili ženske vokalne grupe Spice Girls. Detaljnije kod Quest: From Diana to Football – protection still found wanting (an update on personality character merchandising), Licensing executives society, New exchange, Issue 71: February – March 2000., str. 8.

¹³ Hart / Fazzani: Intellectual Property Law, sec. ed., Palgrave, Hampshire & N.Y., 2000., str. 123.

¹⁴ Izgled može uključivati dvodimenzionalne (crteži, poster) ili trodimenzionalne (lutke, igračke, privjeske za ključeve) reprodukcije.

¹⁵ WIPO: *op.cit.*, str. 100.

odnosne stvarne osobe same. Različiti oblici vlasništva ili osobnih prava pripadajućih liku bivaju predmetom ugovora koji omogućuju jednoj ili više zainteresiranih trećih osoba da budu smatrane ovlaštenim korisnicima likova.

Kao organizirani sustav, *character merchandising* se rodio i inicirao u Sjedinjenim Američkim Državama tridesetih godina prošlog stoljeća u Walt Disney Studios u Burbanku (California). Naime, kada je ova filmska kompanija producirala svoje animirane likove (*cartoon characters*) kao što su Mickey, Minnie, Donald Duck i drugi, jedan njihov djelatnik, Kay Kamen, ustanovio je posebni odjel za popratnu komercijalnu eksploataciju tih likova i, na iznenađenje mnogih, uspio u plasiranju impozantnog broja licenci za proizvodnju i distribuciju trgovačke robe za masovnu potrošnju sa niskom cijenom (poster, T-shirts, igračke, puceta, značke, pića). Naravno, ideja o sekundarnom iskorištavanju reputacije određenih likova postojala je i prije XX. stoljeća, ali razlozi takove uporabe nisu bili isključivo komercijalni. U jugoistočnoj Aziji, primjerice, religiozni lik "Ramajana", kao princ Rama, Vishnu i Sita, bio je stoljećima predstavljan u obliku kipova, lutaka ili igračaka. Kasnije, krajem XIX. stoljeća, neki industrijalci, s namjerom da populariziraju robe koje su proizvodili, odlučili su stvoriti fiktivne likove koji bi bili korišteni na proizvodima, ambalaži ili na dokumentaciji te bi, uz to, bili rabljeni za popratne robe kao dekorativno posuđe, odjeća, satovi, lutke i dr. (npr. u Francuskoj lik Pierrot Gourmand za čuvenu marku lizaljki ili Michelin Man za proizvođača guma). Ova pojava ipak najbrži razvitak imala je tijekom XX. stoljeća, kada su, posebice od 50-tih godina, poznate osobe iz svijeta politike, filma i *show-businesa*, primjerice, koristile svoja imena ili slike na primjercima odjeće (*tie-in advertisig*). Doseg roba i usluga pokrivenih ovom aktivnošću samo u SAD-u obuhvaća najmanje 29 od 42 klase Nicanskog sporazuma o Međunarodnoj klasifikaciji roba i usluga za registraciju žigova¹⁶.

Kod *personality merchandisinga* radi se o recentnijoj formi *merchandisinga* koji involvira uporabu osnovnih obilježja (ime, slika, glas i druge osobne karakteristike) stvarne osobe u svrhu marketinga i/ili oglašavanja proizvoda i usluga.¹⁷ U načelu, stvarna osoba čija se obilježja "komercijaliziraju" je dobro poznata širokom krugu javnosti, to je razlog zbog kojeg se ova vrsta *merchandisinga* ponekad naziva i "*reputation merchandising*". U stvari, s komercijalne točke gledišta, *merchandiseri* vjeruju da glavni razlog da osoba kupi robe široke potrošnje nije proizvod sam nego se ogleda u imenu ili slici slavne osobe (*celebrity*) koji se reproduciraju na proizvodu. Ova kategorija se nadalje može podijeliti u dvije podvrste. Prva podvrsta podrazumijeva korištenje imena, slike (dvodimenzionalne ili trodimenzionalne) ili simbola stvarne osobe. Ova podvrsta odnosi se uglavnom na općepoznate osobe u svijetu filma ili glazbene industrije, ali i osobe povezane s

¹⁶ Sporazum je dostupan kod Čizmić – Zlatović: Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 576.

¹⁷ WIPO: *op.cit.*, str. 102.

drugim područjima aktivnosti također mogu biti uključene (primjerice članovi kraljevskih obitelji i sl.). Kod ovih proizvoda nije sam proizvod od prvenstvene važnosti za kupca, nego je upravo ime ili slika koju taj proizvod "nosi" glavno marketinško i reklamno sredstvo. Druga forma ogleda se kada specijalisti na različitim područjima, kao što su slavne sportske ili glazbene zvijezde, sudjeluju u reklamnim kampanjama u odnosu na određene robe ili usluge. Potencijalnim kupcima u ovim slučajevima upućuje se poruka da osobe koje reprezentiraju proizvode su eksperti na području s kojim je proizvod vezan, pa to dodatno vezuje kupca za taj proizvod u smislu kvalitete i izvrsnosti. Primjerice se to odnosi na reklamiranje tenisica ili teniskih reketa od strane teniskog prvaka, reklamiranje energetskih pića po atletičaru ili reklamiranje glazbenih instrumenata preko pop zvijezde.

Image merchandising je najmlađa vrsta *merchandisinga*. Ona podrazumijeva uporabu fiktivnih filmskih ili televizijskih likova, koje igraju stvarni glumci, u marketinške svrhe ili reklamu roba ili usluga. U ovim slučajevima javnost se često nalazi u problemu da razlikuje glumca kao stvarnu osobu od uloge koju ovaj igra (*character portrayed*).¹⁸ Ponekad se radi o potpunoj asocijaciji i stvarna osoba je poznata po imenu nekog lika. Pojava određenog glumca tako kod većine publike provocira asocijaciju na lik po kojem je u široj javnosti poznat, a ne na njega samoga kao realne individue. Primjerice, glumica Nela Eržišnik poznata je po liku Marice Hrdalo, glumac Martin Sagner po liku Dudeka, glumac Boris Dvornik po liku Roka Prča, odnosno u svjetskoj filmskoj industriji poznati su primjeri Laurela i Hardyja, braće Marx, Tarzana u kreaciji Jonnya Weissmullera, te u svezi s televizijskim serijama lik Colomba kojeg je igrao Peter Folk ili McGyvera kojeg je igrao Richard Dean Anderson.

II. ŽIGOVNOPRAVNA ZAŠTITA LIKOVA

1. Međunarodni izvori

Međunarodni pravni izvori na području prava intelektualnog vlasništva ne sadrže posebne odredbe o *character merchandisingu*, što ne znači da se iz njih ne mogu izvesti određene analogije primjenjive i na ovu kompleksnu pojavu. Isto se odnosi i na europsko pravo intelektualnog vlasništva.¹⁹

Kad je u pitanju međunarodno žigovno pravo²⁰, potrebno je ovom prigodom ukazati na neke odredbe međunarodnih akata odnosno na određene žigovne institute.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Krneta: Evropsko pravo intelektualnog vlasništva, Pravni centar Fond otvoreno društvo BIH, Sarajevo, 1996., str. 55.

²⁰ O međunarodnim izvorima žigovnog prava detaljnije kod Čizmić – Zlatović: Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 47.

Žigovno pravo u objektivnom smislu može se odrediti kao skup pravnih pravila kojima se uređuje problematika pravne zaštite žiga, odnosno pravni odnosi u svezi s priznanjem žiga, njegovih učinaka, promjena na žigu, trajanja i održavanja žiga, prestanka vrijednosti žiga, građanskopravne i kaznenopravne zaštite žiga te drugih općih pitanja u svezi žiga. Žigom se štiti znak koji se može grafički prikazati i koji je prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga jednoga sudionika u gospodarskom prometu od proizvoda ili usluga drugoga sudionika u gospodarskom prometu.

Žigom se mogu štiti znakovi, posebice: riječi, slova, brojke, kratice, grafički prikazi, kombinacije boja i njihovih tonova, trodimenzijski oblici, oblici proizvoda ili njihova pakovanja, pod uvjetom da su razlikovni, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova.

Posebno je bitno ukazati na odredbe Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva WTO-a²¹, naročito na onu iz članka 15. stavak 1. u kojoj se određuje da, između ostaloga, i osobna imena te figurativni elementi mogu uživati zaštitu kao žigovi. Ovim se upućuje i na mogućnost da imena likova te njihove slike odnosno grafički prikazi budu registrirani kao žigovi.

Sličnu odredbu sadrži i jedan od temeljnih dokumenata europskog žigovnog prava - Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, i to u članku 4., gdje se regulira da žig Zajednice može sadržavati i osobno ime.²² Međutim, europska žigovna regulativa ne pruža širu zaštitu *merchandisinga*.

Kvalitetnija zaštita osigurana je u Directive 98/71/EC²³, u kojoj su uređena pravila za harmonizaciju zakona u svezi s industrijskim obličjem (dizajn) u državama članicama Europske unije. Prema ovoj Smjernici ne bi postojali razlozi zbog kojih ne bi bilo moguće registrirati sliku lika iz animiranih filmova. Jasno je da su dvodimenzionalni objekti registrabilni prema navedenoj Smjernici i prema analogiji isto bi se odnosilo i na grafički simbol.²⁴ To je veoma važno za zainteresirane osobe, jer može biti teškoća oko registriranja crtanih likova kao žigova stoga što javnost obično ne vidi u njima oznake izvornosti i podrijetla te su tako sami po sebi nerazlikovni.²⁵ Što više, prednost registriranja crtanih likova kao registriranog dizajna je u tome što pruža zaštitu prijavi dizajna za bilo koji proizvod. Kod žigova, poznato je, mora biti specificiran popis roba ili usluga za koje se traži zaštita.

Nadalje, Nairopski ugovor o zaštiti olimpijskog simbola²⁶ također propisuje posebnu zaštitu glede olimpijskog simbola i određenih riječi (frazu, slogana) u svezi

²¹ Sporazum je objavljen u Čizmić-Zlatović: *op. cit.*, str. 531.

²² Pagenberg J. – Munzinger P.J.A., *Manual on the European Community Trade Mark*, Carl Heymans Verlag KG, Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1996., str. 3.

²³ (1998) O.J. L289/28.

²⁴ Tritton G., *Intellectual Property in Europe*, sec.ed., Sweet & Maxwell, London, 2002., str. 393.

²⁵ Tritton G., *op.cit.*, str. 220. i dalje.

²⁶ Ovaj ugovor prihvaćen je u Nairobiju 26. rujna 1981. godine, te sa stanjem na dan 15. siječnja 2002. godine, ratificiralo ga je 40 zemalja (Alžir, Argentina, Armenija, Barbados, Bjelorusija, Bolivija,

s olimpijskim igrama. Olimpijski simbol se sastoji od pet povezanih krugova (prstenova): plavog, žutog, crnog, zelenog i crvenog koji su poredani tim redom slijeva nadesno. On se sastoji od samih olimpijskih krugova, bez obzira da li su u jednoj ili više boja. Posebno je ovaj ugovor relevantan u tretmanu olimpijskih igara kroz tzv. *event merchandising*, jer se radi o svjetskoj sportskoj manifestaciji sa naglašenim marketinškim nabojem.²⁷

2. Komparativni prikaz

2.1. Općenito o inozemnim rješenjima

Pregledom inozemnih zakonodavstava možemo zaključiti da se suvremena legislativa gotovo aklamativno²⁸ odredila tako da dominira gledište kako nema potrebe formirati posebne pravne grane, odnosno donositi isključive posebne propise koji bi regulirali problematiku *character merchandisinga*.

Ipak, iako postojeći pravni modeli intelektualnog vlasništva zadovoljavaju potrebe prakse, traže se stalno njihove dorade kao odgovori na brojna praktična pitanja. Teže u svezi sa specifičnim zakonskim rješenjima glede *merchandisinga* se u pravnoj teoriji odbacuju, zbog razloga što bi to zasigurno dovelo do konflikata s pravilima drugih različitih prava intelektualnog vlasništva.

Možemo zaključiti da su u većini država na *merchandising* aplikativni sljedeći izvori prava: ugovori, žigovno pravo, autorsko pravo, pravo industrijskog oblička, osobna prava, civilno pravo i pravo nepoštenog tržišnog natjecanja.²⁹

Ovim pitanjima poklanja se sve veća pažnja i u okriljima međunarodnih organizacija na području prava intelektualnog vlasništva. Tako je AIPPI (Association Internationale pour la Protection de la Propriete Industrielle) ovoj temi posvetila XXXVI Kongres održan u Montrealu od 25. do 30.6.1995. godine. U kongresnoj Rezoluciji³⁰ AIPPI je prepoznala ovu praksu, koja se stalno razvija i ima izniman

Brazil, Bugarska, Čile, Kongo, Cipar, Egipat, El Salvador, Ekvatorijalna Gvineja, Etiopija, Grčka, Gvatemala, Indija, Italija, Jamajka, Kenija, Meksiko, Maroko, Oman, Poljska, Katar, Republika Moldavija, Ruska Federacija, San Marino, Senegal, Slovenija, Sri Lanka, Sirijska Arapska Republika, Tadžikistan, Togo, Tunis, Uganda, Ukrajina, Urugvaj, Jugoslavija). Tekst ugovora na hrvatskom jeziku objavljen je u Čizmić J.- Zlatović D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 633.- 636.

²⁷ Zlatović D., Zaštita olimpijskog simbola kao žiga, Informator, god. XLVIII, br. 4856., od 20.9.2000., str. 6.

²⁸ Ipak u Australiji savezni propisi poznaju zaštitu naziva i simbola organizacija, ustanova i događaja nacionalne ili regionalne važnosti, koji se isključuju od korištenja u *merchandising* svrhe od strane neovlaštenih osoba. Nizozemski propisi u svezi s medijima predviđaju zaštitu za producente videoпроизвода u svezi iskorištavanja njihovih autorskih prava u odnosu na druge robe. AIPPI, XXXVI Congres de Montreal 1995, Rapports de synthese, Zurich, 1995., str. 156.

²⁹ Hajn P. – Loeb Z., Character Merchandising in the Czech Republic, Central European Advisory Group, 2002., str. 1- 14.

³⁰ AIPPI, Q129, Legal aspects of merchandizing, Resolution, Yearbook 1995./VII, p. 392-394.

tržišni uspjeh, a koja je obično poznata kao *merchandising*, i uključuje, među ostalim, sljedeće: *character merchandising*, *personality merchandising*, *event merchandising*³¹ i *brand merchandising*.³² Kad je u pitanju žigovna zaštita *merchandisinga*, AIPPI utvrđuje da zakoni koji se odnose na žigove uvijek ne osiguravaju adekvatnu zaštitu elementima korištenim u *merchandisingu*, jer u određenim jurisdikcijama, primjena ovoga prava može izazvati jedan ili više problema:

- da vlasnik takvog elementa mora ukazati da je on direktno uključen u proizvodnju roba ili u pružanju usluga kako bi bio kvalificiran za žigovnu zaštitu;
- da jedan ili više elemenata rabljenih u *merchandising* svrhe ne može biti štićen kao žig, kroz njihovu registraciju ili uporabu, ovisno o nacionalnom zakonodavstvu;
- da uporaba nekog od elemenata od strane vlasnika ili ovlaštene treće osobe za *merchandising* svrhe, odnosno na uresan način, ne predstavlja žigovnu uporabu, tako uzrokujući prestanak vrijednosti ili poništenje registriranog znaka;
- da neovlaštena uporaba elemenata *merchandisinga* od strane treće osobe ne predstavlja žigovnu uporabu, te tako ne predstavlja niti povredu žiga.

Ipak AIPPI zaključuje da se primjenom, tumačenjem i možebitnom doradom zakona koji se odnose na robne i uslužne žigove, može osigurati potpuna zaštita vlasnicima elemenata korištenih u *merchandising* svrhe.³³

2.2. Britansko pravo

Merchandising je danas raširena pojava britanskog načina poslovanja i trgovine.³⁴ U Velikoj Britaniji je stoga veoma teško slavnim osobama kontrolirati korištenje njihovih imena i likova u trgovini. Postojeće pravo intelektualnog vlasništva nedovoljno je za zaštitu i preveniranje nepoštene eksploatacije *goodwill*a slavnih osoba. Osnovno načelo engleskog prava je da nema monopola glede upotrebe imena i *imagea* dobro poznatih osoba i drugih.³⁵

Od kada je Trade Marks Act iz 1994. godine proširio doseg što može biti registrirano kao žig, osobe su započele prijavljivati radi registracije žiga svoja imena,

³¹ Stallard H. (ed.), *Bagehot on Sponsorship, Merchandising and Endorsement*, Sweet & Maxwell, London, 1998., str. 63.

³² O pojmovnoj i pravnoj razlici branda i žiga (trademark) te o *brand merchandisingu* detaljnije kod Isaac B., *Brand Protection Matters*, Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 131.-132.

³³ *Ibid.*

³⁴ Tako u nogometnoj sezoni 1995./96., više od 25 milijuna funti od ukupno 53 milijuna funti godišnjeg budžeta nogometnog kluba Manchester United potjecalo je od *merchandising* i *sponsorship* naknada. Cit. po Abell M. – Elliott A., *Protecting and Exploiting names and Images on Merchandise in the UK*, *Trademark World* br. 124., str. 31.

³⁵ Abell M. – Elliott A., *op.cit.*, str. 30.

karikature i druge grafičko-slikovne prikaze i druge identifikacijske znakove.³⁶ Nedopuštena upotreba ovih žigova može se stopirati tužbom zbog povrede žiga (*infringement action*). Tako i vlasnici fiktivnih likova mogu prijaviti za zaštitu imena i čak i slike tih likova kao žigove.

Primjerice kao žigovi se mogu prijaviti odnosno registrirati ime "Shearer" i "No. 9" sportska majica nogometaša Alana Shearera, karikatura nogometaša Paula Gascoigne, "Cantona 7" kao ime i broj dresa nogometaša Erica Cantone i sl. Posebna pravila se primjenjuju na registraciju i uporabu znakova koji sadrže ili se sastoje od insignija sličnih kraljevskim oznakama, oružju, kruni i zastavi. Ove oznake se u načelu ne mogu štiti kao žigovi.

2.2.1. Posebno o "Elvis case"

Radi uvida u najnoviju britansku judikaturu na ovom području potrebno je iznijeti ukratko osnovne odrednice poznatog recentnog spora kojega je pokrenuo Elvis Presley Enterprises Inc., ovlaštenik Elvis Presleyevih prava na njegovo ime i image, u kojem se je ovaj pokušao zaštititi od londonskog uličnog trgovca Sid Shawa i njegovog poduzeća Elvisly Yours, koji bez ovlaštenja prodaje Elvisove memorabilije.³⁷ Slučaj se vodio i presudio temeljem Trade Marks Acta iz 1938. godine s kasnijim izmjenama te Trade Marks Acta iz 1994. godine. Sudovi su presudili da Sid Shaw može i nadalje prodavati svoje Elvisove memorabilije stoga što kupci nisu bili dovedeni u zabludu slijedeći tamošnje pravno stajalište da je žig oznaka izvornosti odnosno podrijetla i ništa više.³⁸

³⁶ Hart T. – Fazzani L., *Intellectual Property Law*, Palgrave Law Masters, 2000., str. 125.

³⁷ *Elvis Presley Enterprises Inc. v. Sid Shaw Elvisly Yours*, High Court of Justice, Chancery Division, CH 1996 E No 1337 od 4. 3. 1997. i Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division), od 12.3.1999., na www.elvisly-yours.com/judgement.html.

³⁸ Navest ćemo kratak uporedni pregled kao odgovor na pitanje kakva bi se zaštita u sličnom slučaju mogla očekivati u nekim drugim državama. U Australiji su u velikom broju slučajeva osobe uspjele zaustaviti komercijalno korištenje svojih imena ili slika pozivom na the Trade Practices Act iz 1974. I tzv. "the law of passing off". Tako je glumac Paul Hogan stopirao neovlaštenu uporabu svoga lika "Crocodile Dundee" od strane tvrtke Pacific Dunlop, olimpijski plivač Kieren Perkins osujetio je korištenje svoje fotografije u svrhu reklamiranja Telstara. Za razliku od britanske prakse iskazane u slučaju "the Elvis case", australski Trade Marks Act iz 1966. godine bi u načelu omogućavao zaštitu imena i potpisa. Prema čl. 9. francuskog Civil Codea, koji omogućava zaštitu osobne privatnosti, uporaba bi fotografije bez dopuštenja bila povreda te odredbe. Sukladno čl. 22. njemačkog Kunsturhebergesetzsa osoba je ovlaštena na isključivu uporabu svojih slika odnosno fotografija. U Italiji je privatnost priznata kao temeljno pravo, pa u smislu odredbe čl. 98. talijanskog Copyright Lawa iz 1941. godine slika ili image određenog pojedinca ne može biti prikazivana, reproducirana ili prodavana bez dopuštenja. O ugovoru o merchandisingu kao jednom od modaliteta raspolaganja žigom u talijanskoj poslovnoj praksi detaljanije kod Sena G., *Il Nuovo Diritto dei Marchi*, sec.ed., Giuffrè Editore, Milano, 1998., str. 165.-166. te Frignani, *I problemi giuridici del merchandising*, Riv. Dir. Ind., 1988., I, str. 34. Prema US pravu, Sid Shaw ne bi mogao prodavati svoje Elvis memorabilije u domovini The Kinga. Naime, osobna prava uređena su u mnogim državama USA tako da slavne osobe (*celebrities*) mogu kontrolirati uporabu svojih imena i imagea na robama. Primjerice, The California

Prvostupanjski sudac Laddie konstatirao je da po njegovu stajalištu ime "Elvis" nije udovoljilo uvjetima dštinktivnosti nužnim da bi se ispunile pretpostavke registrabilnosti prema čl. 9. i 10. Trade Marks Acta iz 1938. godine. Nadalje, u ovom sporu opet je potvrđeno da je razlikovnost nužna kako bi se određeni znak registrirao kao žig. Ove presude su također odbacile postojanje osobnih prava prema engleskom pravu ili čak i mogućnost formiranja kao prava. Žig je jedino uporabljiv u svrhu razlikovanja vlasnikovih roba do sličnih roba drugih sudionika u tržišnom natjecanju.

Da bi se ispunili uvjeti za zaštitu, mora postojati veza između žiga i njegovog nositelja. Na primjer, poznati modni kreatori Dolce i Gabbana proizvode D&G odjeću i imaju žigovna prava koja im služe da bi spriječili bilo kojeg neskрупuloznog trgovca od prodaje D&G odjeće.³⁹

"The Elvis case" uključuje tri žigovne prijave radi registracije žigova "ELVIS", "ELVIS PRESLEY" i "ELVIS A PRESLEY" (kao potpisa) za proizvode iz klase 3. Ničanske klasifikacije. Na sve tri prijave prigovorio je u opozicijskom postupku Sis Shaw, koji je prodavao suvenire The Kinga Elvisa Presleya pod imenom "ELVISLY YOURS", za koje je postigao žigovnu zaštitu u odnosu na slične proizvode. Prijave su odbijene na temelju utvrđenja da ove marke nisu dovoljno distinktivne. Naime, u presudi se zaključilo da ne postoji copyright na imenu, te da u slučaju da je čak Elvis još živ, ne bi mogao spriječiti svoje obožavatelje da dadu svom sinu, kućnom ljubimcu ili zlatnoj ribici ime "Elvis" ili "Elvis Presley". Nadalje, Elvis Presley nije bio vlasnikom svog izgleda i nije mogao spriječiti fanove da imaju tetovažu u liku Elvisa na grudima ili na automobilu koji slični na onaj glazbenikov, jednostavno jer se radi o njegovom izgledu koji je opisan i ocrtan. U prvostupanjskom sporu sudac Laddie se osvrnuo na presudu iz spora *Browne-Wilkinson v. the Ninja Turtles* i odredio se da ne može prihvatiti tamo navedeni uvjet da javno mišljenje o *merchandising* praksi znači da se uvijek pretpostavlja da proizvodi obilježeni imenom ili slikom slavne osobe ili izmišljenog lika dolaze od posebnog autentičnog izvora (*genuine source*).⁴⁰

Elvis Presley Enterprises izgubio je ovaj spor zbog razloga što po mišljenju suda nije nikad imao neke tržišne veze s vrstom robe koju je prodavao Elvisly Yours. Također, potrošači po pravnom stavu iznesenom u presudama nisu kupovali robu od Elvisly Yours zbog toga što su mislili da ona potječe iz Gracelanda ili da su je službeno odobrili ili licencirali Elvisovi nasljednici. Potrošači su jednostavno željeli

Code 3344 i 990 fokusira zaštitu na neusuglašenu uporabu (*non-consensual use*) imena, glasa, potpisa, fotografija i slike odnosno izgleda na bilo koji način, na ili u proizvodima, robama ili uslugama. Japanski Trademark Law ne dopušta neautoriziranu uporabu individualnih imena ili identiteta kao žigova, ali odvojeno od toga ne predviđa snažniju statutarnu zaštitu osoba. Detaljnije kod Ishida M., *Characters and Merchandising Rights*, Japan Patent Office, 2001., str. 10.

³⁹ Abell M.- Elliott A., *op.cit.*, str. 31.

⁴⁰ Joynson Garrett T., *Character Merchandising – an American Trilogy*, International Centre for Commercial Law, November 1997., na www.icclaw.com/devs/uk/ip/ukip_015.htm.

proizvode s Elvisovim likom i nije ih bilo briga da li se radi o službenim proizvodima ili ne, odnosno indiferentni su prema njihovom izvoru. Neki autori okarakterizirali su ovu presudu kao zvuk mrtvačkog zvonca za *character i personality merchandising* u UK.⁴¹ Kao jedno od rješenja u smislu zaštite prava slavnih osoba ili titulara fiktivnih likova nameće se stavljanje oznake "Official Licensed Goods" (službeno licencirani proizvodi – *op. aut.*) na proizvode, tako da potencijalni kunzumenti mogu nedvojbeno zaključiti da su samo proizvodi obilježeni takvom oznakom autentični proizvodi. Također, sugerira se da se prijave za registraciju žiga podnose neposredno po započinjanju korištenja znaka.⁴²

2.2.2. "Passing off" zaštita

Praksa "*passing off*" uključuje jednog trgovca koji nudi potrošačima utisak da su njegove robe od drugog trgovca koji ima dokazan *goodwill*.⁴³ Ona također postoji kada jedan trgovac pokazuje da su njegove robe iste kvalitete kao one drugog trgovca ili gdje jedan trgovac stvara utisak asocijativnosti sa drugim trgovcem.⁴⁴ Gdje postojeći trgovac ima popularne proizvode ili usluge na dobrom glasu, drugi trgovac se nada postići prednosti *goodwill* koji je vezan za te proizvode ili usluge, i to dovodeći u zabunu kupce u odnosu na robe ili usluge među kojima postoji konfuzija. Prvi trgovac trpi gubitke i pad prodaje kad kupci kupuju robe od trgovca koji prakticira "*passing off*", vjerujući da su ti proizvodi identični (ili iste kvalitete) proizvodima autentičnog trgovca. Kada proizvodi kasnijeg trgovca nisu istih standarda, nastaje daljnje povećanje štete ako potrošači pretpostave da manje vrijedna roba potječe od izvornog trgovca.

Časni trgovci zaštićeni su od takvog djelovanja sa "*the law of passing off*".⁴⁵ Ono predstavlja obveznopravnu odgovornost (*tort*) i predviđa *common law* zaštitu žiga. Ova vrsta tužbe se koristi bilo da se radi o neregistriranom znaku, ili da znak nije moguće štititi. U slučaju registriranih žigova, titular može podnijeti tužbu zbog "*passing off*" isto tako kao i tužbu zbog povrede žiga (*trade mark infringement action*).⁴⁶

Ovakvo određenje odgovornosti radi "*passing off*" omogućava proizvođačima i trgovcima novo pravno sredstvo protiv neslužbene trgovine koja je bazirana na imenu i izgledu slavnih osoba. Ipak, u parksi je veoma teško dokazati jedan od

⁴¹ Hart T. – Fazzani L., *op. cit.*, str. 128.

⁴² Kilgour K., *Elvis in Court: Character Merchandising*, na www.heskethhenry.co.nz/infocentre/articles/elvisincourt.asp.

⁴³ *Goodwill* (njem. *Ansehen einer Firma bei der Kundschaft, Guter Name*), dobar glas, čuvenost, reputacija koju je poduzeće steklo na tržištu, a koje se može vrednovati, odnosno položaj na tržištu koji može dovesti do očekivanog prometa i dobiti u predvidivoj budućnosti. Cit. po Gorenc V. (ur.), *Rječnik trgovčkog prava*, Masmedia, Zagreb, 1997., str. 111.

⁴⁴ Hart T. – Fazzani L., *op. cit.*, str. 109.

⁴⁵ Cornish W.R., *Intellectual Property*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 533.

⁴⁶ Marett P., *Intellectual Property Law*, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 183.

ključnih elemenata neophodnih za uspješno poduzimanje postupka “*passing off*” - konfuzije, odnosno izazivanja zabune u gospodarskom prometu, uključujući mogućnost da javnost misaono dovede u svezu konfrontirane žigove.

Da bi se utvrdilo postojanje “*passing off*”, moraju se ispuniti tri karakteristike:

- titular je stekao reputaciju ili goodwill u predmetnoj trgovini, proizvodima ili žigu;
- štetne robe proizvode krivo, lažno predstavljanje (*misrepresentation*) koje vodi zabuni odnosno obmani u svijesti potrošača;
- titulari su trpjeli štetu.⁴⁷

Kako bismo ukazali na praktičnu primjenu ovog instituta kojeg kontinentalno europsko pravo ne poznaje, navest ćemo nekoliko sudskih rješidbi u karakterističnim sporovima.

Korištenje “*passing off*” kao modaliteta zaštite bilo je priječeno izjavom Wynn-Perryja u sporu *McCulloch v. May* (1947) 2 All ER 845, da je to “zajedničko područje djelovanja” (“*common field of activity*”) u kojem su angažirani obojica - i tužitelj i tuženik. U sporu *Lynstad v. Anabas Product Ltd* (1977) FSR 62, svjetska pop atrakcija švedska grupa ABBA nije uspjela spriječiti neovlaštenu uporabu njihovih fotografija na odjeći, odnosno T-shirt majicama i suvenirima zbog toga što su oni u poslu izdavanja nosača zvuka, pa sve i da su uključeni u marketing glede proizvoda sa njihovim slikama.

Spor *Taverner Rutledge v. Trexapalm Ltd* (1977) RPC 275 uključuje poznatog televizijskog detektiva “Kojaka”, poznatog i po sisanju lizaljki. Tužitelj je proizvodio lizaljke slične u uzorku onima koje je koristio televizijski lik te ih je nazvao “Kojakpops”. One su brzo postigle tržišni ugled preko imena proizvoda, iako nisu još stekli licenciju od televizijske kompanije odgovorne za seriju. Tuženik je započeo proizvodnju sličnih lizaljki nazvanih “Kojak lollies”, pod licencijom dobivenom od vlasnika prava na televizijsku seriju. Tužitelj je podnio tužbu zbog “*passing off*”. Premda se stječe dojam da tuženikova licencija, sa svojim klauzulama u svezi s kontrolom kvalitete proizvoda, ilustrira poslovnu vezu između tuženika i vlasnika prava na ime, u drugu ruku ipak nije utvrđeno postojanje aktualnog ili očekivanog zajedničkog područja djelovanja između tuženika i vlasnika televizijske serije.

Presuda u sporu *Mirage Studios v. Counter-Feat Clothing Co. Ltd* (1991) FSR 145 pokazuje sudsko priznanje da je javnost dobro upoznata s praksom *character merchandisinga*. Tužitelj je stvarlac poznatih “Teenage Mutant Ninja Turtle” likova. Isti također proizvodi i trži crtane filmove, filmove i video izdanja s ovim likovima. Dio djelatnosti tužitelja je i licenciranje reprodukcija likova na robe koju je prodavao stjecatelj licencije. Bez tužiteljevog dopuštenja, tuženik je proizvodio crteže likova humanoidnih kornjača, koji su po izgledu slični tužiteljevim likovima, ali nisu doslovne reprodukcije. Tuženik je licencirao ove crteže proizvođačima odjeće radi reproduciranja na T-shirt i drugu robu. Do izazivanja zabune na tržištu došlo je u

⁴⁷ Abell M. – Elliott A., *op.cit.*, str. 31.

ovom slučaju stoga što bitan broj potrošača očekuje i zna da kada je poznati televizijski ili animirani lik reproduciran na proizvode, da je takva reprodukcija rezultat licencije ustupljene od nositelja autorskih prava ili vlasnika drugih prava na tim likovima. Sve dok javnost asocira robe s kreatorima likova, podcjenjivanje imagea fiksiranjem Turtle slika na manje vrijedne robe ili lošiji materijal može bitno umanjiti vrijednost licencnih prava. Ova odluka je dobro primljena među praktičarima i teoretičarima, kao i među poštenim trgovcima. Kako se radi o novijoj odluci, postavlja se pitanje utječe li ona snagom presedana na slučajeve kakve smo vidjeli u ranijim sporovima glede imena Kojaka i ABBA. Čini nam se da se ipak radi o različitim situacijama, jer se u ranijim sporovima radilo o imenima odnosno nazivima, a ne o crtežima ili slikama.⁴⁸

U sporu *Halliwel & Others v. Panini* iz 1997. godine, svjetski popularna pop grupa "The Spice Girls" nije imala uspjeha u sprječavanju publiciranja kolekcije naljepnica koju je pustio u promet Panini po nazivom "The Fab Five". "The Spice Girls" su nastojale da zaustave treće osobe od eksploatiranja njihova imena i imagea za ekonomske dobitke. Paninijeve naljepnice su u direktnoj utakmici s njihovim službenim naljepnicama i drugim proizvodima u svezi s tim. Grupa je to tvrdila jer da kolekcija naljepnica nije sadržavala izjavu da kolekcija nije službeno autorizirana, te će javnost biti u zabludi vjerujući da se radi o službenoj kolekciji naljepnica. Sud je odbio tužbu zbog "*passing off*" jer nije utvrdio postojanje konfuzije u ovom slučaju. Također je konstatirano da to što su proizvodi službeni ili ne, nema utjecaja na potrošače. Ipak, dok Panini ne označava svoje proizvode kao službene, ne postoji niti "*passing off*" njegovih naljepnica kao službenih proizvoda, pa nema ni kršenja zakona u ovom slučaju.⁴⁹

2.3. Američko pravo

U Sjedinjenim Američkim Državama oko 20% cjelokupnog televizijskog komercijalnog marketinga odnosi se na slavne osobe. Osobna prava priznata su u većini saveznih država, pa slavne osobe mogu nadzirati korištenje svoga imena ili lika na tržištu. Tako je primjerice u Kaliforniji propisano da zaštitu uživa osoba čije se ime, glas, potpis, fotografija ili izgled bez dopuštenja rabi na proizvodima ili uslugama na bilo koji način (The California Code 3344 i 990).

Kako bi se štitila sloboda govora, slavne osobe ne mogu obuzdavati uporabu svoga imena ili imagea putem novina, tiska i drugih formi pisanih medija te na filmu, radiju i televiziji. To znači da slavne osobe mogu kontrolirati *merchandising* i *endorsement*⁵⁰ s njima u svezi, ali ne mogu imati kontrolni utjecaj na medije.

⁴⁸ Hart T. – Fazzani L., *op. cit.*, str. 128.

⁴⁹ Abell M. – Elliott A., *op. cit.*, str. 31.

⁵⁰ *Endorsement* je oblik promocije proizvoda neke kompanije na način osobne preporuke određene osobe koja je dovoljno dobro poznata i uvažena da može djelovati kao uzor kod kupovine na prosječnog kupca. Cit. po Stallard H., *op. cit.*, str. 109.

2.3.1. Kratki vodič kroz američko žigovno pravo

Žigovno pravo u SAD-u uređeno je na federalnoj razini i na razini pojedinih saveznih država. Federalno žigovno pravo čine temeljni propis tzv. Lanham Act iz 1946. godine (15 U.S.C.)⁵¹, Federal Trademark Dilution Act iz 1995. godine⁵² te Trademark Amendments Act of 1999. (relating for dilution of famous marks).⁵³

Prema američkom shvaćanju žigovi se dijele na robne žigove (trademark), pod kojima se podrazumijeva riječ, fraza, simbol ili oblik, ili kombinacija riječi, fraza, simbola i oblika, koji identificiraju i razlikuju podrijetlo robe jedne strane od robe drugih, te na uslužne žigove (service mark), koji su u svom određenju isto što i žigovi, osim što oni identificiraju te razlikuju podrijetlo usluga. Ipak uvriježeno je da pojmovi "trademark" ili "mark" označavaju i pokrivaju termine i robnih i uslužnih žigova.

Registracija žiga nije nužna. Može se ostvariti pravo na žig na temelju zakonite uporabe žiga. Ipak, posjedovanje savezne žigovne registracije kod USPTO-a pruža neke prednosti, primjerice:

- konstruktivnu obznanu javnosti o registrantovu pravu na žig;
- pravnu pretpostavku registrantova vlasništva na žigu i njegovo ekskluzivno pravo na korištenje žiga u odnosu na robe i/ili usluge popisane kod upisa;
- sposobnost pokrenuti optužni postupak vezano za žig pred saveznim sudom;
- uporaba U.S. registracije kao temelja za traženje zaštite u stranim državama; te
- mogućnost prijave U.S. registracije U.S. carinskoj upravi radi sprječavanja uvoza stranih krovotvorenih proizvoda.

Dakle, američko žigovno pravo poznaje dvije mogućnosti prijave žiga, i to u slučaju kada prijavitelj još ne koristi žig odnosno kada je prijavitelj već započeo uporabu žiga prije podnošenja prijave za registraciju.⁵⁴

U prvom slučaju prijava za registraciju žiga će se temeljiti na bona fide namjeri za upotrebu žiga. To je poznato u literaturi kao "ITU application".⁵⁵ Prije nego što USPTO registrira žig koji se temelji na "bona fide" namjeri uporabe žiga u trgovini, vlasnik mora:

- rabiti žig u komercijalne svrhe;
- prijaviti tzv. Allegation of Use.

⁵¹ The Lanham Act, of July 5, 1946., as amended, in Matthew Bender & Co., Inc, Rel.37-4/97, pub. 726., App. 1-11.

⁵² Knudsen K., The Protection of James Bond and Other Fictionaa Characters Under the Federal Trademark Dilution Act, na www.uspto.gov.

⁵³ Dostupan na službenim stranicama USPTO – www.uspto.gov.

⁵⁴ Usp. Rockman: A Head Start For Intellectual Property Attorneys, The John Marshall Law School, ed. Welsh & Katz, Ltd., str. 209.

⁵⁵ Usp. Collman: The Law of Unfair Competition and Trade Marks, 2nd edition, Volume III, Chicago, 1950.

U drugom slučaju prijava se podnosi na bazi upotrebe, a ne namjere za upotrebom žiga. Potrebno je naglasiti da obje vrste prijava moraju sadržavati navod da se žig upotrebljava ili ima namjeru upotrebljavati u trgovini odnosno u pravnom i gospodarskom prometu.

Ovlaštenici obično u američkoj praksi koriste posebne žigovne simbole kako bi naznačili zakonito korištenje žiga. Žigovni simboli **TM** (trademark) i **SM** (service mark) upotrebljavaju se nakon što se postigne pravo na žig, kako bi se upozorilo javnost na svoje pravo, bez obzira da li je podnesena prijava USPTO-u. Ipak, savezni registracijski simbol “®” može se koristiti nakon što USPTO stvarno registrira žig, a ne dok još po prijavi nije odlučeno (pending). Registracijski simboli mogu se koristiti samostalno sa žigom ili s proizvodima i /ili uslugama popisanim u saveznoj žigovnoj registraciji.

The United States Patent and Trademark Office (USPTO) ispituje prijave žiga za saveznu registraciju i ustanovljuje da li prijavitelj udovoljava uvjetima za saveznu registraciju. USPTO ne odlučuje da li prijavitelj ima pravo na uporabu žiga (što je različito u odnosu na pravo na registraciju). Čak i bez registracije, može se još rabiti bilo koji žig prihvaćen da identificira podrijetlo roba i/ili usluga.

Prijava za registraciju žiga mora sadržavati ime prijavitelja, naziv i adresu za korespondenciju, slikovni prikaz žiga (“*the drawing*”), robe ili usluge za koje se štiti, naknadu za prijavu, temelj za upis, uzorak, te potpis prijavitelja.⁵⁶

Zakoni koji uređuju tzv. Trademark Dilution, bilo savezni ili državni, jesu propisi koji štite žigove od povreda reputacije i od gubitka vrijednosti (*tarnishment* – izgubiti sjaj, okaljati, potamnjeti).⁵⁷ Ovi propisi ustanovljavaju prava koja se odnose na povrede žiga (*trademark infringement*), ali drugačije u namjeri, djelovanju, dokazivanju i pravnom postupanju. Trgovina neovlaštenom robom, obilježenom žigovima sličnima onima ustanovljenim u svezi sa *merchandising* imovinom, može biti spriječena sa tzv. *dilution* propisima kada klasični žigovni propisi ne mogu biti primjenjivi. Dilucija⁵⁸ je više slična odgovornosti za smetanje posjeda (*the tort of trespass*) i uređuje pravo žigovnom nositelju u krajnosti, bez potrebe ukazivanja na obmanu ili zamjenjivost, odnosno konfuznost na tržištu.

2.3.2. Zastita grafičkih likova

Drugi način kako zaštititi grafičke likove, čak kad je lik zaštićen autorskim pravom⁵⁹, ogleda se u zaštiti sukladno žigovnom pravu i pravu suzbijanja nepoštenog tržišnog natjecanja (*unfair competition law*).

⁵⁶ USPTO Guides “Basic Facts about Trademarks”, na www.uspto.gov/main/trademark.htm.

⁵⁷ Supnik P.D., Trademark Dilution and a New Merchandising Right, American Bar Association’s Forum Committee on the Entertainment and Sport Industries, 1985., str. 1., na www.supnik.com/mer.htm.

⁵⁸ I kod ovog pojma zadržat ćemo se na engleskom izrazu bez prijevoda na hrvatski jezik, jer se direktnim prevodenjem može izgubiti smisao izvornog pojma koji nema adekvatan izraz u našem zakonodavstvu. Često se ovaj pojam prevodi kao “razvodnjavanje (razrjeđivanje, slabljenje) žiga”.

⁵⁹ Jasno ovdje sukladno američkom poimanju *copyrighta* – *op.aut.*

Federalni, državni i *common law* zaštitni propisi štitić će likove od njihove neovlaštene uporabe od strane trećih osoba kada lik funkcionira kao identifikacijska forma i kreira javno prihvaćanje i priznanje. Ovakva zaštita može spriječiti doslovne kopije lika ili oponašanje tog lika koje za posljedicu ima stvaranje zabune u gospodarskom prometu odnosno u konzumerskoj javnosti.

Mnogi komentatori tamošnje prakse mišljenja su da žigovna zaštita za likove je slabija u odnosu na onu zaštitu koju pruža *copyright*, ali u stvarnosti žigovna zaštita može biti snažnija stoga što osigurava titularu žiga trajan monopol u svezi s korištenjem lika zaštićenog žigom.⁶⁰ Trajan monopol može postojati zbog toga što trajanje zaštite može biti neodređeno, bez roka, ako je uporaba lika ispravno zaštićena te održavana. To je drugačije od zaštite prema Copyright Actu⁶¹, koja traje određeno vrijeme (ako je vlasnik i stvaralac lika individualan trajanje *copyright* zaštite se proteže na autorov život plus dodatnih pedeset godina, odnosno ako je lik kreiran kao "*work made for hire*" zaštita traje sedamdesetpet godina).

Žigovno pravo neće dopustiti da grafički lik bude sam za sebe zaštićen kao žig, usprkos tome, ono dopušta da ime lika i njegov izgled budu zaštićeni kao žig kada je funkcija tog žiga da označi porijeklo proizvoda ili usluga obilježenih tim žigom.

Žigovi u SAD-u predstavljaju brojne funkcije koje su važne za javnost, što uključuje:

- 1) identificiranje proizvoda titulara žiga radi razlikovanja njegovih proizvoda od proizvoda druge strane;
- 2) označavanje da svi proizvodi ili usluge označeni tim žigom potječu iz istog izvora;
- 3) označavanje da svi proizvodi ili usluge obilježeni tim žigom imaju određenu razinu kvalitete;
- 4) služenje u vidu primarnog reklamnog i marketinškog sredstva prodaje proizvoda odnosno usluga označenih tim žigom.⁶²

Kao što se može očekivati postoje istodobno brojne prednosti i nedostaci glede zaštite grafičkih likova kao žigova, ali ipak prednosti pretežu nad nedostacima. Kao pozitivna refleksija, u svrhu izabira žigovne zaštite, lik ne mora imati značajke originalnosti, što je nužno prema *copyrightu*. Također, u svrhu dokazivanja povrede žiga titular žiga ne mora dokazivati da je štetnik imao pristup liku kao kod *copyrighta*, nego samo mora dokazati da je žig koristila osoba koja nije titular žiga, i to bez dopuštenja stvarnog titulara. Konačno, dugotrajnost zaštite, posebno kod uspješnih i visoko marketabilnih grafičkih likova, kao što su mnogi likovi Disneya i Warner Brothers, izuzetno je vrijedna i profitabilna značajka koja osigurava titularu

⁶⁰ Rich L.L., *Protection of Graphic Characters*, The Publishing Law Center, 1998., str. 4. i 5.

⁶¹ O američkom autorskom pravu i zaštiti likova prema tom pravu detaljnije kod Zlatović D., *Autorskoppravna zaštita fiktivnih likva*, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko pravo, Zagreb, vol. 2, 2001., str. 142.- 151.

⁶² Rich L.L., *op. cit.*, str. 5.

postojanost uporabe, financijsku sigurnost i mogućnost daljnjeg ulaganja, uključujući kvalitetan nadzor nad eventualnim neovlaštenim zahvatima u njihov portfolio intelektualnog vlasništva. To je izuzetno bitno ako su likovi ekstenzivno korišteni ili licencirani za uporabu u mnogostrukim medijskim formatima i *merchandising* programima za puno različitih kategorija proizvoda i/ili usluga. Zbog razloga teritorijalnosti zaštite žiga, jer žigovna zaštita je teritorijalno limitirana, žig je nužno registrirati i u drugim državama izvan SAD-a kako bi se osigurao maksimalan moguć stupanj zaštite.⁶³ Nadalje, svaka promjena u izgledu grafičkog lika može uništiti izvornu žigovnu zaštitu i stoga će tražiti dopunsku registraciju žiga kako bi se osiguralo da trenutni suvremeni izgled grafičkog lika uživa zaštitu.

Mnogi američki sudovi prepoznali su potrebu žigovne zaštite za grafičke likove i utvrđuju odgovornost za povredu žiga istodobno prema žigovnom pravu i pravu nelojalne utakmice. U starijem sporu⁶⁴ animirani likovi Mutt i Jeff bili su štićeni od strane suda prema žigovnom pravu i pravu nelojalne utakmice, te je u pravorijeku konstatirano da je Star Company odgovoran za neovlašteno korištenje navedenih likova.

Neovisno na određenu svrhovitost tužbe u ovim sporovima, kritičnu točku kod dokazivanja povrede žiga čini dokazivanje tzv. "pojavnosti zabune" ("*likelihood of confusion*"), odnosno da li su potrošači dovedeni u zabunu ili su obmanuti u svezi s porijeklom proizvoda ili usluga označenih naznakama lika zaštićenog žigom. Primjerice, ako ABC Company izda svoj vlastiti strip koji koristi imena i pojave animiranih Diseyevih ili Warner Brothersovih likova, jesu li potrošači u zabuni vjerujući da su Disney ili Warner Brothers publicirali taj strip? Pravni standard "pojavnosti zabune" ne zahtijeva da kupci stvarno kupe strip koji predstavlja povredu žiga, nego samo i upravo to da oni vjeruju da je taj strip sponzoriran ili odobren od strane Disneya ili Warner Brothersa.

U tamošnjoj judikaturi mogu se naći i sudski slučajevi gdje su sudovi zaštitili likove u skladu sa žigovnim pravom i pravom nelojalne utakmice, a da nisu tražili dokazivanje prijave odnosno obmane kupac. Na taj način su u prvi plan stavili potrebu da se zaštiti titularov *goodwill* i njegova mogućnost kontrole, održavanja odnosno povećavanja reputacije svojih likova i proizvoda. Ipak to ne znači, ma kako titulari žiga mislili drugačije, da je utuživa svaka neovlaštena uporaba lika od strane osobe koja nije vlasnik lika.⁶⁵

⁶³ Koliko se američke kompanije drže ovog načela razvidno je i letimičnim pregledom hrvatskog žigovnog registra kod Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo. Vidimo da su i za područje Republike Hrvatske zaštićeni kao žigovi poznati likovi iz animiranih filmova (*cartoons*) vlasnika Time Warner Entertainment Company, L.P., NY US: Road Runner (Ž960605), Tasmanian devil (Ž960603), Bugs Bunny (Ž960606), Tweety (Ž960607); odnosno čuveni likovi iz stripova DC Comics-a: Superman (Ž950846), Wonder Woman (Ž950847), The Penguin (Ž950850), te Batman (Ž950849).

⁶⁴ *Fisher v. Star Co.*, 231 N.Y. 414, 132 N.E. 133, cert. denied, 257 U.S. 654 (1921).

⁶⁵ Rich L.L., *op.cit.*, str. 7.

U posljednjih dvadesetak godina titulari likova bili su uspješni u širenju zaštite za svoje sve više i više vrijedne imovine. Počevši sa serijom slučajeva u ranije restriktivnom sudištu tzv. Ninth Circuit (koji uključuje i Kaliforniju), oni su započeli novu suradnju sa sudovima koji su se uključili u zaštitu likova radi zaštite grafičkih likova. Ovi sudovi proširili su doseg *copyright* zaštite usvajajući u cijelosti “vidi i osjeti” (“*look and feel*”) pristup doktrine žigovnog prava te prilagođavajući to analizi povrede *copyrighta*. Nastavno, popularnost likova, konačno implicitno, počinje biti posrednik u analizi supstancijalne sličnosti kod *copyright* povrede na način da svijest o liku reducira razinu sličnosti potrebnu radi dokazivanja povrede *copyrighta*. U sporu *Walt Disney Productions v. Air Pirates*⁶⁶ sud je našao postojanje povrede žigovnog prava i *copyrighta* jer su Disneyevi likovi, koje je upotrebljavao tuženik, postigli visok stupanj prepoznavanja i identificiranja te su ti elementi pomogli kod zaštite likova prema pravu *copyrighta*. Nadalje, sud se pouzdao u subjektivne kriterije, koji su jednostavniji za analizu sekundarnog značenja često primjenjivanu u slučajevima povreda žigova, radije nego u mnogo egzaktnije kritične preglede sličnosti likova.

Slavni likovi su više nego samo dio priče, neki od njih “žive” svoj vlastiti život. Neki od njih postali su pravi nacionalni simboli (“*classic pieces of Americana*”). Likovi stoga u SAD-u uživaju najvišu razinu zaštite intelektualnog vlasništva, kroz kombinaciju *copyrighta* i žigovnog prava. Ali, u moru elektroničke trgovine gdje pirati ponekad umaknu zaštiti, širenje *copyright* zaštite nije jedini odgovor. Mnogo efektivnije rješenje nailazimo u Federal Trademark Dilution Actu. Ovaj zakon širi već postojeću žigovnu zaštitu na elitne kategorije žigova koji zaslužuju posebnu zaštitu. Njihov status kao nacionalnih obilježja podržava primjenu ove doktrine na slavne likove i dodatno snaži ograničena vlasnička prava što ih ova doktrina daje.⁶⁷

2.3.3. *Zaštita fiktivnih likova*

Fiktivni likvi, slično grafičkim likovima, u američkoj pravnoj praksi ne mogu postići žigovnu zaštitu za svoju vlastitu zaštitu, ali mogu samo biti zaštićeni kada žig pokazuje određeno porijeklo roba ili usluga. Ipak, za razliku od grafičkih likova, sudovi nisu u cijelosti prihvatili žigovnu zaštitu za fiktivne likove.⁶⁸

Takav stav može biti manje primjeren sudovima nespremim da iskoriste žigovno pravo radi zaštite fiktivnih likova, dok je iznimno neuobičajan za lik koji nikad prethodno nije bio ocrtan grafički radi upotrebe u komercijalne svrhe.

Ime fiktivnog lika može biti zaštićeno kao žig ako se to ime upotrijebilo kao naslov knjige, filma ili serije i tako označavalo određeni izvor proizvoda ili usluge s

⁶⁶ Helfand M.T., *When Mickey Mouse Is as Strong as Superman: The Convergence of Intellectual Property Laws to Protect Fictional Literary and Pictorial Characters*, 44 *Stanford L. Rev.* 623 (1992).

⁶⁷ Supnik P.D., *op.cit.*, str. 2.; Solomon N., *What a Character! Protecting and exploiting rights in characters*, The Author, AKME, spring 2001., str. 1.

⁶⁸ Rich L.L., *Protection of Fictional Characters*, The Publishing Law Center, 1998., str. 5.

područja zabave (*entertainment*). Žigovna zaštita može biti također primjenjiva za jedinstvene verbalne fraze određenog lika.⁶⁹ Stoga, dok svekolik spektar žigovne zaštite može biti moguć za izuzetno uspješne grafičke likove, kod fiktivnih likova u većini slučajeva žigovna zaštita u SAD-u nije široko primjenjiva. Nadalje, žigovna zaštita može biti priječena u onim slučajevima gdje se problem vezuje za odnos žiga prema samom izvoru, primjerice industriji zabave, gdje se lik može dovoditi u vezu s autorom, glumcem, filmskim producentom, sponzorom ili sa samim likom. Ako je izvor djeljiv, tada žigovna zaštita u SAD-u nije podesna.⁷⁰

2.3.4. Posebno o "Barbie Case"

Navest ćemo jedan recentni karakteristični slučaj iz američke sudske prakse koji ukazuje na suvremena stajališta tamošnje judikature glede žigovne zaštite *merchandisinga*. Proizvođači lutkica s poznatim likom Barbie izgubili su nedavno suptilnu žigovnu bitku vođenu protiv diskografskih kompanija koje su producirale svjetski glazbeni hit iz 1997. godine – pjesmu "Barbie Girl".⁷¹

Naime, The 9th U.S. Circuit Court of Appeals utvrdio je svojom presudom od 24. srpnja 2002. godine da navedena pjesma ne vrijeđa (*infringement*) niti "razvodnjava" (*dilution*) žig BARBIE. Sud se u svom pravotijeku poziva na načela Prvog amandamana.⁷²

Obrazlažući i komentirajući spor, inače praćen kontinuiranom svadljivošću obiju strana, posebice u vidu njihovih "bodljikavih" medijskih izjava, sudac Alex Kozinski zaključio je s upozorenjem: "Stranke se savjetuju da se ohlade (The parties are advised to chill)".

The 9th Circuit je time potvrdio presudu District Court for the Central District of California od 5. prosinca 2000. godine, koja je donesena u prilog MCA Records i drugih tuženika. Sud je utvrdio da nije došlo u spornom slučaju do povrede Mattelovog žiga BARBIE po federalnom Lanham Actu, odnosno da također tužene kompanije nisu "razvodnile" isti žig kršeći The Trademark Dilution Act.

Ipak, sud je presudio u korist Matella u odnosu na tužbu koju je MCA podnijela zbog klevete, a kojom je tužila Mattelovog glasnogovornika radi rabljenja termina "pljačkaši", "zločin", "lopovi" radi opisa akcija MCA oko produkcije sporne pjesme.

Prijepor je započet 1997. godine kada je MCA distribuirala pjesmu danske pop grupe "Aqua". Pjesma je obilježena s Barbie i njenim suigračem Kenom, i uključivala je stihove poput "I'm a blonde bimbo girl" i "Kiss me here, touch me there, hanky-panky". Kao što je sud podvukao "na Mattelovo zaprepaštenje, pjesma je ušla na glazbenu hit listu Top 40".

⁶⁹ Npr. poklik Lone Ranger – "Hi-yo Silver Away".

⁷⁰ Rich L.L., *op.cit.*, str. 5.

⁷¹ Horrigan D., MCA Records Wins Barbie Battle, The National Law Journal, 08.06.2002., objavljeno na www.law.com/jsp/article.

⁷² Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc., No.98-56577, D.C. No. CV-97-06791-WMB.

Poznata tvrtka za proizvodnju igračaka tužila je MCA i druge kompanije uključene u distribuciju pjesme (britansku Universal Music International, Ltd., dansku Universal Music A/S, švedsku MCA Music Scandinavia AB, američku Universal Music & Video Distribution, Inc. i dr.), i to u SAD-u pred District Court for the Central District of California. Mattel je tvrdio da je pjesma stvorila zabunu kod potrošača, prema standardu za postojanje djela povrede žiga prema The Lanham Act, 15 U.S.C. 1125 et. seq. U nastavku, Mattel je naveo da je pjesma povrijedila The Federal Trademark Dilution Act, 15 U.S.C. 1125(c) stoga što je “razvodnila (oslabila – *dilute*)” žig BARBIE na dva načina:

- smanjujući njegovu žigovnu snagu za identifikaciju Mattelove lutke;
- ocrnjujući image lutke i njeno dobro ime, a tako i žig, sa stihovima neprimjerenim mladim djevojčicama i djevojkama, koje čine pretežito tržište ove lutke.

Kod odbijanja Mattelovih argumenata glede povrede žiga, the 9th Circuit se pozvao na stajalište 2nd Circuit u sporu koji se odnosio na film Federica Fellinia “Ginger and Fred”. Glumica i plesačica Ginger Rogers tužila je producente filma tvrdeći da njegov naslov stvara pogrešan utisak da je ona povezana s tim filmom. Sud je presudi protiv Ginger Rogers, držeći da naslov nije povrijedio The Lanham Act, osim ako je u kakvoj umjetničkoj vezi s temeljnim djelom ili je doslovna obmana u odnosu na izvor.⁷³

Slijedeći navedeni slučaj, the 9th Circuit drži da je upotreba lika Barbie u naslovu pjesme u svezi s temeljnim djelom. Sud je također utvrdio da naslov pjesme nije doslovna obmana u odnosu na izvorno djelo.

U odnosu na Mattelov argument glede “razvodnjavanja” žiga sud priznaje da je korištenje žiga od strane MCA dilutivno. Ipak, sud podcrtava da postoje tri iznimke od zaštite protiv “razvodnjavanja” žiga:

- razmjerno oglašavanje,
- novinsko izvještavanje, te
- kritička i nekomercijalna upotreba.

Sud je utvrdio da u ovom slučaju naslov “Barbie Girl” potpada pod iznimku nekomercijalne upotrebe. Iako sud konstatira da MCA koristi ime Barbie radi prodaje kopija pjesme, ipak zauzima stajalište da ovo korištenje nije komercijalno stoga što je pjesma socijalni komentar Barbie imagea i kulturnih vrijednosti koje ona reprezentira. Nadalje, sud drži da “Barbie Girl” potpada pod ustavne zaštitne izuzetke u odnosu na zakonska rješenja.⁷⁴ Sudac Kozinski, presuđujući da je pjesma zaštićena pravom na slobodu govora jer se radi o parodiji i društvenom komentaru, u obrazloženju je naveo: “S Barbie Mattel je stvorio ne samo igračku nego i kulturnu ikonu, a sa slavom često dolazi i neželjena pažnja”. Inače, u 2001. godini Mattel je

⁷³ Rogers v. Grimaldi, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

⁷⁴ Parodije i satire originalnih djela izuzete su i ne smatraju se povredama temeljnih djela. Horrigan: op. cit., str. 3.

izgubio i parnicu kada je tužio američkog fotografa Toma Forsythea koji je fotografirao lutku u seksualnim pozama. Ove su nam presude nužne da bi se stekao dojam o recentnim pravnim stajalištima američke judikature na ovom području, iako se ne možemo oteti dojmu da bi mogao biti moguć i drugačiji pravorijek da su tako tretirani neki klasični američki žigovi koji su gotovo desegli razinu nacionalnog obilježja.

2.4. Njemačko pravo

2.4.1. Problemi vezani uz mogućnosti zaštite *merchandising*-objekata kao žigova prema starom pravnom režimu

Da bi se razjasnile mnogobrojne promjene njemačkog Zakona o žigu⁷⁵ s obzirom na mogućnosti zaštite *merchandising*-objekata od nedopuštenog korištenja, na početku je potrebno napraviti kratak osvrt na stari pravni položaj.

U malobrojnoj literaturi⁷⁶ u kojoj se govori o *merchandisingu*, često se je postavljalo sljedeće pitanje: U kojoj bi mjeri žigovno pravo moglo predstavljati najprikladniju mogućnost zaštite *merchandising* objekata? Neka su istraživanja pokazala da su pravne osnove koje bi spriječile bespravno korištenje *merchandising* objekata, tj. bespravnu dodjelu licence, poprilično ograničene. Razloge za to valjalo je potražiti u tadašnjem Zakonu o zaštitnim znakovima⁷⁷ u kojem su, u puno većoj mjeri nego u današnjem zakonu, bili sadržani ne samo preduvjeti za zaštitu, već i mnogo konkretnije uredbe što se tiče opsega zaštite. Današnji zakon međutim sadrži opširne mogućnosti zaštite objekata u svrhu njihova plasiranja i procjene na tržištu putem *merchandisinga*.

a) Zahtjevi s obzirom na trgovinsko poslovanje

Zahtjevi trgovinskog poslovanja predstavljaju odlučujuću zapreku za određenu vrstu robe.

Prema paragrafu 1. Zakona o zaštitnim znakovima, neko trgovinsko poduzeće moglo je prijaviti samo jedan zaštitni znak po kojem bi se njegova roba razlikovala od one ostalih proizvođača.

Jedna filmska kompanija najčešće ne posjeduje pogon za proizvodnju, npr. majica, lutaka i sl.; modni kreator u svom radnom prostoru sigurno ne proizvodi mirise ili naočale, a neka televizijska kuća ne bavi se usput i proizvodnjom piva. Licenca se je dakle mogla dobiti samo za vlastitu robu i usluge, a nikako za iskorištavanje mnogobrojnih proizvoda putem *merchandisinga*. Poznati sportaši i

⁷⁵ Markengesetz (MarkenG), od 25. 10. 1994., BGB.I.I S. 3082.

⁷⁶ Schertz C., *Merchandising – Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis*, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1997., str. 70.

⁷⁷ Warenzeichengesetz (WZG), od 30.5.1874. s kasnijim izmjenama iz 1936., 1949., 1967., 1979., 1990. i 1992.

umjetnici koji nisu posjedovali vlastito poduzeće za proizvodnju ili trgovinsko poslovanje, nisu mogli koristiti svoje ime kao zaštitni znak.

Ovaj pravni položaj promijenjen je 25.10.1994. uvođenjem Zakona o žigu. Prema novom zakonskom rješenju, proizvod može biti zaštićen bez obzira na to postoji li ili ne poduzeće za proizvodnju i trgovinsko poslovanje. Već je u paragrafu 47. Zakona o izmjenama Zakona o zaštitnim znakovima od 23.4.1992. godine postojala odredba za *merchandising*-poslovanje koje se moglo ostvarivati samo putem pripadajućeg poduzeća. Pri "dodjeli licence" time nisu bila ograničena bilo kakva prava, nego su prestali vrijediti zahtjevi koji se odnose na zaštitu znakova.

Današnjim je zakonom izrazito predviđeno prenošenje prava, tj. licence za neki proizvod, bez ikakve ovisnosti o nekom poduzeću za proizvodnju ili trgovinsko poslovanje.⁷⁸

b) Zahtjevi s obzirom na istovrsnost robe

Zahtjevi s obzirom na istovrsnost robe predstavljaju sljedeći razlog zbog kojeg pravo na zaštitni znak nije trebalo smatrati prikladnim sredstvom za zaštitu *merchandising*-objekata.

O istovrsnosti robe se može govoriti u onom slučaju ako različite robe imaju puno uskih dodirnih točaka što se tiče njihovih gospodarstvenih značenja i primjene, te njihovih svojstava s obzirom na mjesta gdje se roba proizvodi i prodaje, tako da se može donijeti zaključak da i jedna i druga roba potječe iz istog proizvodnog pogona.⁷⁹

Budući da poduzeća koja dodjeljuju *merchandising* licence najčešće sama proizvode robu ili pružaju različite usluge kao potencijalni primatelji licence, opisani opseg zaštite zaštitnog znaka robe nije bio baš previše upotrebljiv za *merchandising* aktivnosti. U slučaju nedostatnog opsega zaštite neki se modni kreatori za korištenje svog imena za parfem proizveden od nekog proizvođača mirisa nisu mogli pozvati na zaštitno obilježje robe koje predstavlja pravnu osnovu.

Zakon o žigu ponovno je definirao područje takvog proizvoda, upotrijebivši pritom pojam "sličnosti" robe (paragraf 14, dio 2). Na osnovi cjelokupnog razmatranja identiteta ili sličnosti dotične robe može se utvrditi postoji li opasnost od zamjene (oponašanja, brkanja). Što je ta opasnost veća, to je potreban veći opseg zaštite. Za poznate je proizvode opseg zaštite još veći, čak i u slučaju korištenja robe koja nije slična robi koja uživa zaštitu (paragraf 14, dio 2, Zakon o žigu).⁸⁰

Iz ovakve odredbe s izričito definiranim ciljem zaštite proizvoda sa žigom od nanošenja štete ili od procjene njegove vrijednosti proizlazi isti zaključak kao i iz obrazloženja Zakona o izmjeni Zakona o zaštitnim znakovima: U Zakonu o žigu uzeto je odstojanje od zaštite prvobitnih funkcija žiga, a Zakon je dopunjen čitavim nizom drugih funkcija koje se prije svega odnose na kvalitetu i promidžbu proizvoda.

⁷⁸ Schertz C., op.cit., str. 70.

⁷⁹ Baumbach A. – Hefermehl W., Wettbewerbsrecht, Kommentar, 18. Aufl., Muenchen, 1995., par. 5, Rn. 99.

⁸⁰ Berlit W., Das neue Markenrecht, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1999., str. 73.

U Zakonu o žigu nema više mjesta za pojam istovrsnosti koji je vrijedio u starim pravnim uredbama o zaštitnim znakovima i koji je onemogućavao zaštitu *merchandising* objekata.

c) Umjereno korištenje obilježja

Kod zaštite obilježja *merchandising* objekata naposljetku je bilo uvedeno umjereno korištenje znakova koje je moralo postojati zbog potvrde eventualne povrede, tj. oštećivanja znakova.⁸¹

Umjereno korištenje znakova postojalo je onda ukoliko je u poslovanju neka tekstualna ili slikovna oznaka koja označuje neku robu bila korištena na taj način da je nepristran prosječni promatrač u prolazu pretpostavio ili mogao pretpostaviti da znak služi za raspoznavanje robe označene tim obilježjem.

Kod većine *merchandising* slučajeva ipak se ne radi o umjerenom korištenju zaštitnih znakova. Znak Coca-Cole na kišobranima, majicama ili torbama ne služi za raspoznavanje proizvoda, već ima samo ukrasnu funkciju.

Prema paragrafu 14. stavak 2. Zakona o žigu, u poslovanju je u slučaju postojanja daljnjih preduvjeta zabranjeno svako korištenje kolidirajućeg obilježja.⁸²

Sve navedeno s jedne strane proizlazi iz jasnog teksta u paragrafu 14. stavak 2. i 3. Zakona o žigu, a s druge strane od odstupanja od jedine funkcije vezane uz porijeklo proizvoda sa markom. Budući da je sada i promidžbena funkcija proizvoda stavljena pod zaštitu Zakona o žigu, zabrane obuhvaćaju ne samo umjereno korištenje obilježja, već i bilo kakvu uporabu istog u bilo kojem vidu poslovanja.

Spomenutim novim odredbama Zakona o žigu nestale su mnoge zapreke zbog kojih se pravo na označavanje proizvoda činilo neprikladnom pravnom osnovom za dodjelu licence *merchandising* objektima.⁸³ U daljnjem tekstu bit će riječi o tome u kojoj se mjeri pojedine *merchandising* licence oslanjaju na pravo na obilježavanje proizvoda.

2.4.2. Nove odredbe njemačkog Zakona o žigu

Zakon o žigu obuhvaća one žigove čija zaštita nastaje upisom u registar Patentnog ureda ili, kako je navedeno u paragrafu 25. Zakona o zaštitnim znakovima, zbog važnosti prodaje te marke. Vlasnici žiga mogu biti fizičke ili pravne osobe te društva (tvrtke) s osobnim imenom u naslovu ukoliko su sposobne steći prava i preuzeti obveze vezane uz to.

Nakon što žig bude zaštićen unošenjem u gore spomenuti registar ili zbog važnosti i kvantitete njegove prodaje, vlasnik tog žiga dobiva isključivo pravo na zaštitu žiga.⁸⁴

⁸¹ Magold H. A., *Personenmerchandising*, Frankfurt am Main, 1994., str. 580.

⁸² Giefers H.-W., *Markenschutz*, 4. Aufl., Haufe Verlag, Freiburg i. Br., 1995., str. 183.

⁸³ Schertz C., op. cit., str. 73.

⁸⁴ Schertz C., op. cit., str. 74.

Tada je nekoj drugoj osobi zabranjeno korištenje identične oznake za označavanje svoje robe ili usluge. Već je i sama sličnost robe dovoljna da dođe do zabune, tj. zamjene – u to se ubraja i misaono dovođenje u vezu dviju ili više oznaka. Kod poznatih žigova može doći do korištenja identične ili slične oznake čak i kod robe koja nije slična onoj s tim žigom ukoliko se raspoznavanje ili procjena vrijednosti poznate marke iskorištava ili omalovažava bez opravdanog razloga i bez objašnjenja. U daljnjem tekstu bit će riječi o preduvjetima i opsegu zaštite žiga (marke).

2.4.3. *Preduvjeti zaštite*

a) Merchandising objekti kao žigovi

Prema paragrafu 3. Zakona o žigovima, zaštićeni mogu biti svi znakovi: osobna imena, slike, slova, brojevi, zvučna obilježja, trodimenzionalni likovi uključujući i oblik robe, njenu ambalažu te ostalo, kao npr. pojedine boje ili kombinacije boja. Da bi se neki znak mogao nazvati žigom, mora ispunjavati neke preduvjete s obzirom na samostalnost i jedinstvenost svog obilježja.

Znak se smatra samostalnim ukoliko se razlikuje od suštine robe.⁸⁵ Niti novi Zakon o žigu nije uveo nikakve promjene koje bi se ticale samostalnosti obilježja. Prema tome, oni oblici i konstrukcije koji isključivo proizlaze iz oblika robe, tj. koji svoju vrijednost dobivaju zbog estetskog sadržaja ili suštine same robe, ne mogu biti zaštićeni kao marka. Znak mora biti takav da ima svoju samostalnost, ali da istovremeno predstavlja sastavni dio robe. Materijalna povezanost znaka s robom nije isključena, nešto kao vodeni žigovi, pruge ili crte u boji, ili obilježja utkana u tekstilne proizvode. Pritom je najvažnije da se obilježje pojavljuje kao samostalna komponenta neovisna o robi. Da bi obilježje bilo jedinstveno, mora sadržavati smislene karakteristike, te predstavljati sustav koji je sam za sebe zatvoren.⁸⁶

U kojoj mjeri *merchandising* objekt ima samostalnost i jedinstvenost, a time i sposobnost da bude označen kao žig, ovisi isključivo o tome u kojem obliku se taj objekt koristi na tržištu i koliko je povezan s robom.

Kod prvobitnih oblika primjene u okviru primarnog korištenja kod mnogih bi se *merchandising* objekata moglo krenuti od samostalnosti bitnog obilježja istih objekata. Tako se npr. logo neke ustanove ili organizacije, imena modnog kreatora ili nazivi filmova u pravilu smatraju samostalnim, bez obzira na njihov odnos s određenom robom ili uslugom.

Kod sekundarnog korištenja mogu se donijeti sljedeći općeniti zaključci, neovisno o tome o kakvom se *merchandising* objektu radi: Ako *merchandising* objekt, dakle realna osoba, izmišljeni lik, neki logo, naziv i sl. predstavlja neposredan objekt uživanja, što je dovoljan razlog da se odlučimo za njegovu kupnju, tada se može reći da taj objekt u sebi sadrži bit robe, te ne predstavlja nešto što se od

⁸⁵ Busse R. – Stark J., *Warenzeichengesetz*, 6. Aufl., Berlin – New York, 1990., par. 1 Rn. 33.

⁸⁶ Schertz C., op.cit., str. 75.

robe razlikuje. Ako se realni ili izmišljeni likovi proizvode u obliku lutaka ili igračaka, ili ako se slike, imena, nazivi i sl. koriste za proizvode koji nemaju vlastitih karakteristika, u svrhu povećanja atraktivnosti tih proizvoda (npr. fotografije, poster, naljepnice...), tada *merchandising* objekti ne predstavljaju nešto samostalno u odnosu na robu, nego samu robu. Neka fotografija ili naljepnica koja nije oslikana na prvi pogled nema nikakvog smisla. Kod ovakvog korištenja *merchandising* objekt predstavlja bit robe, tj. svoju pravu vrijednost prenosi na samu robu.⁸⁷

Kod gore spomenutih proizvoda *merchandising* objekti nemaju tu sposobnost koja bi im omogućila da budu okarakterizirani kao žigovi, a sve zbog nedostatka njihovih samostalnih karakteristika. Neovisno o tome postavlja se pitanje može li se neki žig koji zbog svojih samostalnih karakteristika uživa zaštitu sačuvati od mogućeg korištenja na naljepnicama ili u obliku lutaka.

U slučajevima kada se za imenovanje, tj. označavanje robe, koriste imena ili crteži neke poznate ličnosti ili izmišljenog lika, ne postoji razlog za zabrinutost. Za razliku od prvog slučaja, *merchandising* objekt se ovdje pojavljuje kao samostalna komponenta uz proizvod koji predstavlja ono glavno.

Posljednji slučaj je udio *merchandising* objekata u promidžbi prodaje drugih, već postojećih klasičnih proizvoda, npr. crtež nekog lika iz crtanog filma na ambalaži neke živežne namirnice. I u ovom slučaju *merchandising* objekt predstavlja nešto što se razlikuje od robe, tako da isti objekt posjeduje dovoljno samostalnih i od robe nezavisnih karakteristika, pa može uživati zaštitu.

Što se tiče osobina *merchandising* objekata kao žigova, mogu se donijeti sljedeći pojedinačni zaključci:

a) Izmišljeni likovi

Identifikacijske karakteristike izmišljenih (fiktivnih) likova mogu biti kvalitativne poput žigova. U paragrafu 3. stavak 1. Zakona o žigu isključivo su spomenuta osobna imena i crteži kao obilježja koja mogu uživati zaštitu. U konkretnom slučaju mora se uzeti u obzir i način primjene određenog lika.

Neki filmski lik koji djeluje u nekoj radnji – bilo da se radi o igranom ili promidžbenom filmu, ili pak neki lik iz stripa ili crtanog filma koji se pojavljuje u okviru slijeda slika, ima manjak ne samo prijeko potrebne samostalnosti, već i jedinstvenosti. U spomenutim slučajevima likovi predstavljaju tek dijelove ukupnog proizvoda. Druga pravila vrijede ako se lik pojavljuje u nekom završenom prikazu, tj. ako je izuzet od ukupne radnje.

U okviru moguće sekundarne primjene bi trebalo spomenuti i reprodukciju filmskih likova na omotnici video kazeta ili filmskih plakata, te primjenu crteža i imena likova za označavanje živežnih namirnica.⁸⁸

⁸⁷ Schertz C., op.cit., str. 76.

⁸⁸ Vidi sporove BGH GRUR 1960., 144 – Bambi, te GRUR 1963., 485 – Mickey-Maus-Orangen.

b) Stvarne osobe

Prema paragrafu 3. stavak 1. Zakona o žigu, imena i slike stvarnih osoba također mogu biti zaštićeni i registrirani kao žigovi.

Ideja da se identifikacijske karakteristike poznatih ličnosti zaštite putem znakova nije nova. Već se 1910. godine grof Zeppelin sudski pokušavao izboriti da se njegovo ime i lik ne koristi za promidžbu duhanskih proizvoda. Jedna firma koja se je bavila duhanskom proizvodnjom koristila je upravo kombinaciju njegovog imena i slike u svrhu promidžbe svojih proizvoda, što joj je kasnije bilo zabranjeno od strane Carskog suda.⁸⁹

I autogrami koji predstavljaju svojevrsni spoj slike i osobnog imena mogu biti stavljeni pod zaštitu, što se ne bi moglo reći za boju glasa ili gestu zbog nedostatka njihove jedinstvenosti.

Sve u svemu, i kod stvarnih likova vrijedi isto kao i kod izmišljenih: ako kod njihovog pojavljivanja u filmu nedostaje samostalnosti i jedinstvenosti, isti likovi ne mogu biti zaštićeni žigom.⁹⁰

c) Imena, naslovi i ostali tekstualni znakovi

Prema paragrafu 3. stavak 1. Zakona o žigu, imena i nazivi kao tekstualni znakovi mogu uživati zaštitu.⁹¹ Što se tiče naslova u dnevnim novinama i časopisima, oni ranije nisu uživali zaštitu pod pravnim obrazloženjem da naslov predstavlja sastavni dio novina ili časopisa, te da nema svoju samostalnost u odnosu na novine kao robu.⁹² Ovakva pravna stajališta kasnije su ipak izmijenjena u judikaturi i pravnoj literaturi.⁹³

d) Logoi, naljepnice i ostala slikovna obilježja

Sva slikovna obilježja mogu uživati zaštitu, što je definirano u paragrafu 3. stavak 1. Zakona o žigu.

⁸⁹ RGZ 74, 308 – Graf Zeppelin.

⁹⁰ Schertz C., op.cit., str. 77.

⁹¹ Za austrijsku praksu karakterističan je slučaj povodom rasprave vezane uz oznaku *John Player* na majicama i kupaćim kostimima. Austrijski Vrhovni sud je 1984. godine izjavio sljedeće o opasnosti od zamjene merchandising proizvoda: Ako se ime poduzeća ili njegov sastavni dio pojavljuje na nekom predmetu koji nije vezan uz područje kojim se to poduzeće bavi – u ovom slučaju na kupaćem kostimu, ili ako korištenje tog naziva ima izričito reklamnu svrhu (npr. kod cigareta), onda se po mišljenju Vrhovnog suda može pretpostaviti da se radi o reklamni nositelja imena ili o takvoj reklamni koja je realizirana uz dozvolu ili na poticaj nositelja imena. Majice ili kupaći kostimi s otisnutom reklamnom oznakom za cigarete ili druge duhanske proizvode uglavnom su sekundarni proizvodi koji predstavljaju reklamu za osnovni proizvod. Šire o merchandisingu u Austriji kod Schanda R., *Character - und Personality-Merchandising in Oesterreich*, OEI 1998., 323, objavljen na www.sattler.co.at/english/merchandising_in-austria.htm.

⁹² Vidi RGZ 44, 99, 101.

⁹³ BGH GRUR 1961., 232, 233 – Hobby; 1970, 141 – Europharm; BGHZ 21, 85f – Der Spiegel; Althammer W, *Warenzeichengesetz, Kommentar*, 4. Aufl., Koeln, 1989., par. 1, Rn. 17.

e) Elementi opreme, dizajn, dekoracija

Ovakvi *merchandising* objekti često se ne mogu okarakterizirati kao žigovi, i to zbog toga što im nedostaje samostalnosti. U već spomenutom paragrafu 3. stavak 1. Zakona o žigu ipak je naglašeno da i trodimenzionalni likovi, te dekorativni dijelovi uključujući boje i kombinacije boja mogu biti stavljeni pod zaštitu kao žigovi. Elementi opreme, kao npr. maske, kostimi, namještaj, uporabni predmeti i sl., najčešće ne mogu biti stavljeni pod zaštitu budući da, kao što je već spomenuto, ne predstavljaju nešto što se razlikuje od robe, već samu robu.⁹⁴

f) Slike

Ukoliko su fotografije, umjetničke slike ili crteži ponuđeni u nekom odnosu s drugom robom, mogu uživati zaštitu kao slikovna obilježja (Paragraf 3. stavak 1. Zakona o žigu). Pokretne slike, tj. isječki iz filmova ili televizijskih emisija zbog nedostatka svoje jedinstvenosti ne mogu biti stavljeni pod zaštitu. Nizovi slika ne mogu se smisljeno pojmiti, a po svojoj prirodi ne predstavljaju zatvoreni samostalni sustav.

3. Kratki prikaz hrvatskog prava

Ovdje ćemo samo u kratkim naznakama ukazati na situaciju u hrvatskom pravu, prepuštajući kasnijim radovima širu eksplikaciju pravnog i poslovnog određenja *character merchandisinga* u nas.

Žig kao pojam možemo definirati – u pravom smislu riječi – kao *prenošenje informacija u simboličnom obliku*.

Prema modernom shvaćanju žig (marka) predstavlja *medij u komunikaciji s potencijalnim kupcem neke robe, odnosno s potencijalnim korisnikom neke usluge*. Stvarna funkcije žiga je međutim sljedeća: Žig jamči ekskluzivnost određenog simboličnog oblika pri komunikaciji s njenim adresatima (primateljima).

S pravnog stajališta vlasnik nekog žiga ima pravo nekom drugom ne dozvoliti korištenje istog ili suviše sličnog znaka za označavanje iste ili istovrsne robe i usluga.

Opasnost od zabune postoji onda ako upotreba nekog obilježja može izazvati zabunu što se tiče pridruživanja tog obilježja nekom određenom proizvođaču. Postoji *opasnost od zabune u užem smislu*, pri čemu razlikujemo *neposrednu opasnost* (mogućnost zamjene samih obilježja), te *posrednu opasnost* (pripisivanje različitih obilježja jednom te istom proizvođaču).

Kod *opasnosti od zabune u širem smislu* prepoznatljivo je da se radi o znakovima različitih proizvođača; pri promatranju znakova može se međutim steći dojam da između tih proizvođača postoje osobiti gospodarstveni ili organizacijski odnosi.

Ova definicija kojom se pokušava odrediti opasnost od zabune temelji se na danas već zastarjeloj funkciji porijekla žiga. Za korištenje znaka u svrhu

⁹⁴ Schertz C., op. cit., str. 78.

merchandisinga karakteristično je da se upotrijebljeni znakovi ne koriste kao podaci o porijeklu, nego baš suprotno: *Merchandising* osigurava prenošenje *imagea* u korist proizvoda, koji njihovom kupcu ne nudi očite mogućnosti identifikacije, a isto tako ne izazivaju određene predodžbe o porijeklu.

Pravno uređenje žigovne zaštite kod nas sadržano je u Zakonu o žigu ("Narodne novine", broj 78/99. i 127/99.) i Pravilniku o žigu ("Narodne novine", broj 146/99.).⁹⁵ Ovaj legislativni segment predstavlja primjereno recentno zakonsko uređenje koje korespondira sa modernom međunarodnom regulativom i europskim standardima na području zaštite žiga, uz nužnu harmonizaciju sa najnovijim rješenjima posebice europskog prava.

U Zakonu o žigu nema materijalnih zabrana za registraciju imena i izgleda likova kao žigova. Ipak, prijava žiga mora sadržavati klase roba i usluga za koje se žig štiti. Tako primjerice, ako se ime lika rabi za robe, bez grafičkog prikaza te bez prethodne dozvole, to predstavlja akt povrede žiga. U tom slučaju ovlašteniku prava stoje na raspolaganju različiti modaliteti zaštite, uključujući zahtjeve za prestankom daljnjeg vršenja povrede odnosno naknadom nastale štete.⁹⁶ Ukoliko ime lika nije registrirano kao žig ali je naširoko poznato, a rabi se u robnom prometu bez dopuštenja, to predstavlja djelo nelojalne tržišne utakmice i uživa posebnu zaštitu.⁹⁷

4. Zaključak

Ovaj uvid u komparativna rješenja žigovnopravne zaštite predmeta *character merchandisinga* ukazuje na značenje ovog poslovnog fenomena kao i na nužnost da se osiguraju adekvatni modaliteti pravne zaštite.

Očito da postojeća rješenja idu za tim da nije potrebno formirati posebnu pravnu granu, odnosno donositi posebne pravne propise koji bi regulirali ovu problematiku, a izvan postojećih propisa u okrilju trgovačkog prava, građanskog prava ili prava intelektualnog vlasništva.

Naime, za predmetnu zaštitu na raspolaganju su nam odredbe žigovnog prava, autorskog prava, prava industrijskog obličja, osobnih prava, obveznog prava, kao i propisi koji imaju za svrhu spriječiti nepošteno tržišno natjecanje.

Posebno mjesto u sustavu zaštite *merchandising* objekata pripada svakako žigovnom pravu. Međutim, unatoč nastojanjima da se u okviru međunarodnih asocijacija i unija ujednače žigovnopravna rješenja i smanje razlike između pojedinih nacionalnih zakonodavstava, i dalje egzistira raznolikost pravnih rješenja od države do države što za posljedicu može imati i različit pravni tretman istog slučaja.

Daljnji harmonizacijski naponi kao i dorade pozitivne legislative nužni su odgovori u svrhu postizanja adekvatne razine zaštite *merchandising* objekata,

⁹⁵ Čizmić J. – Zlatović D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 57.-486.

⁹⁶ Zlatović D., Novine o građanskoj zaštiti žiga, Odvjetnik, god. 74., br. 1-2., 2001., str. 21.-25.

⁹⁷ Čizmić J. – Zlatović D., Komentar Zakona o žigu, Faber & Zgombić Plus, Zagreb, 2002., str. 403.

posebice kada se imaju u vidu raširenost ove pojave u globalnoj gospodarskoj praksi kao i sve češći raznovrsni zahvati u tuđa prava intelektualnog vlasništva.

Summary*

CHARACTER MERCHANDISING AND THE TRADEMARK PROTECTION

It is nowadays a current practice to use signs and symbols, marks, elements of artistic creation or characteristic traits of a real or fictional person to promote the sale of products or the use of services.

Character merchandising can be defined as the adaptation or secondary exploitation, by the creator of a fictional character or by a real person or by one or several authorized third parties, of the essential personality features of a character to promote otherwise mundane everyday products. It is a business activity worth millions of euro.

In this article the author discusses conditions for the trademark protection of the character merchandising. Merchandising could be protected by already existing legal means, and there is no need for specific legal provisions in this field. A trade mark constitutes the applicable legal form for protection of signs used in the framework of merchandising. The essential personality features of a fictional character may, under certain conditions, be registered as trademarks. In regard to the essential personality features of a real person, the question seems more debatable, mainly with respect to the image.

Special attention is given to some most valuable foreign court cases, especially within American, British and German jurisdiction.

Key words: *character merchandising, trademark, trademark protection, intellectual property law, fictional character.*

Zusammenfassung

CHARACTER MERCHANDISING UND WARENZEICHENRECHTLICHER SCHUTZ

Heute ist die Praxis weit verbreitet, Zeichen, Symbole, Warenzeichen, Elemente künstlerischer Kreationen oder charakteristischer Merkmale realer oder erdachter Personen zur Promotion eines Produktes oder einer Dienstleistung zu benutzen.

* Translated by the Author.

Character merchandising wird als die Praxis definiert, seitens des Kreators der Figur einer realen Person oder einer anderen bevollmächtigten Person deren Namen oder Bild, sei es real oder erdacht, zu andersartiger Promotion alltäglicher materieller Erzeugnisse zu benutzen und ist eine Berufsaktivität von Multimillionen.

In diesem Aufsatz diskutiert der Autor die Möglichkeiten des warenzeichenrechtlichen Schutzes von character merchandising. Merchandising kann durch die bestehenden Rechtsmittel geschützt werden, so dass es nicht nötig ist für dieses Gebiet besondere Vorschriften zu verabschieden. Ein Warenzeichen stellt auch eine Modalität dar, die für den Schutz des Zeichens, das zum Zweck des merchandising benutzt wird, geeignet ist. Besondere Grundcharakteristiken von fiktiven Figuren können unter bestimmten Voraussetzungen als Warenzeichen registriert werden. Probleme eines solchen Schutzes sind bei dem Schutz von Merkmalen realer Personen möglich. Besonders werden die Entscheidungen amerikanischer, britischer und deutscher Gerichte in diesem Bereich betrachtet.

Schlüsselwörter: *character merchandising, Warenzeichen, Warenzeichenschutz, das Recht intellektuellen Eigentums, erdachte Figuren.*

Sommario

CHARACTER MERCHANDISING E TUTELA DEL DIRITTO DI MARCHIO

È pratica corrente attuale di utilizzare segni e simboli, marchi, elementi di creazione artistica o particolari caratteristici di persone reali o fittizie per promuovere la vendita di prodotti o l'utilizzo di servizi.

Il character merchandising si definisce come l'utilizzazione pratica delle caratteristiche creative essenziali, da parte di una persona reale o di altra persona autorizzata, del nome e/o dell'immagine di una figura nota, per promuovere diversamente prodotti quotidiani. È un'attività commerciale multimilionaria.

Nel suo articolo l'autore discute le condizioni per la tutela del diritto di marchio del character merchandising. Il merchandising può essere tutelato dagli strumenti legali esistenti, e non c'è bisogno di prevedere particolari regolamentazioni per questo campo. Inoltre un marchio costituisce la forma legale applicabile per la tutela di segni utilizzati nel contesto del merchandising. I segni personali fondamentali di una figura fittizia possono essere registrati a determinate condizioni come marchi. Problemi di siffatta tutela sono possibili per la tutela di segni di una persona reale. In questo campo sono considerate particolarmente le decisioni dei tribunali americani, britannici e tedeschi.

Parole chiave: *character merchandising, marchio, tutela del marchio, diritto di proprietà intellettuale, figure fittizie.*

ODGOVORNOST PROIZVOĐAČA ZA ŠTETU OD PROIZVODA

Mr. sc. Marko Bevanda, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

UDK: 366.56::061.1EU
347.517/518:061.1EU
Ur.: 29. studenog 2002.
Pr.: 20. siječnja 2003.
Prethodno priopćenje

Odredbe Rimskog ugovora, zajedno s odredbama drugih Osnivačkih ugovora, "ustavni" su temelj komunitarnog prava zaštite potrošača, koje s Programima i Akcionim planovima te judikaturom Suda pravde, čine strukturu europskog prava zaštite potrošača. Bez obzira na svoju građanskopravnu prepoznatljivost i samostalnost, odgovornost za štetu od proizvoda s nedostatkom ne može se promatrati izvan učenja o pravu zaštite potrošača. Autor analizira Direktivu Europske unije o odgovornosti za proizvod koja predstavlja prvi, najvažniji i najistaknutiji pravni instrument i postupak europeizacije prava odgovornosti za štetu od proizvoda u državama članicama Europske unije, ali i u ostalim europskim državama. Usprkos značajnom sukobu interesa i prioriteta između raznih skupina potrošača i proizvođača, Direktiva je u velikoj mjeri ispunila veoma tešku zadaću formuliranja i predlaganja jednog uravnoteženog, stabilnog i koherentnog pravnog okvira koji doprinosi pravičnoj raspodjeli rizika. S obzirom na složenost teme autor ne razmatra svako pitanje iscrpno niti daje cjelovite i zaokružene odgovore na brojna pitanja, nego se ograničava na razmatranje aktualnih pitanja i najvažnijih problema iz ovog pravnog područja. On se zapravo fokusira na probleme koji su najznačajniji, ali ujedno i najprjeporniji, kako s aspekta sadašnjeg trenutka tako i sa stajališta budućeg razvoja prava odgovornosti za štetu od proizvoda. Trenutna mogućnost dosta rastezljivog interpretiranja brojnih otvorenih pitanja u Direktivi navodi na nužnost što preciznijeg formuliranja i razvoja dodatnih pravila i normi s tim u svezi. U tom pravcu, pa prema tome i u pravcu oblikovanja fizionomije europskog prava odgovornosti za štetu od proizvoda, autor ističe značajnu, kompleksnu i raznovrsnu ulogu Suda pravde. Rezultati istraživanja slučajeva odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom govore u okviru ovog rada o tome da su problemi građanskopravne odgovornosti proizvođača veoma složeni i osjetljivi.

Ključne riječi: zaštita potrošača, odgovornost proizvođača, proizvod s nedostatkom.

I. Uvodna razmatranja

Suvremena tehnologija omogućava proizvodnju kvalitetnih, funkcionalnih, lijepo dizajniranih, prikladno ambalažiranih ili upakiranih, razumljivo deklariranih, jednostavnih i tehnološki veoma složenih proizvoda, koji svojim tehničkim, estetskim, uporabnim, ekološkim, ali i pravnim obilježjima, u velikoj mjeri zadovoljavaju želje i potrebe potrošača.¹ Ipak, moramo biti svjesni činjenice da mnogi proizvođači u cilju stimuliranja kupnje i što bržeg "stizanja" do potrošača posvećuju mnogo pozornosti ekonomskoj promidžbi, marketingu (posebice tzv. zelenom, ekološkom marketingu), estetskim, vizualnim i drugim "sporednim" značajkama proizvoda, a manje sigurnosnim, kvalitativnim i drugim bitnim elementima proizvoda. Rizik stavljanja takvih (često nepouzdatih, nesigurnih, nekvalitetnih) proizvoda je vrlo velik. Također, poznato je da neodgovorno i štetno djelovanje nekih velikih korporacija, koje u zemljama u razvoju primjenjuju tzv. prljave tehnologije i duple standarde sigurnosti i kvalitete proizvoda (posebice u proizvodnji prehrambenih i farmaceutskih proizvoda), može prouzročiti štete kako korisnicima tih proizvoda, tako i ostalim osobama koje nemaju nikakve veze s proizvodom. U cilju stvaranja i stavljanja u promet što kvalitetnijih i sigurnijih proizvoda, veoma je važna primjena određenih međunarodnih standarda² koji se odnose na kvalitetu³ i sigurnost proizvoda.⁴ Kada proizvodi nisu sukladni uobičajenim ili zakonskim standardima

¹ Siguran, kvalitetan i pouzdan proizvod "prijatelj" je potrošača i ponos proizvođača. Proizvodi moraju biti sukladni temeljnim zahtjevima sigurnosti, zaštite zdravlja i života ljudi te zaštite okoliša.

² U tom smislu vrlo značajne su europske norme za kvalitetu proizvoda. Znak CEN (Europski odbor za normizaciju, www.cenorm.be), CENELEC (Europski odbor za elektrotehničku normizaciju, www.cenelec.org) i ETSI (Europski institut za norme u telekomunikacijama, www.etsi.org) pokazuje da su proizvodi sukladni zahtjevima europskih normi. Nezaobilazna je i primjena normi za sustave upravljanja kvalitetom koje je uspostavila Međunarodna organizacija za normizaciju (*International Organization for Standardisation* – ISO, www.iso.ch). Hrvatske norme (HRN) priprema, izdaje i objavljuje Državni zavod za normizaciju i mjeriteljstvo – DZNM (nacionalna normirna ustanova Republike Hrvatske koja obavlja i poslove mjeriteljstva, ovlašćivanja -akreditacije i ocjene sukladnosti), a mogu se izdavati i na način da se prihvate međunarodne (ISO, IEC) i europske (CEN, CENELEC, ETSI) norme ili pojedine norme drugih država (npr. sporazumom iz 1995. godine DZNM smije preuzeti norme Deutsches Institut für Normung e. V., tzv. DIN norme, kao hrvatske norme u hrvatsku normizaciju). Pravilnikom o izradi, izdavanju i objavi hrvatskih normi ("Narodne novine" br. 74/97.) propisan je postupak izrade, izdavanja i objave hrvatskih normi. Norme izrađuju tehnički odbori pojedinih struka koje u Republici Hrvatskoj osniva i organizira DZNM. U interesu sudjelovanja na europskom i svjetskom tržištu hrvatski proizvodi moraju zadovoljiti međunarodne standarde i norme koje se odnose na kvalitetu proizvoda.

³ *Kvaliteta je skup svojstava i osobina proizvoda, procesa ili usluge koje se odnose na njihovu mogućnost da zadovolje utvrđene i indirektno izražene potrebe* (ISO 8402:1994). *Kvaliteta je stupanj do kojega skupina postojećih bitnih svojstava ispunjava zahtjeve* (ISO 9000:2000). Vidi: N. Vulić, *Upravljanje kvalitetom*, u knjizi *Poduzetnička enciklopedija* (redaktor: N. Kuvačić), Split, 2002., str. 494. – 510.

⁴ Primjena tih standarda praktično znači npr. da se u prodaji neće moći naći proizvod bez deklaracije. Pod deklariranjem proizvoda razumijeva se, u smislu Zakona o normizaciji ("Narodne

sigurnosti i kvalitete, odnosno kada su proizvedeni s nedostatkom, često dovode do povreda čovjekovih materijalnih i nematerijalnih dobara. U eri sveopćeg razvoja znanosti i tehnologije pravno reguliranje odgovornosti za štetu koja potječe od proizvoda izuzetno je značajno imajući u vidu činjenicu da su različiti proizvodi prisutni u svim područjima našeg života i da naši životi u velikoj mjeri ovise tim proizvodima. Također, od pravne regulacije odgovornosti za štetu od proizvoda ovisi i visina ulaganja proizvođača u ispitivanje i osiguravanje sigurnosti i kvalitete proizvoda.⁵ Svakim danom sve veća zainteresiranost hrvatske javnosti za ovu složenu problematiku posve je razumljiva i opravdana, jer su štete od defektnih proizvoda u dnevnom životu hrvatskog potrošača sve brojnije.

Jedna od zadaća Europske unije jest usklađivanje prava unutar Unije (*u mjeri u kojoj je to potrebno za uspješno djelovanje zajedničkog tržišta* odnosno jedinstvenog ili danas više rabljenog pojma unutarnjeg tržišta),⁶ pa ta europska (kon)federacija⁷ država u sklopu toga ima važne zadaće i na području prava zaštite potrošača (zadatak *europaizacije* prava zaštite potrošača u državama članicama Europske unije, ali i u ostalim europskim državama). Na oblikovanje nacionalnog prava zaštite potrošača država članica Europske unije (pa i velikog broja drugih država, uključujući i Republiku Hrvatsku), a time i odredbi o odgovornosti za štetu od proizvoda, veliki utjecaj imaju ne samo nacionalni politički, socijalni i gospodarski procesi nego i procesi nadnacionalne ekonomske, političke i normativne integracije.⁸ U cilju izjednačavanja i usklađivanja (harmonizacije)⁹ propisa država članica Europske unije

novine" br. 56/96.), navođenje na proizvodu, ambalaži ili na koji drugi način, podataka kojima se identificiraju proizvodi, njihova sukladnost s propisanim uvjetima, značajke i podaci o proizvođaču i pravnoj ili fizičkoj osobi koja stavlja proizvod u promet. Deklaracija je obvezna za svaki proizvod i mora sadržavati najmanje ove podatke: naziv proizvoda, tip proizvoda, naziv i adresu proizvođača i uvoznika. Za određene proizvode mogu se podrobnije odrediti način deklariranja i dodatni elementi deklaracije.

⁵ Tako: M. Stanivuković, *Zaštita potrošača u pravu Europske unije – odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda*, Pravo Europske unije (Zbornik radova), Službeni glasnik, Beograd, 1996., str. 339.

⁶ Vidi: čl. 3. (h) Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice.

⁷ "Europska unija nije klasična konfederacija (a one danas više niti ne postoje) iako ima mnoge elemente njezina institucionalnog ustrojstva, a nije ni pravno ni zbiljski, ni federacija, pa niti federacija u nastajanju, zbog čega je najprikladniji zaključak da je Europska unija savez država *sui generis* ili osebujna zajednica interesa država članica, koja je u nekim elementima (primjerice struktura Parlamenta) i više od federacije, dok je u drugim i manje od klasične konfederacije.", S. Sokol, B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb, 1998., str. 296.

⁸ Vidi: M. Bevanda, *Harmoniziranje propisa država članica Europske unije u području zastupanja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru, XIV., 2001., str. 223.

⁹ "Na praktičnom planu ovaj proces znači stalno usuglašavanje dosadašnjih pravnih propisa država članica Europske unije, kao i usklađivanje njihovih prava s novim originalnim rješenjima Europske unije", M. Trajković, *Kompanije u pravu Europske unije*, Zbornik radova *Pravo Europske unije* (Fizička i pravna lica), Udruženje za pravo Europske unije (Centar za međunarodne studije), Beograd, 1998., str. 257.; Vidi: D. Stojanović, *Pojam "harmoniziranja", "harmonizacije" i "harmonije" domaćeg prava sa pravom Europske unije*, Zbornik referata sa Savjetovanja održanog 15. i 16. 11. 2001. na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, Kragujevac, 2001., str. 95. – 103.

u području odgovornosti za štetu od proizvoda, te u cilju zaštite potrošača, konkurencije i slobodnog kretanja robe na jedinstvenom tržištu, (nakon dugotrajnih napora i jake potpore Komisije)¹⁰ donesena je Direktiva Vijeća EEZ-a,¹¹ br. 374, od 25. srpnja 1985., o ujednačavanju zakona, uredbi i administrativnih odredbi država članica koji reguliraju odgovornost za proizvode s nedostatkom (u daljnjem tekstu: Direktiva).¹² Zaživljavanje europskih standarda u području zaštite potrošača i odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom nezaobilazan je korak u približavanju Republike Hrvatske modernim procesima europskih integracija i jedna je od ključnih zadaća na hrvatskom putu prema integriranoj Europi novog milenija.¹³

¹⁰ Prvi nacrt Direktive donesen je 1974. godine. Prijedlog Direktive donesen je 1976. godine (*Proposal for a Council Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*, Official Journal C 241, 14/10/1976), dok je posljednja izmjena prijedloga Direktive bila 1979. godine (*Amendment of the proposal for a Council Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*, Official Journal C 271, 26/10/1979). Moramo napomenuti da je u navedenom periodu održano nekoliko međunarodnih skupova o odgovornosti za štetu od proizvoda na kojima se raspravljalo i o stvaranju, načelima i ciljevima buduće Direktive. Dva skupa posebno se ističu, i to: 1. *First World Congress on Product Liability* (London, 1977.); *International Colloquium "Product Liability in Air and Space Transportation"* (Keln, 1977.). Vidi: *Product Liability in Air and Space Transportation* (Proceedings of an International Colloquium in Cologne 1977.), Edited by K. H. Böckstiegel, Köln, Berlin, Bonn, München, 1978.

¹¹ Direktive (upute, smjernice, engl. *Directives*) su pravni akti koji obvezuju države članice u smislu cilja koji treba ostvariti, ali je državama članicama ostavljena sloboda u izboru oblika i sredstava kojim će taj cilj postići. Tako ostaje očuvana nacionalna legislativna nadležnost, iako je država članica (zakonodavac) u roku određenom uputom dužna na odgovarajući način implementirati uputu u nacionalni pravni sustav. Direktive se u načelu ne mogu neposredno primjenjivati u državi članici, ali Europski sud može odrediti (zbog povrede Ugovora o osnivanju Europske unije) da se, u slučaju nepostupanja države članice prema direktivi, odnosno u slučaju neodgovarajućeg načina unosa direktive u nacionalni pravni sustav, u državi članici direktiva neposredno primjenjuje.

¹² *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* (Official Journal L 210, 07/08/1985). Skraćeni naziv Direktive je *Product Liability Directive*. U cilju proširenja djelovanja pravila o odgovornosti za štetu od proizvoda i na (primarne) poljoprivredne proizvode, Direktiva je izmijenjena 1999. godine (*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*, Official Journal L 141, 04/06/1999). Tekst Direktive vidi u: *EUR-Lex, the digital version of the legislation issued in the Official Journal of the European Communities*: www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/prod_liab/pl01_en.pdf*

¹³ Opširnije o procesima integracijskih aktivnosti Republike Hrvatske: *PLAN integracijskih aktivnosti Republike Hrvatske*, Vlada Republike Hrvatske, Ured za europske integracije, Zagreb, 1999.; *Prilagodbe politikama unutarnjeg tržišta EU: očekivani učinci*, Vlada Republike Hrvatske, Ministarstvo za europske integracije, Zagreb, 2002.; *Plan provedbe Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica*. Vlada Republike Hrvatske, Ministarstvo za europske integracije, Zagreb, 2002; Navedene (ali i druge) publikacije mogu se vidjeti i na Internet stranici Ministarstva za europske integracije Republike Hrvatske: www.mei.hr Na istoj stranici nalazi se i bilten "Europa", službeni newsletter Ministarstva za

Naravno, pri reguliranju problematike odgovornosti za štetu od proizvoda posebnim zakonom treba izabrati rješenja i opcije koje ne odstupaju od duha Direktive, ali koje najviše moguće pogoduju interesima Republike Hrvatske.¹⁴ Potrebno je naglasiti da usklađivanje hrvatskog prava (odgovornosti za štetu od proizvoda) s pravom Europske unije može postati *Pirova pobjeda*¹⁵ ukoliko (novo) zakonsko reguliranje problematike odgovornosti za štetu od proizvoda bude nepotpuno (manjkavo, pogrešno).

Odgovornost za štetu od proizvoda je vrlo osjetljivo područje zaštite potrošača, te se, stoga, ne može promatrati izvan učenja o pravu zaštite potrošača. Ipak, treba imati na umu da je problem građanskopravne odgovornosti za štetu od neispravnog proizvoda samo jedan dio šireg konteksta zaštite potrošača u pravu Europske unije koji ima svoju građanskopravnu prepoznatljivost i pravnu samostalnost.¹⁶ Zaštita potrošača stalna je briga različitih tijela Europske unije.¹⁷ Više od 370 milijuna

europske integracije koji izlazi svaka dva mjeseca, dvojezično, na hrvatskom i engleskom jeziku. Bilten donosi pregled zbivanja u odnosima između Republike Hrvatske i Europske unije.

¹⁴ Tako: T. Jelić, *Odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom* (magistarski rad), Zagreb, 1998., str. 250.

¹⁵ "Sumnjiva pobjeda koja ne opravdava pretrpljene žrtve i donosi više štete nego koristi pobjedniku", B. Klaić, *Veliki rječnik stranih riječi*, Zagreb, 1972., str. 1019.

¹⁶ Usporedi: S. Petrić, *Odgovornost proizvođača za štete od nedostatka na proizvodu u hrvatskom pravu i pravu Europske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 4., 2001., str. 373.; A. Radolović, *Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22., br. 1., 2001., str. 339.

¹⁷ Najveći dio mjera različitih organa Zajednice u području europskog prava zaštite potrošača (*acquis communautaire de consommation*) imaju svoje izvorište u odredbama Rimskog ugovora. Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice (*Treaty establishing European Economic Community, EEC Treaty, Treaty of Rome*) iz 1957. godine (potpisan u Rimu 25. ožujka 1957. godine, a stupio na snagu 1. siječnja 1958. godine) samo na nekoliko mjesta određuje komunitarnu politiku zaštite potrošača, i to u: preambuli, čl. 2., 39., 40., 85., 86. i 92. Usvajanjem Jedinstvenog europskog akta (*Single European Act*, potpisan 17. veljače 1986., stupio na snagu 1. srpnja 1987. godine), Ugovora o Europskoj uniji (*Treaty on European Union, Maastricht Treaty*, potpisan 7. veljače 1992., stupio na snagu 1. studenog 1993. godine) i Amsterdamskog ugovora (*Treaty of Amsterdam*, potpisan 2. listopada 1997. godine, stupio na snagu 1. svibnja 1999. godine) "ustavna" razina zaštite potrošača sadržana u Rimskom ugovoru značajno je ojačana. Ugovor o Europskoj uniji postavlja zaštitu potrošača kao jedan od osnovnih ciljeva i zadataka Europske unije. Naime, *doprinos pojačanju zaštite potrošača (a contribution to the strengthening of consumer protection)* predstavlja jednu od aktivnosti za ostvarenje temeljnih komunitarnih ciljeva sadržanih u čl. 2. Amsterdamski ugovor daje novi poticaj u razvoju komunitarnog prava zaštite potrošača. U novom čl. 129.a (čl. 153 nakon prenumeriranja) jedan od osnovnih ciljeva i zadataka Zajednice predstavlja zaštita zdravlja, sigurnosti i ekonomskih interesa potrošača, informiranje i obrazovanje potrošača, te učinkovito organiziranje potrošača u cilju zaštite njihovih interesa. Zahtjev zaštite potrošača bit će uzet u obzir u definiranju i implementaciji ostalih komunitarnih postupaka i aktivnosti. Ovim člankom prava potrošača predstavljaju prioritet unutar europskog Ustava. Vrlo značajan korak u komunitarnoj politici zaštite potrošača je *Program zaštite i informiranja potrošača* koji je donesen 14. travnja 1975. godine. Taj *Preliminarni program* predstavlja akcijski plan promoviranja pet temeljnih prava potrošača, i to; prava na zaštitu zdravlja i sigurnosti, prava na zaštitu ekonomskih interesa, prava na obeštećenje i prava na predstavljanje. *Drugi program*

potrošača u Europskoj uniji danas ima izuzetno značajnu gospodarsku i političku ulogu.¹⁸

U hrvatskom pravu propisana je objektivna, izvanugovorna, deliktna odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom.¹⁹ Zakon o obveznim odnosima²⁰ (u daljnjem tekstu: ZOO) je prvi put u hrvatskom pravnom sustavu na izričit način spomenuo jedan iznimno značajan dio odštetnog prava, a to je pravo odgovornosti za

Komisije u području zaštite potrošača iz 1981. godine detaljnije razrađuje prava sadržana u *Preliminarnom programu*. Nakon *Trećeg programa* iz 1986. godine slijedila su tri trogodišnja *Akciona plana*, i to: prvi 1990. – 1992., drugi 1993. – 1995. i treći 1996. – 1998. Komisija je donijela i *Akциони plan 1999. – 2001.* u kojem se ističu tri najznačajnije zadaće komunitarne politike zaštite potrošača, a to su: jačanje “glasa” potrošača kroz različite potrošačke asocijacije, održavanje i razvijanje visokih zdravstvenih i sigurnosnih standarda i potpuno poštivanje ekonomskih interesa potrošača. U odluci Parlamenta (no. 283/1999/EC) i Vijeća (25. siječnja 1999.) utvrđen je opći okvir komunitarnih aktivnosti i prioriteta u području zaštite potrošača. Ovaj opći okvir pokriva petogodišnji period, i to od 1. siječnja 1999. godine do 31. prosinca 2003. godine. Ne smijemo izostaviti doprinos Suda pravde (*The Court of Justice*) u utemeljenju i promicanju prava zaštite potrošača. Mogu su izdvojiti tri skupine slučajeva koji imaju izuzetan značaj za problematiku zaštite potrošača. Prvu skupinu čine slučajevi vezani za interpretaciju čl. 30. i 36. Rimskog ugovora. Najznačajniji slučajevi iz ove skupine su: *Cassis de Dijon* (Case 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* 1979 ECR 649), *Dassonville* (Case 8/74 *Procureur du Roi v Dassonville* 1974 ECR 837) i *Keck i Mithouard* (Case C-267, 268/91 *Keck and Mithouard* 1993 ECR 6097). U izdvojenoj skupini slučajeva, vjerojatno najznačajnija odluka Europskog suda o nacionalnim pravima zaštite potrošača, njihovim razlikama i domaćaju komunitarnih propisa u odnosu na nacionalna prava je odluka u slučaju *Alsthom v Sulzer* (Case 339/89 *Alsthom v Sulzer* 1979 ECR 120). Treću skupinu slučajeva čine slučajevi koje se odnose na interpretaciju čl. 85. i 86. Rimskog ugovora. Odredbe Rimskog ugovora, zajedno s odredbama drugih Osnivačkih ugovora, “ustavni” su temelj komunitarnog prava zaštite potrošača koje s Programima i Akcionim planovima, te judikaturom Europskog suda, čine strukturu europskog prava zaštite potrošača. Opširnije o pravu zaštite potrošača u pravu EU i usporednom pravu, kao i o značajnim slučajevima Suda pravde vezanim za pravo zaštite potrošača, vidi: P. Kelly, *Overview of EC Product Liabilities Law*, u knjizi *European Products Liabilities* (edited by P. Kelly & R. Attree), London, Edinburgh, Dublin, 1997., str. 5. – 35.; N. Misita, *Osnove prava zaštite potrošača Evropske Zajednice*, Pravni centar Fond otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 1997; R. Cvrčić, *Materijalnopravna zaštita potrošača u poredbenom pravu*, Pravo i porezi, br. 3., Zagreb, 1998. str. 293. – 299.; R. Cvrčić, *Materijalnopravna i kolizijskoppravna zaštita potrošača u poredbenom pravu*, Pravo u gospodarstvu, br. 2., Zagreb, 1998.; R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Beograd, 1996.; Također, veliki dio tekstova (ugovori, programi, akcioni planovi, direktive, izvješća, odluke Suda pravde i sl.) o zaštiti potrošača u pravu EU dostupan je na sljedećoj Internet adresi: www.europa.eu.int/pol/cons/index_en.htm.

¹⁸ Za razliku od država članica Europske unije u kojima zaštita potrošača zauzima istaknuto mjesto, pravna zaštita potrošača u Hrvatskoj je nezadovoljavajuća. Ipak, treba naglasiti, da se stanje u području prava zaštite potrošača u posljednje vrijeme poboljšava. Prema našima saznanjima, Hrvatska je jedina država u Europi koja nema zakon o zaštiti potrošača. Ministarstvo gospodarstva Republike Hrvatske izradilo je nacrt Zakona o zaštiti potrošača. Odredbe Nacrta koje se odnose na odgovornost za proizvod (čl. 64. – 71.) su u visokom stupnju usuglašene s odredbama smjernica EU o odgovornosti za proizvod. Međutim, Nacrt uzet u cijelosti je “bogat nedostacima i greškama” o kojima u ovom radu nećemo govoriti, jer bi to prešlo zadane okvire rada. Hrvatska mora donijeti zakon o zaštiti potrošača, stalno izjednačavati i usklađivati (harmonizirati) svoje propise o zaštiti potrošača s propisima Europske unije, te stvoriti politiku aktivne i učinkovite zaštite potrošača. Time bi se uz osnivanje tijela (udruga) za zaštitu potrošača ojačala pozicija potrošača i omogućilo primjereno funkcioniranje tržišnoga gospodarstva.

štetu od proizvoda (s nedostatkom). ZOO uređuje odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom odredbama čl. 179. koji glasi:

“(1) *Tko stavi u promet neku stvar koju je proizveo, a koja zbog nekog nedostatka predstavlja opasnost štete za osobe ili stvari, odgovara za štetu koja bi nastala zbog nedostatka.*²¹

(2) *Proizvođač odgovara i za opasna svojstva stvari ako nije poduzeo sve što je potrebno da štetu, koju je mogao predvidjeti, spriječi upozorenjem, sigurnom ambalažom ili drugom odgovarajućom mjerom.*”²²

Iako ZOO o odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom sadrži samo jedan članak, njegova interpretacija u svezi s ostalim pravilima o deliktnoj, posebno objektivnoj odgovornosti, razvila je tijekom primjene zakona u sudskoj praksi²³ i njegovog komentiranja u pravnoj znanosti, stavove i mišljenja koja gotovo da uopće ne odudaraju od sustava odgovornosti koji je postavljen Direktivom.²⁴ Međutim, postoje i mišljenja da čl. 179. ZOO ne zadovoljava ni u kvantitativnom, ali ni u kvalitativnom aspektu, jer se u jedan članak ne mogu “pretočiti” sve bitne dileme koje se javljaju u pravnoj regulaciji odgovornosti za štete od proizvoda.²⁵

U našoj pravnoj znanosti postoji velik propust zbog nedostatnog studiranja i izlaganja problematike građanskopravne odgovornosti za štete od proizvoda. Jednim dijelom to dokazuje i oskudica dobrih, ili i uopće bilo kakvih knjiga o ovom pravnom problemu. Koliko je nama poznato, o ovom problemu napisan je samo jedan magi-

¹⁹ “*Odštetna odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom je izvanugovorna i ne ovisi o njegovoj krivnji*”, Vrhovni sud Hrvatske Rev-1957/89 Od 9. svibnja 1990., Pregled sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti, broj 49., 1991.

²⁰ Sl. l. SFRJ br. 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., Narodne novine br. 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01.

²¹ “*Proizvođač koji je stavio u promet preparat koji je štetno djelovao na pčelinje zajednice, odgovara za štetu*”, VSRH, Rev 3890/94., Izbor odluka br. 2./1998.; “*Proizvođač odgovara za štetu nastalu stavljanjem u promet zaraženog mesa*”, VSRH, Rev 1050/93, Izbor odluka 1/1996; “*Proizvođač crijepa (a nije ujedno i prodavalac) koji stavi u promet crijep, a koji zbog nekog nedostatka za koji proizvođač nije znao predstavlja opasnost štete za osobe ili stvari, odgovara trećoj oštećenoj osobi za ukupnu štetu prouzrokovanu tim nedostatkom, bez obzira na krivnju*”, VSRH, Rev 371/93, Izbor odluka 2/1995.

²² Slučajeve odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom treba razlikovati od slučajeva odgovornosti prodavatelja za fizičke nedostatke na prodanoj stvari i garancije (jamstva) za ispravno funkcioniranje prodane stvari, Vidi: J. Radišić, *Garancija za trajan kvalitet i odgovornost za štetu od stvari sa nedostatkom*, Beograd, 1972.; L. Spirović-Jovanović, *Garantija za ispravno funkcionisanje stvari*, Beograd, 1975.; Š. Čović, *Saobraznost isporuke robe sa ugovorom o međunarodnoj kupoprodaji*, Sarajevo, 1977.; P. Klarić, *Odštetno pravo*, Zagreb, 1996., str. 159. – 190.

²³ Vrlo oskudna sudska praksa je i prije donošenja ZOO odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom tretirala kao posebnu vrstu stroge deliktne odgovornosti. Vidi: S. Cigoj, *Građanska odgovornost*, u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978., str. 525.

²⁴ S. Petrić, o. c., str. 395.

²⁵ Tako: A. Radolović, o. c., str. 345.

starski rad i nekoliko stručnih i znanstvenih članaka.²⁶ Za razliku od hrvatske pravne znanosti, u američkom pravu i pravu Europske unije objavljeno je nekoliko knjiga, znatan broj studija i članaka, a održano je nekoliko simpozija i znanstvenih i stručnih savjetovanja o pitanju građanskopravne odgovornosti za štete koje potječu od proizvoda. Relevantni stavovi i diskusije izneseni u dosadašnjem istraživanju i tumačenju odgovornosti za štetu od proizvoda, te ogromno iskustvo stranih (posebice američkih) sudova, pružaju uvid u razumijevanje ove složene problematike.²⁷ Opsežna, svestrana i detaljno promišljajuća analiza postojećih i prošlosti pripadajućih gledišta i rješenja pravnog problema građanskopravne odgovornosti za štete od proizvoda doprinosi stvaranju potpunije, pravilnije i cjelovitije slike tog pravnog problema. Potrebno je istaknuti da ovaj rad nema pretenzije davanja cjelovitog i definitivnog zaokruženog prikaza navedene problematike, jer je to gotovo nemoguće dati u jednom članku, pa i mnogo većeg opsega. Cilj ovog rada je da na neki način otvori i pokrene čitav niz složenih i osjetljivih pitanja koja nastaju u vezi s odgovornošću za štete od proizvoda, koja će se ubuduće obrađivati u zasebnim radovima i istraživanjima. Raščlamba i interpretiranje određenih pitanja i problema, s naglaskom na njihovo aktualno stanje i izgleda za budućnost, doprinosi postizanju zadanog cilja.

I na kraju, ili bolje rečeno na početku, nadamo se da pravo odgovornosti za štetu od proizvoda u hrvatskom pravnom sustavu u budućnosti neće biti neopravdano zanemarivano i da će zauzeti mnogo značajnije mjesto nego što ga danas ima.

II. Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda u pravu Europske unije

Temeljna načela i ciljevi Direktive - Odgovornost za štetu od proizvoda (engl. *product liability*, njem. *produkthaftung*, franc. *responsabilite du fait des produits*) jedno je od najvažnijih područja građanskopravne deliktne odgovornosti koje se u Europi izuzetno brzo razvija. Također, odgovornost za štetu od proizvoda je prvo važnije područje *privatnog prava* koje je bilo (i još uvijek je) predmet komunitarnog procesa harmonizacije i stoga može imati veliku važnost za proučavanje mogućnosti stvaranja Europskog građanskog zakonika (*European Civil Code*).²⁸ Ona više nije jednostavna ili izolirana materija, već je složena globalna pojava. Ta pojava zahtijeva i odgovarajuće (ujednačeno) reguliranje pravnim pravilima koja u cijelosti i na poseban način uređuju problematiku odgovornosti za štetu od proizvoda. Nastanak i razvoj pravnog područja, u Europi pobje poznatog kao *pravo odgovornosti za štetu*

²⁶ U bivšem jugoslavenskom pravu o odgovornosti za štetu od proizvoda napisano je nekoliko monografija i veći broj znanstvenih i stručnih članaka.

²⁷ Sudska praksa američkih sudova u području odgovornosti za štetu od proizvoda odlikuje se kako svojom dugotrajnošću, tako i raznovrsnošću slučajeva.

²⁸ Tako: G. Howells, *Product Liability* (u knjizi *Towards a European Civil Code*), The Hague, London, Boston, 1998., str. 450.

koja potječe od proizvoda, može se pripisati Direktivi Europske unije o odgovornosti za štete od proizvoda.²⁹ Dva se temeljna cilja Direktive posebno ističu, i to: harmoniziranje prava država članica u području odgovornosti za štetu od proizvoda i zaštita potrošača.³⁰ Direktiva predstavlja prvi, najvažniji i najistaknutiji pravni instrument i postupak komunitarnog prava za usklađivanje prava država članica Europske unije u području odgovornosti za štetu od proizvoda. Iako je, glede odgovornosti za štete od proizvoda, posao učinjen u SAD-u daleko impresivniji,³¹ Direktiva se, barem u Europi, pokatkad naziva "svjetskim standardom".³² Naime,

²⁹ Za pravno područje odgovornosti za štetu od proizvoda nesumnjiv značaj ima i Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda (*Council Directive 92/59/EEC of 29 June 1992 on general product safety* Official Journal L 228, 11/08/1992). Temeljni cilj te Direktive je unapređenje djelovanja europskog tržišta uvođenjem, jedinstvenog, općeg standarda sigurnosti proizvoda, zaštite života i zdravlja potrošača u područjima u kojima ne postoji posebna regulativa. Također, jedan od značajnih ciljeva Direktive o općoj sigurnosti proizvoda je spriječiti dolazak nesigurnih proizvoda na tržište. Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda obavezuje proizvođača da: stavlja u promet samo sigurne proizvode; na vrijeme upozori potrošača o rizicima koji nisu očigledni; informira potrošača o svim potencijalnim sigurnosnim rizicima vezanim uz proizvod; povuče proizvod iz prometa, ako to zahtijevaju okolnosti. Obveza države članice je da jamči promet isključivo sigurnih proizvoda i u tom cilju donese potrebne propise i nadzire njihovu primjenu. Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda potiče suradnju između odgovarajućih tijela unutar svih država članica, te uspostavlja sustav brze razmjene informacija - RAPEX (između država članica i Komisije) i djelovanja u izvanrednim okolnostima. Nova Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda (*Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety*, Official Journal L 01, 15/01/2002) reproducira temeljne odredbe "stare" Direktive o općoj sigurnosti proizvoda. Izmjene te Direktive su višestruko nužne (*It is necessary to amend Directive 92/59/EEC in several respects, in order to complete, reinforce or clarify some of its provisions in the light of experience as well as new and relevant developments on consumer product safety, together with the changes made to the Treaty, especially in Articles 152 concerning public health and 153 concerning consumer protection, and in the light of the precautionary principle. Directive 92/59/EEC should therefore be recast in the interest of clarity. This recasting leaves the safety of services outside the scope of this Directive, since the Commission intends to identify the needs, possibilities and priorities for Community action on the safety of services and liability of service providers, with a view to presenting appropriate proposals*). Nova Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda u velikoj mjeri povećava obveze proizvođača (i distributera) u cilju stavljanja u promet što sigurnijih proizvoda. Države članice moraju do 15. siječnja 2004. godine implementirati njezine odredbe, a s tim datumom prestaje važiti Direktiva o općoj sigurnosti proizvoda iz 1992. godine.

³⁰ Neki autori (J. Triaille i L. M. Mathewson) kao temeljni cilj Direktive ističu na prvom mjestu zaštitu potrošača, pa tek onda harmoniziranje prava država članica u području odgovornosti za štetu od proizvoda., Navedeno prema: K. Alheit, *The applicability of the EU Product Liability Directive to Software*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, no. 2., 2001., str. 194.

³¹ Odgovornost za štetu od proizvoda je popularna tema za usporedno - pravnu analizu američkog i europskog pravnog sustava., Vidi: G. G. Howells, *The Relationship Between Product Liability and Product Safety – Understanding a Necessary Element in European Product Liability through a Comparison with the U. S. Position*, Washburn Law Journal, vol. 39., 2000., str. 305.; J. Stapleton, *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, an Anglo-American Perspective*, Washburn Law Journal, vol 39., str. 363. – 403.; M. Veršić Marušić, *Objektivna odgovornost za štetu u američkom pravu*, Zakonitost, br. 47., str. 405. – 428.

³² C. Hodges, *Content and Future of the Green Paper: An European Perspective*, Global Liability, vol. 1., Center for Legal Polica at the Menhattan Institute, New York, 2001., str. 3.; Vidi: S. B. Presser,

načela sadržana u Direktivi prihvaćena su u mnogim državama izvan Europske unije (npr. u Australiji, Japanu, Kini, Brazilu, Tajvanu, mnogim državama južne i istočne Europe itd.). Od perioda objavljivanja Direktive do danas velik broj država (sve države članice i mnoge države izvan Europske unije) donio je zakone o zaštiti potrošača (unutar kojih su odredbe o odgovornosti za proizvod), odnosno posebne zakone o odgovornosti za proizvod. Unutar tog zakonskog reguliranja navedene problematike dati su odgovori na mnogobrojna pitanja kao što su: tko i pod kojim uvjetima odgovara za štetu od proizvoda s nedostatkom, do (od) koje visine odgovara, do kada odgovara, za koje štete odgovara itd.? Međutim, u većini država koje su donijele posebne zakone o odgovornosti za štete od proizvoda postavljali su se, i još uvijek se postavljaju, isti pravni problemi i dvojbe, i to: problem obrane tzv. razvojnim rizikom, problem dokaza uzročne veze između štete i proizvoda s nedostatkom, problemi vezani uz kvantitativno i vremensko ograničenje odgovornosti proizvođača i dr. Prije donošenja ujednačenih pravila o odgovornosti proizvođača za štete od proizvoda s nedostatkom u nekim državama bio je prihvaćen sustav odgovornosti proizvođača za štete od proizvoda s nedostatkom zasnovan na krivnji, dok u drugim državama postojanje krivnje nije bilo od utjecaja na postojanje odgovornosti.³³ Danas je očito, i možemo reći općeprihvaćen je stav, da osnova odgovornosti proizvođača za štete od (njegovog) proizvoda s nedostatkom nije krivnja, već uzročnost.³⁴ Kauzalna odgovornost proizvođača predstavlja minimum koji u pravu odgovornosti za štetu od proizvoda predstavlja polaznu točku za ujednačavanje te odgovornosti i na globalnome planu. Također, Direktiva postavlja samo zajednički minimum komunitarnih pravila o odgovornosti za štetu od proizvoda, ostavljajući mogućnost da se prava oštećene osobe prosuđuju ne samo prema odredbama koje ona sadrži, već i prema nacionalnom zakonodavstvu dotične države članice, ukoliko ta pravila daju šira i veća prava oštećenoj osobi.³⁵

How should the Law of Product Liability be Harmonized? What Americans Can Learn from Europeans, Global Liability, vol. 2., Center for Legal Polica at the Menhattan Institute, New York, 2001. www.manhattan-insitute.org/gli_2.pdf

³³ Usporedno-pravni pregled odgovornosti za štetu od proizvoda vidi: *European Products Liabilities* (edited by P. Kelly & R. Attree), London, Edinburgh, Dublin, 1997.; W. van Gervan, J. Lever, P. Larouche, *Tort Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2000., (poglavlje 6. 3. Product Liability) str. 598. – 683.; T. Jelić, *Odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom* (magistarski rad), Zagreb, 1998., str. 9. – 68.; J. Sekolec, *Odgovornost za štetu od proizvoda* (doktorska disertacija), Novi Sad, 1978., str. 184. – 252.; J. Sekolec, *Odgovornost proizvođača stvari z napako*, Ljubljana, 1981., 87. – 121.; S. Taylor, *The Harmonization of European Product Liability Rules: French and English Law*, International and Comparative Law Quarterly, London, 1999., str. 419. – 430.

³⁴ Iako se odgovornost bez obzira na krivnju (objektivna odgovornost) i odgovornost s obzirom na krivnju (subjektivna odgovornost) danas u teoriji mogu razlikovati, u praksi je razlika veoma fluidna i ovisi, također, od proceduralnih značajki., Tako: A. Cavaliere, *The Economic Impact of Product Liability and Product Safety Regulations in the European Union*, Quaderini del Dipartimento di Economia Pubblica e Territoriale, n. 4., Università di Pavia, 2001., str. 6.

³⁵ Do danas je Sud pravde presudio u tri slučaja koji pokreću pitanje slobode djelovanja nacionalnih zakonodavnih tijela u implementiranju Direktive. To su slučajevi: *Commission of the European*

Odgovornost utvrđena Direktivom stabilan je, izbalansiran i koherentni pravni okvir koji doprinosi pravičnoj raspodjeli rizika uzimajući u obzir, s jedne strane, interese pojedinaca, koji su izloženi riziku po zdravlje, tjelesno i materijalno blagostanje od modernog društva obilježenog visokim stupnjem tehničke složenosti, te s druge strane, interese proizvođača da izbjegnu nelojalnu konkurenciju kao posljedicu različitih pravila o odgovornosti, te da smanje utjecaj ovih razlika na inovaciju, konkurentnost i otvaranje novih radnih mjesta.³⁶ Europski je zakonodavac prigodom usvajanja Direktive o odgovornosti za štetu od proizvoda i Direktive o općoj sigurnosti proizvoda imao u vidu ne samo mjere kojima se "saniraju" štetne posljedice stavljanja u promet proizvoda s nedostatkom, nego i velike i različite koristi koje proizvodi mogu pružiti pojedincima i zajednici. Direktiva je prihvatila načelo objektivne odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda s nedostatkom, tj. načelo odgovornosti bez obzira na krivnju.³⁷ Proizvođač je odgovoran za štetu prouzročenu nedostatkom na njegovom proizvodu (čl. 1. Direktive). Odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda s nedostatkom može biti više ili manje objektivna. Relativna strogost režima objektivne odgovornosti proizvođača uvjetovana je mnoštvom kolateralnih faktora. Pravilo o objektivnoj odgovornosti proizvođača na određeni način je pooštreno njegovom odgovornošću i za višu silu.³⁸ S druge strane pak, mogući osnovi eksculpacije odnosno isključenja i ograničenja odgovornosti predviđeni Direktivom suviše su brojni i dovode u pitanje strogost odgovornosti proizvođača.³⁹

Communities v. French Republic (C-52/00); *Commission of the European Communities v. Hellenic Republic* (C-154/00); *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA* (C-183/00). Sud pravde ističe da načela usvojena Direktivom ne daju nikakve ovlasti državama članicama da zadrže ili usvoje odredbe koje se razlikuju od komunitarnih mjera usuglašavanja. Direktiva, kako ističe Sud, svojim tekstom i ciljem uspostavlja potpunu usklađenost materije na koju se odnosi. U slučajevima C-52/00 i C-154/00 Sud pravde smatra da Francuska i Grčka nisu ispravno implementirale mjere harmonizacije jer u svoje nacionalno zakonodavstvo nisu uključile donju granicu (500 eura) odgovornosti proizvođača. Sud ističe da je Direktiva rezultat složenog procesa u kojem su sukobljeni interesi uravnoteženi i da prag od 500 eura odražava želju europskog zakonodavca da se izbjegne pretjeran broj tužbi od strane osoba koje su bile žrtve neispravnih proizvoda, ali koje su pretrpjele samo manju štetu.

³⁶ Vidi: *Green Paper Liability for defective products*, presented by Commission of the European Communities, Brussels, 28. 07. 1999., COM(1999)396 final, str. 6.

³⁷ "To nije objektivna odgovornost u uobičajenom smislu, budući da je lepeza razloga za isključenje odgovornosti razuđenija i ide mimo više sile, isključive radnje trećeg ili samog oštećenog kao klasičnih eksculpacionih razloga. Što više, u svjetlu tzv. razvojnog rizika kao eksculpacionog razloga, mnogi su spremni dokazati da se ustvari ovdje i ne radi o strogoj, objektivnoj odgovornosti, nego tek o pukom prebacivanju tereta dokazivanja krivice", N. Misita, o. c., str. 220. i 221.

³⁸ Naravno, mislimo na višu silu koja je dovela do nedostatka na proizvodu (kojeg je proizvođač mogao i morao otkriti) prije stavljanja proizvoda u promet.

³⁹ Pored klasičnih razloga isključenja ili ograničenja odgovornosti proizvođača za proizvod s nedostatkom (viša sila – nakon stavljanja proizvoda u promet, radnja oštećene osobe ili osobe za koju ona odgovara koja je izazvala ili pridonijela nastanku štete, radnja treće osobe koja je isključivo uzrokovala štetu) Direktiva (čl. 7.) određuje da proizvođač neće odgovarati ako dokaže: da nije stavio

Pojam proizvođača - Kao glavnu odgovornu osobu Direktiva predviđa proizvođača. Pojam proizvođača određen je dosta široko i obuhvaća: 1. proizvođača finalnog proizvoda; 2. proizvođača sirovine od koje je proizvod napravljen; 3. proizvođača sastavnog dijela odnosno neke od komponenata (koji su ugrađeni u drugu pokretnu ili nepokretnu stvar) u čijem je procesu proizvodnje nastao nedostatak;⁴⁰ 4. osobu koja se stavljanjem svog imena, robnog znaka ili neki drugi način predstavlja kao proizvođač; 5. uvoznika na područje Europske unije (ako se proizvodi uvoze radi prodaje, iznajmljivanja, davanja u lizing ili bilo koji drugi oblik distribucije u granicama njegovog predmeta poslovanja); 6. dobavljača (liferanta) odnosno prodavatelja, ukoliko se ne može utvrditi tko je proizvođač, odnosno ako se radi o uvezenom proizvodu, ukoliko se ne može utvrditi identitet uvoznika u Europsku uniju (čak i ako je strani proizvođač poznat).⁴¹ Ako je više osoba odgovorno za istu štetu prema pravilima Direktive njihova je odgovornost solidarna. Odredbe nacionalnih zakonodavstava primjenjuju se glede regresnih zahtjeva između solidarno odgovornih osoba. Široko definiranje "proizvođača" ima posebno praktično značenje za postizanje maksimalne zaštite potrošača.

Za proizvod s nedostatkom u načelu odgovara proizvođač finalnog proizvoda, jer je on taj koji stavlja proizvod u promet. Međutim, pored njega ili samostalno (po načelu uzročnosti, kao i finalni proizvođač), odgovara i proizvođač sastavnog dijela, ako oštećenik dokaže da sastavni dio ima nedostatak.⁴² Također, uvjet odgovornosti proizvođača sastavnog dijela je da je znao ili morao znati za moguće svrhe uporabe sastavnog dijela.⁴³ Oštećenik može tražiti naknadu štete od proizvođača finalnog proizvoda, proizvođača sastavnog dijela ili od obojice.

proizvod u promet; da, s obzirom na okolnosti slučaja, nedostatak vjerojatno nije postojao u trenutku stavljanja proizvoda u promet ili da je nedostatak nastao kasnije; da proizvod nije bio namijenjen prodaji ili nekom drugom obliku distribucije, niti je proizveden ili distribuiran u okviru profesionalne djelatnosti; da je nedostatak posljedice usklađivanja proizvoda s prinudnim propisima javne vlasti o načinu izrade proizvoda odnosno standardima sigurnosti i kvalitete koje mora zadovoljiti pojedini proizvod; da stupanj znanstveno-tehničkog razvoja u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije bio takav da je omogućavao otkrivanje postojanja nedostatka tzv. obrana razvojnim rizikom; da je u pitanju pogrešna uporaba sastavnog dijela ili komponente proizvoda od strane finalnog proizvođača.

⁴⁰ Odredba čl. 7.(f) Direktive isključuje odgovornost proizvođača sastavnog dijela finalnog proizvoda ako dokaže da je nedostatak na sastavnom dijelu proizvoda posljedica njegovog uklapanja u cijeli proizvod ili instrukcija dobivenih od finalnog proizvođača.

⁴¹ Dobavljač se može osloboditi odgovornosti ukoliko u razumnom roku otkrije identitet proizvođača ili svog dobavljača, a ako se radi o uvezenom proizvodu, identitet uvoznika. Neki autori (T. Jelić, *Građansko-pravna odgovornost za štetu koju je prouzročio proizvod s nedostatkom*, Informator, br. 4810., 2000., str. 8.) ističu problem stvarnog namirenja oštećene osobe od sljedećeg imenovanog dobavljača kada je tako imenovani dobavljač mrtav, insolventan ili, ako je pravna osoba, brisan iz sudskog registra.

⁴² Tako: H. Momčinović, *Odgovornost za štetu od proizvoda s nedostatkom*, Informator br. 2917., Zagreb, 1982., str. 16.;

⁴³ "Nedostatak proizvoda, naime, kao uslov za odgovornost nije objektivna činjenica već zavisi i od svrhe upotrebe proizvoda, tako da isti poluproizvod može biti za određenu svrhu bezopasan (npr. za

Odgovornost proizvođača prema oštećenoj osobi ne može biti ograničena ili isključena nikakvim ugovornim ili drugim odredbama o ograničenju ili isključenju odgovornosti (čl. 12. Direktive).⁴⁴

Komunitarno pravo odgovornosti za štetu od proizvoda "dizajnirano" je tako da oštećena osoba uvijek može pronaći odgovornu osobu unutar Europske unije.

Pojam proizvoda s nedostatkom za koji proizvođač odgovara - Pojam proizvoda definiran je u čl. 2. Direktive. Proizvod su sve pokretne stvari, čak i ako su ugrađene u drugu pokretninu ili nekretninu, s izuzećem primarnih poljoprivrednih proizvoda, divljači i nuklearne energije. Proizvodom u smislu Direktive smatra se i električna energija. Pod primarnim poljoprivrednim proizvodima razumijevaju se proizvodi tla, proizvodi dobiveni uzgojem stoke i ribarski proizvodi (u širem smislu), izuzev (poljoprivrednih) proizvoda koju su prošli početnu obradu.⁴⁵ Prema odredbi čl. 15. st. 1. (a) Direktive države članice mogu u pojam proizvoda uključiti primarne poljoprivredne proizvode i divljač.⁴⁶ Pojam primarni poljoprivredni proizvodi ovdje se uglavnom odnosi na robe i sirovine poljoprivrednog podrijetla u neprerađenom ili neznatno prerađenom stanju (npr. žitarice, mlijeko, jaja i sl.), dok se pod pojmom poljoprivredni proizvodi podrazumijevaju uglavnom proizvodi nastali preradom

stočnu hranu), a za drugu svrhu opasan (npr. za ljudsku hranu). Uzrok nedostatka se može, dakle, nalaziti i u određivanju namjene finalnog proizvoda, što će učiniti finalni proizvođač. Pored toga finalni proizvođač predstavlja na tržištu proizvod kao svoj i implicitno ili eksplicitno tvrdi da proizvod odgovara za normalnu upotrebu. Navedene činjenice govore u kontekstu argumenata za objektivnu odgovornost, da proizvođač finalnog proizvoda odgovara kako za svoje greške tako i za greške proizvođača sastavnih dijelova. Finalni proizvođač, naravno, ima mogućnost da traži naknadu od proizvođača sastavnog dijela, koji je znao ili morao znati za svrhu upotrebe njegovog proizvoda, pa je prouzrokovao nastanak nedostatka.", J. Sekolec, o. c., str. 29.

⁴⁴ *Klauzule neodgovornosti* (klauzule o isključenju ili ograničenju odgovornosti) ili *klauzule egzoneracije* moguće su samo kod ugovorne odgovornosti za štetu, dok je izvanugovornu odgovornost nemoguće prethodno isključiti., Tako: S. Petrić, o. c., str. 394.; Vidi: A. Čirić, *Klauzule egzoneracije u svjetlu Principa evropskog i uporednog ugovornog prava*, Zbornik referata sa Savjetovanja održanog 15. i 16. 11. 2001. na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, Kragujevac, 2001., 227. – 246.

⁴⁵ Čl. 2. Direktive nije izričito odredio (određivao) što se podrazumijeva pod *početnom preradom*, ali se u stavku 3. preambule spominje *prerada industrijske naravi* (npr. kuhanje, zračenje, konzerviranje, zamrzavanje, pasteuriziranje, pakiranje, sušenje, etiketiranje, ali vjerojatno ne i sortiranje, pranje ili klasiranje) *koja bi mogla prouzročiti nedostatke na takvim proizvodima.*, Vidi: A. Geddes, *Product and Service Liability in the EEC*, London, 1992., str. 13. i 14.

⁴⁶ Ovo je jedna od tri opcijske odredbe koje predviđa Direktiva. Naime, uzimajući u obzir različite pravne tradicije, Direktiva dopušta mogućnost da države članice odstupe od pravila odredbe čl. 2. st. 1.(a) (uključenjem primarnih poljoprivrednih proizvoda u pojam proizvoda za koji proizvođač odgovara), čl. 7. (e) (isključenjem mogućnosti oslobođanja od odgovornosti obranom tzv. razvojnim rizikom) i čl. 16. (utvrđivanjem financijske granice odgovornosti proizvođača od najmanje 70 milijuna eura za štete prouzročene istim proizvodima s istim nedostatkom). Nakon krize s "kravljim ludilom" Komisija je podnijela prijedlog da se načelo objektivne odgovornosti proizvođača za proizvode s nedostatkom proširi na primarne poljoprivredne proizvode i divljač. Direktiva iz 1999. godine sada obvezuje države članice da prošire djelokrug objektivne odgovornosti i na poljoprivredne proizvode koji nisu prošli početnu obradu.

primarnih poljoprivrednih proizvoda i sirovina (npr. pekarski proizvodi, gotova jela, konzervirano i smrznuto voće i povrće i sl.).⁴⁷

Pored toga što se pojam "proizvoda" treba tumačiti vrlo široko, javljaju se dvojbe, nejasnoće i problemi glede nekih specifičnih proizvoda kao što su: softver, proizvodi biotehnoške industrije (npr. genetički modificirani organizmi – GMO),⁴⁸ otpad, rabljeni ili prerađeni proizvodi, ljudska krv i krvni pripravci, ljudsko tkivo, komponente ili sastavni dijelovi proizvoda itd.).⁴⁹

Softver (engl. *Software*)⁵⁰ i *hardver* (engl. *Hardware*)⁵¹ – Pitanje odgovornosti za štetu od softvera s nedostatkom poprima veliku važnost i predstavlja novi izazov za pravnu znanost i praksu, jer se softver sve više koristi u mnogim segmentima našeg života i naš život u velikoj mjeri ovisi o njemu.⁵² Mnogo je slučajeva gdje je softver (s nedostatkom) prouzročio štetu na čovjekovim materijalnim i nematerijalnim dobrima.⁵³

Budući da se Direktiva ne odnosi izričito na softver, njezina primjena ovisi o izuzetno bitnom pitanju može li se softver promatrati kao proizvod. Točna pravna priroda softvera (i priroda softvera s nedostatkom)⁵⁴ bila je predmet mnogih stručnih rasprava. Međutim, do danas u europskom pravu nije riješena dvojba da li je softver proizvod koji potpada pod režim Direktive ili je nešto drugo (npr. usluga).

Razlog zbog kojeg bi softver mogao biti isključen iz okvira "proizvoda" može ležati u stajalištu da je softver nematerijalan. Softver nije fizička ili materijalna stvar - bit softvera ne leži u rasporedu magnetnih čestica na disketi kao što ni bit knjige ne leži u obliku slova stranicama.⁵⁵ Iako se u Direktiva ne spominje materijalnost, izgleda da se ona ne odnosi na namaterijalne proizvode. Taj se zaključak izvodi iz

⁴⁷ Vidi: Ž. Šuman, *Neki problemi globalne trgovine poljoprivrednim proizvodima na pragu 21. stoljeća*, Mostar, 1999., str. 157.

⁴⁸ Na sljedećim Internet adresama može se pronaći više o GMO: www.ekologija.net; www.greenpeace.it/org.htm; www.acu.it/gene.htm; www.sanit.it/biotec/Ogm.htm; www.palazzochigi.it/Biotecnologie.htm; www.cspinet.org.

⁴⁹ Naravno, zbog ograničenog prostora rada dali smo samo sažetak i zaključke naših promišljanja glede primjene Direktive na neke proizvode.

⁵⁰ *Softver je dio računalnog sustava koji nema fizikalnih dimenzija; opći pojam za sve programe; popis naredaba računala; naziv za programe i upute koji se primjenjuju u radu s računalima; sve vrste programa, programskih jezika itd.*, M. Kiš, *Informatički rječnik*, Zagreb, 2000., str. 847.

⁵¹ *Hardver su fizički elektronički dijelovi računala; skupni naziv za sve materijalne dijelove računala i prateće uređaje (kućište, čipovi, elektronički sklopovi, kabeli, međusklopovi, tipkovnica, monitor i sl.)*, M. Kiš, o. c., str. 445.

⁵² Vidi: D. Bainbridge, *Introduction to Computer Law*, London, 2000., str. 182. – 204.

⁵³ Masovna "panika" izazvana tzv. *milenijskim bagom* svjedoči o našoj ovisnosti o informativnoj tehnologiji. Zanimljiv je podatak da troškovi omogućavanja ispravnog funkcioniranja računalnih sustava s nastupanjem 2000. godine nadmašuju financijske troškove rata u Vijetnamu.

⁵⁴ Vidi: I. J. Lloyd, *Information Technology Law*, London, Edinburgh, Dublin, 1997., str. 409. i 410.

⁵⁵ O. Molinari, *Liability in the Information Society: Software Contracts and Quality*, United Arab Emirates, 2002., str. 1., [www.molinarilegal.com/pdfs/liab\(2\).pdf](http://www.molinarilegal.com/pdfs/liab(2).pdf)

činjenice što se za električnu energiju u Direktivi izričito kaže da je proizvod, što navodi na zaključak da su sve ostale nematerijalne stvari isključene po osnovi pravila *unius inclusio est alterius exclusio* (uključenje jednog isključuje ostalo).⁵⁶ Materijalnost se pokatkad izvodi iz razlike između materijalnog nosača softvera (programski disk ili CD Rom) i sadržaja softvera (informacije sadržane u samom softveru). Na temelju toga se tvrdi da je prvo proizvod i da Direktiva jasno vrijedi za taj proizvod, dok drugo nije proizvod. U situacijama kada se softver prenosi neovisno od materijalnog nosača, npr. putem globalne računalne mreže, Direktiva se neće primjenjivati, ali ako je softver ugrađen u materijalni nosač, Direktiva će se primjenjivati. Ova bi razlika mogla dovesti do vrlo nepravednih rezultata za oštećenu osobu kojoj je sasvim svejedno na koji je način softver stečen.

Postoje mišljenja da je standardni softver ili softver namijenjen širem krugu korisnika i koji se nalazi u prodaji "na policama" trgovina (npr. programski paket koji se sastoji od medija – diska, diskete i sl. s licenciranim programima, priručnika, registracijske kartice i ostalog materijala) proizvod koji potpada pod definiciju proizvoda iz Direktive, dok softver posebno napravljen za točno određenog pojedinca znači pružanje usluge. Smatramo da i jedan i drugi softver predstavljaju proizvod, jer softver koji je danas namijenjen samo određenom klijentu, sutra može postati standard i prodavati se na masovnom tržištu.

Oštećenoj osobi je sasvim svejedno je li softver materijalan ili nije, da li se radi o standardnom softveru (*standard software*), softveru po mjeri posebne grupe potrošača (*made to measure*) ili softveru proizvedenom po narudžbi točno određenog potrošača (*customized software*), jer on samo zna za štetu koja mu je prouzročena.⁵⁷

Smatramo da su softver i hardver proizvodi na koje bi se Direktiva trebala primjenjivati.

U području biotehnologije i genetičkog inženjeringa suvremena znanost je omogućila stvaranje (genetički modificiranih) proizvoda (npr. transgenetička hrana) koji nose ozbiljan rizik za ljudsko zdravlje i okoliš.⁵⁸ Ako GMO – proizvod koji je

⁵⁶ K. Alheit, o. c., str. 200.

⁵⁷ Vidi: O. Molinari, *Liability in the Information Society: Software, information and the legal environment*, United Arab Emirates, 2002., str. 3., [www.molinarilegal.com/pdfs/liab\(3\).pdf](http://www.molinarilegal.com/pdfs/liab(3).pdf)

⁵⁸ *Genetski modificirani (izmijenjeni) organizmi* – proizvodi uzrok su žestokih sukoba i kontroverzi. Europljani izražavaju snažan otpor prema genetički modificiranoj hrani, dok je istodobno drugi dio razvijenog svijeta (SAD) zabrinut zbog mogućih trgovinskih restrikcija na izvoz takvih proizvoda i gubitka profita. Mnogi tvrde da je genetički inženjering spoj loše znanosti i velikog biznisa, dok drugi smatraju da biotehnologija i genetički inženjering obećava održivi razvitak na području poljoprivrede, ljudskog zdravlja i zaštite okoliša. Problematiku GMO-a Vlada RH je (napokon) odlučila regulirati Zakonom o zaštiti prirode (Ministarstvo zaštite okoliša), Zakonom o hrani (Ministarstvo zdravstva), Zakonom o genetički modificiranim organizmima (Ministarstvo poljoprivrede). Iz predloženih zakona proizlazi da u Hrvatskoj neće biti zabranjen uvoz genetički izmijenjene hrane, ali će se provoditi nadzor stavljanja na tržište namirnica koje sadrže ili su načinjene od genetski izmijenjenih organizama, i na svakoj namirnici morat će pisati "sadrži GMO", naravno ukoliko proizvod sadrži određeni procent genetičkog materijala. U pravu Europske unije dvojbe i problemi vezani za GMO zauzimaju izuzetno značajno mjesto. To se može vidjeti i prema broju donesenih direktiva i uredbi vezanih za GMO

stavljen u promet ne daje sigurnost koja se razumno mogla očekivati, smatrat će se da ima nedostatak, te će proizvođač takvog proizvoda (s nedostatkom) odgovarati (bez obzira na krivnju) za štete nastale od nedostatka.⁵⁹

Bez obzira što je samo električna energija izričito uključena pod definiciju proizvoda, smatramo da se Direktiva odnosi i na toplotnu energiju, plin i vodu.

Ne dvojimo da su ljudska krv, krvni pripravci i tkiva proizvodi za koje se može odgovarati prema odredbama Direktive.

Nedostatak proizvoda – Proizvod s nedostatkom postoji kada ne daje sigurnost koju je osoba ovlaštena očekivati, uzimajući u obzir sve okolnosti, uključujući: prezentaciju proizvoda; uporabu koja se razumno mogla očekivati; i vrijeme kada je proizvod stavljen u promet (čl. 6. (1) Direktive).⁶⁰ Ukoliko se nakon stavljanja proizvoda u promet pojavi bolji (tehnološki perfektniji) proizvod, to ne znači da će se prethodni proizvod smatrati s nedostatkom (čl. 6. (2) Direktive). Mnogi autori postavljaju pitanje na koju ili kakvu se osobu odnosi definicija iz čl. 6. (1) Direktive (razumna osoba, prosječna osoba, prosječan potrošač, prosječan potrošač proizvoda koji je u pitanju, osoba određenih godina, spola, položaja, imovinskog stanja i sl.). Na ovo pitanje Direktiva ne daje odgovor i malo je slučajeva iz sudske prakse koji bi mogli pomoći. Ako je namjera uvesti standard razumne osobe, onda to znači ponovno uvođenje standarda krivnje, odnosno načela subjektivne odgovornosti.

(Regulation (EC) No 258/97 of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 concerning novel foods and novel food ingredients, Official Journal L 043, 14/02/1997; Council Directive 90/219/EEC of 23 April 1990 on the contained use of genetically modified micro-organisms Official Journal L 117, 08/05/1990 – no longer in force; Council Directive 90/220/EEC of 23 April 1990 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms Official Journal L 074, 19/03/1999; Council Directive 90/679/EEC of 26 November 1990 on the protection of workers from risks related to exposure to biological agents at work (seventh individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) Official Journal L 374, 31/12/1990 no longer in force; Council Directive 98/95/EC of 14 December 1998 amending, in respect of the consolidation of the internal market, genetically modified plant varieties and plant genetic resources, Directives 66/400/EEC, 66/401/EEC, 66/402/EEC, 66/403/EEC, 69/208/EEC, 70/457/EEC and 70/458/EEC on the marketing of beet seed, fodder plant seed, cereal seed, seed potatoes, seed of oil and fibre plants and vegetable seed and on the common catalogue of varieties of agricultural plant species Official Journal L 025, 01/02/1999; Council Directive 94/55/EC of 21 November 1994 on the approximation of the laws of the Member States with regard to the transport of dangerous goods by road, Official Journal L 319, 12/12/1994.). Vidi: www.ekologija.net/hrana/hrana.htm

⁵⁹ Vidi: L. Bergkamp, *Liability for Environmental Damages Caused by Deliberately Released Genetically Modified Organisms*, Environmental Liability Law Review, no. 14, 2000., str. 61. – 70. i 104. – 114.

⁶⁰ Za razliku od Direktive koja daje opći pojam nedostatka, američki *Restatement of the Law Third, Torts 3d: Products Liability* (American Law Institute - ALI) razlikuje tri vrste nedostatka proizvoda, i to: nedostatak u dizajnu (*design defect*), proizvodni nedostatak (*manufacturing defects*) i nedostatak u upozorenju (*warning defects*). Vidi: D. Owen, *Products Liability Law Restated*, South Carolina Law Review, vol. 49., 1998., str. 273. – 293.; W. L. Prosser, *Strict Liability to the Consumer in California*, Hastings Law Journal, vol. 50., 1999. (first published 1966.), str. 813. – 860.; J. W. Wade, V. E. Schwartz, K. Kelly, D. F. Partlett, *Cases and materials on torts* (Chapter XV. Product Liability), Westbury, New York, 1994., str. 720. – 769.

Naime, kakva bitna razlika postoji između dokaza da proizvod nije zadovoljio očekivanja razumne osobe i dokaza da je proizvođač postupao nerazumno u proizvodnji i stavljanju promet proizvoda?⁶¹ Pravni standardi (*razumno očekivana uporaba, ovlašteno očekivana sigurnost proizvoda*) uporabljeni u čl. 6. (1) Direktive nisu dovoljno precizni, te njihovo preciziranje ovisi o zakonodavstvu i sudskoj praksi država članica.⁶² Standard sigurnosti proizvoda mora biti prosuđivan prema objektivnom kriteriju, a ne prema subjektivnom očekivanju konkretnog potrošača koji je pretrpio štetu.

Pojam štete – Štete od proizvoda s nedostatkom, poput oblaka, pojavljuju se u različitim oblicima i veličinama.⁶³ Odredbama čl. 9. Direktive određene su vrste šteta za koje se može tražiti odnosno ostvariti naknada. Direktiva pod pojmom šteta podrazumijeva: štete prouzročene smrću ili tjelesnom ozljedom; štete zbog uništenja ili oštećenja drugih stvari, namijenjenih (objektivni kriterij) i uglavnom korištenih (subjektivni kriterij) za privatne potrebe ili potrošnju (tzv. osobna imovina), u odnosu na proizvod s nedostatkom, a čiji iznos nije manji od 500 ECU-a (danas 500 eura). Temeljem pravila Direktive ne nadoknađuje se šteta na samom proizvodu (nadoknađuje se samo po osnov ugovorne odgovornosti), zatim nematerijalna šteta, šteta na tzv. komercijalnoj imovini (namijenjenoj poslovanju) i tzv. čista imovinska šteta koja nije izravna posljedica povrede osobe ili oštećenja odnosno uništenja stvari (npr. izmakli profit).⁶⁴ Prema tome, sukladno odredbama Direktive, odgovara se samo za tzv. materijalnu štetu, dok su za nematerijalne štete mjerodavni opći propisi o odgovornosti za štete svake države članice Europske unije.

Nije nam jasno zbog čega je europski zakonodavac prihvatio reduciran pojam štete (za koju proizvođač odgovara) koji zasigurno ne doprinosi ostvarenju temeljnih načela i ciljeva Direktive.

Uzročno-posljedična veza štete i štetne radnje - Postoji niz posebnih problema koji se pojavljuju u području odgovornosti za proizvode s nedostatkom, ali ipak, nema sumnje, da je na ovom području, kao i na drugim, dokaz uzročnosti centralno i najosjetljivije pitanje, te je nužan uvjet (*conditio sine qua non*) odgovornosti (proizvođača). Dakle, u građanskopravnoj odgovornosti za naknadu štete nastale od proizvoda s nedostatkom jedna od nužnih pretpostavki (koja se u pravilu ne predmijeva) je postojanje uzročne veze između štete i štetne radnje, odnosno, u ovom slučaju, između štete i proizvoda s nedostatkom. Bez uzročne veze nema ni štetnikove odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom. Kada ne bi bilo kauzalne veze, tj. ako bi se šteta nadoknađivala uvijek, bez obzira tko ju je prouzro-

⁶¹ M. Mildred, *Product Liability and Electromagnetic Fields*, London, 2001., str.2.; Navedeni rad je dostupan na sljedećoj web adresi; www.era.int/www/pdf/emf_conf/mildred_text.pdf

⁶² Strogost režima objektivne odgovornosti proizvođača i s ovom odredbom je dovedena u pitanje.

⁶³ Usporedi: J. J. Darby, *The USA! Recent Developements in Product Liability Law in the United States*, Zeitschrift für Europerechtliche Studien, Nr. 1., Saarbrücken, 2002., str. 107.

⁶⁴ P. Klarić, *Odgovornost za štete nastale uporabom medicinskih tehničkih uređaja*, Pravo u gospodarstvu, vol. 41., br. 4., Zagreb, 2002., str. 85.

kovao, kada bi osoba koja je prouzročila štetu ostala anonimna, tada bi takva naknada izlazila iz domena građanskopravne odgovornosti.⁶⁵ Prema čl. 4. Direktive oštećenik je dužan dokazati štetu, nedostatak i uzročnu vezu između mane stvari i štete koja mu je nastupila. Oštećeni će relativno lako dokazati uzročnost u tzv. normalnim okolnostima. Međutim, u određenim slučajevima, vrlo je teško dokazati kauzalitet (tehnički složeni proizvodi, veliki troškovi vještačenja, fizički nestanak proizvoda s nedostatkom itd.). Razlog pravičnosti, težina i specifičnost dokazivanja kauzaliteta između mane stvari i štete zahtijeva da se ispita mogućnost olakšanja dokazivanja uzročne veze, naravno uvijek ostajući u okvirima građanskopravne odgovornosti. To je moguće postići putem elastičnog i proširenog dokazivanja uzročnosti pomoću pretpostavki o uzročnosti koje olakšavaju položaj oštećenika, te pružaju mogućnost da štetu ne snosi on, nego vjerojatni uzročnik. U tom smislu, trebalo bi ozbiljno analizirati mogućnost da proizvođač odgovara za štetu od (njegovog) proizvoda s nedostatkom, ne samo kada je dokazano da šteta potječe od njegovog proizvoda, nego i kada je (samo) vjerojatno da je šteta nastala od njegovog proizvoda. Prema tome, navedena dokazna olakšica u korist oštećene osobe postoji kada je prouzročena šteta tipična i vjerojatno nastala od proizvoda s nedostatkom, uzimajući u obzir redoviti tijek stvari i postojeće životno iskustvo.⁶⁶

Potrošači rijetko imaju znanje, iskustvo, financijska i tehnička sredstva potrebna za dokazivanje mane proizvoda, posebice u slučaju tehnički veoma složenih proizvoda. Proizvođači imaju daleko veća sredstva pomoću kojih mogu dokazati nepostojanje greške na proizvodu. Zbog tog razloga postoji prijedlog da bi teret dokazivanja kauzaliteta trebalo prebaciti na proizvođača.⁶⁷ Ako oštećeni dokaže da je pretrpio povredu zbog proizvoda, i to proizvoda s nedostatkom, treba zaključiti da postoji uzročnost. Naime, u "tipičnim situacijama" sudu bi bilo moguće utvrditi postojanje nedostatka ili uzročno-posljedičnog odnosa između mane proizvoda i štete, stavljajući na teret proizvođaču da dokaže suprotno. Ovakav prijedlog (obrtanje tereta dokazivanja) naišao je na opću kritiku. Istican je argument tehničke prirode, a to je da su okolnosti u kojima bi ova pretpostavka vrijedila sasvim nejasne, tj. što bi to bila "tipična situacija". Industrijalci tvrde da bi to pravilo izazvalo poplavu tužbi, jer bi sama tvrdnja tužitelja (oštećenika) da je pretrpio štetu povlačila za sobom odgovornost i mogla bi ohrabriti neutemeljene i lažne zahtjeve. Tvrdnja da je neki proizvođač odgovoran mogla bi biti potpuno proizvoljna i netočna, te bi

⁶⁵ D. Stojanović, *Građanskopravna odgovornost za atomske štete prema trećim licima*, Beograd, 1965., str. 54.

⁶⁶ Ne smijemo zanemariti stajališta izražena u pravnoj teoriji i praksi o potrebi ublažavanja pravila o teretu dokazivanja oštećene osobe dokaznim olakšicama (u njegovu korist) u posebnim i precizno određenim situacijama. Ovdje se misli, prije svega, na spomenuti tzv. *dokaz na prvi pogled (prima facie)* i na *obrtanje tereta dokazivanja*.

⁶⁷ Taj "dramatičan" prijedlog iznijela je gđa. Dagmar Roth-Behrendt, njemački član Europskog parlamenta, izjaviteljica Odbora za okoliš, javno zdravlje i zaštitu potrošača. O tom, ali i drugim prijedlozima za izmjenu Direktive, vidi: C. Hodges, *Reform of Product Liability Directive 1998-1999*, London (McKenna & Co.), 1999.

dovela do ismijavanja pravnog sustava kad bi očito nevini proizvođači morali pobijati svoju (ne)odgovornost. Odgovornost zasnovana na tvrdnji vodi u anarhiju. Također, bilo je i drugih prigovora na izneseni prijedlog. Prebacivanje tereta dokazivanja u suprotnosti je sa znanstvenom metodologijom, koja je temelj za ekspertizu potrebnu da se dokaže npr. da je određeni proizvod prouzročio određeno zdravstveno stanje oštećenika. Znanstvena metodologija se temelji na postavljanju hipoteze i njezinom ispitivanju da se vidi može li se ona pobiti. Znanost ne može dokazivati negativnu tvrdnju. Nikakvo znanje ili iskustvo ne može npr. sa sigurnošću utvrditi da neki lijek ne izaziva smanjenje udova. Samo se može dokazati netočnost pozitivne tvrdnje. Kritičari, na kraju ističu da bi prebacivanje tereta dokazivanja nametnulo proizvođaču (nemoguć) teret dokazivanja negativne tvrdnje.

Potreba i nužnost da se pronađu metode koje oštećenima omogućavaju ili olakšavaju često vrlo teško ili gotovo nemoguće dokazivanje postojanja uzročne veze između mane proizvoda i štete, dovelo je do prijedloga da se u Europi usvoji odgovornost prema udjelu na tržištu ili tržišno podijeljena odgovornost (*Market Share Liability*). Naime, proizvodnja i distribucija istog proizvoda od različitih proizvođača česta je pojava. Određene proizvode (najčešće farmaceutske) u identičnom obliku prave i prodaju različiti proizvođači, obično na temelju ugovora o licenci. Što se događa ako se nakon određenog vremena ispostavi da je proizvod, kojeg su različiti proizvođači napravili u identičnom obliku, zbog nedostatka prouzročio štetu, ali oštećena osoba ne može identificirati točno određenog proizvođača proizvoda koji je koristila ili konzumirala i koji mu je prouzročio štetu? U tom slučaju, prema teoriji tržišno podijeljene odgovornosti, svi proizvođači navedenog proizvoda odgovaraju na temelju njihova udjela na tržištu, pretpostavljajući da se taj udio može utvrditi. Proizvođači (tuženici) će biti odgovorni za štetu koju je pretrpio oštećeni (tužitelj) razmjerno njihovom udjelu na tržištu ukoliko su ispunjeni određeni preduvjeti, i to: štetu mora prouzročiti proizvod koji je jedan od tipova proizvoda koje su proizveli u istom obliku svi tuženici tijekom perioda kada je oštećena strana pretrpjela štetu; oštećeni ne može identificirati proizvođača proizvoda koji je stvarno prouzročio štetu; proizvođači moraju predstavljati značajan udio na tržištu navedenog proizvoda. Tržišno podijeljena odgovornost na određeni način slabi ili ukida zahtjev dokazivanja uzročnosti. Naime, nakon što se utvrdi da tuženik pripada određenom sektoru proizvodnje, oštećena strana ne mora dokazivati da je tuženik napravio proizvod koji joj je stvarno prouzročio štetu. Drugim riječima, da bi izbjegao odgovornost, proizvođač mora dokazati da nije proizveo i stavio u promet proizvod koji je oštetio tužitelja.

Najbolji primjer i počeci teorije “odgovornosti na temelju udjela na tržištu” mogu se naći u odluci Vrhovnog suda Kalifornije u slučaju *Sindell v. Abbot Laboratories* iz 1980. godine. Između 1941. i 1971. godine više od 200 farmaceutskih laboratorija proizvodilo je i prodavalo *diethylstilbestrol*, poznatiji kao DES.⁶⁸ Istraživanja su pokazala da DES umjesto da sprječava pobačaj, izaziva

⁶⁸ M. A. Parra, *The Proof of a Causal Relationship – Damages Caused by Identical Products Made by Different Manufacturers*, *European Review of Private Law*, vol. 2., 1994., str. 418.

izuzetno negativne učinke. Naime, utvrđeno je da se kod kćeri majki koje su za vrijeme trudnoće uzimale DES razvio jedan oblik raka u uro-genitalnom sustavu. Jedna od oštećenih osoba tužila je 11 farmaceutskih tvrtki i suočena s nemogućnošću da identificira proizvođača proizvoda koji je stvarno prouzročio štetu (jer je prošlo dosta vremena od prodaje proizvoda), zahtijevala da svaki tuženik bude proglašen odgovornim razmjerno njegovom udjelu na tržištu.⁶⁹ Samo je jedan proizvođač DES-a izbjegao odgovornost, jer je uspio dokazati da je navedeni proizvod stavio u promet tek nakon što je tužiteljica rođena.

Iako je primijenjena u još nekoliko slučajeva (*McCormack v. Abbot Laboratories, Massachusetts*, 1985.) ova teorija nije šire primijenjena u SAD-u, nego je odbacivana jer se tržišni udio za proizvod koji su predstavljali tuženici smatrao nedovoljnim (10% u slučaju *Murphy v. E. R. Quibb and Sons Inc., California*, 1985.) ili je sud zahtijevao da oštećena osoba nužno mora identificirati proizvođača (*Burnside v. Abbot Laboratories, Pennsylvania*, 1985; *Mulcahy v. Eli Lilly and Co., Iowa*, 1986.).⁷⁰

Razvojni rizik (development risk) - U čl. 7.(e) Direktive predviđena je mogućnost da se proizvođač oslobodi odgovornosti ako dokaže da stupanj znanstveno-tehničkog, odnosno tehnološkog razvoja u vrijeme dok je proizvod bio pod njegovom kontrolom, odnosno u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije bio takav da je omogućavao otkrivanje postojanja nedostatka.⁷¹ Iscrpna i dugotrajna rasprava o obrani "razvojnim rizikom" temeljni je razlog zašto je Direktiva donijeta tek jedanaest godina nakon donošenja prvog nacrtu Direktive. Obrana razvojnim rizikom (*development risk defense*) nalik je na obranu dostignutim stupnjem razvoja znanosti i tehnike (*state of the art defense*) u Sjedinjenim Državama.⁷² Nema odgovornosti proizvođača ako na temelju dostignutog stupnja razvoja znanosti i tehnike u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije bilo moguće otkriti nedostatak na proizvodu. Ne uzima se u obzir stupanj razvoja znanosti i tehnike o kojem je proizvođač konkretno ili subjektivno bio ili mogao biti informiran, nego objektivni stupanj tehnološkog razvoja, uključujući i najviši stupanj razvoja, za kojeg se pretpostavlja da je proizvođač o njemu informiran u trenutku stavljanja konkretnog proizvoda u promet.⁷³ Prema tome, potrebno je da postoji apsolutna objektivna

⁶⁹ Zanimljivo je vidjeti kakva su stajališta glede tržišno podijeljene odgovornosti i tumačenja i primjene čl. 99., knjiga 6., nizozemskog Građanskog zakonika zauzeli nizozemski sudovi u slučaju tužbe (28. travnja 1986.) šest (DES) kćerki protiv deset farmaceutskih tvrtki., Vidi: E. Hondius, *A Dutch DES case: Pharmaceutical Jointly and Severally Liable*, *European Review of Private Law*, vol. 2., 1994., str. 409. – 413.

⁷⁰ M. A. Parra, o. c., str. 419.

⁷¹ "... the producer shall not be liable as a result of this Directive if he proves: ... (e) that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered ..."

⁷² J. Wootton, L. Lorbel, *Product Liability in Europe and the Role of the European Commission*, *Global Liability*, vol. 1., Washington, 2001., str. 1.

⁷³ H. W. Micklitz, *Wohin gehen wir – in den USA, in Europa?*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, Nr. 1., Saarbrücken, 2002., str. 95.

nemoćnost otkrivanja nedostatka na proizvodu, tj. proizvođač se ne može osloboditi odgovornosti dokazujući da iz nekog opravdanog ili neopravdanog razloga, nije bio upoznat sa stupnjem znanstvenog i tehničkog razvoja u svijetu i da zbog toga nije bio u stanju u vrijeme stavljanja proizvoda u promet otkriti nedostatak. Odredba čl. 7.(e) bila je, i još uvijek jest, jedna od prijepornih i u visokoj mjeri kontraverznih odredbi Direktive kojoj su pravnici praktičari i teoretičari dali različita značenja. Tom odredbom svi rizici vezani za razvoj i uvođenje novih proizvoda prebačeni su na potrošače. Ako je namjera Direktive zaštititi potrošača od proizvoda s nedostatkom, teško je razumjeti zašto proizvođač ne bi trebao odgovarati i za "razvojni rizik". U vrijeme kada je Direktiva pripremana, glavno pitanje o kojem se raspravljalo i oko kojeg su se proizvođači i potrošači "žestoko borili" jest pitanja "razvojnog rizika". Potrošači traže odgovornost proizvođača za svaku štetu koja je posljedica nedostatka, bez obzira što proizvođač takvu štetu nije mogao nikako unaprijed predvidjeti. Oni ističu da proizvođači novorazvijenih proizvoda, koji uživaju konkurentnu prednost uporabe novih tehnologija i koji mogu izvući ogroman profit nakon stavljanja u promet novih proizvoda, logično preuzimaju odgovornost u slučaju da se ti proizvodi pokažu neispravni. S druge strane, proizvođači ističu da je prebacivanje rizika razvoja na njih suviše težak teret i da bi se on loše odrazio na inovacije i spremnost stavljanja u promet novih proizvoda (posebice farmaceutskih) i zasigurno bi usporio tehnički napredak. U Europi je prihvaćeno solomonsko rješenje.⁷⁴ Obrana "razvojnim rizikom" unijeta je u Direktivu, ali je u čl. 15. (1) izričito predviđeno da svaka država članica može derogirati odredbe čl. 7. (e), odnosno isključiti mogućnost ovakvog oslobođanja od odgovornosti.⁷⁵ Kako sada stvari stoje, o ovom prijepornom pitanju, većina država članica je prihvatila "politiku favoriziranja industrije". Drugim riječima, većina država članica prihvatila je obranu "razvojnim rizikom".⁷⁶ Obrana "razvojnim rizikom" ima iznimno društveno-gospodarsko značenje i u pravno-političkom smislu opredjeljuje pravac razvoja

⁷⁴ V. Schwartz, *Content and Future of the Green Paper: An American Perspective*, Global Liability, vol. 1., Washington, 2001., str. 12

⁷⁵ Kvantitativno ograničenje odgovornosti je u izravnoj vezi s odgovornošću za "razvojni rizik". Naime, kada su tri države članice uvele kvantitativno ograničenje u svoje nacionalno pravo, u isto vrijeme su predvidjele ograničenje odgovornosti za "razvojni rizik" (osim, u Njemačkoj za lijekove, u Španjolskoj za lijekove i prehrambene proizvode, u Francuskoj za proizvode koji potječu od ljudskog tijela). Samo je u Luxembourg i Finskoj predviđena odgovornost za "razvojni rizik", ali nema kvantitativnog ograničenja odgovornosti. U ostalim državama članicama nema odgovornosti za "razvojni rizik". Obrana "razvojnim rizikom" usvojena je i u Japanu, Kini, Australiji i mnogim drugim državama u svijetu.

⁷⁶ Prihvaćanja obrane "razvojnim rizikom" prezentirano je u Nizozemskoj u slučaju krvi zaražene virusom HIV-a. Nizozemski sud je krajem devedesetih godina zauzeo stajalište da je svaka krv koja nije 100 % čista od ovog virusa neispravna. Ovaj visoki zahtjev (čistoće krvi) pokazuje da sudovi pristupaju pojmu sigurnog proizvoda vrlo široko, te pokazuje striktan pristup sudova očekivanjima potrošača i definiciji nedostatka. Međutim, u navedenom slučaju sud ističe da u trenutku kada je proizvod stavljen u promet (između početka i sredine devedesetih godina), s obzirom na stupanj razvoja znanosti i tehnike, nedostatak (postojanje virusa u krvi) nije bilo moguće otkriti. Nekoliko mjeseci kasnije (medicinska) znanost je uznapredovala i nedostatak je mogao biti otkriven. Ali to nije bitno za navedeni

komunitarnog prava odgovornosti za štetu od proizvoda.⁷⁷ Smatramo da je nepravilno na oštećenika prebacivati rizik razvoja znanosti i tehnike i time ga opteretiti štetama od proizvoda koje su posljedica tzv. razvojnog rizika. Prema tome, glede razvojnog rizika pojam sigurnog proizvoda treba tumačiti maksimalno široko i proizvođača činiti odgovornim za sve štete koje proizvod uzrokovao, i pored toga što nije mogao takvu štetu unaprijed predvidjeti i izbjeći.

Izlaganje o problematici obrane "razvojnim rizikom" ne bi bilo potpuno ako se ne bismo osvrnuli na dvije izuzetno bitne presude. Odluka Suda pravde u slučaju *Commision v. United Kingdom* (C-300/95, 1997) i odluka engleskog suca Burtona J u slučaju *A and Others v. National Blood Authority and Others*⁷⁸ od posebnog značenja su jer nude mjerodavnu sudsku interpretaciju članka 7.(e) Direktive i članka 4.(1)(e)⁷⁹ engleskog Zakona o zaštiti potrošača, iz 1987. godine (*Consumer Protection Act 1987*). Svakako je nemoguće u kratkim potezima prikazati iscrpno ispitivanje teških pravnih pitanja i činjenica koje ti slučajevi sadrže, ali ćemo ovdje pokušati dati samo skromnu analizu. Odluka Burtona J sadrži najdetaljniju analizu Zakona o zaštiti potrošača koju je ikada dosad učinio neki engleski sud. Pozadina navedenog slučaja, koji uključuje 114 zahtjeva za naknadu štete zbog infekcije tužitelja hepatitis C virusom iz krvi i krvnih proizvoda (davatelja) koje su isporučili tuženici od 1. ožujka 1988. godine, kompleksna je i tragična. Temeljno je obilježje slučaja da je tijekom perioda infekcije rizik od infekcije virusa ("non-A i non-B") hepatitisa (HNANB)⁸⁰ općenito poznat medicinskoj profesiji i "proizvođačima krvi", ali da je rizik infekcije od hepatitis C-virusa nemoguće izbjeći zato što hepatitis

slučaj, jer u trenutku štetne radnje, tj. stavljanja proizvoda s nedostatkom u promet nedostatak nije mogao biti otkriven. Dakle, u ovom slučaju obrana "razvojnim rizikom" je uspjela. Podaci navedeni prema: C. Hodges, o. c., str. 4.

⁷⁷ Usporedi: R. Vukadinović, *Odgovornost za štetu od proizvoda s nedostatkom u okviru EEZ-a*, Pravni život br. 9-10, Beograd, 1992., str. 2184.

⁷⁸ *The All England Law Reports Anual Review 2001.*, vol. 3., str. 289. – 392.

⁷⁹ "In any civil proceedings by virtue of this Part againts any person (the person proceeded against) in respect of a defect in a product it shall be a defence for him to show: ... that the state of scientific and techincl knowledge at the relevant time (the time of supply) was not such that a producer of products of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they were under his control."

⁸⁰ Virusni hepatitis je od davnina poznata bolest, no tek je posljednjih trideset godina otkriveno niz pojedinosti o virusima (uzročnicima ove bolesti). Naziv "non-A i non-B" (HNANB) hepatitis uveden je 1975. da bi se označili česti posttransfuzijski hepatitisi u kojih su serološki testovi za dokazivanje hepatitis A virusa, hepatitis B-virusa, citomegalovirusa i Epstein-Barrova virusa bili negativni. Uspješnim prenošenjem HNANB-a na čimpanze 1978. godine od davatelja krvi upletenih u razvoj posttransfuzijskog HNANB-a, potvrđeno je postojanje trećeg tipa virususnog hepatitisa. Tijekom 1988. godine prvi put je otkriven virus bez porasta u kulturi tkiva ili bez vizualizacije pod elektronskim mikroskopom. Tijekom 1989. godine uvodi se prva generacija testova za dokaz antitijela prema hepatitis C-virusu, a 1991. godine i druga generacija testova. Već od 1990. godine posebnom tehnikom može se dokazati dio genoma hepatitisa C-virusa u krvi pojedinaca inficiranih hepatitis C-virusom. Podaci navedeni prema: D. Palmović, *Virusni hepatitis*, Zagreb, 1995.

C-virus nije otkriven ili identificiran sve do proljeća 1988. godine.^{81, 82} Burton J. smatrao je da su krv i krvni pripravci "proizvodi" i da su bili neispravni (s nedostatkom).⁸³ On ističe da je šira javnost imala pravo očekivati da će krv koju prime transfuzijom biti slobodna od zaraze.⁸⁴ To što u određeno vrijeme nije bilo moguće izbjeći rizik da će mali procent krvi primljene transfuzijom biti zaražen virusom hepatitisa C, bilo je irelevantno. Bilo bi protuslovno svrsi Direktive dopustiti da proizvođač izbjegne odgovornost, jer je on, iako svjestan rizika, nastavio isporučivati proizvode jednostavno zato što nije mogao utvrditi hoće li se, i u kojem od njih, pojaviti nedostatak.⁸⁵ Burton J je došao do ovih zaključaka bez pomoći neke prethodne presude, ali je veliku važnost pridavao presudi Suda pravde u slučaju *Commission v. United Kingdom*. U ovom predmetu Komisija je tvrdila da Ujedinjeno Kraljevstvo nije pravilno ugradilo članak 7.(e) Direktive, jer članak 4.(1)(e) Zakona o zaštiti potrošača predviđa subjektivnu procjenu temeljenu na ponašanju razumnog proizvođača, a ne objektivni test koji zahtijeva Direktiva. Komisija je uvjeravala da je test u članku 7(e) Direktive objektivn u smislu da se on odnosi na opći stupanj tehnološkog razvoja, a ne na stupanj znanja konkretne osobe ili kategorije osoba. S druge strane, Ujedinjeno Kraljevstvo je odgovaralo da su testovi predviđeni dvjema odredbama isti i da su oba objektivna. Zakon o zaštiti potrošača podrazumijeva procjenu koja se odnosi na ono što se može očekivati od jednog razumnog proizvođača, ako ne i konkretnog proizvođača, određenog proizvoda. Direktiva od proizvođača traži da dokaže nemogućnost otkrivanja nedostatka, a ne činjenicu ili vjerojatnost da je neka osoba u istoj ili sličnoj situaciji kao njegova ne bi otkrila. Prema Zakonu o zaštiti potrošača, pak, dokaz da je proizvođač poduzeo uobičajene ili razumne korake u otkrivanju nedostatka, oslobađa ga odgovornosti. Stupanj

⁸¹ Tako: A. McDougall, N. Soper, *Consumer Protection Act 1987 (A and Other v. The National Blood Authority)*, Ashurst Morris Crisp, London, 2001., str. 1.

⁸² Vidi: R. Goldberg, *Paying for Bad Blood: Strict Product Liability after the Hepatitis C Litigation*, *Madical Law Review*, vol. 10., issue 2., Oxford University Press, 2002., str. 165. – 200.

⁸³ Vidi: *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage, and distribution of human blood and blood components and amending Council Directive 89/381/EEC*, COM(2000)0816 final; Tekst dostupan na Internet adresi: www.europa.eu.int/eurlex/en/com/pdf/2000/d; *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council setting standards of quality and safety for the collection, testing, processing, storage, and distribution of human blood and blood components and amending Council Directive 89/381/EEC*, COM/2001/0692 final; Tekst dostupan na: www.europa.eu.int/eurlex/en/com/pdf/2001/en_501PC0692.pdf

⁸⁴ Obrana je isticala da javnost nije imala pravo očekivati 100 % čistu krv. Najviše je opravdano mogla očekivati da su sve mjere predostrožnosti, ili u ovom slučaju testovi, izvršene. Drugim riječima, ističe obrana, nije opravdano očekivati da će krv biti slobodna od ovih neizbježnih rizika.

⁸⁵ Takav restriktivan pristup članku 7(e) Direktive jasno je izražen i u nekim drugim slučajevima, kao npr: *Abouzaid v. Mothercare (UK) Ltd*; *Richardson v. LRC Products Ltd*; *German Bottle Case (German Federal Supreme Court, 9. May 1995)*. Slučajevi navedeni prema: C. J. Miller, *Consumer Law*, The All England Law Reports Annual Review 2001., str. 100.

znanstvenog i tehničkog znanja mora se tumačiti tako da obuhvaća sve podatke u informacijskom krugu znanstvene zajednice u cjelini, imajući na umu, na temelju testa razumnosti, stvarnu mogućnost kolanja informacija. Ugradnja testa razumnosti u obranu znači, zapravo, ponovno uvođenje na mala vrata odgovornosti na temelju krivnje, mada s obrnutim teretom dokazivanja. Komisija je kao primjer navela slučaj proizvođača kemikalija koji nije pročitao članak u jednom znanstvenom časopisu u kojem je jasno utvrđen rizik oštećenja stanica ljudi izloženih jednoj kemikaliji koju je proizvela ova kompanija. Jasno je da bi u ovim okolnostima prema Zakonu o zaštiti potrošača ovo bila održiva obrana (jer se od proizvođača kemikalija nije moglo očekivati da otkrije nedostatak), ali ne i prema Direktivi (jer je jasno da se nedostatak mogao otkriti). Komentatori Zakona o zaštiti potrošača ili preciznije komentatori sporne odredbe članka 4.(1)(e), ističu kako činjenica da je nedostatak mogao biti otkriven (ili je otkriven) npr. od strane sveučilišnih istraživača, koje proizvođač opravdano nije konzultirao, neće učiniti proizvođača odgovornim.⁸⁶ Naime, ne bi bilo razumno očekivati od proizvođača da bude upoznat s istraživanjem koje je obavljeno na nekom (od njega) udaljenom sveučilištu, te objavljeno u sveučilišnom znanstvenom časopisu koji je u optjecaju unutar granica određenog malog područja.⁸⁷ Prema tome, ako bi informacije bile objavljene samo u nekom nepoznatom stranom časopisu, proizvođač bi se, sukladno članku 4.(1)(e), mogao osloboditi odgovornosti. S druge strane, ako mu je relevantno znanstveno i tehničko znanje dostupno, od proizvođača se očekuje da ide u korak s njim. U praksi je bilo malo slučajeva u kojima se oslanjalo na ovu obranu. Jedan takav slučaj bio je na sjeveru Engleske gdje je gotovo 30 ljudi oboljelo od *botulizma* (bolest izazvana toksinom jednog anaerobnog bacila, *clostridium botulinum*, koji živi u površinskim slojevima zemlje, odakle dospijeva u nepotpune konzerve mesa, povrća i voća) nakon što su pojeli pire s lješnjakom. Laboratorijska su ispitivanja utvrdila da je konzervirani lješnjakov pire najvjerojatniji izvor toksina. Proizvođač pirea oslanjao se na obranu "razvojnim rizikom" i isticao da iako je bilo testova koji su mogli otkriti prisutnost toksina, nisu mu bila dostupna tehnička sredstva za takve testove, a takvi su testovi bili izvan uobičajenog ili rutinskog testiranja dostupnog proizvođačima dotičnog proizvoda. Također, istican je argument da testovi za koje imaju opremu i koje su obavili, nisu otkrili prisutnost toksina. Iako je ovaj slučaj riješen nakon što je proizvođač priznao krivnju, korištenje ove obrane u ovakvim okolnostima izazvalo je dosta uzbuđenja kad onih koji su se bojali da bi tekst članka 4.(1)(e) Zakona o zaštiti potrošača moga dopustiti proizvođačima da izbjegnu odgovornost braneći se otprilike riječima "od firme kao što je naša ne može se očekivati da koristi tehniku koje nemamo".⁸⁸

⁸⁶ Clerk & Lindsell on *Torts*, Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 555.

⁸⁷ Vidi: P. Giliker, S. Beckwith, *Tort*, (Chapter 9. Defective Products), Sweet & Maxwell, London, 2000., str. 217. – 219.

⁸⁸ Slučaj naveden prema: M. Mildred, *The Decline and Fall of Strict Liability*, Nottingham Law Journal, vol 7., 1998., 3.

Donoseći presudu 29. svibnja 1997. godine Sud pravde je potvrdio da članak 7.(e) Direktive postavlja objektivni standard i da nije usmjeren na pojedinačnu praksu i standarde sigurnosti koji se koriste u konkretnom industrijskom području, nego se tiče općeg stupnja znanstvenog i tehničkog znanja u vrijeme stavljanja proizvoda u promet, uključujući i najnapredniju razinu takvog znanja. To nije znanje o kojem je konkretni proizvođač subjektivno bio ili mogao biti obaviješten, nego je to objektivni stupanj znanstvenog i tehničkog znanja za koje se pretpostavlja da je proizvođač o njemu bio obaviješten. Sud je presudio da Komisija nije uspjela dokazati da je članak 4.(1)(e) Zakona o zaštiti potrošača protuslovan članku 7.(e) Direktive. Nema ničega, kaže Sud, što bi navelo na zaključak da britanski sudovi neće tumačiti članak 4.(1)(e) u svjetlu slova i svrhe Direktive.

Kvantitativno ograničenje odgovornosti za štete od proizvoda s nedostatkom -

Direktiva usvaja fiksnu sumu do (od) koje proizvođač odgovara za štetu od proizvoda s nedostatkom. Predviđena je i gornja i donja granica odgovornosti. Što se tiče gornje granice odgovornosti, člankom 16. Direktive propisano je da svaka država članica može proizvođačevu odgovornost za štete zbog smrti ili tjelesne povrede, koje su prouzročene identičnim proizvodima s istim nedostatkom, ograničiti do iznosa koji ne može biti manji od 70 milijuna ECU-a (sada 70 milijuna eura). Nije nam jasno zbog čega je postavljeno tako "nisko" financijsko ograničenje. Prigodom usvajanja Direktive istican je argument da je gornja granica od 70 milijuna eura na takvoj razini da može nadmašiti iznos šteta čak i u najkatastrofalnijim slučajevima koji su se tada mogli predvidjeti. Također, proizvođači ističu da bi povećanje ili nepostojanje gornje granice odgovornosti stvorilo neizvjesnost i nesigurnost u pravnom okviru koji uređuje odgovornost za štete od proizvoda. Ukoliko ne bi bilo navedenog ograničenja, mnoge kompanije ne bi mogli opstati u "sukobu" s velikim brojem zahtjeva za naknadu štete, jer jednostavno nemaju dovoljno sredstava nit pokrića osiguranjem. Premija za policu osiguranja koja pokriva ovu razinu šteta bila bi, ukoliko bi se uopće mogla dobiti, previsoka.⁸⁹ Poradi ovih razloga, ističu proizvođači, gornja granica financijske odgovornosti proizvođača treba ostati na istoj razini, ako ne treba biti i smanjena. Što ako je povrijeđen veći broj ljudi i njihovi zahtjevi za naknadu štete prijeđu navedeno ograničenje? Ukoliko su zahtjevi postavljeni u isto vrijeme, moguća je proporcionalna naknada. Međutim, ukoliko se zahtjevi postavljaju sukcesivno tijekom dužeg vremena, postavlja se pitanje može li se desiti da pojedini oštećenici dobiju samo dio odštete ili da je uopće ne dobiju? S ovakvim limitom praktično je to moguće. Naime, oštećenik koji je tražio naknadu štete poslije ostalih oštećenika može stoga ostati bez naknade. Ipak, bilo bi prilično nepraktično i besmisleno odgađati naknaditi štetu prvom uspješnom tužitelju da bismo vidjeli hoće li se pojaviti još tužitelja i kolika će biti visina njihove odštete.⁹⁰

⁸⁹ European Consumer Law Group, *Analysis of the Replies to the Commission Green Paper on Product Liability*, Bruxelles, 2000., str. 17.

⁹⁰ C. Hodges, *Report for the Services of the Commission of the Communities on the application of Directive 85/374/EEC*, 1994., u odlomku 26., str. 9. i 10.

Mišljenja smo da treba prihvatiti odgovornost proizvođača do granice do koje on može snositi tu odgovornost i da je ograničenje odgovornosti proizvođača za štetu od proizvoda s nedostatkom do jedne određene sume sasvim normalno. Međutim, ne smijemo dopustiti da oštećeni na kojem nema nikakve krivnje za štetu od proizvoda s nedostatkom dobije neodgovarajuću naknadu ili da ostane bez naknade zbog (kvantitativnog) ograničenja odgovornosti proizvođača. Smatramo da je gornja granica odgovornosti proizvođača niska te u cilju zaštite interesa oštećenih osoba, predlažemo da se granica odgovornosti proizvođača za štetu zbog smrti ili tjelesne povrede povisi.⁹¹ Što je s onim dijelom rizika koji nije pokrio proizvođač odnosno osiguravatelj (70 ili više milijuna eura)? Za takve rizike treba stvoriti poseban jamstveni ili kompenzacijski fond (posebice za farmaceutske proizvode) koji će predstavljati osiguranje za oštećene osobe da će šteta biti naknađena. Kompenzacijska sredstva bila bi osigurana javnim financiranjem ili financiranjem od strane proizvođača istog proizvodnog sektora (npr. sredstva za fond farmaceutske industrije osigurali bi proizvođači farmaceutskih proizvoda). Ovdje moramo napomenuti da je odgovornost za naknadu štetu od proizvoda s nedostatkom, prije svega, na proizvođaču (i njegovom osiguravatelju), koji ima najviše ekonomske koristi od proizvodnje i stavljanja u promet proizvoda. Nije poželjno prebacivati odgovornost na javnu vlast ili društvo u cjelini stvaranjem fonda za naknadu šteta iz sredstava javnih prihoda. Međutim, kada se radi o ogromnim štetama, proizvođači često nisu u stanju podnijeti rizik takvih šteta, niti je osiguranje u stanju da te štete pokrije. Kod šteta velikih razmjera intervencija države može biti neminovna i javni fondovi moraju biti ustrojeni prvenstveno da bi pomogli oštećenim osobama.⁹² To se dogodilo u mnogim državama EU (npr. Francuska, Španjolska, Danska i dr.) u slučaju zaraze virusom HIV-a, ali i u drugim slučajevima. Intervencija javne vlasti treba da bude posljednji korak u sustavu odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom, a ne prvi. Razlozi građanskopravnog jamstva države da će šteta biti naknađena kada poprimi ogromne razmjere, tj. kada prijeđe sumu koja je pokrivena odgovornošću proizvođača i koja je pokrivena osiguranjem, jesu sljedeći: 1. Odobravajući rad određenih proizvođača, čiji proizvodi (s nedostatkom) mogu prouzročiti kompleksne, tragične i ogromne štete (npr. proizvođači medicinskih proizvoda i lijekova), država je na neki način jamčila rizik štete od proizvoda koje je odobrila 2. U interesu države je dio odgovornosti za (katastrofalne) štete od proizvoda s nedostatkom preuzeti na sebe, kako bi povećala socijalno blagostanje građana; 3. Tradicionalna, normalna i logična je intervencija države u slučaju šteta ogromnih razmjera.⁹³ Ako ikada budu ostvareni uvjeti da proizvođač odnosno

⁹¹ Bez obzira što smatramo da je gornja granica odgovornosti proizvođača niska, ne možemo se složiti sa stajalištem (The Law Reform Commission of Hong Kong, *Report on Civil Liability for Unsafe Products*, 1998., u odlomku 7.75) da je ona proizvoljna i neprovediva, te da zbog toga ne treba postojati.

⁹² Vidi: Green Paper "*Liability for Defective Products*", Report prepared by Instituto Nacional del Consumo, Ministry of Health & Consumer Affairs, Madrid, 1999.

⁹³ Vidi: D. Stojanović, o. c., str. 70. – 75.

osiguravatelj pokrije sve štete od proizvoda s nedostatkom, tada intervencija države neće biti nužna.

Što se tiče donje granice odgovornosti, odredbom članka 9. Direktive određena je odgovornost proizvođača za štete prouzročene na osobnoj imovini (imovini koju osoba upotrebljava izvan svoje profesije, isključivo u privatne svrhe ili potrošnju) iznad 500 ECU-a (danas 500 eura).⁹⁴ Na štete do tog iznosa ne primjenjuje se Direktiva, tj. oštećenik sam snosi štetu. Međutim, oštećene osobe mogu štetu do 500 eura naknaditi primjenom nacionalnih pravila država članica (naravno uz ispunjenje određenih pretpostavki), što je sukladno Direktivi, koja upućuje na supsidijarnu primjenu odredbi nacionalnih zakona država članica o ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti ili propisa o posebnoj odgovornosti.⁹⁵ Slijedi dakle da pravila o odgovornosti utemeljenoj na krivnji štetnika, zajedno s pravilima o objektivnoj odgovornosti predviđenim Direktivom, mogu osigurati oštećenoj osobi potpuno obeštećenje.⁹⁶ Što ako šteta iznosi npr. 900 eura? Direktiva predviđa da se u tom slučaju dosuđuje samo onaj dio iznad 500 eura, dakle, u ovom primjeru, odšteta iznosi 400 eura.

Vremensko ograničenje odgovornosti za štete od proizvoda s nedostatkom -

Odgovornost za štete od proizvoda s nedostatkom ograničena je ne samo kvantitetom, nego je ograničena i vremenski. Interes oštećenika je da mu šteta bude nadoknađena, bez obzira kad je nastupila, a interes štetnika je da vremenska granica odgovornosti prema oštećenoj osobi bude što kraća, kako bi njegov rizik bio što manji. Direktiva predviđa dva roka zastare zahtjeva oštećenog za naknadu štete, i to: subjektivni rok od tri godine (*statute of limitation*) i objektivni (apsolutni) rok od deset godina (*statute of repose*).⁹⁷ Prema odredbi čl. 10. Direktive zahtjev oštećenog za naknadu štete zastarijeva za tri godine od trenutka u kojem je oštećeni saznao ili morao saznati za štetu, nedostatak proizvoda i identitet proizvođača. U svakom slučaju potraživanja zastarijevaju u roku od deset godina od stavljanja u promet proizvoda koji je uzrokovao štetu, osim ako je oštećeni u međuvremenu pokrenuo sudski postupak protiv proizvođača (čl. 11. Direktive).⁹⁸ U pogledu prekida i zastoja

⁹⁴ Donja granica odgovornosti proizvođača za štete prouzročene na osobnoj imovini uvedena je kako bi se izbjeglo parničnice za relativno beznačajne iznose. Troškovi parničnice (i za proizvođače i za potrošače) u odnosu na štetu bili bi nesrazmjerno veliki. Postoje prijedlozi da se donja granica ukine. Komisija ističe da bi ukidanje donjeg praga imalo za posljedicu povećanje broja slučajeva protiv proizvođača, ali i protiv malih i srednjih poduzeća. To bi se moglo spriječiti poticanjem izvansudskih nagodbi za manje zahtjeve. Vidi: *REPORT FROM THE COMMISSION on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products*, Brussels, 31. 1. 2001., COM(2000) 893 final, str. 19.

⁹⁵ Vidi: članak 13. Direktive.

⁹⁶ Tako: A. Geddes, *Product and Service Liability in the EEC*, London, 1992., str. 26.

⁹⁷ Vidi: M. W. Patrick, *The Products Liability Statute of Repose: Questioning the Constitutional Foundations*, Trail Briefs 23., 2002., www.ncatl.org/pdf/Trial%20Briefs/May02/Patrick_May02.pdf

⁹⁸ Desetogodišnji rok zastare može proizvesti složene učinke ovisno da li je oštećena osoba odlučila tužiti proizvođača sastavnog dijela (komponente) proizvoda ili proizvođača finalnog proizvoda (u svakom slučaju proizvođača). Naime, može se desiti (i dešava se) da je komponenta (s nedostatkom)

zastare primjenjuju se odredbe nacionalnog prava države članice (čl. 10., st. 2. Direktive). Bez obzira što rokovi duži od deset godina stvaraju (pravnu) nesigurnost i što odgovorna osoba i osiguravatelj moraju u dužem vremenskom periodu računati na svoju odgovornost, smatramo da je objektivni rok zastare od deset godina suviše kratak. Ne smijemo dopustiti da jedan oštećenik ostvari pravo na naknadu zahvaljujući činjenici što je štetu od proizvoda s nedostatkom pretrpio u desetogodišnjem roku, a drugi oštećenik ne može ostvariti to pravo samo zato što je štetu od proizvoda s nedostatkom pretrpio nakon deset godina. Drugim riječima, ako proizvođač ne odgovara nakon deset godina od trenutka stavljanja u promet proizvoda s nedostatkom, onda zasigurno štetne posljedice stavljanja u promet proizvoda s nedostatkom ne treba da snosi oštećena osoba, bilo da je riječ o štetama nastalim u desetogodišnjem periodu ili štetama nastalim poslije tok perioda. Stoga predlažemo usvajanje jednog roka koji bi bio duži od deset godina (npr. 20 ili 30 godina).⁹⁹ Što ako šteta nastane i nakon tog perioda? Za takve štete treba stvoriti poseban jamstveni fond iz koga će se one reparirati. I ovdje bi trebalo razmotriti mogućnost da štetnik može zahtijevati naknadu štete i od države. Smatramo da bi *de lege ferenda* izričito valjalo propisati da oštećenik može, po isteku desetogodišnjeg ili dužeg roka, zahtijevati naknadu štete od posebnog jamstvenog fonda, odnosno od države. Time bi se stvorila veća pravna sigurnost i zadovolji bi se interesi proizvođača, osiguravatelja, ali, što je najvažnije, i interesi oštećenika.

prodana odnosno stavljena u promet prije više od deset godina od trenutka nastanka štete, a finalni proizvod (u kojem se nalazi komponenta s nedostatkom) je stavljen u promet prije manje od deset godina od trenutka nastanka štete. Proizvođač komponente može se osloboditi odgovornosti jer se može pozvati na objektivni rok zastare, dok to proizvođač finalnog proizvoda ne može učiniti.

⁹⁹ Postoje prijedlozi da se desetogodišnji rok zastare popuno ukine. Učinci ukidanja (desetogodišnjeg) objektivnog roka zastare neće nužno izazvati nerazmjerno povećanje premija osiguranja. Također, teškoće proračuna tih premija ne moraju biti povećane, zato jer one uvijek mogu biti izračunate na temelju vjerojatnog radnog vijeka svakog proizvoda, a ne na temelju nepostojećeg vremenskog ograničenja odgovornosti. Međutim, proizvođači tvrde da protivnici desetogodišnjeg roka zastare nemaju nikakav praktičan primjer koji bi naveo na zaključak da zastara izaziva nepotrebne poteškoće, osim što tvrde da je to teorijski moguće. Ne možemo se složiti s tim stajalištem, jer postoji mnogo praktičnih primjera šteta koje su nastale deset, dvadeset ili više godina nakon stavljanja proizvoda u promet. Također, postoje prijedlozi da objektivni rok zastare počinje teći od trenutka otkrića nedostatka ili od trenutka kada je proizvod prvi put prodan potrošaču. Zanimljiv je, ali po našem mišljenju neprihvatljiv, prijedlog da desetogodišnji rok zastare počinje teći u različito vrijeme za svaku osobu u prodajnom lancu. Npr. pretpostavimo da je računalo proizvedeno u siječnju 1997. godine u Japanu, to računalo je uvezeno u Hrvatsku 19. ožujka 1997., prodano od strane uvoznika distributeru 19. lipnja 1997., od strane distributera trgovcu na malo 20. srpnja 1997. U ovakvim okolnostima, prema navedenom prijedlogu, desetogodišnji rok zastare za proizvođača počinje teći 19. ožujka 1997., dok za uvoznika i trgovca na malo taj rok počinje teći 19. lipnja 1997. godine.

III. Zaključne napomene

1. Pravo odgovornosti za štetu od proizvoda je pravno područje koje se u hrvatskom pravnom sustavu nalazi u fazi *utvrđivanja svog identiteta*. Može se slobodno reći da ZOO predstavlja važnu etapu u razvoju ove složene i osjetljive oblasti i discipline, jer prvi put u hrvatski pravni sustav na izričit način uvodi i uređuje (objektivnu) odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom. Međutim, nesumnjivo postoji potreba za jednim opsežnijim i preciznijim zakonskim reguliranjem ove problematike, jer pravila o građanskoj odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom, sadržana odredbama čl. 179. ZOO-a, ne zadovoljavaju ni u kvantitativnom, ali ni u kvalitativnom aspektu.

2. U pravu Europske unije, a još više u američkom pravu, pravo odgovornosti za štetu od proizvoda je u velikoj mjeri oblikovalo svoju fizionomiju i zauzelo mjesto koje mu pripada. Suvremeno komunitarno pravo ne može se zamisliti bez razvoja prava odgovornosti za štetu od proizvoda, kao dijela šireg konteksta zaštite potrošača.

3. Direktiva Europske unije o odgovornosti za štetu od proizvoda ima izuzetno značajnu ulogu za hrvatskog zakonodavca, jer je usklađivanje hrvatskog prava s pravom Europske unije nezaobilazan korak u približavanju Republike Hrvatske modernim procesima europskih integracija i jedna je od ključnih zadataka na hrvatskom putu prema integriranoj Europi novog milenija. Sigurno je da će se hrvatski zakonodavac moći koristiti iskustvima država članica iz ove oblasti, te izabrati najprimjerenija rješenja i opcije koje ne odstupaju od duha Direktive, ali koje najviše moguće pogoduju njezinim interesima.

4. U relativno kratkom vremenskom periodu primjene Direktive u sudskoj praksi država članica pojavila su se mnoga praktična pitanja na koja nisu dati odgovori u Direktivi.

5. U pogledu osnova odgovornosti Direktiva je prihvatila načelo objektivne odgovornosti proizvođača za štete od proizvoda s nedostatkom. Međutim, relativna strogost režima objektivne odgovornosti proizvođača dovedena je u pitanje budući da je lepeza razloga za isključenje ili ograničenje odgovornosti vrlo široka i ide mimo više sile, isključive radnje trećeg ili samog oštećenog kao klasičnih ekskulpacijskih razloga. Smatramo da je jedan od nedostataka Direktive u tome što sadrži veliki broj slučajeva neodgovornosti odnosno isključenja ili ograničenja odgovornosti proizvođača. Nadamo se da europski zakonodavac u budućnosti neće dopustiti ovoliki broj slučajeva egzoneracije, odnosno isključenja ili ograničenja odgovornosti proizvođača za proizvod s nedostatkom.

6. Procesnopravni položaj oštećene osobe u parnici protiv proizvođača često je veoma težak, te ga poradi razloga pravičnosti treba poboljšati. Pravila o teretu dokazivanja oštećene osobe treba dopuniti i ublažiti mnogim dokaznim olakšicama u njegovu korist. Trebalo bi prihvatiti mogućnost da proizvođač odgovara za štetu od (njegovog) proizvoda s nedostatkom, ne samo kada je dokazano da šteta potječe od njegovog proizvoda, nego i kada je (samo) vjerojatno da je šteta nastala od njegovog proizvoda. Također, ne smije se zanemariti mogućnost obrtanja tereta dokazivanja.

7. Nepravično je na oštećenu osobu prebacivati rizik razvoja znanosti i tehnike i time ga opteretiti štetama od proizvoda koje su posljedica tzv. razvojnog rizika. Pojam sigurnog proizvoda treba tumačiti maksimalno široko i proizvođača činiti odgovornim za sve štete koje je proizvod uzrokovao, i pored toga što nije mogao takvu štetu unaprijed predvidjeti i izbjeći.

8. Gornja je granica odgovornosti proizvođača niska, te u cilju zaštite interesa oštećenih osoba predlažemo da se granica odgovornosti proizvođača za štete zbog smrti ili tjelesne povrede povisi. Za dio rizika koji nije pokrio proizvođač odnosno osiguravatelj treba stvoriti poseban jamstveni ili kompenzacijski fond koji će predstavljati osiguranje za oštećene osobe da će šteta biti naknađena. Kompenzacijska sredstva bila bi osigurana javnim financiranjem ili financiranjem od proizvođača istog proizvodnog sektora. Kod šteta velikih razmjera intervencija države može biti nužna i javni fondovi trebaju biti ustrojeni prvenstveno da bi pomogli oštećenim osobama.

9. Bez obzira što objektivni (apsolutni) rok zastare duži od deset godina često onemogućava dokazivanje uzročne veze između štete i proizvoda s nedostatkom, te dovodi do visokih tereta osiguranja, i što proizvođač i osiguravatelj moraju u dužem vremenskom periodu računati sa svojom odgovornošću, smatramo da je desetogodišnji rok zastare suviše kratak. Stoga, predlažemo usvajanje roka zastare koji bi bio duži od deset godina, a za štete koje nastanu nakon tog perioda izričito bi valjalo propisati da oštećenik može zahtijevati naknadu štete od posebnog jamstvenog fonda, odnosno od države.

10. Ohrabruje činjenica da se u posljednje vrijeme primjećuje povećan interes hrvatske pravne znanosti i prakse za problematiku odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom. Međutim, zasigurno ne ohrabruje činjenica da je jedan od razloga tog interesa tragična smrt 23 dijalizirana pacijenata u hrvatskim bolnicama koja je (najvjerojatnije) prouzročena primjenom dijalizatora američke kompanije "Baxter".

11. I na kraju, Direktiva u praksi nije proizvela očekivane učinke, te je stoga njezina reforma nužna. Sigurni smo da će se značajnija reforma europskog prava odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom uskoro dogoditi (provesti).

Summary

PRODUCER LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY PRODUCT

The provisions of the Treaty of Rome, together with the provisions of other foundation treaties, constitute the “constitutional” foundation of the Community law on consumer protection, which, together with the Programmes and Action Plans as well as the judicature of the Court of Justice, make the structure of the European law on consumer protection. Regardless of its civil-law recognisability and independence, liability for damage caused by a defective product cannot be considered outside the doctrine of the consumer protection law. The author analyses the Product Liability Directive of the European Union, which represents the first, the most important and the most outstanding legal instrument and an attempt to “Europeanise” the law on defective product liability in the member states of the European Union, and in other European countries as well. In spite of a considerable conflict of interests and priorities among various groups of producers and consumers, the Directive has largely fulfilled its very difficult task of formulating and proposing a balanced, stable and coherent legal framework, which contributes towards a fair spread of risk. Considering the complexity of the subject the author does not address every issue in great detail nor does he give complete and integral answers to numerous questions but rather restricts himself to considering current issues and the most important problems in this field of law. He actually focuses on the problems which are the most significant and the most controversial at the same time both from the aspect of the present moment and from the viewpoint of the future development of the law on damage caused by products. The present possibility of a rather extensible interpretation of numerous outstanding issues in the Directive calls for an as precise as possible formulation and development of additional rules and standards in this connection. In this respect, and consequently in respect to formulating the physionomy of the European product liability law, the author points out the important, complex and versatile role of the European Court of Justice. The results of an investigation into cases of liability for damage caused by defective products within this paper confirm that the problems of civil-law liability of producers are very complex and delicate.

Key words: *consumer protection, producer’s liability, defective product.*

Zusammenfassung

**HAFTUNG DES ERZEUGERS FÜR SCHADEN DURCH DAS
ERZEUGNIS**

Die Bestimmungen des Vertrags von Rom sind gemeinsam mit den Bestimmungen anderer Gründungsverträge Verfassungsgrundlage des kommunitären Verbraucherschutzes, der in Programmen und Aktionsplänen sowie der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes die Struktur des europäischen Verbraucherschutzes bildet. Ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Erkennbarkeit und Selbständigkeit kann die Produkthaftung nicht außerhalb des Verbraucherschutzes betrachtet werden. Der Autor analysiert die Richtlinie der Europäischen Union zur Produkthaftung, die das erste, wichtigste und hervorragendste Rechtsinstrument und Verfahren zur Europäisierung der Produkthaftung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union aber auch in den übrigen europäischen Staaten darstellt. Trotz eines bedeutenden Konfliktes von Interessen und Prioritäten zwischen verschiedenen Verbraucher- und Produzentengruppen hat die Richtlinie in hohem Maße die sehr schwere Aufgabe erfüllt, nämlich einen ausgeglichenen, stabilen und kohärenten Rechtsrahmen zu formulieren und vorzuschlagen, der zur gerechten Teilung von Risiko beiträgt. Mit Rücksicht auf die Komplexität des Themas betrachtet der Autor nicht jede Frage ausführlich, noch gibt er vollständige und umfassende Antworten auf die zahlreichen Fragen, er beschränkt sich vielmehr auf die Betrachtung aktueller Fragen und der wichtigsten Probleme auf diesem Rechtsgebiet. Er konzentriert sich gerade auf die Probleme, die am wichtigsten aber gleichzeitig auch am strittigsten sind und zwar sowohl unter dem Aspekt des momentanen Augenblicks als auch vom Standpunkt der zukünftigen Produkthaftung. Die gegenwärtige Möglichkeit zu einer ziemlich elastischen Interpretation der zahlreichen offenen Fragen in der Richtlinie macht es nötig, die zusätzlichen Regeln und damit verbundenen Normen genauer zu formulieren und zu entwickeln. In dieser Richtung d.h. auch in Richtung einer Gestaltung der Physionomie der europäischen Produkthaftung, betont der Autor die wichtige, komplexe und verschiedenartige Rolle des Europäischen Gerichtshofs. Die Ergebnisse der Untersuchung von Fällen der Produkthaftung im Rahmen dieser Arbeit zeigen, dass die Probleme der zivilrechtlichen Haftung des Produzenten sehr komplex und heikel sind.

Schlüsselwörter: Verbraucherschutz, Produzentenhaftung, fehlerhaftes Produkt.

Sommario

RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE PER DANNO DA PRODOTTO

Le norme del Trattato di Roma, insieme con le norme di altri Trattati fondativi, costituisce il fondamento «costituzionale» del diritto comunitario sulla tutela del consumatore, che con i Programmi e i Piani di azione, come con la giurisprudenza della Corte di giustizia, forma la struttura del diritto europeo sulla tutela del consumatore. Senza riguardo alla sua riconoscibilità e indipendenza nel diritto civile, la responsabilità per danno da prodotto difettoso non può essere considerata al di fuori dello studio sul diritto per la tutela del consumatore. L'autore analizza la Direttiva dell'Unione Europea sulla responsabilità da prodotto che rappresenta il primo, più importante e più articolato strumento e processo giuridico di europeizzazione del diritto sulla responsabilità per danno da prodotto negli stati membri dell'Unione Europea, ma anche nei rimanenti paesi europei. Nonostante il considerevole conflitto di interessi e priorità tra i diversi gruppi di produttori e consumatori, la Direttiva ha ampiamente adempiuto il suo difficile compito di formulare e offrire una cornice legale bilanciata, stabile e coerente che contribuisce ad una giusta distribuzione dei rischi. Con riguardo alla complessità della materia l'autore non affronta ogni questione in grande dettaglio né fornisce risposte approfondite e integrali a numerose questioni ma piuttosto si limita a considerare le questioni correnti e i più importanti problemi in questo campo del diritto. Egli si focalizza sui problemi che sono più significativi e controversi allo stesso tempo sia dalla situazione del momento attuale e sia dal punto di vista del futuro sviluppo del diritto sul danno causato da prodotto. La presente possibilità di un'interpretazione abbastanza elastica di numerose domande aperte nella Direttiva sollecita una loro formulazione tanto precisa quanto possibile e uno sviluppo di norme e standards integrativi con queste in connessione. A questo riguardo, e quindi nei confronti della formulazione della fisionomia del diritto europeo della responsabilità da prodotto, l'autore pone in rilievo l'importante, complesso e versatile ruolo della Corte di giustizia europea. I risultati dell'indagine su casi di responsabilità per danno da prodotto difettoso nell'ambito di questo lavoro affermano in proposito che i problemi di responsabilità di diritto civile dei produttori sono veramente complessi e delicati.

Parole chiave: tutela del consumatore, responsabilità del produttore, prodotto difettoso.

ZAŠTITA KUPACA U TIME-SHARING UGOVORIMA PREMA SMJERNICI 94/47/EC

Mr. sc. Maja Bukovac Puvača, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 366.56
347.242
Ur.: 11. prosinca 2002.
Pr.: 22. siječnja 2003.
Prethodno priopćenje

U radu se daje prikaz osnovnih vrsta time-sharing ugovora s obzirom na pravnu prirodu prava koja se njima stječu: ugovora o stjecanju vlasništva i suvlasništva na turističkom objektu te ugovora o stjecanju prava korištenja turističkog objekta. Ukazuje se na opsežnu zakonodavnu regulaciju time-sharinga u SAD-u, za razliku od one u Europi. Nepostojanje propisa i agresivan način prodaje time-sharinga u Europi učinili su poduzimanje mjera za zaštitu kupaca u tim ugovorima nužnim. S tim je ciljem donesena i Smjernica 94/47/EC. Složenost materije i velike razlike u nacionalnim zakonodavstvima omogućile su donošenje samo minimuma pravila u tom smislu: pravila o detaljnom informiranju kupaca, o formi i obveznom sadržaju ugovora, jeziku i prijevodu ugovora te pravu kupca na odustanak i raskid ugovora. Očekivana daljnja aktivnost država u smjeru zaštite kupaca uglavnom je izostala.

Ključne riječi: *time-sharing ugovor, pravo korištenja turističkog objekta, zaštita kupaca.*

1. Uvod

Time-sharing kao oblik organiziranja turističkog¹ smještaja od svog nastanka² do danas bilježi snažan razvoj i veliko povećanje broja korisnika.³ Iako je od prvih time-sharing projekata prošlo gotovo četrdeset godina, još je niz pravnih pitanja u vezi s time-sharingom ostalo otvorenim.

¹ Početak upotrebe pojma "time-sharing" nije vezan za turizam. Počeo se koristiti šezdesetih godina prošlog stoljeća za konstrukciju korištenja elektronskih računala po unaprijed određenoj vremenskoj shemi dijeljenja vremena rada temeljem koje svaki korisnik raspolaže određenim vremenom za koje se može koristiti uređajem. Vidi: Barbić, Jakša, Ugovor o vremenskom korištenju turističkog objekta, u: Barbić i dr., Vremensko korištenje turističkog objekta Time-sharing, Informator, 1987., str. 3. i www.bosbbb.org/lit70027.htm (stranica posjećena 15. listopada 2002. g.).

Time-sharing ugovori nastali su u praksi kao neimenovani ugovori, dio autonomnog ugovornog prava. Prilagođavajući se potrebama tržišta, u praksi su se neprestano javljale nove i razvijale i mijenjale postojeće varijante time-sharing ugovora, te je stoga vrlo teško dati definiciju koja bi obuhvatila sve varijante tih ugovora. Taj pojam obuhvaća različite ugovore kojima je zajedničko pravo korištenja turističkog objekta, koje ima više nositelja, a čije je vršenje vremenski podijeljeno. Pravo koje ti nositelji dijele može biti stvarnopravnog ili obveznopravnog karaktera. "Vremenska podjela" toga prava, bez obzira na njegovu pravnu prirodu, temeljna je karakteristika tih ugovora. Upravo zbog niza varijanti u kojima se time-sharing ugovori javljaju, postoji i problem prijevoda pojma time-sharing.⁴

Ni pojam turističkog objekta nije jednoznačan. Iako se pod turističkim objektom najčešće podrazumijeva apartman, bungalov, hotelska soba i slična smještajna jedinica, nisu isključene ni pokretnine.⁵ Najveća se pažnja, kako u

² Kao prvi time-share projekt spominje se prodaja kapaciteta zimovališta u Super Devoluyju u Francuskoj 1967. godine. (Vidi: Barbić, op. cit., str. 3.; Šarčević, Petar, Pravno reguliranje vremenskog korištenja turističkog objekta u inozemnoj praksi s kratkim osvrtom na kolizijskopravnu problematiku, u: Barbić i dr., Vremensko korištenje turističkog objekta Time-sharing, Informator, 1987., str. 71. i Mary Lou Savage, Colin M. Lancaster i Nicholas C. Bougopoulos, Timeshare regulation; The Wisconsin model, Marquette Law Review, 1994., str. 719-750., str. 721.).

³ O tome koliko je trenutno u svijetu korisnika time-sharing objekata dostupni su vrlo različiti podaci. Prema statističkim podacima ARDE (American Resort Development Association) u SAD-u je gotovo 1,8 milijuna korisnika time-sharinga, a u svijetu taj broj dostiže 5 milijuna. (Ebony, Jun 2000, Vol. 55, Issue 8, str. 18.). Drugdje se navodi da oko 3 milijuna obitelji u svijetu koristi time-sharing kao oblik odmora, a od toga 320.000 obitelji iz Velike Britanije (<http://www.timeshare.org.uk/guide.html>, stranica posjećena 3. prosinca 2002. g.). U Njemačkoj je 1994. godine bilo 80.024 time-share korisnika. (Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1999.). Naišli smo i na podatak da 6 milijuna obitelji koristi time-share objekt, od toga u Njemačkoj, Austriji i Švicarskoj 120.000, Francuskoj 55.000, Skandinaviji 55.000 i Italiji 140.000 (<http://www.romamultiproprieta.it/eng/1.html>, stranica posjećena 4. prosinca 2002. g.). Vidimo da, ovisno o izvoru, broj korisnika time-sharinga u svijetu varira od 3 pa čak do 6 milijuna.

⁴ U Francuskoj se za time-sharing koriste izrazi *propriété à la petite semaine*, *propriété spacio-temporelle*, *propriété saisonnière*, *copropriété dans le temps*, *time-propriété* (vidi: Barbić, op. cit., str. 4.); u Njemačkoj: *Wohnrechte*, *Wohnaktien*, *Zeitwohnen*, *Clubmitgliedschaften*, *Zeiteigentum*, (vidi: www.schutzgemeinschaft-ev.de/neu/timesharing.html) *Ferieneigentum* (vidi: Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1999., str. 351. i dalje), *Teilzeiteigentum* (vidi: Barbić, op. cit., str. 4.). U Italiji se za time-sharing najčešće koristi izraz *multiproprietà*. Izrazi koji se koriste u Velikoj Britaniji: *time-sharing property*, *multiownership of holiday homes*, *interval ownership* mogu zavarati, jer upućuju na vlasništvo, a ono se u Velikoj Britaniji ne može stjecati na time-sharing temelju (vidi: Šarčević, op. cit., str. 72.).

⁵ Čamci, jahte, kamp-kućice i slično. U Sjedinjenim Američkim Državama turistički se objekti, odnosno "accommodations" uglavnom definiraju kao hotelska ili motelska soba, kondominij (kondominij je stan ili kuća u vlasništvu stambene zadruge) ili zadružna jedinica, bungalov, koliba (lovačka kućica), apartman ili svaka druga konstrukcija izgrađena za smještaj jedne ili više osoba ili kamp-kućica ili mjesto za kampiranje. Vidi: § 36-9-4 West Virginia Real Estate Time-sharing Act-a (tekst na: www.wvauditor.com/securities/securities.htm, stranica posjećena 3. prosinca 2002. g., dalje u tekstu: West Virginia Time-sharing Act); Chapter 721.05 "Florida Vacation Plan and Timesharing Act" (tekst na: www.flsenate.gov/Statutes/index.cfm, stranica posjećena 3. prosinca 2002. g., dalje u tekstu:

zakonodavstvima, tako i u pravnoj znanosti, razumljivo, posvećuje nekretninama i posebnim dijelovima nekretnina kao objektima time-sharing ugovora.⁶

Vrlo brzo nakon početka primjene u Sjedinjenim Američkim Državama, tijekom 70-ih i 80-ih godina prošlog stoljeća, time-sharing dobiva negativnu konotaciju. Međutim, tada dolazi do snažne zakonodavne aktivnosti i niz američkih država donosi posebne propise o time-sharingu ili unosi odredbe o time-sharingu u druge propise.⁷ Vrlo detaljnim reguliranjem ograničene su mogućnosti zloupotreba i time omogućen daljnji razvoj time-sharinga.

Europa je suočena s problemom velike pravne nesigurnosti na tržištu time-sharinga. Prodavatelji rabe vrlo agresivan način prodaje, a promidžbeni materijali često ne pružaju potpune i istinite informacije o samom turističkom objektu, kao ni jasno određenje prava koja kupac stječe.⁸ S ciljem ustanovljenja minimalnog temelja zajedničkih pravila koja će omogućiti pravilno djelovanje tržišta i zaštitu kupaca, 1994. godine usvojena je Smjernica 94/47/EC Europskog parlamenta i Vijeća o zaštiti kupaca u odnosu na određene aspekte ugovora o prijenosu prava korištenja nekretnina na time-sharing temelju.⁹ Izvješće o implementaciji Smjernice u nacionalna zakonodavstva¹⁰ ukazalo je na postojeće probleme¹¹ i moguću potrebu za

Florida Time-sharing Act) i Section 27-32-10 Code of Laws of South Carolina (tekst na: www.lpitir.state.sc.us/code/t27c032.htm, stranica posjećena 3. prosinca 2002. g., dalje u tekstu: South Carolina Time-sharing Act). Bivši savezni Zakon o pravu vremenskog korištenja turističkog objekta (Službeni list SFRJ br. 24/86. i 31/86.), u čl. 1. st. 3. definirao je turistički objekt kao apartman, sobu, vilu, bungalov, vez za čamce i jahte, plovni objekt, garažu i drugi prateći objekt, već izgrađen ili u izgradnji, ili čijoj se izgradnji ili rekonstrukciji ili adaptaciji pristupa.

⁶ Smjernica 94/47/EC (vidi: *infra*, bilj. 10.) odnosi se samo na nekretnine. Smjernica definira nekretnine kao objekt time-sharing ugovora na koje se odnosi kao svaku zgradu ili dio zgrade koji služi za smještaj. Time, naravno, nije isključena mogućnost da objekt ugovora bude i druga imovina, ali se zaštita koju Smjernica pruža ograničava na nekretnine.

⁷ Opširnije o tome vidi: Šarčević, op. cit., str. 76-77.

⁸ Vidi: Sepe, Gianluca, *Implementing European Directives on unfair terms, distance contracts, consumer credit and timesharing*, u: *New European Contract Law and Consumer Protection The Concepts Involved in Community Regulations and Their Consequences for Domestic Civil Law*, 1999 Bundesanzeiger, Band 25, der Europäischen Rechtsakademie, Trier, str. 158.

⁹ Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis (tekst na: http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/time_shar/time01_en.html, stranica posjećena 15. listopada 2002. g., dalje u tekstu: Smjernica). Prvi prijedlog Smjernice objavljen je 1992. godine (OJ 1992 C 222/5). Nakon usvajanja, 1994. godine, državama je ostavljen rok od 30 mjeseci (do 29. travnja 1997. godine) za implementaciju u domaće zakonodavstvo.

¹⁰ SEC(1999) 1795 final Report on the Application of Directive 94/47/EC of the European Parliament and Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis (tekst na: http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/time_shar/time02_en.html, stranica posjećena 3. studenog 2002. g., dalje u tekstu: Izvješće).

¹¹ Čak 24% individualnih pritužbi koje je odjel Europske komisije za potrošačka pitanja zaprimio u 1998. godini, kao i brojna pisma članovima Europskog Parlamenta odnose se upravo na time-sharing

ponovnim raspravljanjem i eventualnim izmjenama i dopunama Smjernice. Većinu problema na koje su upozoravane europske institucije Smjernica ne može riješiti,¹² a države članice su uglavnom ostale na stupnju zaštite koji Smjernica pruža, ne iskoristivši mogućnost da svojim propisima pruže veći stupanj zaštite kupcima.^{13,14}

2. Vrste time-sharing ugovora s obzirom na pravnu prirodu prava koja se njima stječu

2.1. Vrste time-sharing ugovora u Sjedinjenim Američkim Državama

U SAD-u se niz različitih oblika time-sharing ugovora, ovisno o pravnoj prirodi prava koja kupac stječe, može svrstati u dvije velike grupe. Prvu čine oni na temelju kojih kupac stječe pravo vlasništva na turističkom objektu ili tzv. vlasnički time-share oblici, a drugu oni na temelju kojih kupac stječe pravo korištenja turističkog objekta ili tzv. korisnički time-share oblici.¹⁵

2.1.1. Ugovori o stjecanju prava vlasništva ili suvlasništva

U vlasničke oblike time-sharinga¹⁶ spadaju oni na temelju kojih kupac stječe vlasništvo, odnosno suvlasništvo turističkog objekta. Postoji nekoliko njihovih

ugovore. Euroguichets (European Consumer Centres, Europski potrošački centri) su samo tijekom 1998. godine zaprimili preko 4000 pritužbi i zahtjeva koji se odnose na time-sharing. Izvješće, str. 23.

¹² Prijavljeni slučajevi uglavnom se odnose na jednostrane radnje prodavatelja nakon zaključenja ugovora kojim se ugovor mijenja ili izbjegava ispunjenje ugovornih obveza: najčešće su to uvođenje godišnjih troškova koji nisu bili navedeni u ugovoru, nemogućnost kupca da preprodaje svoj time-share aranžman iako je to ugovoreno, propust prodavatelja da prati rezervacije i da uključi kupca u sustav zamjene i preprodaje i sl. Poziciju kupca otežava i činjenica da je u vođenje i upravljanje time-sharing aranžmana često uključeno nekoliko kompanija, a koje formalno nisu stranke ugovora. loc. cit.

¹³ Prijedlog Smjernice iz 1992. godine predviđao je viši stupanj zaštite kupaca. Međutim, tijekom usvajanja, taj se stupanj, s obzirom na mogućnost postizanja suglasnosti smanjivao. Mogućnost da države članice propišu odredbe koje će biti još povoljnije za kupca uglavnom je ostala neiskorištena. Većina je država odredbe Smjernice doslovno uvela u domaće zakonodavstvo. O izuzecima će biti riječ kod obrade odgovarajućih odredbi.

¹⁴ Budući da Smjernica rabi izraz "kupac", i mi upotrebljavamo taj izraz za označavanje ugovorne stranke koja ugovorom stječe pravo korištenja time-sharing objekta, bez obzira da li pravo korištenja ima kao vlasnik, zakupnik, član određenog kluba, dioničar i sl., iako bi, smatramo, izraz "korisnik" bio prihvatljiviji. Smjernica definira kupca kao fizičku osobu koja djelujući u transakcijama reguliranim Smjernicom djeluje izvan svojih profesionalnih svojstava i ima pravo koje je predmet ugovora ili za koju je to pravo ustanovljeno. (čl. 2.: "purchaser" shall mean any natural person who, acting in transactions covered by this Directive, for purposes which may be regarded as being outwith his professional capacity, has the right which is the subject of the contract transferred to him or for whom the right which is the subject of the contract is established.").

¹⁵ Za razliku od većine drugih država SAD-a, North Carolina je propisala da se svim formama time-sharinga stječu stvarna prava. Vidi: Kessler, op. cit., str. 1356., 1366-1377.

¹⁶ Kao zajednički naziv za ove oblike time-sharing ugovora koriste se *ownership timeshare interests* (Vidi: Paul Barron, *The Louisiana Timesharing Act: an Analysis and Assessment*, 58 *Tulane Law*

varijanti, a najčešći su: *timespan ownership*, *interval ownership* i *fee simple*. *Timespan ownership*, poznat i pod nazivom *tenancy in common* vlasnički je oblik time-sharinga kod kojeg je turistički objekt u suvlasništvu. Svaki je suvlasnik vlasnik određenog idealnog dijela smještajne jedinice i ima isključivo pravo na posjedovanje u određenom periodu svake godine, a koje je utvrđeno posebnim sporazumom – planom korištenja zajedničkog objekta.¹⁷ *Interval ownership* je oblik time-sharinga kod kojeg vlasništvo rotira između vlasnika, a pravo na posjedovanje određeno je tom rotacijom, a ne posebnim sporazumom. Vlasništvo se pojedinom vlasniku vraća na određeni broj tjedana u godini, kroz određeni broj godina. Na kraju dogovorenog razdoblja korisnici postaju suvlasnici objekta.¹⁸ Kod *fee simple* time-sharinga svaki vlasnik ima apsolutno vlasništvo u određenom periodu svake godine. Kupčevo pravo posjedovanja postoji samo u ugovoreno vrijeme i on ne posjeduje kao suvlasnik, već kao samovlasnik.¹⁹

Budući da vlasnički time-sharing podrazumijeva potpuno vlasništvo, njegova konstrukcija mora omogućiti kontrolu kupaca nad kompleksom. U većini se projekata koristi forma udruženja timeshare vlasnika koje određuje i prikuplja godišnje doprinose potrebne za održavanje zajedničkih dijelova, popravke i obnovu jedinica, plaćanje taksi, poreza i slično. Udruge su organizirane kao neprofitne organizacije čijim članom kupac postaje automatski. Udruga obično angažira profesionalnu upravu za tekuće poslove.²⁰

2.1.2. Ugovori o stjecanju prava korištenja

I korisnički time-sharing²¹ se javlja u više varijanti, a najčešće su: *timeshare leases*, koji se obično definira kao klasičan zakup kod kojeg zakupnik ima pravo na posjed u određenom periodu u godini,²² *timeshare licenses*, kod kojeg je koncepcija ista kao kod zakupa, samo što se, da bi se izbjegli strogi propisi o agencijama za promet nekretnina, prodavatelji registriraju kao izdavatelji dozvola (licenci)²³, i *club*

Rewiew, 1984., str. 863-920.), *fee timeshare* (Vidi: Robert M. Kessler, The North Carolina Time Share Act, 62 North Carolina Law Review, 1984., str. 1356-1373.), odnosno *fee interests* (Vidi: Mary Lou Savage, Colin M. Lancaster i Nicholas C. Bougopoulos, Time share Regulation: The Wisconsin Model, 77 Marquette Law Review, 1994., str. 719-750.).

¹⁷ Opširnije vidi: Kessler, op. cit., str. 1357., Savage, Lancaster i Bougopoulos, op. cit., str. 725., i Šarčević, op. cit., str. 75.

¹⁸ Opširnije vidi: Kessler, op. cit., str. 1358., Savage, Lancaster i Bougopoulos, op. cit., str. 726., i Šarčević, op. cit., str. 76.

¹⁹ Opširnije vidi: Kessler, op. cit., str. 1358., Savage, Lancaster i Bougopoulos, op. cit., str. 726.

²⁰ Barron, op. cit., str. 873., 892.; Savage, Lancaster i Bougopoulos, op. cit., str. 733-736.

²¹ Kao zajednički naziv za ove oblike time-sharing ugovora korist se *right-to-use* (Vidi: Barron, op. cit., str. 873., Kessler, op. cit., str. 1357.,) i *non-fee interests* (Vidi: Savage, Lancaster i Bougopoulos, op. cit., str. 726.).

²² Vidi: Barron, op. cit., str. 873. i Kessler, op. cit., str. 1359., koji ga naziva *vacation lease*.

²³ Vidi: Barron, op. cit., str. 873. i Kessler, op. cit., str. 1359.

membership, kod kojeg se članstvom u klubu dobiva pravo korištenja nekog od objekata u vlasništvu kluba.²⁴

Budući da se pravo vlasništva ne prenosi, tj. poduzetnik ostaje vlasnik objekta, on brine o održavanju objekta ili angažira profesionalnu upravu.²⁵

2.2. Vrste time-sharing ugovora u Europi

2.2.1. Općenito

I u Europi su se razvili vrlo različiti oblici time-sharing ugovora. Zakonodavna aktivnost je, međutim, za razliku od one u SAD-u, gotovo potpuno zakazala. Od država članica Europske unije do donošenja Smjernice posebne su zakone imale jedino Portugal, Velika Britanija, Francuska i Grčka.²⁶ Nepostojanje posebnih propisa rezultiralo je velikom pravnom nesigurnošću i mogućnostima zlorabe na štetu kupaca. Agresivan način prodaje i promidžbeni materijali koji često sadrže netočne i nepotpune informacije o pravima koja se stječu, najčešće se navode kao glavni razlog zbog kojeg kupcima time-sharinga potrebna posebna zaštita.²⁷ Tome se dodaje i činjenica da su, u usporedbi s putničkim aranžmanima i vrijednosti imovine koja je predmet tih ugovora, time-sharing ugovori vrlo skupi.²⁸

Budući da pravna priroda prava koja su predmet ugovora na koje se Smjernica odnosi značajno varira od jedne do druge države članice, Smjernica se odnosi općenito na sve oblike tih varijacija, dajući dovoljno široku definiciju tih ugovora²⁹ bez impliciranja ujednačenja pravne prirode tih prava unutar Unije.³⁰ Namjera je bila obuhvatiti sve tri glavne grupe time-sharing ugovora: one kojima se stječe vlasništvo ili neko drugo stvarno pravo na turističkom objektu, one kojima se stječe obvezno pravo, te one kojima se pravo korištenja temelji na članstvu u udruzi ili trgovačkom društvu.³¹

2.2.2. Španjolska

Većina je država članica pri implementaciji Smjernice izbjegla definirati pravnu prirodu prava iz time-sharing ugovora. Jedino su Španjolska i Portugal³² propisale

²⁴ Vidi: Barron, op. cit., str. 873-874., Savage, Lancaster i Bougopoulos, op. cit., str. 727.

²⁵ Barron, op. cit., str. 874.; §36-9-12 i §36-9-13 West Virginia Time-sharing Act-a, Ch. 721.13 i 721.14. Florida Time-sharing Act-a.

²⁶ Izvješće, str. 6.

²⁷ Howells, Geraint, Wilhelmsson, Thomas, EC Consumer Law, Ashgate, Aldershot, 1997., str. 250., Sepe, op. cit., str. 158.

²⁸ Howells, Wilhelmsson, op. cit., str. 250.

²⁹ Vidi: *infra*, 3.1.

³⁰ Točka 3. Preambule Smjernice.

³¹ Howells, Wilhelmsson, op. cit., str. 251.

³² Portugal je već 1981. godine donio poseban propis kojim je time-sharing odredio kao stvarno pravo. Vidi: Šarčević, op. cit., str. 79.

poseban pravni režim za te ugovore. Španjolska, zemlja u kojoj je najviše ulagano na time-sharing temelju,³³ sve do implementacije Smjernice nije imala poseban zakon o time-sharingu.³⁴ Zbog činjenice da je u Španjolskoj bilo i mnogo oštećenih kupaca time-sharinga,³⁵ ne čudi to što je izričito propisala pravnu prirodu prava koja se mogu stjecati time-sharing ugovorima i poseban pravni režim za takve ugovore.³⁶ Španjolski je zakon³⁷ propisao da se ugovorom o time-sharingu može stjecati samo ograničeno stvarno pravo ili zakup za vrijeme od tri do pedeset godina, za koji se zakupnina plaća unaprijed. Traži ovjeru isprava, uknjižbu u zemljišne knjige i sve ostale formalnosti za stjecanje stvarnih prava.³⁸

2.2.3. Portugal

Portugalski zakon³⁹ dopušta različite oblike time-sharing aranžmana, a sadrži i regulira sve dopuštene ugovorne varijante. Pravo kupca može biti stvarno pravo na periodični smještaj, u kojem je slučaju podvrgnuto formalnostima koje se zahtijevaju za stjecanje stvarnih prava (ovjera isprava, uknjižba u zemljišne knjige). Uređeni su, međutim, i ugovori koji se odnose na pravo turističkog smještaja i druge nove varijante ugovora koje je razvila poslovna praksa (*cartões, clubes de férias, cartões turísticos*).⁴⁰

³³ Više od polovice europskih time-sharing objekata nalazilo se 1996. godine u Španjolskoj, na Kanarskim otocima, te je predstavljalo najveću koncentraciju time-sharing objekata u svijetu. Na drugom je mjestu bio Orlando u Floridi. Vidi: Deborah S. Anthony, Linda M. Coates i Ailish E. Keating, *Timesharing – Enviaable Growth Lures Major Hospitality Companies into Industry*, www.hotel-online.com/Neo/Trends/Andersen/Timesharing_EnviableGrowth.html (stranica posjećena 8. studenog 2002. g.).

³⁴ O tome koji su se oblici time-sharinga koristili u Španjolskoj i koji su se na njih propisi primjenjivali, opširnije vidi: Šarčević, op. cit., str. 78.

³⁵ Britanski Office of Fair Trading često je na svojim Web stranicama informirao potrošače o time-sharingu u Španjolskoj, upozoravao na opasnosti zlouporaba i slično. U kolovozu ove godine pozvao je da mu se jave sve "žrtve timesharinga" u Španjolskoj, zbog nove mogućnosti kolektivnog djelovanja protiv prodavatelja koji krše prava kupaca. Vidi: www.oft.gov.uk/news/press+releases/2002/...stranica (stranica posjećena 19. studenog 2002.).

³⁶ O time-sharingu u Španjolskoj opširnije vidi: Burckhardt Löber, *Erwerb und Errichtung von Gewerbe- und Ferienimmobilien in Spanien*, *Zeitschrift für Immobilienrecht-Report*, www.rws-verlag.de/volltext/reportzf.htm (stranica posjećena 2. prosinca 2002. g.).

³⁷ Ley 42/1998 *Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias* od 15.12.1998. godine.

³⁸ Izvješće, str. 9.

³⁹ Uredba sa zakonskom snagom 275/93 od 5. kolovoza 1993., izmijenjena je Uredbom sa zakonskom snagom 180/99 od 22. svibnja 1999.

⁴⁰ Izvješće, str. 9.

2.2.4. Njemačka

U Njemačkoj, koja implementirajući Smjernicu⁴¹ nije odredila pravnu prirodu prava iz time-sharing ugovora, ne postoji jedinstveni time-sharing model. Kupac time-sharinga može ući u različite pravne odnose prema time-sharing objektu. Od stvarnih prava to su: vlasništvo idealnog dijela (suvlasništvo), pravo trajnog stanovanja, te stvarni teret.⁴² Moguće je, međutim, da kupac ne stekne stvarno pravo glede objekta time-sharinga, već da vlasništvo, kao i upravljanje objektom ostane na poduzetniku, a koji njime upravlja u korist kupca (postaje upravitelj u korist kupca). Kupac ima mogućnost stvarnopravnog osiguranja prema vjerovnicima upravitelja: pravo izdvajanja, prigovor u korist trećih, ali prema samom upravitelju ima samo obveznopravni zahtjev, jer nije vlasnik.⁴³ I članstvo u zadruzi može korisniku kao članu dati statutarno pravo korištenja, a u najširem smislu, time-sharing se može temeljiti na obveznopravnom ugovoru koji sliči na vremenski podijeljen trajni ugovor o najmu.⁴⁴

2.2.5. Italija

U Italiji⁴⁵ ne postoji jedinstveni stav o pravima koja se stječu time-sharing ugovorima. Prevladavajuće mišljenje pravi razliku između dviju vrsti tih ugovora. Prvi su tzv. *multiproprietà immobiliare*, koji se mogu podvesti pod kupoprodaju – prodavatelj prodaje istu imovinu većem broju osoba koje pristaju ograničiti vršenje svojih prava, a prema ranije definiranom vremenskom rasporedu. Drugi su *multiproprietà azionaria*, kod kojih vlasništvo ostaje na prodavatelju, koji izdaje dionice i njih prodaje. Dioničari stječu pravo korištenja imovine dioničkog društva.⁴⁶ U prvom slučaju kupac stječe pravo na stvar i zaštićen je u odnosu na zahtjeve prodavateljevih vjerovnika, a u drugom nije, pa se u slučaju stečaja ili likvidacije dioničkog društva može namiriti tek nakon namirenja vjerovnika.⁴⁷

Nejasna je, međutim, pravna priroda prava koje u slučaju *multiproprietà immobiliare* stječe kupac. Ukoliko je to vlasništvo, javlja se problem usklađenosti s

⁴¹ Smjernica je u njemačko pravo implementirana 20. prosinca 1996. godine kada je donesen Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtgesetz). Dana 26. studenog 2001. godine njegove su odredbe Zakonom o modernizaciji obveznog prava (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BGBl. I, od 29. studenog 2001. godine, str. 3138.), preuzete u Njemački građanski zakonik iz 1896. (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), s pravnim učinkom od 01. siječnja 2002., tako da se sada na time-sharing odnose §§ 481-487 BGB-a.

⁴² Baur/Stürner, op. cit., str. 351-354.

⁴³ ibid., str. 353.

⁴⁴ ibid., str. 353-354.

⁴⁵ Smjernica je implementirana u talijansko pravo Uredbom sa zakonskom snagom 427, od 9. studenog 1998.

⁴⁶ Sepe, op. cit., str. 159.

⁴⁷ ibid., str. 160.

čl. 1111-1112. talijanskog Građanskog zakonika, koji izričito zabranjuju ugovaranje da suvlasnici neće tražiti diobu stvari u suvlasništvu za razdoblje duže od 10 godina. S druge strane, i u talijanskom pravu vrijedi načelo ograničenog broja stvarnih prava (*numerus clausus*), pa bi se do priznanja stvarnopravne prirode prava kupca moglo doći jedino zakonskim uvođenjem novog stvarnog prava ili ublažavanjem navedenog pravila ekstenzivnim tumačenjem, npr. da se ta granica (10 godina) treba shvatiti u svjetlu socijalno-ekonomske funkcije.⁴⁸ Niti zakonitost *multiproprietà azionaria* u talijanskom pravnom sustavu nije neupitna. Nije sigurno može li svrha društva određena statutom biti ograničena na to da se nekretnine koje društvo stječe daju na korištenje njegovim dioničarima.⁴⁹

2.3. Značaj određenja pravne prirode prava koja se stječu na temelju time-sharing ugovora

Pitanje pravne prirode prava koja se stječu na temelju time-sharinga vrlo je složeno. U pravnoj literaturi ne postoji suglasnost o pravnoj prirodi tih prava ni unutar pojedinih pravnih sustava. Problemi izviru upravo iz najkarakterističnijeg obilježja time-sharinga: uvođenja nove dimenzije, tj. vremena u pravne odnose koji po tradicionalnom shvaćanju nisu tome podložni, barem ne u tolikoj mjeri. Vremensko ograničenje vlasništva na nekoliko dana u godini, vremenska isprekidanost ugovora o najmu ili zakupu, pravna osoba (dioničko društvo) kojoj je jedini cilj osnivanja i djelovanja da njezini članovi (dioničari) koriste njezine nekretnine... pitanja su koja se ne mogu jednostavno prepustiti postojećoj pravnoj regulaciji, bez propisivanja posebnih pravila koja njihova specifičnost zahtijeva. To, nažalost, u Europi nije na vrijeme uočeno i godinama se nisu donosili posebni propisi o time-sharingu.

Pri donošenju Smjernice o pravnoj prirodi time-sharing ugovora nije se uspjelo postići odgovarajući stupanj suglasnosti, pa ga se ostavilo otvorenim i prepustilo određenju nacionalnih zakonodavaca. Oni su to, uglavnom, propustili učiniti. Zato je moguće da prava iz jednog te istog ugovora o time-sharingu budu različito pravno kvalificirana ne samo u različitim državama, već i unutar pojedinog nacionalnog sustava. To čini pravni položaj kupaca time-sharinga vrlo neizvjesnim, budući da je za ostvarivanje njihovih prava upravo ključno pitanje prirode prava na kojem temelje svoje zahtjeve.

U aneksu Smjernice, u kojem su propisani obvezni elementi time-sharing ugovora,⁵⁰ navode se i odredbe o pravnoj prirodi prava koje je predmet ugovora, pretpostavkama pod kojima se to pravo može vršiti u državi u kojoj se nalazi nekretnina, ukoliko su ispunjene, te, ukoliko nisu, koje se još pretpostavke moraju

⁴⁸ loc. cit.

⁴⁹ loc. cit.

⁵⁰ Vidi: *infra*, 3.4.2.

ispuniti.⁵¹ Cilj je navedenih odredbi, naravno, osigurati da kupac zna koje je pravo stekao ili će steći, te kako će ga moći izvršavati. To bi, naravno, imalo i praktičnu vrijednost da su države propisale pravnu prirodu prava iz time-sharing ugovora. Ovako je ostalo vrlo upitno kako će prodavatelji u ugovore unositi odredbe o onome o čemu se, uz izuzetak Španjolske i Portugala, nacionalni zakonodavci nisu željeli izjasniti.

3. Time-sharing ugovori na koje se Smjernica odnosi

3.1. Općenito

Uvodno je upozoreno da se pod pojmom time-sharing ugovora krije niz vrlo različitih ugovora. Smjernica je nastojala obuhvatiti što više takvih ugovora, pa je svoju primjenu vezala za "svaki ugovor ili grupu ugovora zaključenih na najmanje tri godine kojim je, neposredno ili posredno, za plaćanje određene ukupne cijene, stvarno pravo ili bilo koje drugo pravo koje se odnosi na korištenje jedne ili više nekretnina za određeno ili određivo vrijeme godine, a koje ne može biti kraće od jednog tjedna, osnovano, preneseno ili je preuzeta obveza njegova prijenosa."⁵²

Iz dane definicije vidimo da time-sharing ugovor, da bi se na njega primijenila Smjernica, odnosno u njoj sadržana pravila, implementirana u zakonodavstvo država članica, treba biti zaključen na najmanje tri godine, u njemu određen period korištenja treba iznositi najmanje tjedan dana u godini, treba se odnositi na korištenje nekretnina, a cijena mora biti određena u ukupnom iznosu.⁵³ Ovo su jedini elementi o kojima ovisi primjena propisanih pravila, tj. njihovo nepostojanje omogućuje da se izbjegne njihova primjena. Pravna priroda prava na temelju kojeg se koristi nekretnina i činjenica da li je to pravo osnovano, preneseno ili se samo preuzela obveza njegova prijenosa, s gledišta primjene Smjernice navedenom su definicijom izričito isključene kao irelevantne. Pravo korištenja se, prema navedenoj definiciji, može odnositi i na više nekretnina, pa bi, dakle, bio obuhvaćen i time-sharing koji nije vezan za točno određeni objekt, već daje kupcu mogućnost izbora između više njih. No, opravdano se ističe da su neke odredbe Smjernice neprimjenjive na takav time-sharing.⁵⁴

Potrebno je, međutim, naglasiti da su države članice bile ovlaštene⁵⁵ u cilju jače zaštite kupaca obuhvatiti još veći broj time-sharing ugovora, te izmijeniti navedene elemente, npr. ne propisati ili skratiti minimum trajanja ugovora, ne propisati ili skratiti minimum godišnjeg korištenja itd.

⁵¹ Vidi: Annex (b).

⁵² Čl. 2. Smjernice.

⁵³ Određivanjem da cijena mora biti određena u ukupnom iznosu pravi se razlika u odnosu na ugovore o zakupu i najmu, a na što se izričito poziva u točki 5. Preambule Smjernice.

⁵⁴ Howells, Wilhelmsson, op. cit., str. 251.

⁵⁵ Čl. 11. Smjernice.

3.1.1. Zaštita kupaca prije sklapanja ugovora

Smjernica je nastojala osigurati zaštitu kupaca već u predugovornom stadiju, odnosno omogućiti im da budu iscrpno i točno informirani o svim relevantnim okolnostima. Zato je propisala obvezu država članica da propišu odredbe kojima će prodavatelj biti obavezan svakoj osobi⁵⁶ koja zatraži informacije o nekretnini pribaviti dokumentaciju, koja osim općeg opisa imovine mora sadržavati barem kratke i točne informacije o svim pojedinostima koje čine obavezan sadržaj ugovora,⁵⁷ i kako se detaljnije informacije o tome mogu dobiti, te da propišu da sve navedene informacije moraju biti sastavni dio ugovora. Sve promjene koje su rezultat okolnosti izvan kontrole prodavatelja moraju biti navedene u dokumentaciji, priopćene kupcu prije zaključenja ugovora i izričito navedene u ugovoru.⁵⁸

Svako oglašavanje prodaje time-sharing ugovora mora navoditi mogućnost i način pribavljanja dokumentacije.⁵⁹ Samo su četiri države (Portugal, Velika Britanija, Danska i Francuska) izričito propisale novčane kazne za slučaj neudovoljavanja navedenoj obvezi.⁶⁰ Španjolska i Portugal zabranile su upotrebu izraza "timeshare" i sličnih izraza u informativnim dokumentima i oglašavanju koje se odnosi na nekretnine. Nasuprot tome, Italija je izričito ovlastila na korištenje izraza "timeshare", ali isključivo u slučajevima kada se ugovor odnosi na stvarna prava.⁶¹

Obveza prodavatelja postoji samo u odnosu na osobu koja navedene informacije zatraži. Ne postoji, dakle, obveza javne objave općenito, npr. kod oglašavanja. Obvezno je jedino informiranje o pravu na dobivanje informacija.⁶² Nije propisano kada dokumentacija treba biti dana kupcu. Članak 3., međutim, upućuje na to da to mora biti najkasnije prije sklapanja ugovora. Ukoliko to ne bude učinjeno dovoljno ranije, upitna je učinkovitost te odredbe.⁶³

Smjernica nije propisala sankcije za neudovoljavanje navedenim pravilima o dokumentaciji, ali je propisala obvezu državama članicama da ih propišu.⁶⁴

⁵⁶ Smjernica koristi izraz "any person", za razliku od izraza "any potential purchaser" koji je sadržavao prijedlog Smjernice iz 1992. godine. Stoga se postavilo pitanje treba li ga doslovno tumačiti, odnosno nametati obvezu dostave predmetne dokumentacije i onim osobama s kojima prodavatelj ne namjerava zaključiti ugovor. Vidi: Howells, Wilhelmsson, op. cit., str. 252.

⁵⁷ Vidi: *infra* 3.4.2.

⁵⁸ Čl. 3. st. 2. Smjernice.

⁵⁹ Čl. 3. st. 3. Smjernice.

⁶⁰ Izvješće, str. 12.

⁶¹ loc. cit.

⁶² Howells, Wilhelmsson, op. cit., str. 252.

⁶³ ibid., str. 253.

⁶⁴ Čl. 10. Smjernice.

3.2. Trajanje ugovora

Smjernica se odnosi samo na time-sharing ugovore koji su sklopljeni na period od tri godine ili duži, čime se željelo održati stabilnost tržišta i spriječiti da se zaštitom koju Smjernica pruža koriste oni koji kupuju objekte iz špekulativnih namjera. Minimalno trajanje ugovora od tri godine propisuju i neki od američkih propisa o time-sharingu.⁶⁵

Nažalost, uočeno je da sada neki prodavatelji u Europi nude time-sharing ugovore na period kraći od tri godine zbog vrlo očitog razloga izbjegavanja primjene navedenih propisa.⁶⁶

Finska nije propisala minimum trajanja ugovora, a Luksemburški se zakon odnosi i na ugovore zaključene na manje od tri godine ukoliko sadrže klauzulu o obnavljanju. Portugal je propisao da time-sharing ugovori koji se odnose na stvarno pravo ne mogu biti zaključeni na kraće od 15 godina, dok ugovori kojima se ne stječe stvarno pravo ne mogu biti zaključeni na kraće od 3 godine. U protivnom ti su ugovori ništavi.⁶⁷

Smjernica nije propisala maksimum trajanja ugovora. Od država članica drugačiji pristup prihvatile su jedino Portugal i Španjolska. Portugal za ugovore koji se odnose na stvarno pravo propisuje pretpostavku da su sklopljeni na neodređeno vrijeme, ukoliko drugačije ne stoji u ugovoru. Trajanje drugih time-sharing ugovora ograničava na maksimalno 30 godina, ukoliko pravo koje se stječe ne osniva sam vlasnik, a ukoliko ga osniva sam vlasnik i ne specificira njihovo trajanje, smatraju se sklopljenim na neodređeno vrijeme. Španjolska je propisala maksimum trajanja time-sharing ugovora, bez obzira o kojem se od dva priznata oblika takvih ugovora radi, na 50 godina.⁶⁸

3.3. Godišnji period korištenja

Propisavši kao minimum za godišnji period korištenja 7 dana, Smjernica je izvan zaštite ostavila kupce čiji ugovori predviđaju kraći period korištenja. Iako je propisala da korištenje mora biti najmanje 7 dana godišnje, Smjernica korištenje nije vezala svake godine za isti tjedan. Neće se, međutim, moći primijeniti na ugovore koji ne predviđaju korištenje svake godine, već svake druge ili slično. Većina država

⁶⁵ Vidi: Barron, op. cit., str. 880.; Ch. 721.02. s. 5. Florida Time-sharing Act-a, § 36-9-4(n) West Virginia Time-sharing Act-a.

⁶⁶ Komisija je upozorena na pojavu na španjolskom tržištu, nakon što je Španjolska usvojila Smjernicu, gdje se nudi novi time-sharing proizvod koji se temelji na članstvu u klubu koje traje 35 mjeseci, a za koje se plaća godišnja članarina. Nakon isteka 35 mjeseci članstvo se može produžiti na novih 35 mjeseci ili time-share objekt otkupiti od kluba. Očito je da članstvo u klubu traje upravo onoliko vremena da korisnik ostane izvan polja primjene Smjernice. Vidi: Izvješće, str. 24.

⁶⁷ ibid., str. 10.

⁶⁸ loc. cit.

članica odlučila je obuhvatiti sve time-sharing ugovore, bez obzira na minimalni godišnji period korištenja, dok je Belgija propisala minimum od 2 dana.⁶⁹

Španjolska je prihvatila minimum godišnjeg korištenja od 7 dana, ali posljedice nepoštivanja tog minimuma ovise o tome da li je ugovor zaključen na duže ili kraće od 3 godine. Ukoliko je zaključen na duže od tri godine, a period godišnjeg korištenja je kraći od 7 dana, ugovor je ništav, a ukoliko je zaključen na kraće od 3 godine i period godišnjeg korištenja je kraći od 7 dana, ugovor nije ništav, već se na njega ne primjenjuje taj zakon. Prema portugalskom zakonu ništavi su time-sharing ugovori kod kojih je godišnji period korištenja kraći od 7 dana ili duži od 30 dana.⁷⁰

U SAD-u je nekad temeljni i osnovni time-share proizvod, tzv. *fixed week*, odnosno fiksni tjedan, tj. pravo korištenja objekta u određenom, svake godine istom tjednu, koji je do 1995. godine činio 85% time-share prodaja u SAD-u, izgubio na značenju, te se sve više koriste novi koncepti raspodjele korištenja timeshare objekta: *floating week*, odnosno promjenjivi tjedan, *split week* koji omogućava kupcu rezerviranje i korištenje objekta u periodu kraćem od tjedan dana, *biennial week* kod kojeg kupac koristi objekt tjedan dana, ali svake druge godine, *fractional timeshare interest* kod kojeg kupac koristi objekt u periodu dužem od tjedan dana. Potražnja za fiksnim tjednom pala je na 28%.⁷¹

3.4. Forma, obvezan sadržaj i jezik ugovora

3.4.1. Pisani oblik ugovora

Smjernica je propisala obveznu pisanu formu ugovora⁷² te državama članicama prepustila propisivanje sankcija za nepoštivanje toga zahtjeva.

Ukoliko ugovor nije u pisanom obliku neke države⁷³ propisuju njegovu ništavost, a druge⁷⁴ propisuju novčanu kaznu za prodavatelja. Portugal je propisao i mogućnost dvogodišnje zabrane obavljanja djelatnosti prodavatelju i objavu presude u službenom glasilu i novinama. Danska jedina predviđa da nedostatak pisane forme čini ugovor bez učinka prema kupcu.⁷⁵

3.4.2. Obvezan sadržaj ugovora

Obvezni elementi time-sharing ugovora navedeni su u Aneksu Smjernice. To su: identitet i prebivalište (sjedište) stranaka, priroda prava koje je predmet ugovora i pretpostavke za njegovo vršenje na teritoriju države članice u kojoj se nekretnina

⁶⁹ ibid., str. 11.

⁷⁰ loc. cit.

⁷¹ Scavo, op. cit., str. 219-221., bilj. 16. i bilj. 19.

⁷² Čl. 4. Smjernice.

⁷³ Njemačka, Belgija, Španjolska, Francuska, Italija i Švedska. Vidi: Izvješće, str. 13.

⁷⁴ Finska, Danska, Portugal i Velika Britanija. ibid., str. 14.

⁷⁵ loc. cit.

nalazi, ako je nekretnina dovršena – njen točan opis i lokaciju, a ako je u izgradnji – podatke koji se odnose na njezino trenutno stanje, mogućnost i rokove završetka,⁷⁶ dodatne usluge na koje kupac ima pravo, zajedničke pogodnosti (bazen, sauna i sl.) i pod kojim pretpostavkama ih kupac može koristiti, princip na kojem će se nekretnina održavati i upravljati njome, točan period u kojem može, te, ukoliko je moguće, točan datum od kojeg kupac može početi izvršavati svoje pravo, cijena koju kupac treba platiti za pravo korištenja, procjenu troškova koje treba platiti za korištenje dodatnih usluga i zajedničkih pogodnosti, temelj po kojem će se obračunavati troškovi vezani za nekretninu (takse, porezi, troškovi upravljanja, održavanja popravaka...), klauzula o tome da neće biti dodatnih troškova vezanih za stjecanje nekretnine, osim onih navedenih u ugovoru, da li je moguće sudjelovanje u sustavu zamjene i preprodaje ugovornih prava i svi troškovi koji su uz to vezani kada taj sustav organizira sam prodavatelj ili neka treća strana, koju on u ugovoru odredi, informacije o pravu na odustanak i raskid ugovora,⁷⁷ te datum i mjesto potpisa ugovora, za obje stranke.

Većina je država samo preuzela listu iz Aneksa, a neke su propisale i dodatne elemente. Tako, npr. Luksemburg i Belgija propisuju da u slučaju da postoji mogućnost sudjelovanja u sustavu zamjena ili preprodaje, kupac mora biti upozoren da samo sudjelovanje u tom sustavu ne daje garanciju da će zamjena ili preprodaja biti realizirane, a prodavatelj ga mora upozoriti i na sve pojedinosti koje u sustavu zamjena ili preprodaje mogu ograničavati mogućnost zamjene ili prodaje. Belgijsko pravo propisuje i obvezu prodavatelja da u ugovor uvrsti i detaljne pojedinosti o administraciji i upravljanju nekretninom (izbor upravitelja, sudjelovanje na sastancima, učešće u izvanrednim troškovima i kaznama u slučaju zakašnjenja u plaćanju), a u ugovoru mora biti navedena i hipoteka i svaki teret na nekretnini.⁷⁸ Portugalski zakon traži detaljne podatke o smještajnoj jedinici i različitim garancijama koje prodavatelj mora dati (kao ona o dobrom upravljanju i održavanju nekretnine, o zaštiti kupca u slučaju postojanja hipoteka i drugih tereta na nekretnini itd.).⁷⁹

Smjernica nije odredila sankcije za nenavođenje navedenih elemenata u ugovor, već samo obvezu državama da osiguraju njihovo navođenje. Tako su pri implementaciji Smjernice, za slučaj da prodavatelj ne navede obvezne podatke, neke

⁷⁶ To su podaci o trenutnoj fazi gradnje, razumna procjena roka završetka, broj građevinskih dozvola i imena i pune adrese ovlaštenih osoba, stanje komunalija i drugih usluga (plin, električna energija, voda, telefon), garancije koje se odnose na završetak i garancije povrata svakog plaćanja ukoliko ne bude dovršena.

⁷⁷ Osobu kojoj se pismo o odustanku ili raskidu šalje, precizno određenje prirode i iznosa troškova koji se od kupca, prema čl. 5. st 3. Smjernice mogu naplatiti u slučaju odustanka od ugovora, informacije o raskidu ugovora o kreditu koji je povezan s ugovorom, u slučaju njegova raskida ili odustanka.

⁷⁸ Izvješće, str. 13.

⁷⁹ loc. cit.

države⁸⁰ propisale ništavost ugovora, a neke novčanu kaznu za prodavatelja.⁸¹ Kao i za nedostatak pisane forme, portugalski zakon predviđa mogućnost dvogodišnje zabrane obavljanja djelatnosti prodavatelja i objavu presude. Jedina članica koja ne propisuje posljedicu za slučaj nedostatka podataka je Irska, a protiv nje je zbog tog razloga pokrenut postupak zbog povrede prava Unije.⁸²

3.4.3. Jezik ugovora i prijevod

Kod ugovora s međunarodnim elementom često se javlja problem jezika ugovora. Da bi osigurala da kupac zaista bude u mogućnosti razumjeti sam ugovor, Smjernica je detaljno propisala pravila o jeziku dokumenata i ugovora i njihovu prijevodu.

Ugovor i dokumenti moraju biti na jeziku ili jednom od jezika države članice u kojoj kupac ima prebivalište, ili jeziku ili jednom od jezika države članice čiji je kupac državljanin koji mora/ju biti službeni jezik/ci Unije, a prema izboru kupca. Država članica u kojoj kupac ima prebivalište može, međutim, zahtijevati da ugovor bude u svakom slučaju barem na njezinom jeziku/cima koji mora/ju biti službeni jezik/ici Unije. Prodavatelj mora kupcu dostaviti ovjereni prijevod ugovora na jeziku/cima države članice u kojoj se nalazi nekretnina, a koji mora biti službeni jezik/ici Unije.⁸³

Neke su države članice⁸⁴ proširile opseg ove obveze na službene jezike Europskog gospodarskog područja.⁸⁵ Država članica može zahtijevati da ugovor bude na njezinom službenom jeziku, ali ne smije kupcu onemogućiti slobodu izbora. Ovu mogućnost iskoristile su Irska, Italija i Španjolska.

Ukoliko kupac nema mogućnost izbora jezika dokumenata i ugovora, ugovor je ili ništav⁸⁶ ili je propisana novčana kazna za prodavatelja.⁸⁷ Portugal predviđa kao sankciju i dvogodišnju zabranu obavljanja djelatnosti prodavatelju te objavu presude u službenom glasilu i tisku.⁸⁸ Njemačka predviđa dvije različite sankcije ovisno o

⁸⁰ Njemačka, Belgija, Francuska, Španjolska i Luksemburg, *ibid.*, str. 14.

⁸¹ Austrija, Belgija, Danska, Španjolska, Finska, Francuska, Nizozemska, Italija, Luksemburg, Portugal, Velika Britanija i Švedska, *loc. cit.*

⁸² *loc. cit.* To je tzv. *infringement procedure*, o tome vidi: Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford, 1998., str. 372. i dalje. Vidi i: http://europa.eu.int/comm./internal_market/en/finances/infr/index.htm (stranica posjećena 29. studenog 2002. g.).

⁸³ Čl. 4. st. 2. i 3. Smjernice.

⁸⁴ Austrija, Danska, Finska, Nizozemska i Velika Britanija. Izvješće, str. 14.

⁸⁵ European Economic Area (EEA). To područje, izvan područja Europske unije, obuhvaća Norvešku, Island i Lihtenštajn. O EEA vidi: secretariat.efta.int/euroeco (stranica posjećena 23. studenog 2002.).

⁸⁶ Prema austrijskom, francuskom, švedskom i španjolskom pravu. Izvješće, str. 14.

⁸⁷ Prema austrijskom, belgijskom, danskom, finskom, francuskom, luxemburškom, portugalskom, britanskom pravu, *loc. cit.*

⁸⁸ Izvješće, str. 15.

tome da li se nemogućnost izbora jezika odnosi na dokumentaciju ili na sam ugovor. Ukoliko se odnosi na dokumentaciju, kupac može odustati od ugovora u roku od mjesec dana. Nemogućnost izbora jezika samog ugovora ima za sankciju ništavost istog.⁸⁹

Prodavatelj koji kupcu ne dostavi prijevod ugovora, u nekim državama članicama⁹⁰ može biti kažnjen novčanom kaznom, dok druge države propisuju ništavost ugovora.⁹¹ Švedska i Belgija za slučaj nedostatka prijevoda ugovora kupcu dopuštaju otkaz, odnosno raskid ugovora.⁹²

Upravo je pri implementaciji odredbi o jeziku ugovora i dokumenata te njihovu prijevodu počinjeno najviše povreda prava Unije. Zbog toga su postupci pokrenuti protiv Švedske, Španjolske, Luksemburga i Irske. Švedska nije u potpunosti implementirala čl. 4. st. 2. Smjernice, jer dopušta kupcu izbor jezika jedino u odnosu na sam ugovor, a ne i na dokumente. Komisija takav način tumačenja smatra preuskim, s obzirom na opći cilj. Čl. 4. st. 2. mora biti tumačen tako da ne obuhvaća samo stranke koje su u ugovornom odnosu s prodavateljem (kupce), već i one koje to još nisu (potencijalne kupce).⁹³

Španjolska, Luxemburg i Irska također nisu odgovarajuće implementirali čl. 4. st. 2.⁹⁴ Španjolski zakon predviđa da i dokumentacija i ugovor moraju biti na kastilijanskom ili drugom službenom jeziku države, ovisno o tome gdje je ugovor zaključen (kupac je, također, ovlašten dobiti ih na jeziku države u kojoj ima prebivalište). Ovakvom implementacijom ne omogućava se kupcu izbor jezika države čiji je državljanin. Španjolska je propustila i nametnuti prodavatelju obvezu da kupcu dostavi prijevod ugovora.⁹⁵

Postupci protiv Luxemburga i Irske odnose se na mogućnost (opciju) da država članica prema čl. 4. st. 2. zahtijeva da ugovor bude na njezinom nacionalnom jeziku, dopuštajući kupcu mogućnost da izabere ugovor na jeziku države čiji je on državljanin. Oba zakona propisuju da ukoliko kupac ima sjedište na njihovu teritoriju, tada ugovor mora biti na njemačkom ili francuskom (Luxemburg), odnosno službenom jeziku države članice u kojoj kupac ima prebivalište (Irska). Time je, smatra Komisija, kupcu onemogućen izbor, budući da dvije rečenice u čl. 4. st. 2. treba tumačiti kao međusobno komplementarne, a ne kao da jedna drugu isključuju.⁹⁶

⁸⁹ loc. cit.

⁹⁰ Belgija, Italija, Velika Britanija, Austrija, Danska, Finska i Francuska, loc. cit.

⁹¹ Francuska, loc. cit.

⁹² loc. cit.

⁹³ loc. cit.

⁹⁴ loc. cit.

⁹⁵ ibid., str. 16.

⁹⁶ loc. cit.

Protiv Irske je bilo i pritužbi jer propisuje da prijevod treba biti na engleskom ili gelskom,⁹⁷ prema izboru kupca. Irska je implementacija bez prigovora u slučaju da se imovina nalazi u Irskoj ili Velikoj Britaniji, ali nije odgovarajuća u slučaju da se imovina nalazi u nekoj drugoj državi članici. U takvom slučaju, a ukoliko se na ugovor primjenjuje irsko pravo, prodavatelj ne bi bio obavezan dostaviti kupcu (protivno čl. 4. st. 3. Smjernice) prijevod ugovora na jezik države u kojoj se imovina nalazi.⁹⁸

3.5. Pravo na odustanak od ugovora i raskid ugovora

3.5.1. Pravo na odustanak od ugovora

Prema čl. 5. st. 1. Smjernice kupac mora imati pravo odustati od ugovora bez navođenja ikakvog razloga u roku od deset⁹⁹ dana od dana kada su obje stranke potpisale ugovor ili obavezujući predugovor. Ukoliko je deseti dan praznik, taj se rok produžuje do prvog idućeg radnog dana. To je tzv. "cooling off period" ("period hlađenja"), a čije je opravdanje činjenica da se većina ugovora na temelju time-sharinga sklapa u vrijeme godišnjih odmora kada kupac nije u mogućnosti ozbiljno proučiti ponudu, doći do objektivnih savjetnika, te da se većina objekata često nalazi u državi članici čiji on nije državljanin, odnosno čije zakone ne poznaje, a nasuprot njemu nalazi se, u pravilu, vrlo uporan agent prodaje.

Većina je država prihvatila rok od 10 dana. Neke su ga, međutim, produžile: Austrija i Velika Britanija na 14 dana, a Belgija na 15. Portugal, koji je ranije, zakonom iz 1993. godine imao propisan rok od 14 dana, prihvatio je rok iz Smjernice, tj. skratio ga na 10 dana.¹⁰⁰

Francusko pravo predviđa da prodavateljeva ponuda bude učinjena u pisanom obliku i ne može biti opozvana 7 dana. Kupac nakon razmatranja ponude potpisuje i vraća ponudu prodavatelju. Rok od 10 dana za odustanak počinje teći od kada je poslao svoj pristanak.¹⁰¹ Time je kupac dobio više vremena za razmatranje svoje odluke.¹⁰²

Kada kupac koristi pravo na odustanak, od njega se može zahtijevati namirenje jedino onih troškova koji se prema nacionalnom pravu smatraju rezultatom zaključenja i odustanka od ugovora i koji odgovaraju pravnim formalnostima koje moraju

⁹⁷ To je keltski jezik Škotske, Irske i otoka Mana.

⁹⁸ Izvješće, str. 16.

⁹⁹ U prijedlogu Smjernice iz 1992. godine bio je predložen rok od 28 dana. Budući se radi o najvažnijem pravu kupca, zaista je šteta što je došlo do ovog značajnog skraćivanja. Kupac se često pri sklapanju time-sharing ugovora nalazi na odmoru i nema dovoljno vremena konzultirati se s odvjetnikom ili drugim stručnjakom u svojoj državi prije donošenja odluke. Vidi: Howells, Geraint, Wilhelmsson, Thomas, *EC Consumer Law*, Ashgate, Aldershot, 1997., str. 258.

¹⁰⁰ Izvješće, str. 17.

¹⁰¹ Art.L.121-63 i 121-64.

¹⁰² Izvješće, str. 17.

biti ispunjene prije isteka roka za odustanak. Takvi troškovi moraju biti izričito navedeni u Ugovoru.¹⁰³

Rok za odustanak od ugovora bitan je dio i time-sharing ugovora u SAD-u. Klauzule o pravu na odustanak od ugovora moraju biti posebno istaknute – pisane slovima u veličini većoj od osnovnog teksta, u boldu, a njihov je sadržaj određen zakonom.¹⁰⁴ Neke države traže i da budu na posebnoj stranici koju kupac mora posebno potpisati.¹⁰⁵ Rok za odustanak varira od države do države.¹⁰⁶

3.5.2. *Pravo na raskid ugovora*

Prema čl. 5. st. 2. Smjernice, ukoliko ugovor ne sadrži određene obvezne informacije propisane Aneksom,¹⁰⁷ u vrijeme kada su obje stranke potpisale ugovor ili obvezujući predugovor, kupac ima pravo raskinuti ugovor u roku od tri mjeseca. Ukoliko su informacije priopćene unutar ta tri mjeseca, od tada počinje teći rok od 10 dana za odustanak. Ukoliko u roku od tri mjeseca kupac ne koristi pravo na raskid ugovora, a ugovor ne sadrži obvezne informacije, rok od 10 dana počinje teći danom isteka ta tri mjeseca. S pravom se ukazuje na prilično nezgrapnu formulaciju navedene odredbe, koja u biti govori da ukoliko informacije ne budu dane u roku od tri mjeseca, rok za raskid iznosi tri mjeseca i 10 dana.¹⁰⁸

Ovim se pravilima kažnjava nekorektno ponašanje prodavatelja. Ukoliko prodavatelj ispravi svoje nekorektno ponašanje u roku od tri mjeseca, ne može se produžiti rok za raskid ugovora, ali zato rok za odustanak od ugovora počinje teći tek tada. Većina je država tu odredbu implementirala, osim Francuske i Španjolske (koje sankcioniraju nekorektno ponašanje prodavatelja ništavošću ugovora), te Belgije koja je propisala rok za pravo na raskid od 1 godine od dana potpisivanja ugovora, a ne tri mjeseca kao Smjernica.¹⁰⁹

Švedska dopušta kupcu da raskine ugovor ukoliko mu nije dostavljen njegov prijevod. Austrija ima jedinstven sustav za slučaj da ugovor ne sadrži odredbe o pravu na raskid ugovora: rok za raskid ne počinje teći tako da kupac može ugovor raskinuti bilo kada nakon potpisivanja ugovora.¹¹⁰

Kada kupac koristi pravo na raskid ugovora, ne smije se od njega zahtijevati namirenje nikakvih troškova.¹¹¹

¹⁰³ Čl. 5. st. 3. Smjernice.

¹⁰⁴ Vidi §36-9-5(f) West Virginia Time-sharing Act-a; Sec. 27-32-40 (3) a i b, South Carolina Time-sharing Act-a.

¹⁰⁵ Sec. 27-32-40 (3) South Carolina Time-sharing Act-a.

¹⁰⁶ Sec. 27-32-40 (3) a i b, South Carolina Time-sharing Act-a, propisuje rok od 4 dana, a §36-9-5(f) West Virginia Time-sharing Act-a i Ch. 721.10 Florida Time-sharing Act-a propisuju rok od 10 dana.

¹⁰⁷ Odnosi se na toč. a, b, c, d(1), d(2), h, i, k, l i m Aneksa.

¹⁰⁸ Howells, Wilhelmsson, op. cit., str. 255.

¹⁰⁹ Izvješće, str. 17.

¹¹⁰ *ibid.*, str. 18.

3.5.3. Obavijest o odustanku i raskidu

Ukoliko kupac želi koristiti svoje pravo na odustanak od ugovora ili raskid, treba, prije isteka odnosnog roka, obavijestiti osobu čije ime i adresa se nalaze na ugovoru, i to na način (sredstvom) koji može biti dokazan u skladu s nacionalnim pravom. Obavijest se smatra poslanom u roku ukoliko je, ako je u pismenom obliku, poslana prije isteka roka.¹¹²

Vrlo je malo država izričito propisalo kako kupac treba obavijestiti prodavatelja. Obavijest mora biti pisana (Njemačka i Austrija), ili putem preporučene pošiljke (Belgija, Italija, Luksemburg), ili obavijest preko javnog bilježnika (Španjolska) ili povratom odjeljivog kupona (Francuska).¹¹³ Francuska je propisala originalni mehanizam u kojem se ponuda kupcu šalje u duplikatu, jedna kopija je za kupca i sadrži odvojivi kupon koji sadrži ime i domicil ili registrirano sjedište prodavatelja, a služi za izvršenje prava na raskid.¹¹⁴

Komisija smatra da zahtjev Španjolske za obavijest preko javnog bilježnika sprječava kupca da obavijest pošalje bilo kojim drugim putem koji prema domaćem pravu ima dokaznu snagu.¹¹⁵

3.5.4. Raskid ugovora o kreditu

Prema čl. 7. Smjernice, države članice moraju u svom zakonodavstvu osigurati da se ugovor o kreditu sklopljen između kupca i prodavatelja ili kupca i neke treće strane na temelju ugovora te treće strane i prodavatelja, a kojim je u potpunosti ili djelomično pokrivena cijena time-sharing ugovora, može raskinuti bez ikakve sankcije u slučaju da kupac koristi svoje pravo na raskid ili odustanak od ugovora. Krediti koje kupci sami pribave, nisu, dakle, pokriveni ovom odredbom.

Belgija i Luksemburg propisale su da ugovor o kreditu mora biti raskinut izjavom poslanom preporučenom pošiljkom.¹¹⁶

3.6. Plaćanje unaprijed

Prema čl. 6. Smjernice, države članice moraju zabraniti bilo kakvo plaćanje unaprijed (avans) prije proteka roka unutar kojeg kupac ima pravo odustati od ugovora. Države članice unijele su tu zabranu, ali su posljedice njezina nepoštivanja različite.

U austrijskom pravu, za slučaj da kupac plati unaprijed (prije roka unutar kojeg ima pravo odustanka), propisana je novčana kazna, a povrat uplaćenog iznosa mora

¹¹¹ Čl. 5. st. 4. Smjernice.

¹¹² Čl. 5. st. 2. Smjernice.

¹¹³ Izvješće, str. 18.

¹¹⁴ loc. cit.

¹¹⁵ ibid., str. 19.

¹¹⁶ loc. cit.

biti izvršen u roku od 30 dana od obavijesti o kupčevu odustanku. Slično je propisano i u danskom, finskom, francuskom, irskom i talijanskom pravu (uz mogućnost zabrane rada ukoliko se ponovi), te luksemburškom i portugalskom (gdje je moguća i zabrana obavljanja djelatnosti na dvije godine objava u službenom glasilu i tisku) i britanskom i švedskom pravu. Španjolska je propisala ništavost ugovora i obvezu prodavatelja na povrat dvostrukog iznosa. Jedino Njemačka i Nizozemska nisu izričito propisale sankcije, uglavnom zahtijevajući da prodavatelj vrati unaprijed plaćeni iznos. Prema tim pravima, međutim, moguće su druge sankcije.¹¹⁷

Komisija je posebno razmotrila njemački sustav koji predviđa određene mehanizme za zaštitu kupca. Kupac nema samo pravo povrata unaprijed uplaćenog iznosa, već i pravo na naknadu štete u slučaju izgubljene dobiti. Osim toga, kupac može odustati od ugovora čak i ako je rok za odustanak protekao. Prodavatelju može biti zabranjeno obavljanje djelatnosti (i u slučaju povrede ove zabrane može biti likvidiran). Uz to, profesionalne organizacije i udruge potrošača mogu zahtijevati zabranu rada prodavatelja koji, suprotno čl. 6. Smjernice, prima ili zahtijeva plaćanje unaprijed.¹¹⁸

3.7. Odricanje od prava i oslobođenje od odgovornosti

Države članice, prema čl. 8. Smjernice, moraju u svom zakonodavstvu propisati da su sve odredbe kojima bi se kupac odrekao prava koja mu Smjernica pruža ili kojim bi se prodavatelj oslobodio njome propisane odgovornosti bez pravnog učinka u odnosu na kupca. Čl. 8. Smjernice doslovno je preuzet u nacionalna zakonodavstva država članica, uz to što su neke od njih, pored toga što je ugovor bez pravnog učinka, propisale i da su takve klauzule ništave,¹¹⁹ a Portugal uz to propisuje i mogućnost dvogodišnje zabrane rada prodavatelja te objavu presude u službenom glasilu i tisku.¹²⁰

3.8. Pravila međunarodnog privatnog prava

Za timesharing je tipično da kupac iz jedne države stječe prava na imovini u drugoj državi, a iz čega izvire niz složenih pitanja međunarodnog privatnog prava.¹²¹

Čl. 9. Smjernice obvezuje države članice da poduzmu mjere potrebne da, bez obzira koje će pravo biti mjerodavno, kupcu bude pružena zaštita koju mu Smjernica pruža, ukoliko se nekretnina nalazi na teritoriju države članice.¹²² U slučaju da je

¹¹⁷ loc. cit.

¹¹⁸ loc. cit.

¹¹⁹ Austrija, Francuska, Luksemburg, Belgija, Portugal, *ibid.*, str. 20.

¹²⁰ loc. cit.

¹²¹ Stephen Weatherill, *EC Consumer Law and Policy*, Longman, London and New York, 1997., str. 71.

¹²² O mjerodavnom pravu kod prekograničnog time-sharinga opširnije vidi: Karsten, Otte, *Anwendbares Recht bei grenzüberschreitendem Timesharing*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 62 (1998), str. 405-436.

ugovorom obuhvaćeno više nekretnina, koje se nalaze u različitim državama, bilo bi dovoljno da se barem jedna od njih nalazi na teritoriju države članice.¹²³

Neke su države¹²⁴ navedenu zaštitu proširile i na slučaj da se nekretnina nalazi na području država članica Europskog gospodarskog područja, a neke čak i na područje izvan toga. Tako Francuska i Luksemburg propisuju ovu zaštitu i za kupce koji imaju prebivalište u državi članici Europske unije, ukoliko je ugovor zaključen u mjestu njegova prebivališta ili su ispunjene pretpostavke propisane čl. 5.2. Rimske konvencije.¹²⁵ Belgija zaštitu propisuje samo za kupce koji imaju prebivalište u Belgiji u dva slučaja: belgijsko se pravo primjenjuje na ugovor ukoliko je on zaključen u Belgiji ili ukoliko su ispunjene pretpostavke propisane čl. 5.2. Rimske konvencije.¹²⁶

Iako se Smjernica ne odnosi izričito na izbor mjerodavnog prava, neke su države u svojim implementacijskim aktima propisale ta pravila da bi zaštitile kupce. Belgija, Španjolska i Francuska propisuju sankcije za slučajeve kada ugovor između prodavatelja i kupca sadrži klauzulu o sudbenosti. Španjolska propisuje ništavost odredbi kojima se ugovara arbitraža, osim za Consumer Arbitration System ili zajedničkog tijela (s predstavnicima prodavatelja i udruga potrošača). Francuska i Belgija također propisuju ništavost klauzula kojima se ugovara nadležnost sudova država koje nisu potpisnice Briselske konvencije¹²⁷ ili Lugano konvencije¹²⁸ ako kupac ima prebivalište u Francuskoj, odnosno Belgiji ili se imovina nalazi u državi članici.¹²⁹

Španjolski, portugalski i talijanski implementacijski akti ograničavaju zaštitu koja se pruža kupcu samo na imovinu koja se nalazi na njihovu teritoriju. Međutim, svrha čl. 9. je da osigura, u slučaju da je za ugovor mjerodavno pravo države nečlanice Europske unije, da svaki kupac (bez obzira na to da li ima prebivalište ili je državljanin države članice) bude zaštićen prema Smjernici ukoliko se imovina nalazi na teritoriju bilo koje države članice.¹³⁰

Odredbe koje su usvojile Španjolska, Portugal i Italija rezultat su činjenice da bi sudovi tih država imali problema s prihvaćanjem nadležnosti za sporove iz ugovora koji se odnose na prava na nekretninama smještenim izvan njihova teritorija. Međutim, time-sharing ugovori su uistinu izuzetno kompleksne prirode, pa kako je u *Travel vac SL v. Antelm Sanchis* Court of Justice¹³¹ utvrdio da se ugovor koji se

¹²³ Howells, Wilhelmsson, op. cit., str. 257.

¹²⁴ Njemačka, Austrija, Danska, Finska, Nizozemska, Velika Britanija, Švedska. Izvješće, str. 20.

¹²⁵ Europska Konvencija o mjerodavnom pravu za ugovorne odnose iz 1980.

¹²⁶ Izvješće, str. 21.

¹²⁷ Konvencija o sudskoj nadležnosti i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968.

¹²⁸ Konvencija o nadležnosti i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1988.

¹²⁹ Izvješće, str. 21.

¹³⁰ *ibid.*, str. 22.

¹³¹ C-423/97 od 22. travnja 1999. godine. Vidi: <http://www.curia.eu.int/en/act/act98/9829en.htm#ToC12> (stranica posjećena 2. prosinca 2002. g.).

odnosi na pravo korištenja nekretnine i pravo na opskrbu određenim uslugama, a vrijednost je tih usluga viša od vrijednosti prava korištenja nekretnine, ne može smatrati isključivo ugovorom o pravima na nekretninama, ne može se isključiti mogućnost da sud države članice odlučuje o sporu iz time-sharing ugovora koji se odnosi na nekretninu koja se nalazi u drugoj državi članici.¹³²

Belgija je također ograničila zaštitu kupaca kada se imovina nalazi na teritoriju druge države članice Europske unije. Prema belgijskom pravu samo kupac s prebivalištem u Belgiji može se koristiti zaštitom propisanom čl. 9. Smjernice. Luksemburg je, također ograničio zaštitu iz čl. 9. na kupca koji ima prebivalište u Luksemburgu ukoliko se imovina nalazi izvan države. Međutim, prema Luksemburškom pravu, ukoliko je ugovor zaključen na njegovu teritoriju, zaštita prema čl. 9. Smjernice bit će pružena i kupcu koji nema prebivalište u Luxemburgu. Luksemburške su vlasti, međutim, obavijestile Komisiju da planiraju izmijeniti svoj implementacijski akt u smislu da ga u potpunosti usklade s čl. 9. Smjernice.¹³³

4. Ostala pravila kojima se štite kupci time-sharinga

Od ostalih pravila kojima se poboljšava položaj kupaca time-sharinga, posebna se pažnja u SAD-u posvećuje detaljnom reguliranju time-sharing planova.¹³⁴ Bez time-sharing plana zabranjena je prodaja i savjetovanje o prodaji time-sharinga. Time-sharing planovi moraju biti sadržani u tzv. time-sharing deklaraciji – registriranoj i javno objavljenoj izjavi s podacima o: imovini, periodima korištenja koji se nude, pravima, godišnjim troškovima, upravljačkim pravima, ograničenjima korištenja ili otuđenja prava, načinu mijenjanja deklaracije, rokovima time-sharing plana itd.¹³⁵

Smjernica je, kako je navedeno, propisala obvezu davanja detaljnih informacija o većini navedenih pitanja potencijalnim kupcima, ali ne i obvezu javnog objavljivanja istih.¹³⁶

U SAD-u su propisana i vrlo precizna pravila o načinu oglašavanja prodaje time-sharinga.¹³⁷ Tako je, npr., zabranjeno svako oglašavanje neistinitih ili zbunjujućih informacija, oglašavanje minimalnih cijena osim ukoliko broj po toj cijeni

¹³² Izvješće, str. 22.

¹³³ loc. cit.

¹³⁴ Vidi: §36-9-4 West Virginia Time-sharing Act-a, Sec. 27-32-10 (7) i (8), Sec. 27-32-20, Sec. 27-32-30 i Sec. 27-32-190 South Carolina Time-sharing Act-a

¹³⁵ Opširnije vidi: Barron, op. cit., str. 885.; Vidi: §36-9-6 West Virginia Time-sharing Act-a, Ch. 721.07 Florida Time-sharing Act-a.

¹³⁶ Vidi: *supra*, 3.1.1.

¹³⁷ Vidi: §36-9-10 West Virginia Time-sharing Act-a, Ch. 721.11. i Ch. 721.111. Florida Time-sharing Act-a.

dostupnih aranžmana iznosi barem 10% ukupno ponuđenih ili se u oglasu navodi točan broj po toj cijeni dostupnih aranžmana.¹³⁸

Od pravila oglašavanja prodaje Smjernica je jedino propisala obvezu da se u svakom oglašavanju mora navesti mogućnost i način pribavljanja dokumentacije s detaljnim informacijama o bitnim elementima ugovora.¹³⁹

Kupci se nastoje i mogu zaštititi i propisivanjem pravila o mogućnostima i uvjetima njihova sudjelovanja u mrežama razmjene i preprodaje time-sharing objekata. Propisi SAD-a često traže da poduzetnik javno objavi svoj ugovor s organizacijom za razmjene i troškove koje će kupac imati ukoliko se učlani u mrežu.¹⁴⁰

Smjernica kao jedan od obveznih elemenata ugovora propisuje i klauzulu o tome da li je moguće sudjelovanje u sustavu zamjene i preprodaje i koji su s tim u vezi troškovi kada taj sustav organizira sam prodavatelj ili od njega određena treća strana. Sama ta klauzula ne pruža dovoljnu zaštitu kupcu, jer mu ne garantira da će, u slučaju da to zatraži, ta zamjena ili preprodaja biti i uspješno realizirane.¹⁴¹

U SAD-u se propisima o registraciji prodavatelja time-sharinga i kontroli njihova rada od strane upravnih organa propisuju strogi uvjeti za registraciju, stručna sprema agenata, sankcije nepoštivanja propisa (suspenzije, zabrane rada, novčane kazne i dr.) itd.¹⁴² To su pitanja kojima bi zakonodavci u Europi također morali posvetiti posebnu pozornost.

5. Time-sharing u Republici Hrvatskoj

Osamdesetih godina prošlog stoljeća time-sharing je bio prepoznat kao mogući oblik ulaganja u turizam bivše Jugoslavije. Tada je donesen i Zakon o pravu vremen-skog korištenja turističkog objekta,¹⁴³ koji nikada nije zaživio u praksi.¹⁴⁴

¹³⁸ Barron, op. cit., str. 913. Detaljnije o pravilima oglašavanja i načinima prodaje time-sharing ugovora u SAD-u vidi James J. Scavo, *Marketing Resort Timeshares: The Rules of the Game*, 73 St. John's Law Review Association, 1999., str. 217-245.

¹³⁹ Vidi: *supra*, 3.1.1.

¹⁴⁰ Vidi: §36-9-17 West Virginia Time-sharing Act-a, Ch. 721.18 Florida Time-sharing Act-a; Sec. 707.42 Wisconsin's Time-sharing Act-a.

¹⁴¹ Luksemburg i Belgija su kao obvezan element ugovora propisale i upozorenje u tom smislu. Vidi: *supra* 3.4.2.

¹⁴² Vidi: Barron, op. cit., str. 901-902.; Kessler, op. cit., str. 1361-1364.; Savage, Lancaster i Bougopoulos, op. cit., str. 741-742.; Florida Administrative Code (Timeshare Rules), FAC 61B-37-FAC 61B-41, (tekst dostupan na www.state.fl.us/dbpr/lsc/ts_stat1.shtml, stranica posjećena 10. rujna 2002. g.), Sec. 27-32-180 South Carolina Time-sharing Act-a.

¹⁴³ Službeni list SFRJ br. 24/86. i 31/86.

¹⁴⁴ Zbornikom radova Vremensko korištenje turističkog objekta Time-sharing, Informator, 1997. godine, istaknuti su pravni i ekonomski stručnjaci dali prikaz navedenog zakona, te dotadašnja iskustva time-sharinga u svijetu.

Iako Hrvatska ima atraktivne lokacije za turističku ponudu koja bi se temeljila na time-sharingu, za sada se ne možemo složiti s mišljenjem da je to poželjan oblik ulaganja u hrvatski turizam,¹⁴⁵ barem ne dok se ne donesu odgovarajući propisi.¹⁴⁶

Svjetska nam iskustva, naime, pokazuju da se time-sharing ugovori, zbog svoje specifične prirode, ne mogu prilagoditi "klasičnoj" pravnoj regulativi. Ukoliko želi privući strane ulagače i uključiti se u time-sharing tržište, Hrvatska mora donijeti poseban propis kojim će urediti time-sharing,¹⁴⁷ kao i prateće propise koji bi omogućili njegovu provedbu.

6. Zaključak

Ugovori o time-sharingu zbog svoje specifičnosti zahtijevaju posebnu pravnu regulaciju. Za razliku od SAD-a, u Europi su propisi o time-sharingu do donošenja Smjernice bili prava rijetkost. Bez obzira na to, broj kupaca time-sharinga, a time, nažalost, i broj oštećenih kupaca, rastao je.

Pravilima o detaljnom informiranju kupaca, o obliku ugovora, obveznom sadržaju, pravu kupca na odustanak i raskid ugovora i pravilima o jeziku i prijevodu ugovora, Smjernicom se pokušalo pružiti zaštitu kupcima. Međutim, zaštita koju je propisala Smjernica, iako zamišljena kao minimalna, uglavnom nije pojačana u nacionalnim zakonodavstvima. Pri implementaciji tog minimuma pravila o kojima je postignuta suglasnost i trebala su biti relativno nesporna, pokazalo se da ni njih nisu sve države prihvatile u jednakom smislu.

Određeni stupanj poboljšanja položaja kupaca u time-sharing ugovorima svakako je postignut. Međutim, s obzirom na složenost materije, nije se postigao zadovoljavajući stupanj suglasnosti o nekim pitanjima o kojima neposredno ovisi položaj kupaca, kao što je pravna priroda prava iz time-sharing ugovora. Trenutno se ujednačenje većine materijalnih pravila o time-sharingu na međunarodnom nivou čini gotovo nemogućim, a posljedica toga je da se ni u zaštiti kupaca ne može postići puno više.

¹⁴⁵ Šamanović, Josip, Timesharing kao novi vid ulaganja i privatizacije u turističkoj privredi Hrvatske, "Računovodstvo i financije", br. 10, 1993., str. 40-43., zastupa suprotno mišljenje, odnosno smatra time-sharing "najučinkovitijim načinom privlačenja kapitala", op. cit., str. 42.

¹⁴⁶ Također se ne možemo složiti s tvrdnjom da "za takva ulaganja stoje na raspolaganju odgovarajući zakonski propisi koji po svjetskim standardima reguliraju ovu problematiku...", a koja se odnosila, između ostalog, na tada (1993.) važeće Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima i Zakon o poduzećima... itd. Vidi: Šamanović, loc. cit.

¹⁴⁷ Prijedlog Zakona o zaštiti potrošača iz studenog 2002. godine (tekst dostupan na: <http://www.mingo.hr/hrvatski/projekti/zop/FSzop.htm>, stranica posjećena 22. siječnja 2003. g.), Glava IX., Ugovor o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine, sadrži pravila o time-sharingu. Analiza predloženih rješenja prelazila bi okvire ovoga rada, no već je sada očito da ni Hrvatska neće potrošačima pružiti veći stupanj zaštite od onog minimalnog, propisanog Smjernicom.

Summary

BUYER PROTECTION IN TIME-SHARING CONTRACTS ACCORDING TO DIRECTIVE 94/47/EC

The article presents basic forms of time-sharing contracts in respect to legal nature of rights deriving thereof: contracts on acquiring of ownership and condominium of a tourist premise, and contracts on acquiring a right of using a tourist premise. It points out the wide legislative regulation of time-sharing within USA, contrary to the European regulation. Lack of adequate regulation coupled with aggressive sale practice of time-sharing in Europe made the introduction of buyer protection measures in these contracts necessary. In that view, the Directive 94/47/EC has been adopted. Complexity of the subject-matter as well as the important differences in national legislation enabled only a minimum of such protective measures to be harmonized in rules on: detailed information provided to the buyer, forms and obligatory content of contracts, language and translation of contracts, and buyers' rights to withdraw and cancel the contract. However, the expected state activity in further protection of buyers' rights has not been undertaken.

Key words: *time-sharing contracts, right of using a tourist premise, buyer protection.*

Zusammenfassung

VERBRAUCHERSCHUTZ IN TIME-SHARING-VERTRÄGEN NACH DER RICHTLINIE 94/47/EG

In der Arbeit werden die Grundarten von Time-sharing-Verträgen in Hinblick auf die durch sie gewonnene Rechtsnatur vorgestellt: der Vertrag zur Erlangung von Eigentum oder Miteigentum an einem touristischen Objekt sowie der Vertrag zur Erlangung des Nutzrechts an einem touristischen Objekt. Es wird auf die ausführliche gesetzgeberische Regulation des Time-sharing in den USA im Unterschied zu der in Europa hingewiesen. Das Fehlen von Vorschriften und die aggressive Art Time-sharing in Europa zu verkaufen, machten es notwendig, in den Verträgen Maßnahmen zum Schutz des Käufers zu treffen. Mit diesem Ziel wurde auch die Richtlinie 94/47/EG verabschiedet. Die Komplexität der Materie und große Unterschiede der nationalen Gesetzgebungen ermöglichten die Verabschiedung nur eines Minimums von Regeln: Regeln über detaillierte Information des Käufers, über Form und verbindlichen Inhalt des Vertrags, über Sprache und Übersetzung des Vertrags sowie das Recht des Käufers vom Vertrag zurückzutreten oder ihn zu lösen. Die erwartete weitere Aktivität des Staates in Richtung Käuferschutz ist im Großen und Ganzen ausgeblieben.

Schlüsselwörter: *Time-sharing-Vertrag, das Nutzrecht an einem touristischen Objekt, Käuferschutz.*

Sommario

TUTELA DELL'ACQUIRENTE NEI CONTRATTI DI TIME-SHARING SECONDO LA DIRETTIVA 94/47/EC

Nel lavoro si presentano le forme fondamentali di contratti di time-sharing rispetto alla natura giuridica dei diritti da questi derivanti: i contratti di acquisto della proprietà di una struttura turistica, e i contratti di acquisto del diritto di utilizzare una struttura turistica. È mostrata l'estesa regolazione legislativa del time-sharing negli USA, al contrario della regolazione in Europa. L'introduzione di misure di tutela dell'acquirente in questi contratti si è resa necessaria per l'assenza di un'adeguata regolamentazione insieme con pratiche di vendita del time-sharing aggressive in Europa. In questo quadro è stata adottata la Direttiva 94/47/EC. La complessità della materia e le notevoli differenze nelle legislazioni nazionali hanno consentito solo ad un minimo di queste misure di tutela di essere armonizzate in norme su: informazioni dettagliate fornite all'acquirente, forme e contenuti obbligatori dei contratti, lingua e traduzione dei contratti, e il diritto dell'acquirente di ritirarsi e rescindere il contratto. Tuttavia non è stata assicurata l'attesa attività statale per l'ulteriore tutela dei diritti degli acquirenti.

Parole chiave: *contratto di time-sharing, diritto di utilizzare una struttura turistica, tutela dell'acquirente.*

FIDUCIJARNO VLASNIŠTVO U HRVATSKOM PRAVU

Mr. sc. Olga Jelčić, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.232.3
347.952
Ur.: 10. siječnja 2003.
Pr.: 17. veljače 2003.
Prethodno priopćenje

U radu se prikazuje pravni institut fiducijarnog vlasništva prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i Ovršnom zakonu, s tim da je veća pozornost usmjerena na sudski i javnobilježnički prijenos prava vlasništva radi osiguranja. Prikazani su pojam i pravna narav fiducijarnog vlasništva te njegova obilježja prema oba zakona. Zatim je riječ o subjektima fiducijarnog vlasništva, načinu određivanja predmeta osiguranja i o osiguranoj tražbini. Obradeni su postupak sklapanja i bitni sastojci ugovora o prijenosu vlasništva radi osiguranja, pravni učinci tog ugovora prema fiducijaru i fiducijantu te pravo fiducijara na namirenje iz predmeta osiguranja.

Ključne riječi: fiducijarno vlasništvo, osiguranje i namirenje.

1. Uvod

U pojmu fiducijarnog vlasništva sadržana je određena antinomija. Naime, riječ fiducija znači povjerenje, a kauza (causa) fiducijarnog prijenosa vlasništva je u osiguranju namirenja tražbine vjerovnika, tako da dužnik prenosi pravo vlasništva na određenoj stvari na vjerovnika, kako bi vjerovnik mogao ili zadržavanjem prava vlasništva na stvari ili iz njezine vrijednosti namiriti svoju tražbinu, ako to dužnik nije učinio u roku. Proizlazi da je korijen fiducijarnog osiguranja u maximi "Plus cautionis in re est, quam in persona" (više je sigurnosti u stvari nego u čovjeku). Iako kod nas tradicionalno nepoznat, ovaj oblik stvarnopravnog osiguranja u naš je pravni sustav preuzet iz njemačke poslovne i sudske prakse (gdje fiducijarni prijenos prava vlasništva nije moguć na nekretninama), kako bi se poboljšao pravni položaj vjerovnika pri namirenju tražbine, prvenstveno da bi se ubrzalo i učinilo sigurnijim to namirenje.

Međutim, to je samo jedna strana ovog pravnog instituta, jer se na drugim razinama pravni odnos između vjerovnika (fiducijara) i osobe koja prenosi vlasništvo radi osiguranja vjerovnikove tražbine (fiducijanta) temelji na međusobnom povjerenju.

U današnjim uvjetima gospodarsko poslovanje, ali i nabavljanje stvari veće vrijednosti nužnih za svakodnevni život (stan, automobil i sl.), najčešće ovise o kreditima koji se nude na tržištu kapitala. Interes je potencijalnog zajmoprimca da dođe do novčanih sredstava pod što povoljnijim uvjetima, tako što će gospodarski aktivirati svoju imovinu u svrhu dobivanja zajma, a da mu zbog toga ne bude uskraćeno njezino posjedovanje i uporaba, a zajmodavca da ne ovisi o trenutnom stanju imovine zajmoprimca, niti o eventualnim tražbinama postojećih ili budućih vjerovnika zajmoprimca, već da mu zajmoprimac unaprijed osigura mogućnost naplate tražbine kroz ili iz vrijednosti određene stvari. Uvjeti zajma i vrijednost osiguranja su u međusobnoj korelaciji, tako, što je osiguranje kvalitetnije, zajam je jeftiniji i u tome nalaze svoj interes i dužnik i vjerovnik.

Prijenosom stvari u fiducijarno vlasništvo vjerovniku, kao i kod ostalih vrsta realnog osiguranja, fiducijant (uz dužnika to može biti i treća osoba) ovlašćuje vjerovnika u slučaju da dužnik ne podmiri tražbinu, da istu namiri iz vrijednosti predmeta osiguranja u zakonom propisanom postupku i u skladu sa sporazumom ugovaratelja, prije ostalih fiducijantovih vjerovnika. Međutim, u odnosu na druge vrste realnog osiguranja (npr. zalog, zadržanja i sl.) prednost je fiducijarnog osiguranja tražbina što zadržavanjem posjeda stvari fiducijant može nastaviti svoju poslovnu aktivnost za koju mu je potreban predmet fiducijarnog osiguranja, a budući da očekuje da će mu stvar biti vraćena u vlasništvo, motiviran je sa stvarju postupati kao dobar gospodar i nije izložen riziku eventualnog neodgovarajućeg čuvanja ili postupanja sa stvari od strane vjerovnika, s druge strane, vjerovnik ne treba osigurati čuvanje i održavanje stvari prenesene mu u vlasništvo i po dospelju tražbine, ako je dužnik ne podmiri, može se namiriti prodajom stvari izvansudskim putem ili pod određenim uvjetima zadržati je u vlasništvu. Naravno, da i kod ovakvog osiguranja tražbine postoje određeni rizici da se ugovorne strane neće ponašati u skladu s preuzetim ugovornim obvezama, međutim, upravo na međusobnom povjerenju i pretpostavci da će strane savjesno postupati temelji se ovaj pravni odnos. Na desetke objavljenih oglasa u gotovo svakom broju "Narodnih novina" o prijenosu prava vlasništva na pokretnim stvarima radi osiguranja (pretežno se radi o prijenosu prava vlasništva na automobilima radi osiguranja bankovnih kredita) pokazuje da je ovaj institut kod nas u praksi zaživio.

Nasuprot prednostima ovog instituta postoje nedostaci, među kojima su činjenica da dužnik s predmetom osiguranja ne može više raspolagati i ne može ga opteretiti npr. novim zalogom ili hipotekom, bez obzira da predmet osiguranja može imati znatno veću vrijednost od tražbine koju osigurava. Isto tako može doći do povrede načela jednake vrijednosti davanja, kada objekt osiguranja ostane u vlasništvu vjerovnika.

Pod naslovom "Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava" Ovršni zakon¹ je u naš pravni sustav uveo institut

¹ Ovršni zakon (Narodne novine broj 57/96 i 29/99; dalje OZ) je stupio na snagu 11. kolovoza 1996. godine.

fiducijarnog prijenosa vlasništva. Razlog tome je što postojeći načini osiguranja u dovoljnoj mjeri ne omogućuje brzu naplatu tražbine iz predmeta osiguranja, pa se vjerovniku htjelo dati mehanizme efikasnije zaštite u odnosu npr. na zaštitu kakvu bi imao uspostavljanjem založnog prava, učiniti namirenje tražbine izvjesnim te omogućiti njezino izvansudsko namirenje. Iako je predmet reguliranja OZ-a postupak ovrhe i osiguranja (čl. 1., OZ), on sadrži temeljne materijalnopravne odredbe o fiducijarnom vlasništvu, što je bilo nužno, budući da ovakav oblik prijenosa vlasništva radi osiguranja nije bio pokriven odgovarajućim materijalnopravnim propisima (tadašnjim Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima² ili nekim drugim zakonom).

Međutim, Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima³, koji je stupio na snagu 1. siječnja 1997. godine, fiducijarno vlasništvo je statuirano u odredbama o ograničenju prava vlasništva na temelju pravnog posla (čl. 34. st. 5., ZV), s tim da se prema odredbi čl. 297. st. 2., ZV na to pravo na odgovarajući način primjenjuje ono što je određeno za založno pravo, ako zakonom nije što drugo određeno.

Činjenica da je fiducijarno vlasništvo uređeno u dva po svojoj naravi i pristupu različita zakona (materijalnopravni i procesnopravni) rezultirala je određenim razlikama u reguliranju istih pitanja, na koja ću u ovom radu ukazati. Nesumnjivo da te razlike mogu izazvati dvojbe i teškoće u primjeni ovog pravnog instituta, što može utjecati na pravnu sigurnost subjekata koji ulaze u ovaj pravni odnos.

U primjeni zakonskih odredbi koje uređuju fiducijarno vlasništvo u ZV-u i OZ-u postavlja se pitanje je li ZV, kao zakon koji je kasnije donesen, derogirao odredbe OZ u onom dijelu u kojemu uređenje ovog instituta i nekih njegovih pravnih učinaka odstupa od ZV-a po pravilu *lex posterior derogat legi priori*, ili se radi o odnosu općeg (ZV) i posebnog (OZ) zakona i primjeni pravila *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

U pravnoj doktrini ima mišljenja⁴ da su odredbe OZ-a, koje uređuju materijalnopravne pretpostavke i posljedice provedbe ovršnog postupka i postupka osiguranja, s obzirom na odredbu čl. 19. st. 2., OZ-a, derogirane odredbama ZV-a. Jedino tamo, gdje odredbe ZV-a upućuju na primjenu normi OZ-a, ili ostavljaju praznine, da ima mjesta primjeni OZ-a.

ZV definira fiducijarno vlasništvo kao uvjetom ograničeno pravo vlasništva koje se prenosi pravnim poslom radi osiguranja, s tim da vlasnik nema pravo na posjed predmeta vlasništva, već samo pravo na namirenje iz prodajne cijene stvari ili zadržavanjem vlasništva koje tada postaje bezuvjetno, kada se za to ispune pretpostavke. Takvo ograničenje vlasništva ima učinak prema trećima samo kada je

² Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (Narodne novine broj 53/91, 9/92 i 77/92; dalje ZOVO).

³ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine 91/96, 68/98, 137/99, 22/00 i 114/01; dalje ZV).

⁴ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković "Stvarno pravo", Informator, Zagreb 1998., str. 721.

predmet osiguranja stvar na kojoj se vlasništvo stječe upisom u zemljišne ili druge javne registre i upis bude izvršen (čl. 34. st. 5., ZV). U odredbi čl. 297. st. 2., ZV određeno je da se na prijenos vlasništva radi osiguranja na odgovarajući način primjenjuje ono što je određeno za založno pravo, ako zakonom nije drukčije određeno. Na taj su način u čl. 34. st. 3. - 6., ZV dana samo temeljna obilježja ovog pravnog instituta, a za sve ostalo, s obzirom na istovjetnu svrhu zalogu i fiducijarnog vlasništva, zakon upućuje na odredbe o zalogu i istovremeno ostavlja mogućnost da se fiducijarno vlasništvo i njegovi pravni učinci zakonom drukčije reguliraju.

OZ fiducijarno vlasništvo ne određuje kao vlasništvo ograničeno uvjetom, ali definira u osnovi sadržaj prava i obveza koje za prenositelja i stjecatelja proizlaze iz tog vlasništva, te postupak namirenja iz predmeta osiguranja, kada je prijenos vlasništva radi osiguranja učinjen u formi sudskog zapisnika odnosno javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave.

S obzirom na takav način reguliranja ovog instituta u našem pravu, čini se, da odredbu čl. 19. st. 2., OZ⁵ ne bi trebalo shvatiti na način da se tom normom isključuju od primjene odredbe OZ-a materijalnopravne naravi koje se odnose na pretpostavke i posljedice provedbe ovršnog postupka i postupka osiguranja, ako je isti institut reguliran drugim materijalnopravnim propisom, jer se tada postavlja pitanje svrsishodnosti unošenja takvih odredbi u OZ. Konačno, u prijelaznim i završnim odredbama ZV-a nisu stavljene izvan snage odgovarajuće odredbe OZ-a, niti su se izmjenama i dopunama OZ-a iz 1999. godine (koje se dijelom odnose na sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva), mijenjale odredbe kojima su određena pitanja ovog instituta drukčije regulirana u odnosu na norme ZV-a. Stoga mislim, da odredbe OZ-a o sudskom i javnobilježničkom osiguranju prijenosom vlasništva prema ZV-a imaju narav posebnog zakona (*lex specialis*) i u potpunosti se primjenjuju kada se radi o sudskom i javnobilježničkom osiguranju, a u ostalim slučajevima, dakle kada se radi o prijenosu fiducijarnog vlasništva pravnim poslom sklopljenim u drugom obliku, vrijedit će odredbe ZV-a, odnosno odgovarajuća pravila kojima se uređuje ograničenje vlasništva uvjetom radi osiguranja novčane tražbine. Odredbe ZV-a primijenit će se i na sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva, u slučaju da određena pitanja nisu uređena sporazumom stranaka ili OZ-a.

Iako ZV (kroz odgovarajuću primjenu odredbi o zalogu) i OZ uređuju osiguranje namirenja tražbine i prijenosom prava, dionica odnosno udjela ili poslovnih udjela u trgovačkom društvu, u ovom radu bit će riječi samo o prijenosu vlasništva na stvarima na što i naslov rada upućuje.

Kako se u praksi najčešće koristi sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari, predmet razmatranja prvenstveno će biti fiducijarni prijenos vlasništva kako ga uređuje OZ.

⁵ Čl. 19. st. 2. OZ: "Na materijalnopravne pretpostavke i posljedice provedbe ovršnog postupka i postupka osiguranja na odgovarajući se način primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuju stvarna prava odnosno obvezni odnosi."

2. Pojam i pravna narav fiducijarnog vlasništva

2.1. Pojam fiducijarnog vlasništva

Stjecatelj – vjerovnik stječe fiducijarno vlasništvo kada vlasnik stvari pravnim poslom na njega prenese ili ga na temelju pravnog posla ovlasti da na sebe prenese pravo vlasništva, s namjerom realnog osiguranja vjerovnikove novčane ili nenovčane tražbine koja ima novčani ekvivalent. Vlasnička ovlaštenja vjerovnika sadržajno su ograničena, a temeljem sklopljenog pravnog posla za stjecatelja i prenositelja prava vlasništva nastaju određena prava i obveze obveznopravne naravi. Temeljna obveza stjecatelja vlasništva je da nakon prestanka obveze dužnika, predmet fiducijarnog vlasništva vrati ranijem vlasniku.

Prema terminologiji u ZV-u (čl. 34. st. 4. i dr.) stjecatelj vlasništva je prethodni vlasnik (fiducijar), a prenositelj - vlasnik koji mu je pravo vlasništva prenio potonji vlasnik (fiducijant). Kako *causa* pravnog posla nije definitivan prijenos vlasništva na stjecatelja, to je njegovo vlasništvo vremenski ograničeno do postizanja svrhe takvog prijenosa, nakon čega nastaje obveza fiducijara da fiducijantu vrati vlasništvo na stvari, pa je u tom smislu fiducijar prethodni vlasnik u odnosu na fiducijanta koji vlasništvo treba tek steći kao potonji vlasnik.

Sukladno nazivlju OZ-a u postupku osiguranja, a sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva je jedan od postupaka osiguranja, fiducijar je predlagatelj osiguranja, a fiducijant protivnik osiguranja.

2.2. Pravna narav fiducijarnog vlasništva prema ZV-u

ZV polazi od pravila, da je vlasnik ovlašten sa stvari, koja mu pripada, činiti što ga volja (čl. 30. st. 1., ZV), dosljedno tome može dobrovoljno pravnim poslom ograničiti svoje pravo vlasništva, tako što će drugom ustupiti određena vlasnička ovlaštenja ili trajanje tog prava ograničiti do ili nakon isteka određenog roka, ili ga uvjetovati nastupanjem određenog događaja. Vlasništvo preneseno radi osiguranja ispunjenja neke tražbine (fiducijarno vlasništvo) ZV svrstava u ograničeno vlasništvo uvjetovano raskidnim ili rezolutivnim uvjetom (čl. 34. st. 4. i 5., ZV). To stoga, što već prilikom prijenosa prava vlasništva prenositelj nema namjeru otuđiti stvar i trajno izgubiti pravo vlasništva, već vjerovniku, koji ima određenu tražbinu prema vlasniku ili trećoj osobi, pružiti samo sigurnost da njegova tražbina neće ostati nenamirena, jer ako je dužnik ne ispuni, vjerovnik će se namiriti u krajnjem slučaju iz vrijednosti stvari koja mu je prenesena u vlasništvo. Na taj način vlasnik prijenosom prava vlasništva na stvari daje realno jamstvo za namirenje vjerovnikove tražbine.

Fiducijarno vlasništvo prema ZV-u je uvjetno vlasništvo koje pripada prethodnom vlasniku samo radi osiguranja neke njegove tražbine, pa će ono biti vraćeno potonjem vlasniku kada ta tražbina prestane⁶, osim u slučaju kada dužnik po

⁶ N. Gavella, *ibid.* str. 592.

dospjelosti ne ispuni dug. Uvjet je raskidni, jer izvršenim prijenosom vlasništva fiducijar (prethodni vlasnik) postaje pravno titular prava vlasništva, ali to pravo prestaje kada nastupi događaj (uvjet) uz koji su stranke u pravnom poslu vezale prestanak prava vlasništva.

U odnosu na treće osobe fiducijar je punopravni vlasnik stvari koja mu je radi osiguranja prenesena u vlasništvo i ima sva ovlaštenja koja iz toga prava proizlaze, tako da je za treće irelevantan međusobni odnos fiducijara i fiducijanta. Samo ako je predmet prijenosa prava vlasništva stvar na kojoj se pravo vlasništva stječe upisom u zemljišne ili druge javne knjige i ako je upis vlasništva izvršen, ograničenje prava vlasništva djelovat će i prema trećim osobama (čl. 34. st.3. i 5., ZV).

Definiranje fiducijarnog vlasništva kao vlasništva ograničenog raskidnim uvjetom, određuje način njegova upisa u zemljišnu knjigu. Naime, prema odredbi čl. 32. st. 4. i 5. Zakona o zemljišnim knjigama⁷ to se vlasništvo upisuje u korist fiducijara (stjecatelj) uz naznaku uvjeta i naznaku njegova vlasništva kao prethodnog, a istovremeno se vlasništvo fiducijanta (prenositelj) označuje kao potonje. Upis potonjeg vlasništva djeluje kao predbilježba vlasništva, s tim da će se taj upis moći opravdati ako se ispuni raskidni uvjet.

2.3. Pravna narav fiducijarnog vlasništva prema OZ-u

Prema OZ (čl. 274.) sporazumom u formi sudskog zapisnika (to se na odgovarajući način odnosi i na javnobilježnički akt i solemniziranu privatnu ispravu) protivnik osiguranja prenosi na predlagatelja osiguranja (fiducijara) radi osiguranja njegove novčane tražbine, pravo vlasništva svoje određene stvari. Za razliku od ZV-a (čl. 34. st. 3. do 5.) iz odredbi OZ-a ne proizlazi da bi se tim sporazumom prenijelo na predlagatelja osiguranja vlasništvo ograničeno raskidnim uvjetom. Naprotiv, kad se u OZ-u određuju sadržaj i obvezni uglavci tog sporazuma (osim bitnih po naravi posla, vremena dospjeća tražbine i clausule intabulandi, ako se radi o nekretnini upisanoj u zemljišne knjige), nema govora o tome da je vlasništvo predlagatelja osiguranja ograničeno raskidnim uvjetom, iako bi u slučaju postojanja takvog uvjeta on bio bitan sastojak ugovora i mogao bi biti određen samo suglasnom voljom stranaka.

Bez razlike je li predmet osiguranja nekretnina upisana u zemljišne knjige ili neka druga stvar, predlagatelj osiguranja, kada je stekao vlasništvo, ne smije otuđiti ili opteretiti predmet osiguranja, ako na to nije izričito sporazumom ovlašten (čl. 275. st. 1., OZ), ali ako to učini, pravni posao raspolaganja sa stvari je valjan i stjecatelj u slučaju npr. prodaje nekretnine koja je upisana u zemljišnu knjigu, stječe u vlasništvo tu nekretninu bez bilo kakvih ograničenja, što se ne bi dogodilo da je prijenos prava vlasništva fiducijaru bio ograničen raskidnim uvjetom⁸, jer bi se upis u zemljišnoj

⁷ Zakon o zemljišnim knjigama (Narodne novine 91/96 i 114/01; dalje ZZK).

⁸ Čl. 34. st. 5. ZV: "Ograničenje vlasništva radi osiguranja tražbine djelovat će i prema trećima, ako je upisano u zemljišnu knjigu, odnosno u takav javni upisnik bez upisa u koji se ne može steći stvar za koju je ograničenje određeno."

knjizi odnosio na stjecatelja koji je od fiducijara kupio nekretninu, pa bi i njegovo pravo vlasništva bilo ograničeno raskidnim uvjetom.

Pravo vlasništva ograničeno raskidnim uvjetom, koje je upisano u zemljišnu knjigu, ispunjenjem uvjeta prestaje *ex lege*, bez obzira što je potrebno i u zemljišnoj knjizi brisati upis prava vlasništva fiducijara⁹, ali fiducijar (prethodni vlasnik) ne bi bio u obvezi fiducijantu (potonjem vlasniku) predati tabularnu ispravu radi stjecanja prava vlasništva, već bi fiducijant odgovarajućom zemljišnoknjižnom ispravom morao dokazati samo da je uvjet ispunjen.

Prema odredbi čl. 276. st. 1., OZ predlagatelj osiguranja je obavezan protivniku osiguranja vratiti vlasništvo stvari, iz čega proizlazi da činjenicom ispunjenja obveze protivnik osiguranja ne postaje vlasnik, već prema predlagatelju osiguranja ima obveznopravni zahtjev na vraćanje stvari¹⁰, a za ponovo stjecanje prava vlasništva na nekretnini protivnik osiguranja bi trebao od predlagatelja osiguranja dobiti tabularnu ispravu. Stoga se čini da s obzirom na narav prava i obveza koje proizlaze za stranke, sporazum o osiguranju prijenosom vlasništva temeljem čl. 274., OZ u sebi ne implicira prijenos vlasništva ograničen raskidnim uvjetom, tj. da se radi o bezuvjetnom prijenosu vlasništva. U tom smislu je i stajalište, da kod prijenosa vlasništva na stvari radi osiguranja predlagatelj osiguranja stječe puno vlasništvo, te je samo u obveznopravnom smislu vezan uz sporazum o osiguranju.¹¹

U svezi sa sudskim i javnobilježničkim osiguranjem prijenosom vlasništva najčešće se vode ovršni postupci na prijedlog predlagatelja osiguranja kao ovrhovoditelja protiv protivnika osiguranja kao ovršenika, radi predaje u posjed stvari koja je bila predmet osiguranja, kada dužnik nije ispunio obvezu, pa sudovi zauzimaju stajališta o spornim pravnim pitanjima kroz primjenu odgovarajućih odredbi OZ-a. Tako je o pravnoj naravi prijenosa vlasništva radi osiguranja rečeno: "Fiducijarno osiguranje nije uvjetni prijenos prava vlasništva s povratnim (*ex tunc*) učinkom u slučaju namirenja osigurane tražbine kod kojeg bi tek predaja stvari – predmeta osiguranja u posjed fiducijarnog vjerovnika bila pretpostavka stjecanja vlasničke ovlasti otuđenja stvari. Suprotno tome, bit fiducijarnog osiguranja je u bezuvjetnom prijenosu prava vlasništva s punim učinkom prema trećima, s time da stvar – predmet osiguranja, ako nije drukčije ugovoreno, ostaje i dalje u posjedu fiducijarnog dužnika (*constitutum possessorium*)."¹²

⁹ N. Gavella, *ibid.* str. 611.

¹⁰ Tako M. Dika: "Sudsko i javnobilježničko fiducijarno osiguranje", objavljeno u "Novosti u stečajnom pravu" 2001. god., str. 157.

¹¹ J. Barbić "Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava", objavljeno u "Novo ovršno i stečajno pravo" 1996, str. 102.

¹² Rješenje Županijskog suda u Zagrebu, broj GŽ-10817/01-2 od 9. travnja 2002. god.

3. Obilježja fiducijarnog vlasništva

3.1. Pravo na izvansudsko namirenje

Temeljno obilježje fiducijarnog vlasništva određeno je svrhom osiguranja, a to je pravo fiducijara da svoju određenu novčanu ili nenovčanu tražbinu kojoj je vrijednost izražena u novcu namiri iz kupovnine, koja će se dobiti prodajom stvari ili zadržavanjem u vlasništvu stvari koja je bila predmet osiguranja, ali samo ako dužnik ne ispuni svoju obvezu po dospelosti.

Do dospjeća osigurane tražbine pravo namirenja je virtualno, ono se ne može realizirati, a aktualno će postati samo ako tražbina po dospjeću ostane nenamirena.¹³ Međutim u stadiju dok ne postane pravo namirenja aktualno, pravo vlasništva fiducijara proizvodi pravne učinke prema trećima. Jedina faktična ograničenja fiducijara u izvršavanju vlasničkih ovlasti do aktualiziranja prava namirenja proizlaze iz obveza koje je preuzeo sporazumom o prijenosu vlasništva radi osiguranja, među kojima su u pravilu najbitnije pravo fiducijanta na posjed stvari i zabrana fiducijaru da raspolaže sa stvari.

Ako tražbina ne bude namirena po njezinom dospjeću, unatoč činjenici da sporazum o sudskom i javnobilježničkom osiguranju ima značenje sudske nagodbe, fiducijar ima pravo na namirenje izvansudskim putem u postupku koji je uređen sporazumom stranaka i supsidijarno zakonom. Mogućnost izvansudskog namirenja tražbine je karakteristika po kojoj se fiducijarno vlasništvo razlikuje od drugih vrsta realnog osiguranja i ujedno njegova prednost.

3.2. Prava fiducijanta na posjed stvari

Vlasnik koji je dobio pravo vlasništva određene stvari radi osiguranja obavezan je propustiti služiti se s tom stvari (čl. 34. st. 5., ZV).

Nakon sklapanja ugovora o prijenosu prava vlasništva do dospelosti osigurane tražbine fiducijant (potonji vlasnik, protivnik osiguranja) ima pravo zadržati u posjedu prodanu stvar (constitutum possessorum), ako se ugovorne strane izričito drukčije ne dogovore (čl. 275. st. 1., OZ). Pravo posjeda postoji neovisno o tome jesu li predmet prijenosa pokretnine ili nekretnine. Zakonom nisu određeni opseg prava fiducijara pri korištenju stvari i učinci njegova neovlaštenog raspolaganja i opterećenja stvari.

Nesumnjivo, temeljna svrha fiducijarnog prijenosa vlasništva je osigurati namirenje tražbine vjerovnika, ali je pri tom mislim, također bitna značajka ovog instituta da se dužniku omogućava zadržavanje u posjedu stvari radi njezinog gospodarskog iskorištavanja. S obzirom na causu ovog sporazuma fiducijant će biti obavezan sa stvari postupati kao dobar gospodar, vodeći računa da ne umanjuje njezinu vrijednost preko mjere umanjenja do kojeg dolazi njezinom redovnom uporabom.

¹³ Tako o pravu namirenja kod zaloga N. Gavella "Založno pravo" Zagreb 1992. str. 47.

Odredba čl. 34. st. 4., ZV stipulira, da kad se ispuni uvjet (prestanak osigurane tražbine), fiducijar će fiducijantu prenijeti vlasništvo, a njihov će se međusobni odnos prosuđivati kao da je fiducijar bio plodouživatelj. Budući da prema odredbi čl. 205. st. 3., ZV plodouživatelj plodove poslužne stvari stječe njezinim odvajanjem, proizlazi da odvojeni plodovi i ostali prihodi (civilni plodovi) od stvari ne bi pripadali fiducijantu već fiducijaru. Rizik slučajne propasti stvari i njezina oštećenja je na fiducijantu.¹⁴

Ugovorom se može isključiti pravilo iz čl. 34. st. 4., ZV i na drugi način ugovoriti režim korištenja predmeta osiguranja te pripadanje plodova. S obzirom da se kod osiguranja prijenosom tražbine predlagatelju osiguranja naplaćene kamate i druge povremene tražbine prebijaju s troškovima na čiju naknadu on ima pravo, zatim s kamatama koje mu se duguju i s glavnicom, dosljedno tom pravilu trebalo bi sporazumom odrediti (kada nije određeno zakonom) da se za vrijednost plodova (prirodnih i civilnih) koji pripadaju fiducijaru dok predmet osiguranja posjeduje fiducijant, umanju fiducijantova obveza prema redosljedu uračunavanja kod naplate kamata ili drugih povremenih davanja (čl. 275. st. 4. toč. 2., OZ; na isti način se uračunavaju plodovi koje je zadržao zalogoprimac, prema odredbi čl. 323. st. 3., ZV). Naime, obveza dužnika je da ispuni tražbinu, sve što fiducijar dobije ili zadrži preko toga, protivno je svrsi zbog koje je izvršen prijenos vlasništva.

Prijenosom prava vlasništva fiducijant, kao ne vlasnik nema pravo raspolaganja sa stvari ili njezino opterećenje. Međutim u slučaju da neovlašteno otuđi stvar, takvo otuđenje bi bilo bez pravnog učinka, osim ako po pravilima ZV-a ne bi bile ispunjene pretpostavke za stjecanje vlasništva od ne vlasnika.

3.3. Prijenos vlasništva nije akcesoran

Ugovor o prijenosu vlasništva radi osiguranja je samostalan, jer se njime uređuju međusobna prava i obveze strana u svezi s osiguranjem, koja ne ovise o realizaciji i valjanosti ugovora iz kojeg proizlazi osigurana tražbina. Ako bi npr. ugovor o zajmu bio utvrđen ništavim ili bi bio poništen zbog mana volje, samim tim ne bi prestao i ugovor o prijenosu vlasništva kojim se zajam osigurava ni pravo vlasništva fiducijara. Razlozi ništavosti ili poboynosti jednog nisu istovremeno razlozi za ništavost i poboynost drugog ugovora, jer su ti ugovori međusobno pravno neovisni. U tom smislu je u jednoj sudskoj odluci rečeno da iz zakonskog smisla instituta fiducijarnog osiguranja proizlazi da fiducijarno vlasništvo nema akcesorno značenje na pitanje opstojnosti i visine tražbine koja je fiducijarno osigurana.¹⁵

Činjenicom prestanka tražbine fiducijara ex lege ne prestaje njegovo vlasništvo na objektu osiguranja, nego fiducijant ima obveznopravni zahtjev na vraćanje prava vlasništva na stvari koja je bila predmet osiguranja, odnosno predaju tabularne

¹⁴ Tako i J. Barbić, *ibid.* str. 130. Vidjeti E. Čulinović Herc "Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika" str. 186.

¹⁵ Rješenje Županijskog suda u Zagrebu, broj GŽ-6838/01-2 od 9. travnja 2002. god.

isprave, kad je riječ o nekretnini upisanoj u zemljišne knjige. Kako fiducijarno vlasništvo ne slijedi pravnu sudbinu osigurane tražbine, prijenosom tražbine na cessionara, za razliku od založnog prava, na njega ne prelazi vlasništvo na stvari kojom je ta tražbina osigurana.¹⁶

Budući da je prijenos fiducijarnog vlasništva isključivo na osnovi dobrovoljnosti, ugovorne strane mogu u ugovoru drukčije urediti svoja prava i obveze, pa tako i da se sporazum o fiducijarnom osiguranju učini ovisnim o ugovoru iz kojeg proizlazi osigurana tražbina, tako da je nastanak tražbine ili njezino postojanje suspendivni ili rezolutivni uvjet osiguranja.¹⁷

3.4. Dobrovoljnost fiducijarnog osiguranja

Do prijenosa prava vlasništva radi osiguranja dolazi isključivo na temelju pravnog posla kojeg stranke sklapaju dobrovoljno, pri čemu je neodlučno radi li se o sudskom odnosno javnobilježničkom osiguranju ili pravnom poslu u nekom drugom obliku. Za razliku od založnog prava koje može biti osnovano kao prisilno sudsko ili zakonsko založno pravo, do fiducijarnog prijenosa vlasništva može doći samo kroz autonomno izraženu volju ugovaratelja, pri čemu postoji ograničenje osnovnim načelima Zakona o obveznim odnosima¹⁸ od članka 10. do 15. (zabrana uređivanja obveznih odnosa suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima te moralu društva; ravnopravnost sudionika u obveznom odnosu; načelo savjesnosti i poštenja; zabrana zlouporabe prava; načelo jednake vrijednosti davanja).

Posljedica je dobrovoljnosti prijenosa vlasništva radi osiguranja da se fiducijant u slučaju namirenja tražbine iz osigurane stvari ne može protiviti izuzimanju odredbi OZ-a koje imaju za svrhu zaštitu ovršenika, jer se prema odredbi čl. 253., OZ na osiguranje tražbine prema tom zakonu na odgovarajući način primjenjuju odredbe OZ-a o ovrsi radi ostvarenja tražbine, što znači primjenu odredbe čl. 72. st. 1., OZ, prema kojoj se ovršenik ne može protiviti ovrsi pozivom na odredbe o izuzimanju od ovrhe ili ograničenju ovrhe (čl. 70. st. 1., 71. st. 1., 86. i dr., OZ) kada je ovrhovoditelj na temelju pravnog posla stekao na nekoj stvari neko pravo radi osiguranja tražbine.

4. Subjekti fiducijarnog prijenosa vlasništva

Subjekte prijenosa vlasništva radi osiguranja moguće je gledati s materijalnopravnog aspekta kao subjekte određenog stvarnopravnog odnosa kojeg uređuje ZV ili drugi materijalnopravni zakon (npr. Stečajni zakon¹⁹) i dijelom OZ, ili kao stranke u postupku osiguranja koji je reguliran OZ.

¹⁶ J. Barbić, *ibid.* str. 104.

¹⁷ J. Barbić, *ibid.* str. 104.

¹⁸ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 112/99; dalje ZOO.

¹⁹ Stečajni zakon, Narodne novine 44/96, 29/99, 129/00.

Prema ZV-u, kako je to već ranije rečeno, vlasnik stvari koji prenosi pravo vlasništva radi osiguranja je potonji vlasnik, a vjerovnik tražbine koja se osigurava i na koga se prenosi vlasništvo prethodni je vlasnik. Terminologijom OZ-a vjerovnik je predlagatelj osiguranja (fiducijar), a onaj tko prenosi vlasništvo je protivnik osiguranja (fiducijant).

Fiducijant ne mora biti osobni dužnik fiducijara, već treća osoba koja nije stranka u obveznompravnom odnosu, iz kojega potječe tražbina koja se osigurava, nego daje osiguranje za podmirenje tuđeg duga. Trećoj osobi bi u postupku osiguranja trebalo priznati status i stranke i sudionika u postupku osiguranja (čl. 2. toč. 7., OZ), jer se u postupku odlučuje o nekom njezinom pravu ili zbog toga što za to ima pravni interes.²⁰

Subjekt fiducijarnog pravnog odnosa može biti svaka fizička i pravna osoba koja može stjecati i raspolagati s pravom vlasništva. S obzirom na posebne pretpostavke za stjecanje prava vlasništva stranih fizičkih i pravnih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj propisane u čl. 356. st. 2., ZV, mislim da i kod prijenosa vlasništva radi osiguranja mora biti ispunjena pretpostavka uzajamnosti i da suglasnost ministra vanjskih poslova mora postojati u trenutku stjecanja prava vlasništva, tj. u vrijeme upisa vlasništva u zemljišnu knjigu odnosno potpisivanja sudskog zapisnika u koji je unesen sporazum stranaka, kada nekretnina nije upisana u zemljišnu knjigu, bez obzira što će to pravo eventualno kasnije prestati.

5. Predmet osiguranja tražbine

Prema odredbi čl. 274. st. 1., OZ određenu tražbinu moguće je osigurati prijenosom vlasništva na stvari ili pravu te dionica odnosno udjela ili poslovnih udjela u trgovačkom društvu (čl. 278. st. 1., OZ), dakle faktično članskih prava u trgovačkom društvu.

OZ pobliže ne određuje koje stvari mogu biti predmetom fiducijarnog osiguranja, stoga temeljem čl. 297 st. 2., ZV treba na odgovarajući način primijeniti odredbu čl. 298. st. 1., ZV, temeljem koje predmetom osiguranja može biti pojedinačno određena pokretna ili nepokretna stvar sposobna za unovčenje, kao i idealni dio takve stvari. To znači da je načelno moguće steći fiducijarno vlasništvo na svim stvarima sposobnim da budu objektom prava vlasništva (čl. 3. st. 1., ZV) i koje mogu biti predmet ovrhe²¹. Stvar mora biti određena tako da se bez poteškoća može utvrditi njezina istovjetnost (čl. 274. st. 9., OZ). Preneseno pravo vlasništva

²⁰ M. Dika, *ibid.* str. 148.

²¹ Prema čl. 4. st. 4. i 6. OZ predmet ovrhe ne mogu biti stvari izvan prometa, kao ni druge stvari za koje je to posebnim zakonom određeno, kao ni objekti, oružje i oprema namijenjeni obrani; Stvarnopravni zakonik Republike Slovenije (Uradni list št. 87/2002) prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbine dozvoljava samo na pokretninama i tražbinama (čl. 201. st. 1. i 207. st. 1. Zakonika).

prostire se i na pripadnosti stvari²², tj. sve što je s njom razmjerno trajno spojeno, prirodni i civilni plodovi te pertinencije. Međutim, kada se radi o strojevima i sličnim uređajima namijenjenim da trajno služe svrsi nekretnine s poslovnom zgradom namijenjenom nekoj obrtnoj ili proizvodnoj djelatnosti kao glavnoj stvari, koji se smatraju pripadkom nekretnine, moguće je da takvi strojevi i uređaji zadrže pravnu autonomiju, zabilježbom vlasništva druge osobe, uz suglasnost vlasnika (čl. 9. st. 5., ZV)²³. Stoga bi fiducijant mogao u vlasništvo fiducijara samostalno prenijeti takve pripadke nekretnine ili bi bilo moguće da nekretnina pređe u vlasništvo fiducijara, a ti strojevi i uređaji ostanu u vlasništvu fiducijanta, pod uvjetima iz čl. 9. st. 5., ZV.

Objekt prijenosa vlasništva ne može biti skupna stvar (*universitas rerum*), već pojedinačne stvari koje čine takav skup stvari (npr. ne može se prenijeti vlasništvo na skladištu robe kao cjelini, ili galerija slika, nego na pojedinoj robi koja se nalazi u skladištu ili pojedinoj slici).

Stvar koja je objekt prijenosa vlasništva mora biti egzistentna, buduća stvar ne može biti predmet osiguranja tražbine. U doktrini je izraženo stajalište²⁴ da fiducijant može fiducijaru prenijeti i svoje pravo očekivanja da stekne vlasništvo stvari (npr. kada fiducijant kupi stvar na kredit uz zadržano pravo vlasništva prodavatelja, pa svoje pravo očekivanja da stekne vlasništvo stvari prenese predlagatelju osiguranja), nadalje da prijenos vlasništva pokretnine ima i prijenos tradicijskih papira (teretnica, tovarni list) koji se odnose na tu stvar.

U praksi se postavilo pitanje može li brod biti objekt fiducijarnog osiguranja. Naime, prema stajalištu Ministarstva pomorstva, prometa i veza Republike Hrvatske, u dijelu X. Pomorskog zakonika²⁵ određeni su načini osiguranja na brodu, ali ne i prijenosom vlasništva radi osiguranja, zbog čega brod ne bi mogao biti predmet fiducijarnog osiguranja. U presudi Upravnog suda Republike Hrvatske nije prihvaćeno ovo stajalište zbog razloga što je prema Pomorskom zakoniku moguće prenošenje stvarnih prava na brodu, a fiducijarni prijenos radi osiguranja nije ništa drugo do li prijenos prava vlasništva.²⁶

Mislim, da se na brodu može prenijeti pravo vlasništva radi osiguranja. Naime, u odredbi čl. 298. st. 7., ZV propisano je da založno pravo na brodovima i zrakoplovima uređuju odredbe tog Zakona, ako ono nije uređeno posebnim zakonom. S obzirom na odredbu čl. 297. st. 2., ZV, prema kojoj se na prijenos vlasništva radi osiguranja na odgovarajući način primjenjuje ono što je određeno za zalog, ako zakonom nije drukčije određeno, a kako u Pomorski zakonik nije uvršten prijenos

²² Čl. 5. st. 3. ZV: Pripadnost stvari je svaki njezin dio, sve što se s njom razmjerno trajno spoji (prirast) i svaki njezin plod, sve dok se od nje ne odvoji. Pripadnost stvari je i sve ono što je njezin pripadak (pertinencija).

²³ E. Čulinović Herc, *ibid.* str. 99.

²⁴ J. Barbić, *ibid.* str. 107.

²⁵ Pomorski zakonik, Narodne novine 17/94, 74/94, 43/94.

²⁶ Rješenje Ministarstva pomorstva, prometa i veza RH, klasa: UP/II-342-01/97-01/22, ur. br.: 530-02-97-2 od 13.8.1997. g., te presuda Upravnog suda RH od 7.12.2000. g. br. Us-8675/97.

vlasništava radi osiguranja, proizlazi da je fiducijarni prijenos vlasništva na brodu moguć temeljem ZV-a i OZ-a.

6. *Osigurana tražbina*

Fiducijarnim prijenosom vlasništva fiducijar osigurava svoju tražbinu, a ne tražbinu treće osobe, što proizlazi iz odredbe čl. 274. st. 1., OZ, prema kojoj se sporazum sklapa radi osiguranja novčane tražbine predlagatelja osiguranja, pa se ovaj sporazum ne bi mogao sklopiti u korist trećega.²⁷

Tražbine koje se mogu fiducijarno osigurati moguće je razvrstati na novčane i nenovčane tražbine kojima je vrijednost izražena u novcu (čl. 301. st. 1., ZV i 274. st. 1. i 2., OZ) i s obzirom na egzistentnost i to na postojeće tražbine i buduće koje će nastati nakon nekog vremena ili nakon ispunjenja nekog uvjeta (čl. 301. st. 2., ZV).

Bez obzira na kriterije razvrstavanja, tražbina uvijek mora biti "dovoljno određena" kako to stipulira ZV, odnosno određena ili određiva (čl. 274a st. 1., OZ). OZ pobliže ne određuje koje podatke o tražbini mora sadržavati sporazum o fiducijarnom osiguranju da bi se smatralo da je tražbina određena.

Pitanje određenosti ili odredivosti tražbine usko je vezano sa svrhom osiguranja. Prije svega, nastupanje pravnih učinaka sklopljenog ugovora o osiguranju ovisi o ispunjenju ili neispunjenju tražbine, a je li dužnik ispunio obvezu, može se zaključiti samo ako je tražbina u sporazumu tako naznačena da se znaju vjerovnik i dužnik, pravni temelj obvezivanja, visina dugovanja ili makar najviši iznos koji je osiguran fiducijarnim vlasništvom (čl. 301. st. 1., ZV). Mislim, da sporazum o osiguranju treba sadržavati sve navedene podatke, jer između fiducijara i dužnika može postojati više pravnih odnosa od kojih su samo jedan ili neki od njih osigurani fiducijarnim vlasništvom, pa ne smije biti dvojbe na koju se obvezu fiducijarno osiguranje odnosi. Određenost tražbine također je bitna radi mogućnosti realizacije prava fiducijanta da u slučaju djelomičnog ispunjenja tražbine zahtijeva, kada je to moguće, da fiducijar vrati neke od stvari ili dio prava na stvari (čl. 277. st. 10., OZ). Konačno tražbina mora biti određena radi mogućnosti ocjene je li vrijednost objekta osiguranja neprimjereno prelazi visinu osigurane tražbine, što bi moglo imati za posljedicu ništavost ugovora, jer bi bio protivan moralu društva ili bi se mogla primijeniti odredba čl. 141. st. 1., ZOO, koja određuje ništavost zelenaškog ugovora u slučaju da su ispunjene pretpostavke propisane u toj zakonskoj odredbi.²⁸

U sporazumu se može osigurana tražbina označiti tako da bude određiva, neovisno radi li se o postojećoj ili budućoj tražbini. Smatra se²⁹ da je tražbina određiva kada je moguće odrediti njezine bitne elemente "kvalificiranim u zakonu

²⁷ M. Dika smatra da bi bilo moguće ugovorom o osiguranju osigurati i tražbinu trećega, *ibid.* str. 148.

²⁸ O tome J. Barbić, *ibid.* str. 118.

²⁹ M. Dika, *ibid.* str. 151.

definiranim ispravama" (javna isprava ili privatna isprava koja ima značenje javne isprave), na temelju propisa, iz objavljenih podataka državnih tijela ili institucija s javnim ovlastima. Bitno je da je tražbinu u tom slučaju moguće odrediti na temelju objektivnih kriterija i da je u sporazumu o osiguranju precizno navedeno po kojim se kriterijima tražbina utvrđuje.

Da bi se buduća tražbina mogla osigurati prijenosom vlasništva, u sporazumu mora biti određen okvirni, odnosno najviši iznos buduće tražbine, te pravni posao iz kojeg će ta tražbina potjecati, npr. u sporazumu će se odrediti da se prenosi vlasništvo na određenoj nekretnini na fiducijara kao osiguranje budućeg zajma do iznosa od 1.000.000,00 kn. U sporazumu mora biti naznačen način utvrđivanja buduće tražbine do okvirnog iznosa, s tim da se stranke mogu sporazumjeti, da će tražbinu i vrijeme njezine dospelosti odrediti vjerovnik ili treća osoba, a može biti određena i na neki drugi način (čl. 274a., OZ).

U oglasima objavljenim u "Narodnim novinama" često je osigurana tražbina označena u stranoj valuti, tako da je protivnik osiguranja u obvezi isplatiti predlagatelju osiguranja kunsku protuvrijednost tako određenog iznosa. Odredbe OZ-a koje uređuju prijenos vlasništava radi osiguranja posebno ne reguliraju mogućnost određivanja novčane obveze u stranoj valuti, iako je u čl. 263. st. 3., OZ (sudsko osiguranje novčane tražbine zasnivanjem založnog prava na temelju sporazuma stranaka) predviđena mogućnost određivanja novčane tražbine u kunskoj protuvrijednosti određenog iznosa utvrđenog u stranoj valuti. Mislim da bi i u slučaju prijenosa vlasništva radi osiguranja bilo moguće na taj način odrediti osiguranu tražbinu.³⁰

7. Postupak sklapanja i sadržaj ugovora o prijenosu vlasništva radi osiguranja

7.1. Sklapanje ugovora o prijenosu vlasništva radi osiguranja po ZV-u

Očitovanje volje vlasnika da vlasništvo prenese na stjecatelja i predaja pokretnine u samostalan posjed stjecatelju predstavljaju pravni temelj i način stjecanja vlasništva na pokretninama. Volja ne mora biti očitovana u posebnoj formi (čl. 116. st. 1., ZV).

Kod fiducijarnog prijenosa vlasništva predmet osiguranja u pravilu ostaje u posjedu fiducijanta (stranke se mogu drukčije dogovoriti), pa se postavlja pitanje forme ovog ugovora. Za osnivanje dobrovoljnog založnog prava na pokretninama ne traži se poseban oblik, jer se zalog osniva kada vlasnik – zalagodavac preda pokretninu u posjed zalogoprincipu (čl. 308. st. 1., ZV). Budući da za fiducijarni prijenos vlasništva na pokretninama u ZV-u nije propisana posebna forma, ugovor može biti sklopljen u usmenom obliku, s tim da moraju biti obuhvaćeni svi bitni sastojci za ovu vrstu ugovora (stranke, predmet osiguranja tražbina i njena dospelost), jer je to uvjet valjanosti takvog pravnog posla. Kod fiducijarnog

³⁰ Tako M. Dika, *ibid.* str. 153.

prijenosa vlasništva postoji problem publiciteta u odnosu na treće osobe, jer se fiducijar izlaže riziku da fiducijant otuđi ili optereti predmet osiguranja. U tom slučaju izvršeni prijenos vlasništva ne djeluje na prava koja bi treći stekli na toj stvari, ako oni u trenutku svojega stjecanja nisu znali niti su morali znati da je vlasništvo preneseno drugome (čl. 34. st. 5. i 116. st. 2., ZV). Zato se čini da bi bilo korisno uspostaviti upisnik u kome bi se registrirali ugovori o prijenosu prava vlasništva na pokretninama radi osiguranja (isto tako i za založna prava), radi pravne sigurnosti sudionika takvog pravnog posla i trećih osoba.

Ugovor o prijenosu prava vlasništva na nekretninama mora biti sastavljen u pismenom obliku (čl. 307. st. 6., ZV) i prikladan za upis u zemljišnu knjigu odnosno za polog u zbirku položenih isprava, ako nekretnina nije upisana u zemljišnu knjigu, sve u skladu s odredbom čl. 32. st. 4. i 5., ZZK.

Kada upis u javni upisnik predstavlja način stjecanja prava vlasništva na određenom predmetu osiguranja (npr. na brodu), ugovor o prijenosu vlasništva radi osiguranja mora sadržavati bitne sastojke ugovora, kako je to prethodno navedeno i biti sklopljen u formi potrebnoj da se može izvršiti upis.

7.2. Prijedlog za sudsko osiguranje prijenosom vlasništva

Postupak za sudsko osiguranje prijenosom vlasništva pokreće se prijedlogom jedne ili obje stranke sudu da se odredi ročište i u zapisnik unese sporazum stranaka (prema terminologiji ZOO to je ugovor) kojim protivnik osiguranja na predlagatelja osiguranja prenosi vlasništvo na određenoj stvari radi osiguranja određene ili odredive, egzistentne ili buduće tražbine predlagatelja osiguranja. Prijedlog za osiguranje podnosi se mjesno nadležnom općinskom sudu. Mjesna nadležnost suda ovisi o predmetu koji se prenosi u vlasništvo (čl. 273., OZ), pa kada su predmet osiguranja nekretnine, mjesno nadležan će biti sud na čijem se području nekretnine nalaze (čl. 74., OZ), a kada je riječ o pokretninama sud na čijem se području, prema navodima u prijedlogu nalaze pokretnine (čl. 126. st. 1., OZ).

Budući da se na osiguranje tražbine na odgovarajući način primjenjuju odredbe OZ-a koje uređuju ovrhu, na sadržaj prijedloga za osiguranje prijenosom vlasništva analogno se primjenjuju odredbe OZ-a, kojima se uređuje sadržaj prijedloga za ovrhu, s tim da je uz prijedlog, kada su predmet vlasništva nekretnine, potrebno priložiti isprave na temelju koje će biti moguće izvršiti upis prijenosa prava vlasništva na predlagatelja osiguranja (čl. 77. st. 1. i 2., te 125., OZ).

Javnobilježnički sporazum o osiguranju sklapa se na način propisan za sastavljanje javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave propisan u Zakonu o javnom bilježništvu.³¹ Mjesna nadležnost javnog bilježnika za obavljanje javnobilježničkih poslova, među koje spadaju i oni vezani uz ugovor o osiguranju, određena je Pravilnikom o službenim sjedištima javnih bilježnika ministra nadležnog za pravosuđe (čl. 29. i 30., ZJB).

³¹ Čl. 56. do 59. Zakona o javnom bilježništvu, Narodne novine 78/93 29/94, 162/98; dalje ZJB.

7.3. Sporazum o sudskom i javnobilježničkom osiguranju

U povodu prijedloga za osiguranje sud će zakazati ročište i u zapisnik unijeti sporazum o prijenosu vlasništva radi osiguranja. Zapisnik treba biti sastavljen na način propisan za sastavljanje sudske nagodbe (čl. 322. Zakona o parničnom postupku)³².

Sporazum o sudskom odnosno javnobilježničkom osiguranju³³ strogo je formalan ugovor i samo ako je sklopljen u tom obliku ima pravne učinke sudske nagodbe, pa zbog toga i svojstvo ovršne isprave. Zbog nedostatka oblika ugovor nije ništav, već može imati učinke ugovora o osiguranju prema ZV-a, pod uvjetom da je formalno i materijalnopravno sklopljen u skladu s odredbama tog zakona. Međutim, takav ugovor neće imati svojstvo sudske nagodbe, dakle neće biti ovršna isprava (čl. 21., OZ), u slučaju prisilne ovrhe ili stečaja protiv predlagatelja osiguranja protivnik osiguranja nema izlučno pravo na stvari prenesenoj u vlasništvo radi osiguranja (čl. 276. st. 2., OZ) i odredbe o neplaćanju poreza na promet prilikom prijenosa i vraćanja stvari neće se moći primijeniti.

Mislim da bi sud mogao supsidijarno primijeniti odredbu čl. 321. st. 4., ZPP prema kojoj se pred sudom ne može zaključiti nagodba koja bi sadržavala određena raspolaganja stranaka protivno prisilnim propisima i pravilima javnog morala (čl. 3. st. 3., ZPP). Sukladno tome je izraženo stajalište u sudskoj praksi: "Samo u slučaju da iz samog teksta javnobilježničkog akta proizlazi da je tim aktom određena obveza na činidbu o kojoj se stranke ne mogu nagoditi, taj akt ne bi mogao biti ovršna isprava".³⁴

Budući da sporazum o osiguranju ima učinke sudske nagodbe, ne može se pobijati redovnim ni izvanrednim pravnim lijekovima, nego se utvrđenje njezine ništavosti ili poništenje može zahtijevati tužbom u parnici.

7.4. Bitni sastojci sporazuma o osiguranju

Uvjet je valjanosti sporazuma o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja da sadrži bitne sastojke (*essentialia negotii*) za tu vrstu ugovora, i to podatke o strankama, o tražbini koja se osigurava s navođenjem podataka koje ju određuju ili se može odrediti, dospijeće tražbine ili način kako će se ono odrediti, ako je tražbina nenovčana, njezinu novčanu protuvrijednost, predmet koji se prenosi u vlasništvo te *clausulu intabulandi* kad je predmet osiguranja nekretnina upisana u zemljišnu knjigu.

Sporazumom o osiguranju mogu biti isključene od primjene neke dispozitivne zakonske odredbe. To su odredbe da objekt osiguranja ostaje u posjedu fiducijanta,

³² Zakon o parničnom postupku, Narodne novine 53/91, 91/92, 112/99; dalje ZPP.

³³ U nastavku teksta pod sudskim osiguranje razumijevat će se i javnobilježničko osiguranje, budući se na to osiguranje na odgovarajući način primjenjuju odredbe o sudskom osiguranju temeljem čl. 279. st. 1. OZ.

³⁴ Županijski sud u Zagrebu, GŽ-3335/99 od 19.10.1999.

da fiducijaru pripadaju pripadnosti stvari, da fiducijar ne smije otuđiti ili opteretiti predmet osiguranja, da se vlasništvo smatra prenesenim kada obje stranke potpišu zapisnik u kojem je sadržan njihov sporazum te način otuđenja predmeta osiguranja određenog u odredbi čl. 277. OZ-a. Budući da sporazum o osiguranju nije akcesoran, te da se mogu osigurati i buduće tražbine, u sporazum se može unijeti uglavak da će fiducijar steći pravo vlasništva trenutkom ispunjenja svoje obveze prema dužniku (suspenzivni uvjet).³⁵ Ako stranke ne isključe neku od dispozitivnih zakonskih odredbi, one će se primijeniti iako ih stranke nisu izričito ugovorile. Suprotno tome, uglavak da je fiducijant suglasan da fiducijar može neposredno na temelju zapisnika zatražiti ovrhu radi predaje u posjed predmeta osiguranja nakon dospjeća osigurane tražbine, (čl. 274. st. 7., OZ) mora se izričito unijeti u sporazum, ako stranke hoće da sporazum bude ovršna isprava za takav zahtjev. U tom slučaju fiducijar ne bi imao pravo zadržati stvar kao punopravni vlasnik, već bi mogao inicirati postupak radi namirenja po čl. 277., OZ.³⁶

OZ ne sadrži odredbe o zabranjenim uglavcima ugovora o fiducijarnom osiguranju, zbog čega bi na odgovarajući način, temeljem čl. 297. st. 2., ZV, trebalo primijeniti odredbe ZV-a o zalogu kojima su uređena ta pitanja. Zabranjeno je ugovaranje *lex commissoriae*, tj. da će fiducijar zadržati predmet osiguranja ako mu tražbina ne bi bila ispunjena u određenom roku (čl. 307. st. 4., ZV). Da bi fiducijar mogao zadržati predmet osiguranja, pretpostavka je, da je proveden postupak iz čl. 277., OZ ili drugi postupak prema sporazumu stranaka. Zabranjeno bi bilo ugovoriti da se predmet osiguranja ne može iskupiti (čl. 307. st. 4., ZV) i da bi fiducijar bio ovlašten otuđiti ili zadržati predmet osiguranja po unaprijed utvrđenoj cijeni (čl. 307. st. 4., ZV)³⁷, osim ako predmet osiguranja ima propisanu cijenu.

7.5. Prijenos vlasništva

Stjecanje prava vlasništva prema sporazumu o fiducijarnom osiguranju ovisi jesu li predmet osiguranja nekretnine ili pokretne stvari, a potom radi li se o nekretninama upisanim u zemljišnu knjigu.

Iz stipulacije čl. 274. st. 5., OZ proizlazi da se na nekretnini upisanoj u zemljišnu knjigu pravo vlasništva stječe upisom u tu knjigu, jer je određeno da na temelju zapisnika i izjave protivnika osiguranja stranke mogu tražiti prijenos prava vlasništva na nekretnini upisanoj u zemljišnoj knjizi uz zabilježbu da je prijenos obavljen radi osiguranja.

U teoriji su izražena dva suprotna stava glede vrste i načina upisa te vremena stjecanja prava vlasništva kod sudskog fiducijarnog osiguranja. Jedno je stajalište³⁸

³⁵ Vidjeti o tome E. Čulinović Herc, *ibid.* str. 146.

³⁶ E. Čulinović Herc, *ibid.* str. 147.

³⁷ M. Dika, *ibid.* str. 155.

³⁸ N. Gavella, *ibid.* str. 611.

da fiducijar samim potpisom sudskog zapisnika postaje prethodni vlasnik, a dotadašnji vlasnik (fiducijant) da dobiva ulogu samo potonjeg vlasnika. Da bi se prenijelo radi osiguranja vlasništvo takve nekretnine, ipak je potreban upis stjecateljevog prethodnog vlasništva u zemljišnu knjigu. Pošto taj upis bude izvršen, učinak prijenosa će djelovati od potpisivanja zapisnika – *ex tunc*, a ne od podnošenja prijedloga za upis. Upis se vrši na način propisan u čl. 32. st. 4. i 5. ZZK tako da se vlasništvo fiducijara upisuje kao prethodno uz istodobni upis prava vlasništva fiducijanta kao potonjeg, koji djeluje kao predbilježba. Nakon izvršenog upisa vlasništva fiducijara u zemljišnu knjigu, izvršeni upis će djelovati prema trećima, pa će tuđa stjecanja od fiducijara biti ograničena istim raskidnim uvjetom kao njegovo pravo vlasništva. Stupanjem na snagu ZZK 1. 1. 1997. derogirana je odredba čl. 274. st. 5., OZ o zabilježbi prijenosa vlasništva radi osiguranja.

Prema drugom stajalištu,³⁹ budući da fiducijar stječe pravo vlasništva bezuvjetno, na upis njegova prava vlasništva u zemljišnoj knjizi ne primjenjuje se čl. 32. st. 4. i 5. ZZK (koji uređuje upis prava vlasništva ograničenog uvjetom), već se na temelju zapisnika vrši upis prava vlasništva fiducijara uz zabilježbu da je prijenos obavljen radi osiguranja. Prijenos bi djelovao od obavljenog upisa prava vlasništva – *ex nunc*. Zabilježba da se prijenos obavlja radi osiguranja ticala bi se samo odnosa stranaka. Ako bi fiducijar otuđio nekretninu trećima prije dospelosti tražbine, njihovo pravo vlasništva ne bi bilo ograničeno, jedino bi se u slučaju zlonamjernog postupanja fiducijara i trećih mogla tražiti zaštita po općim pravilima obveznog prava protiv radnji otuđenja i opterećenja.

Razlike u izloženim stajalištima bitne su, jer se odražavaju na pravni položaj stranaka i trećih ako bi fiducijar prije dospelosti otuđio ili opteretio predmet osiguranja. Naime, interes fiducijanta kao potonjeg vlasnika da mu bude vraćena nekretnina koju je prenio u vlasništvo fiducijaru, prema ZV-u bolje je zaštićen, jer od trećih može zahtijevati povrat stvari pod istim uvjetima kao i od fiducijara. Međutim, to postavlja problem pravne sigurnosti, jer prema OZ-u okolnost što je fiducijar mimo sporazuma stranaka neovlašteno raspolagao s predmetom osiguranja ne utječe na valjanost takvog raspolaganja, a fiducijant ima samo pravo na naknadu štete prema fiducijaru (čl. 275. st. 2., OZ), dakle nikakvih prava prema trećoj osobi.

Ako se uzme da je prema OZ-u fiducijarno vlasništvo regulirano kao bezuvjetno, tada ne bi bila derogirana odredba OZ-a, koja određuje da se u zemljišnoj knjizi vrši samo zabilježba da je prijenos vlasništva obavljen radi osiguranja, jer se u tom slučaju ne primjenjuje odredba ZZK o upisu prava vlasništva ograničenog raskidnim uvjetom. Iako, odredba čl. 274. st. 5., OZ nije dovoljno precizna u odnosu na vrijeme stjecanja prava vlasništva nekretnine upisane u zemljišnu knjigu, iz dikcije da se “na temelju zapisnika iz st. 1. ovog članka i izjave protivnika osiguranja” može zatražiti prijenos prava vlasništva, te da je samo za nekretnine koje nisu upisane u zemljišnoj knjizi i pokretnine određeno da se

³⁹ M. Dika, *ibid.* str. 156.-159.

vlasništvo stječe potpisivanjem zapisnika, proizlazi da je zapisnik u kojemu je clausula intabulandi samo pravna osnova za stjecanje prava vlasništva, a vlasništvo se stječe upisom u zemljišnu knjigu.

Bez obzira na razloge dualiteta u reguliranju fiducijarnog vlasništva u našem pravnom sustavu, čini mi se da zbog toga trpi pravna sigurnost i da to izaziva nedoumice i različito postupanje sudova, osobito pri uknjižbi fiducijarnog vlasništva, ali i kod onih koji hoće dobiti točne podatke o stanju prava na određenoj nekretnini.

Prema odredbi čl. 274. st. 6. na nekretnini koja nije upisana u zemljišnoj knjizi odnosno pokretnini vlasništvo se stječe potpisivanjem zapisnika. Radi publiciteta fiducijarnog osiguranja u tom slučaju, u odredbi čl. 274. st. 9., OZ određeno je da će se o prijenosu prava objaviti oglas u "Narodnim novinama", u kojemu treba naznačiti sud koji objavljuje oglas, broj predmeta, stranke, nekretnine ili pokretnine na kojima je preneseno vlasništvo na način da se može utvrditi njihova istovjetnost, te nesumnjivo i podatke o tražbini (iako ta odredba ne govori o tražbini). Objavljivanje oglasa ima deklaratoran, a ne konstitutivni učinak, tj. objavljuje se da je pravo vlasništva stečeno radi osiguranja, zbog čega je propuštanje objavljivanja oglasa u "Narodnim novinama" bez utjecaja na valjanost sklopljenog ugovora.

8. Pravni učinci fiducijarnog osiguranja

8.1. Položaj fiducijanta

Prijenosom prava vlasništva na fiducijara fiducijant ne gubi posjed stvari koju je otuđio radi osiguranja, osim ako se drukčije o tome ne sporazumije s fiducijarom. Mogućnost da fiducijant zadrži u neposrednom posjedu objekt osiguranja, nakon njezina otuđenja i sve do dospelosti osigurane tražbine, može se smatrati prednošću ovog načina osiguranja u odnosu na zalog, ali samo kada su predmet osiguranja pokretnine (hipotekarni dužnik ima pravo na posjed založene nekretnine, čl. 329. st. 1., ZV), jer se fiducijantu omogućava uporabu stvari prema njezinoj gospodarskoj namjeni.

Kako fiducijarno vlasništvo treba fiducijaru jamčiti, ako to dužnik ne učini, namirenje osigurane tražbine prodajom predmeta osiguranja ili njegovim zadržavanjem u vlasništvu, fiducijant je dužan stvar koristiti obzirno, vodeći računa da se njezina vrijednost ne umani više od onoga što je nužno zbog redovne uporabe stvari. Stoga je fiducijant dužan poduzimati potrebne radnje kao što je redovito održavanje i čuvanje stvari. Rizik slučajnog oštećenja ili propasti stvari snosi fiducijant. Povreda obveza fiducijanta ima za posljedicu odgovornost za štetu. Neispunjenjem osigurane tražbine o roku ili drugom povredom bitnih ugovornih obveza prestaje pravo fiducijanta da predmet osiguranja drži u posjedu.⁴⁰

Kako je ranije rečeno, odvojeni prirodni i naplaćeni civilni plodovi pripadaju fiducijaru, ako se stranke o tome drukčije ne dogovore, ali je u teoriji izraženo

⁴⁰ J. Barbić, *ibid.* str. 130.

mišljenje⁴¹ da bi fiducijaru trebalo samo priznati interes da vlasništvo na plodovima stekne radi namirenja, a da bi mu trebalo dopustiti da vlasništvo na plodovima radi osiguranja stekne samo ako je vrijednost predmeta pala ispod granice pokrića, jer bi inače moglo doći do preosiguranja.

Budući da nije vlasnik, fiducijant ne smije otuđiti niti smije opteretiti predmet osiguranja, a na prava trećih osoba kojima bi neovlašteno otuđio stvar primijenila bi se pravila o stjecanju vlasništva od neovlasnika. Treća osoba bi u tom slučaju mogla steći pravo vlasništva na pokretnini samo ako joj je fiducijant na temelju naplatnog pravnog posla predao pokretninu u samostalan posjed radi stjecanja vlasništva, pod daljnjim uvjetom da je bila u dobroj vjeri (čl. 118. st. 1., ZV). Ako bi fiducijant otuđio nekretninu ili pokretninu na kojoj se stječe vlasništvo upisom u zemljišnu knjigu ili drugi javni registar, treće osobe ne bi mogle steći pravo vlasništva.

U slučaju prisilne ovrhe ili stečaja nad fiducijarom fiducijantu pripada izlučno pravo na predmetu osiguranja i prije dospijeca osigurane tražbine (čl. 276. st. 2., OZ). Pravo fiducijanta na izdvajanje predmeta osiguranja od prisilne ovrhe odnosno iz stečajne mase proizlazi iz svrhe sporazuma o osiguranju, i to da je stvar prenesena u vlasništvo samo radi sigurnosti fiducijara da će svoju tražbinu moći namiriti, a fiducijant je ostao ekonomski vlasnik stvari, tako da pri sklapanju sporazuma nije postojala volja stranaka da fiducijar konačno postane vlasnik stvari. Izlučno pravo u ovršnom postupku fiducijant će moći ostvariti putem prigovora koji pripada trećoj osobi (čl. 55., OZ), a u stečajnom postupku zahtjevom na izdvajanje predmeta iz stečajne mase.

Fiducijant neće moći tražiti izdvajanje predmeta osiguranja u slučaju kada se ovrha provodi radi ostvarenja tražbine treće osobe prema predlagatelju osiguranja koje je predlagatelj osigurao osnivanjem založnog prava na prenesenoj stvari, ovo stoga što fiducijarovo neovlašteno opterećenje predmeta osiguranja nema utjecaja na valjanost takvog pravnog posla. Izlučno pravo u korist fiducijanta egzistira dok fiducijar ne stekne pravo na zahtjev da mu fiducijant preda osiguranu stvar.

Prema odredbi čl. 276. st. 2., OZ fiducijant ima pravo zahtijevati vraćanje vlasništva stvari ako u roku ispuni svoju tražbinu. Fiducijant ima pravo zahtijevati vraćanje prava vlasništva ako je osigurana obveza ispunjena i nakon dospjelosti, jer posljedice zakašnjenja prestaju kada dužnik u potpunosti ispuni svoju obvezu.⁴² Ako je osigurana tražbina prestala izvan postupka namirenja iz predmeta osiguranja, osim prodajom ili zadržavanjem vlasništva na stvari, a nakon što je fiducijant predao u posjed fiducijaru predmet osiguranja, fiducijant ima pravo zahtijevati da mu fiducijar preda u posjed stvar bez odgode (čl. 277. st. 10., OZ).

Ne postoji razlika glede pravne naravi zahtjeva fiducijanta za vraćanje pokretne stvari između ZV-a i OZ-a. Naime, u slučaju prijenosa fiducijarnog vlasništva na pokretnini za čije stjecanje se ne traži upis u javni upisnik, fiducijant ima obvezno-

⁴¹ E. Čulinović Herc, *ibid.* str. 186.

⁴² M. Vedriš – P. Klarić "Građansko pravo", Narodne novine 1995., str. 348.

pravni zahtjev da mu fiducijar prenese pravo vlasništva,⁴³ kojeg može ostvariti kon demnatornom tužbom. Međutim, kada su predmet nekretnine odnosno pokretnine na kojima se pravo vlasništva steže upisom u javne upisnike, prema ZV prestankom osigurane obveze pravo vlasništva fiducijara prestaje ex lege i vlasnikom postaje fiducijant,⁴⁴ zbog čega fiducijant ima stvarnopravni zahtjev prema fiducijaru i u slučaju spora mogao bi deklaratornom tužbom tražiti utvrđenje prava vlasništva i zahtjev na činidbu predajom tabularne isprave.⁴⁵ Naprotiv, prema OZ-u ne pravi se razlika između zahtjeva na vraćanje prava vlasništva s obzirom na to radi li se o pokretnim stvarima ili nekretninama, tako da fiducijant u oba slučaja ima pravo na vraćanje prava vlasništva, dakle na obveznopravni zahtjev.⁴⁶

Ako je fiducijaru djelomično podmirena tražbina, on je dužan neke od stvari ili dio prava na stvari vratiti protivniku osiguranja, ako je to moguće (čl. 277. st. 10., OZ). Iz stipulacije ove zakonske odredbe proizlazi da ova obveza fiducijara postoji neovisno jesu li je stranke unijele u ugovor, a jedina bi prepreka djelomičnom vraćanju stvari ili prava na stvari bila nemogućnost realizacije te obveze zbog naravi stvari ili prava. Međutim, čini se da bi se ovako statuirana obveza fiducijara u stvarnosti teško realizirala samo na temelju ove zakonske odredbe, jer bi se postavilo pitanje razmjera podmirene i nepodmirene tražbine, tim više što u pravilu vjerovnici zahtijevaju kao osiguranje predmete čija vrijednost prelazi vrijednost osigurane tražbine, a i pitanje mogućnosti djelomičnog vraćanja osigurane stvari. Stoga bi stranke trebale u ugovoru o osiguranju urediti pitanje vraćanja dijela stvari u slučaju djelomičnog podmirenja duga.

8.2. *Položaj fiducijara*

Vlasnička ovlaštenja fiducijara, nakon što stekne pravo vlasništva na predmetu osiguranja, ovise prije svega o sporazumu stranaka. Naime, s obzirom da su zakonske norme o tome da je fiducijant ovlašten i dalje koristiti predmet osiguranja, da fiducijar nije ovlašten otuđiti ili opteretiti stvar prenesenu mu u vlasništvo, te o postupku u slučaju zakašnjenja dužnika dispozitivne naravi, primjenjuju se samo ako se stranke nisu drukčije dogovorile.

U slučaju da se stranke nisu drukčije dogovorile, fiducijar nije ovlašten predmet osiguranja otuđiti niti opteretiti. Postupi li fiducijar protivno ovoj zabrani, pravni posao kojeg je neovlašteno poduzeo valjan je zbog razloga što treće osobe stupaju u pravni odnos s fiducijarom kao vlasnikom stvari, a pravni odnos između fiducijara i fiducijanta za njih je res inter alios acta. Kroz mogućnost da fiducijar neovlašteno raspolaže sa stvari, fiducijant je izložen riziku da mu pravo vlasništva neće biti vraćeno

⁴³ Vidjeti o tome N. Gavella, *ibid.* str. 594.

⁴⁴ N. Gavella, *ibid.* str. 616.

⁴⁵ M. Dika, *ibid.* str. 156.

⁴⁶ M. Dika, *ibid.* str. 157.

i time mogu biti povrijeđeni njegovi interesi, koji se ne mogu uvijek reparirati kroz naknadu štete. Kada fiducijar neovlašteno otuđi nekretninu ili stvar na kojoj se pravo vlasništva stječe upisom u javni upisnik, izvan režima sudskog ili javnobilježničkog osiguranja, tj. prema ZV-u, treća osoba stiče pravo vlasništva ograničeno istim raskidnim uvjetom kao što je bilo vlasništvo fiducijara, pa nakon ispunjenja osigurane tražbine pravo vlasništva treće osobe prestaje u korist fiducijanta.⁴⁷

Fiducijar koji neovlašteno otuđi ili optereti stvar dužan je fiducijantu naknaditi time uzrokovanu štetu po pravilima obveznog prava (čl. 275. st. 2., OZ), a mogao bi i kazneno odgovarati zbog izigravanja povjerenja (čl. 275. st. 8., OZ). Daljnja je posljedica neovlaštenog otuđenja stvari nastanak obveze plaćanja poreza temeljem izvršenog prometa. Naime, prijenos vlasništva radi osiguranja ne podliježe plaćanju odgovarajućeg poreza, a isto tako ni prijenos vlasništva s fiducijara na fiducijanta po prestanku osiguranja, s obzirom da svrha ovog pravnog posla nije trajno otuđenje stvari. Kada fiducijar neovlašteno otuđi stvar, dužan je platiti porez za prijenos vlasništva na stvari s fiducijanta na njega (čl. 275. st. 3. i 7., OZ). Odredbe OZ-a koje govore o obvezi plaćanja odnosno nepostojanju obveze plaćanja poreza nisu precizne, ali s obzirom na cilj unošenja odredbi u OZ, čini se da pod porezom na promet treba razumjeti odgovarajući porez koji se razrezuje prema propisima na izvršeni promet.

Iznimno, bez pravnog učinka je pravni posao kojim je fiducijar otuđio ili opteretio predmet osiguranja trećoj osobi, ako je to učinio nakon otvaranja stečajnog postupka protiv fiducijanta (čl. 81a. st. 1. i 2. Stečajnog zakona).

Pravu fiducijanta da od fiducijara zahtijeva da na njega prenese pravo vlasništva nakon podmirenja tražbine, odgovara obveza fiducijara da to učini. U slučaju da fiducijant o roku ne namiri tražbinu, fiducijar ima pravo tražiti da mu fiducijant preda u posjed predmet osiguranja bez odgode. To pravo fiducijara izvire iz njegova prava vlasništva. Međutim, na temelju zapisnika koji sadrži sporazum o osiguranju ne može se zatražiti prisilna ovrha radi predaje u posjed predmeta osiguranja, osim ako u zapisnik nije unijeta izjava fiducijanta da je suglasan da fiducijar može neposredno na temelju toga zapisnika protiv njega zatražiti prisilnu ovrhu, radi predaje u posjed predmeta osiguranja, pa je u tom slučaju zapisnik ovršna isprava za takav zahtjev fiducijara (čl. 274. st. 7., OZ).

U slučaju ovrhe protiv fiducijanta kojom bi bio obuhvaćen predmet osiguranja, fiducijar se može koristiti izlučnim prigovorom u smislu čl. 55., OZ. Kada je protiv fiducijanta pokrenut stečajni postupak, Stečajni zakon (čl. 81.a), fiducijara pozicionira kao razlučnog vjerovnika s nekim osobitostima. Za razliku od ostalih razlučnih vjerovnika, fiducijar može zatražiti da mu se predmet osiguranja prepusti umjesto ispunjenja, ako se prigodom njegova unovčenja ne postigne cijena koja bi pokrivala osiguranu tražbinu s kamatama, predvidivim troškovima i porezom na promet (čl. 81a. st. 6. Stečajnog zakona).

⁴⁷ N. Gavella, *ibid.* 613.

9. Pravo fiducijara na namirenje iz predmeta osiguranja

Ako dužnik (koji ne mora biti fiducijant) ne namiri osiguranu obvezu u roku, dakle kada padne u zakašnjenje, fiducijar može poduzeti mjere u skladu sa čl. 277., OZ radi prodaje predmeta osiguranja. Mogućnost namirenja tražbine fiducijara izvan sudskog ovršnog postupka, koji je u pravilu dugotrajan i strogo formalan, daje prednost ovom načinu osiguranja tražbine. Postupak namirenja određen čl. 277., OZ supsidijarne je naravi i provodi se samo ako se stranke nisu drukčije dogovorile, osim odredbi o plaćanju odgovarajućeg poreza, i obvezi vraćanja predmeta osiguranja ako tražbina prestane na neki drugi način (čl. 277., OZ), a ne namirenjem iz predmeta osiguranja, odnosno djelomičnog ispunjenja tražbine, koje su kongentne naravi.

Postupak namirenja prodajom osigurane tražbine pokreće fiducijar nakon dospelosti osigurane tražbine, time što će preko javnog bilježnika zahtijevati da ga fiducijant u roku od 15 dana obavijesti zahtijeva li da se osigurana stvar proda. Ako fiducijant prihvća da se tražbina namiri prodajom osigurane stvari, o tome će također preko javnog bilježnika po svom izboru, obavijestiti fiducijara i pri tom mora odrediti najnižu prodajnu cijenu predmeta osiguranja, tako da cijena ne može biti manja od zbroja iznosa osigurane tražbine, kamata, te predvidivih troškova fiducijara i poreza, imenovati javnog bilježnika koji će obaviti prodaju. Uz to je dužan priložiti izjavu javnog bilježnika da je voljan obaviti prodaju, da su mu predujmljeni troškovi prodaje te da će iz iznosa dobivenog prodajom podmiriti tražbinu fiducijara (čl. 277. st. 2., OZ).

Pošto primi navedenu obavijest fiducijanta, fiducijar je dužan poduzeti radnje da se prodaja obavi, prije svega treba dati punomoć javnom bilježniku za prodaju stvari u formi potrebnoj za prijenos vlasništva, omogućiti mu da je prema potrebi pregleda, te učiniti sve što je nužno da bi se obavila uspješna prodaja. Propusti li fiducijar ispuniti ove obveze, odgovara fiducijantu za štetu koju bi ovaj zbog toga pretrpio.

Ako fiducijant u roku ne zatraži prodaju stvari, ili to ne učini na prethodno naveden način (npr. ne da obavijest preko javnog bilježnika ili ne priloži izjavu javnog bilježnika i sl.) ili ako javni bilježnik ne uspije prodati stvar u roku od tri mjeseca od dana kada je dobio punomoć od fiducijara, smatrat će se da se fiducijant odrekao prava tražiti prodaju, a da je fiducijar postao punopravnim vlasnikom za cijenu koja odgovara njegovoj tražbini, kamatama, troškovima i porezu. Fiducijant ne bi mogao osporavati ove zakonske predmnjeve, a fiducijar samo ako u roku od 15 dana ne obavijesti fiducijanta preko javnog bilježnika da ne želi zadržati stvar umjesto isplate osigurane tražbine. Rok od 15 dana za fiducijara počinje teći od isteka roka fiducijantu da traži prodaju stvari, što znači da fiducijar ne bi mogao otkloniti presumpciju o punopravnom vlasništvu nakon isteka roka od tri mjeseca u kojemu stvar nije prodana preko javnog bilježnika (čl. 277. st. 5., OZ).

Termin "punopravni" vlasnik kojeg koristi OZ ima više praktično nego pravno značenje, jer prema ZV-u postoji samo pravo vlasništva, koje može biti opterećeno ili ograničeno određenim pravima, a ovdje se uporabom ovog termina čini distinkcija

u položaju fiducijara između onog kakvog je imao prije nego je stekao pravo zadržati stvar u vlasništvu u odnosu na onaj poslije toga.

Fiducijar koji ne želi zadržati pravo vlasništva na predmetu osiguranja ovlašten je stvar prodati preko javnog bilježnika ili osoba ovlaštenih za prodaju stvari (čl. 277. st. 8., OZ), pri čemu je dužan postupati s pažnjom dobrog gospodara i položiti račun fiducijantu. Ako iznosom dobivenim prodajom stvari ne bi bila izmirena njegova cjelokupna tražbina, on ima pravo na temelju zapisnika, koji je ovršna isprava, tražiti ovrhu u postupku pred sudom, radi namirenja preostalog dijela svoje tražbine iz imovine dužnika. Naime, takvo pravo fiducijar ne bi imao prema trećoj osobi, čiji je bio predmet osiguranja, jer je ona odgovarala jedino s predmet osiguranja.

Na temelju zapisnika koji sadrži sporazum o osiguranju nije moguće zatražiti brisanje zabilježbe da je prijenos obavljen radi osiguranja, pa ako u sporazumu nisu određene pretpostavke uz koje bi fiducijar mogao bez naknadne suglasnosti fiducijanta ishoditi brisanje zabilježbe, fiducijar ima pravo zahtijevati od fiducijanta da mu izda ispravu temeljem koje će moći biti izvršeno brisanje zabilježbe ili će to morati ostvariti u parnici. Bez suglasnosti stranaka izražene odgovarajućim klauzulama javni bilježnici ne bi bili ovlašteni izdavati potvrdu na temelju utvrđenih činjenica o nastupanju određenih pravnih posljedica.⁴⁸

10. Zaključak

Pravni institut fiducijarnog vlasništva koji je uveden u naš pravni sustav trebao bi biti odgovor na neefikasnost namirenja i dugotrajnost postupka prisilne ovrhe, jer se na temelju suglasnosti stranaka daje vjerovniku instrument sigurnog namirenja tražbine, i to izvansudskim putem. Nesumnjivo, da je ovim institutom postignuta veća zaštita vjerovnika, ali je fiducijant izložen većem riziku u odnosu na postojeće oblike osiguranja tražbine, jer ne može spriječiti da fiducijar neovlašteno otuđi predmet osiguranja, čime fiducijant može pretrpjeti teško naknadivu štetu. Stoga je nužno da stranke u izvršavanju prava i obveza koje proizlaze iz ovog pravnog odnosa postupaju u dobroj vjeri i u skladu s osnovnim načelima ZOO-a.

U radu sam ukazala na neke razlike u reguliranju fiducijarnog vlasništva prema ZV-u i OZ-u, koje imaju bitnog utjecaja na pravni položaj fiducijanta i fiducijara, te trećih osoba. Mislim, da će te razlike pridonijeti pravnoj nesigurnosti, zbog teškoća i nesnalaženja u primjeni pojedinih zakonskih rješenja.

S obzirom da su zakonske odredbe koje uređuju fiducijarno vlasništvo pretežnim dijelom dispozitivne naravi, strankama preostaje da u sporazumu o osiguranju nađu rješenja koja će im najviše odgovarati. Čini mi se da bi trebalo nakon nekog vremena primjene instituta fiducijarnog vlasništva analizirati praksu, te poboljšati postojeća zakonska rješenja za koja se utvrdi da dobro ne funkcioniraju ili uzrokuju neravnopravnost stranaka u ovom pravnom odnosu.

⁴⁸ M. Dika, *ibid.* str. 182.

Summary

FIDUCIARY OWNERSHIP IN CROATIAN LAW

The article presents legal institute of fiduciary ownership according to the Law on Ownership and Other Real Rights and according to the Law on Enforcement, with the special emphasis on transfer of ownership before courts or public notaries with the purpose of securing debts. Notion and legal nature of fiduciary ownership have been analyzed as well as its characteristics under both laws. Overview of subjects in fiduciary ownership, modes of establishing objects of security, and secured claims follows. Finally, the author has presented procedure of concluding contract on transfer of ownership for purpose of security, its essential elements, legal effects of such a contract on fiduciary owner and transferee, and right of fiduciary owner to satisfaction by object of security.

Key words: *fiduciary ownership, security, realization.*

Zusammenfassung

FIDUZARISCHES EIGENTUM IM KROATISCHEN RECHT

In der Arbeit wird das Rechtsinstitut fiduziarisches Eigentum nach dem Gesetz über Eigentum und andere Sachenrechte und nach dem Pfandgesetz dargestellt wobei der gerichtlichen und notarischen Übertragung des Eigentumsrechts wegen Haftung größere Aufmerksamkeit geschenkt wird. Es werden Begriff und Rechtsnatur des fiduziarischen Eigentums besprochen, sowie dessen Charakter gemäß der beiden Gesetze. Außerdem ist von den Subjekten des fiduziarischen Eigentums die Rede sowie von der Art der Bestimmung des Versicherungsobjekts und der versicherten Forderung. Bearbeitet werden das Verfahren des Abschlusses und wesentliche Teile des Vertrags zur Übertragung des Eigentums aus Versicherungsgründen, die Rechtswirkungen dieses Vertrags hinsichtlich des Fiduziaren und Fiduzianten sowie das Recht des Fiduziaren auf Vergütung aus dem Versicherungsgegenstand.

Schlüsselwörter: *fiduziarisches Eigentum, Kreditsicherung und Verwertung.*

Sommario

PROPRIETÀ FIDUCIARIA NEL DIRITTO CROATO

Nel lavoro si presenta l'istituto giuridico della proprietà fiduciaria secondo la Legge sulla proprietà e gli altri diritti reali e la Legge sull'esecuzione, con speciale orientamento alla cessione del diritto di proprietà per garanzia davanti ai tribunali e ai notai. Sono presentati il concetto e la natura giuridica della proprietà fiduciaria, come anche le sue caratteristiche secondo ambedue le leggi. Dopo viene il discorso sui soggetti della proprietà fiduciaria, il modo di determinazione degli oggetti di garanzia e le richieste di garanzia. Sono trattati il processo di stipulazione e gli elementi essenziali del contratto sulla cessione della proprietà per garanzia, gli effetti giuridici di questo contratto nei confronti del fiduciario e del fiduciante, come anche il diritto del fiduciario al soddisfacimento dai beni della garanzia.

Parole chiave: *proprietà fiduciaria, garanzia, soddisfacimento.*

VLASNIŠTVO U MALOM I SREDNJEM PODUZETNIŠTVU

Dr. sc. Dragutin Ledić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 334.71
347.23
Ur.: 13. siječnja 2003.
Pr.: 26. siječnja 2003.
Pregledni znanstveni članak

U većini pravnih sustava usporednoga prava, pa tako i u hrvatskom pravu društava rijetko se u zakonima i pravnoj književnosti susreće pojam i pravni institut "pravo vlasništva" ili jednostavno "vlasništvo", jer se o tomu pravnome institutu govori u građanskome, stvarnome pravu. Međutim, u običnome životu, pa i u nekim "stručnim" pravničkim krugovima, znade se uz osobe obrtnik, poduzetnik, trgovac i trgovačko društvo vezivati izričaje – vlasnik, vlasništvo, zajedničko vlasništvo, suvlasništvo, stjecanje i gubitak vlasništva, raspolaganje vlasničkim udjelima i tomu slično. Koliko se doista u nekima od tih situacija radi i o nazočnosti "vlasništva" i onome svemu što uz njega ide kada je riječ o malome i srednjem poduzetništvu, razmatra se u ovome radu. Autor se posebice bavi baš tim dijelom - (malim i srednjim) poduzetništvom, uvjeren kako hrvatsko gospodarstvo može i mora upravo tu postići najbolje rezultate kojima će jako puno pridonijeti sustavna i konzistentna pravna rješenja u propisima i oživotvorena u poslovnoj i sudskoj (arbitražnoj) praksi.

Ključne riječi: vlasništvo, poduzetništvo, udjeli, zasebni pravni subjekti, odvojena imovina.

UNUSQUISQUE REI SUAE MODERATOR ET ARBITER.
(SEC. C. 3, 4, 35, 21)
SVATKO JE UPRAVITELJ I SUDAC SVOJIH STVARI.

Sadržaj: 1. Uvodna razmatranja. 2. Malo i srednje poduzetništvo. 3. Poduzetnička prava, pogodnosti i ovlasti, 3.1. Poduzetnička prava, 3.1.1. Prava na upravljanje (s utjecajem na osnivanje i prestanak), 3.1.2. Imovinska prava, 3.1.3. Posebna prava. 3.2. Poduzetničke pogodnosti i ovlasti, 3.2.1. Poduzetničke pogodnosti, 3.2.2. Poduzetničke ovlasti. 4. Poduzetnik i vlasništvo. 5. Facit.

1. Uvodna razmatranja

Kada se u nedavnoj prošlosti pokušavalo (nažalost, jedno ozbiljno vremensko razdoblje i uspijevalo!) iz cjelokupnoga života izbaciti sve ono što pripada najširem nazivlju trgovačkog prava, bez dvojbe kamen spoticanja odnosno jezgra svih nastojanja i zastupnika takvog razmišljanja bio je – trgovac/poduzetnik. Simbol, žarište i okosnica tržišno orijentirane (kapitalističke) države i gospodarstva.

Što zapravo imaju značiti pojmovi trgovac i poduzetnik? Naš Zakon o trgovačkim društvima (NN 111/93., 31/99., 52/00., u nastavku “ZTD”) već u čl. 1./1. ističe da je trgovac “... ako ovim Zakonom nije drugačije određeno, pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom roba ili pružanjem usluga na tržištu”. Valja ovdje odmah, zbog razloga što se u ovome radu raspravlja i o obrtnicima, podsjetiti na propis čl. 1./3. Zakona o obrtu (NN 77/93., 90/96., 64/01., 71/01. u nastavku “ZO”) koji glasi: “Obrtnik u smislu ovoga Zakona je fizička osoba koja obavlja jednu ili više djelatnosti iz stavka 1. ovoga zakona u svoje ime i za svoj račun, a pritom se može koristiti i radom drugih osoba”.¹

Oba spomenuta propisa, i Zakon o trgovačkim društvima i Zakon o obrtu, svaki na svoj način, opisuju osobu trgovca i obrtnika koje, međutim, u praksi i svakodnevnome životu susrećemo i pod zajedničkim izričajem “poduzetnik” (njem. Unternehmer, engl. contractor, businessman, franc. entrepreneur, tal. imprenditore), dok se djelatnost koju obavljaju opisuje kao poduzetništvo (njem. Unternehmen, engl. business, enterprise, franc. entreprise, tal. impresa, ditta).

Poduzetnik, osoba koja sudjeluje u obavljanju određene gospodarske djelatnosti može se označiti i kao fizička osoba, ali u određenoj mjeri i pravna osoba, jer se neizbježno radi o izravnome utjecaju u sferi proizvodnje i prometa roba i usluga, što za sudionike tih poslovnih (pravnih) aktivnosti znači preuzimanje prava i obveza, te mogućnost i određene odgovornosti koja je također uređena većim ili manjim brojem pravnih normi.²

Promatrajući poduzetnika izvan pravnih određenja, kao osobu koja unosi svoju kreativnost i sposobnost u ono čime se bavi, može se istaknuti da je to osoba kojoj “pogoduje potpora okoline, ali i obitelji, prijatelji i ostali subjekti”.³ Poduzetnik upravlja poslovanjem poduzeća gdje se razlikuju dvije skupine poslova: “vanjski i unutarnji” poslovi.⁴ Često se susreću i pojmovi “menadžer” odnosno “menadžment”

¹ Prema čl. 1 st. 2. ZO “iznimno” se dopušta i trgovačkome društvu baviti se obrtom, i to samo u slučaju tzv. vezanog i/ili povlaštenog obrta.

² V. Gorenc, *Trgovačko pravo – društva*, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1998., str. 250.

³ Z. Lacković, *Malo poduzeće u uvjetima tranzicije*, Požega, Osijek, 2000., str. 13.

⁴ A. Škorić, *Uvod u poduzetništvo*, Zagreb, 1995., str. 23.-25., detaljizira vanjske poslove koji se tiču odnosa s državnim tijelima i “privredno-pravne poslove”, dok u “unutarnjim poslovima” poznaje čak 6 skupina sadržanih u različitim područjima organizaciji rada i odlučivanju o rezultatima rada, odnosno o rezultatima poslovanja kao i unutarnjim poslovima.

kao sinonimi naših vlastitih, domaćih izričaja “poduzetnik” odnosno “poduzetništvo”, uz koje se vezuje uspješno, svrhovito i suvremeno vođenje i organiziranje poslova.⁵

Hrvatsko pravo društava, sukladno njegovim europskim uzorima, postavlja zahtjeve, poglavito u društvima kapitala za tamo nazočne članove uprave i nadzornih odbora, koji uz naprijed opisane ekonomske i gospodarske značajke poduzetnika kao stručnih, obrazovanih i sposobnih obavljati cjelokupnost djelatnosti, za poduzetnike, tj. menadžere, voditi poslove (čl. 240./1., 422./2., ZTD) i zastupati trgovačko društvo (čl. 241./1. i 426./1., ZTD). Radi se, u pravničkoj terminologiji, o uobičajenom poslovođstvu (njem. Geschäftsführung odnosno Geschäftsleitung), što pak u gospodarskom i ekonomskom rječniku treba razumijevati pod izričajem “menadžment”. Kakav će biti opseg i djelokrug djelatnosti u svakom konkretnom slučaju, u pojedinome društvu (poduzeću) predstavlja *questio facti*, uvjetovan prije svega predmetom poslovanja koji se mora upisati u sudski odnosno obrtni registar, što ne znači da zahvaljujući napuštanju načela (doktrine) “*ultra vires*” u hrvatskome pravu⁶ opseg stvarnih djelatnosti neće biti u stvarnosti bogatiji i širi.

Problematika ovoga rada, prema istaknutome naslovu ima povezati najmanje dva pravna i životno nazočna instituta: pravo vlasništva ili jednostavnije rečeno vlasništvo i poduzetništvo, prije svega malo i srednje poduzetništvo kao dio ljudske djelatnosti za koju su neki pisci spremni ustvrditi kako su “stari koliko i samo ljudsko društvo, odnosno ljudski rad”.⁷

Vlasništvo je, u smislu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96., u nastavku “ZV”), koji inače slijedi tradiciju austrijskog OGZ-a (njem. ABGB) i njemačkog GZ-a (njem. BGB) “... 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” (čl. 30./1., ZV). U pravnoj književnosti se, uz spomenutu zakonsku definiciju s puno opravdanja govori i o skupu maksimalnih ovlasti glede određene stvari koje pripadaju vlasniku – fizičkoj ili pravnoj osobi ili da je “pravo vlasništva društveno–ekonomski odnos, pretvoren u pravni odnos u kojem snagom pravne norme određena stvar pripada određenom pravnom subjektu”.⁸

U svakome slučaju pravo vlasništva spada u stvarno pravo kao dio građanskog prava i čini njegov značajan, nije pretjerano reći, “najvažniji” dio.⁹

⁵ A. Dragičević – D. Dragičević, *Leksikon ekonomije i informatike*, Zagreb, 1999., str. 372., navode razlikovanje menadžera kroz šest profila: inovatore, analitičare, prilagođivače, organizatore, realizatore i vizionare.

⁶ J. Barbić, *Pravo društava-knjiga prva, opći dio*, Zagreb, 1999., str. 124.-126., V. Gorenc, *Ibid.*, str. 54.

⁷ Z. Lacković, loc. cit., dok J. Defilippis, *Obiteljska gospodarstva Hrvatske*, AGM Zagreb, 1993., str. 91.-93., takvo gospodarstvo (poduzetništvo u širem smislu, op. D.L.) prati od primitivnih (plemenskih) zajednica do sadašnjosti kao “osnovne organizacijske jedinice”.

⁸ M. Vedriš – P. Klarić, *Građansko pravo*, peto izdanje, Zagreb, 2001., str. 222.

⁹ Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000., s. 357-358, ističe kako je to “najopširnije”, temeljno i neograničeno stvarno pravo.

Onaj drugi dio iz naslova tiče se poduzetništva, komu su namijenjeni prije spomenuti Zakon o trgovačkim društvima i Zakon o obrtu.¹⁰ Tu se, međutim, vrlo malo, gotovo ništa, ne spominje utjecaj prava vlasništva, zapravo na posve drukčiji način uređuju odnosi imovinske naravi između brojnih sudionika koji se susreću u ulogama poduzetnika, članova društava, njihovih uprava i nadzornih odbora kada je riječ o trgovačkim društvima, poglavito društvima kapitala, odnosno o obrtnicima, poslovođaama, trgovačkim društvima i vođenju obrta.

Da se u praksi sve ovo i ne razumije na ispravan način dokaz su brojna izvješća, komentari i službena stajališta kada se “pomiješaju lončići”, što i ne treba uzimati za zlo običnim “smrtnicima”. Međutim, kada to čine stručne osobe, pa i sam hrvatski zakonodavac, onda to i nije zanemarivo. Zapravo, izravni povod svemu ovdje rečenom jesu:

1. U Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o radu (NN 17/2001.), prema čl. 55. dodaje se čl. 158. a koji glasi:

“(1) U trgovačkom društvu koje ima nadzorni odbor, a koje je preko 25% u državnom vlasništvu ili u većinskom vlasništvu prvog kupca dionica ili udjela iz portfelja Republike Hrvatske koji je stekao dionice ili udjele po cijeni manjoj od 50% nominalne vrijednosti, najmanje jedan član nadzornog odbora mora biti predstavnik radnika.

(2) Predstavnik radnika u nadzorni odbor imenuje i opoziva radničko vijeće.

(3) Ako kod poslodavca nije utemeljeno radničko vijeće, predstavnika odnosno predstavnike radnika u nadzorni odbor imenuju i opozivaju radnici neposrednim i tajnim glasovanjem, na način propisan ovim Zakonom za izbor radničkog vijeća koje ima samo jednog člana.

(4) Član nadzornog odbora imenovan na način propisan stavkom 2. i 3. ovoga članka ima isti pravni položaj kao i drugi imenovani članovi nadzornog odbora.”

Poanta je u tomu što Zakon o trgovačkim društvima uopće ne “barata” izričajima kao što su “(državno) vlasništvo” ili “većinsko vlasništvo”, što se kasnije u ovome radu detaljnije objašnjava.
2. Objavljujući pravorijek u jednome kaznenome postupku, prvostupanjski sud je odbio tvrdnje okrivljenika, inače direktora banke u stečaju i dioničara s većinskim udjelom i dionicama u istoj banci, kako je on kao “vlasnik banke mogao raditi što ga je volja s novcem banke, kada je ona tako i tako bila u njegovu vlasništvu”...

¹⁰ Ne treba zaboraviti ni Zakon o sudskom registru, Ovršni zakon, Stečajni zakon, Zakon o preuzimanju dioničkih društava i druge, koji u većoj ili manjoj mjeri mogu imati utjecaja na obavljanje poduzetničkih djelatnosti u RH.

2. Malo i srednje poduzetništvo

Sve do donošenja i stupanja na snagu, odnosno do početka primjene ZTD-a (1.1.1995. godine) u našoj se i poslovnoj i pravnoj praksi, terminologiji svakodnevne, poslovnih, pravnih i gospodarskih subjekata pojam “poduzeće” označavao pravnim subjektom i uz njega vezivalo i pozitivne, ali i negativne, osobine gospodarskog čimbenika. Zahvaljujući odredbama ZTD-a i njegovim ispravnim tumačenjima danas se vrlo jasno razlikuje pojam “trgovačko društvo” i “poduzeće”. Dok je, naime, trgovačko društvo pravna osoba, i to svojstvo stječe upisom u sudski registar, poduzeće kao dio ili cjelina tog istoga trgovačkog društva nema svojstvo pravne osobe i ne upisuje se u sudski registar.¹¹ Hoće li u konkretnome slučaju neko trgovačko društvo biti poslovno organizirano kao jedno ili više poduzeća, hoće li imati izvan svoga sjedišta jednu ili više podružnica i tome slično, treba prepustiti odgovarajućim odlukama, prosudbama i potrebama u svakome trgovačkome društvu zasebno, njihovim tijelima i iskazanim interesima. Detaljnije o toj problematici ovdje očito nije potrebno raspravljati.¹²

Ostaje, međutim, neupitno da se i u hrvatskome pravu i svekolikoj praksi rabe pojmovi “poduzetništvo” i “poduzetnik” i da se unatoč opisanoj razlici trgovačkih društava i poduzeća, kao i praksi drugih razvijenih zemalja, gospodarstava i pravnih sustava, nije pojavio izričaj koji bi nadomjestio bilo “poduzetništvo”, bilo “poduzetnika”. To se ne bi moglo reći ni za izričaj “trgovac” koji uređuje ZTD u čl. 1. kada propisuje: “Trgovac je, ako ovim Zakonom nije drugačije određeno, pravna ili fizička osoba koja samostalno trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi ostvarivanja dobiti proizvodnjom, prometom robe ili pružanjem usluga na tržištu”.

Poduzetnik je osoba, fizička ili pravna, koja se u pravnoj literaturi označava i kao “nositelj poduzeća”¹³, dok je s gospodarskoga stajališta poduzetnik osoba koja je stručna, obrazovana i sposobna zadovoljavati uvjete suvremenog uspješnog poslovanja – to je menadžer.¹⁴ Može se govoriti i o poduzetniku koji “sebi jasno odredi želje koje će, baveći se privrednom djelatnošću pretvarati u potrebe”,¹⁵ to je osoba koja iz sadašnjosti uvijek ide prema sutrašnjici, ne zanemarujući prošlost i povijest sukladno staroj rimskoj izreci “*historia magistra vitae est*”.

Poduzetnicima se najčešće smatraju “vlasnici poduzeća”, međutim ne treba izgubiti iz vida ni činjenicu kako su menadžeri – članovi uprava i/ili nadzornih odbora (tijela), kao i dioničari i imatelji određenih udjela u trgovačkim društvima –

¹¹ V. Gorenc, *Ibid.*, str. 3.-4.

¹² O problematici poduzeća u trgovačkim društvima vidjeti opširna izlaganja u J. Barbić, *Pravo društava*, knjiga druga – društva kapitala, Zagreb, 2000., str. 136., 154., 159. i dalje.

¹³ Tako i J. Barbić, *Pravo društava*, knjiga treća, Društva osoba, Zagreb, 2002., str. 528.

¹⁴ N. Karaman – Aksentijević, o nekim obilježjima ljudskih potencijala u prestrukturiranju hrvatskog gospodarstva, Zbornik radova EFRI 1/1995., str. 208., zagovara prilagodbu čitavog sustava obrazovanja kako da se “pripremi čovjeka za djelovanje u poduzetničkom gospodarstvu”.

¹⁵ A. Škorić, *Ibid.*, str. 92.

gospodarskim subjektima isto tako osobe za koje se i u praksi, i u literaturi kaže kako su "poduzetnici".¹⁶

Djelatnost kojom se bave poduzetnici, prema tomu, jest poduzetništvo, koje čini "skup aktivnosti na osnivanju, ustrojstvu i upravljanju poslovanjem poduzeća"¹⁷ odnosno "planiranje, organiziranje, upravljanje ljudskim potencijalima i kontroliranje kao dijelovi (funkcije) poduzetničkog menadžmenta".¹⁸

Ima više razloga zbog kojih se poduzetništvo dijeli na malo, srednje i veliko poduzetništvo. Većina tih podjela niti je stalna, a još manje "debelo" znanstveno utemeljena i, što je ovdje važno istaknuti posve različita, od jedne do druge države, što bez dvojbe ovisi o gospodarskim, socijalnim, kulturnim, povijesnim i ekonomsko-političkim čimbenicima, koji posve razumljivo, pojedinačno i skupno, također nisu niti mogu biti vremenski i prostorno jednakovrijednosno zastupljeni.

Tako se npr. u Republici Hrvatskoj već dulje vremena, iz posve razumljivih razloga vrši podjela poduzetništva temeljem propisa Zakona o računovodstvu (NN 90/92.), gdje se doslovce u čl. 16. propisuje:

"(1) Poduzetnici koji su obvezni voditi poslovne knjige i sastavljati financijske izvještaje prema odredbama ovoga Zakona klasificiraju se na male, srednje velike i velike.

(2) Mali su poduzetnici oni koji ne prelaze dva od tri sljedeća kriterija:

1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivni u protuvrijednosti 2,000.000 DEM
2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u protuvrijednosti 4,000.000 DEM
3. godišnji prosjek zaposlenih 50 namještenika.

(3) Srednje su veliki poduzetnici oni koji prelaze dva od tri kriterija iz stavka

(2) ovog članka, a nikad ne prelaze dva od tri sljedeća kriterija:

1. zbroj bilance nakon odbitka gubitka iskazanog u aktivni u protuvrijednosti 8,000.000 DEM
2. prihod u dvanaest mjeseci prije sastavljanja bilance u protuvrijednosti 16,000.000 DEM
3. godišnji prosjek zaposlenih 250 namještenika.

(4) Veliki su poduzetnici oni koji prelaze bar dva od tri kriterija navedena u stavku (3) ovoga članka.

(5) U smislu ovoga Zakona, veliki su poduzetnici i banke, financijske organizacije i osiguravajuća te reosiguravajuća društva.

¹⁶ Z. Zekić, *Menadžment suvremenog poduzeća*, Rijeka, 1997., str. 116:-123., N. Vitezić, *Controlling i kriza poduzeća*, Zbornik radova EFRI, 2/1994., str. 164.-167.

¹⁷ A. Škorić, *Ibid.*, str. 22.

¹⁸ Z. Zekić, *Ibid.*, str. 77.-123., gdje unutar svake funkcije (dijela) razlikuje još po najmanje četiri podvrste djelatnosti.; A. Dragičević – D. Dragičević, *Ibid.*, str. 372.-373., navode još i koordiniranje, usmjeravanje i poticanje uz odabir motiva i ciljeva.

(6) Kao prosječan broj zaposlenih uzima se četvrtina zbroja zaposlenih 31. III. do 30. VI., 30. IX. i 30. XII. uključujući i zaposlene u inozemstvu.”

Kada je riječ o pozitivnim propisima, mora se svakako voditi računa i o posve novome Zakonu o poticanju razvoja malog gospodarstva (NN 29/02.) koji je stupio na snagu 30. ožujka 2002. godine, a prema kojemu se imaju razlikovati mikro, mali i srednji subjekti malog gospodarstva (čl. 3. Zakona).

S druge strane, na državnoj razini postoji i djeluje Ministarstvo za obrt, malo i srednje poduzetništvo, što na poseban i svojevrsan način govori o nestalnosti terminologije, mjerila i prosudbi kada je riječ o razlikovanju i podjelama na malo, srednje pa i veliko gospodarstvo.

Interesantno je, usporedbe radi, istaknuti kako se u drugim zemljama razlikuje malo i srednje poduzetništvo (engl. small and medium enterprises – businesses), gdje se za njihovo definiranje daje naglasak na:

1. ukupnu imovinu,
2. kapital (dionički, ali i drugi),
3. godišnji prihod, i
4. broj zaposlenika.

Tako se, npr. u SAD-u u preradi nafte ili za proizvođača elektroničkih računala i slične opreme govori o malom poduzeću s manje od 1000-1500 zaposlenika, dok je ta veličina zaposlenika u veletrgovini do 500 osoba. S druge strane, malo poduzetništvo u trgovini na malo ostvaruje godišnji prihod manje od 10-13,5 milijuna US \$, za razliku od uslužnih djelatnosti gdje isti prihod ne može biti veći od 3,5 milijuna US \$ (popravlak televizora) ili 4,0 milijuna US \$ (računovodstvene usluge).¹⁹

U kojoj mjeri na određivanje pojma malo i srednje poduzetništvo utječu brojni čimbenici od jedne do druge zemlje, osim već spomenutih primjena naše zemlje i najveće i najsnažnije gospodarske sile – SAD-a, neka posluže i sljedeće usporedbe:

Češka Republika kao preduvjet za poticanje malog i srednjeg poduzetništva (Zakon o potpori malom i srednjem poduzetništvu iz 1992. godine) zahtijeva da gospodarski subjekt ima sjedište na njenom teritoriju i da ne zapošljava više od 500 zaposlenika. Zanimljivo je, međutim, istaknuti kako su od potpore – poticaja u Češkoj Republici apsolutno isključena poduzeća u poljoprivredi i šumarstvu, bez obzira da li imaju ili ne ispunjene ostale uvjete za dodjelu takve potpore.

Mađarski “Zakon o malom i srednjem poduzetništvu i podupiranju njegova razvoja” iz 1999. godine razlikuje mikro, mala i srednja poduzeća, dok se u susjednoj Republici Sloveniji temeljem propisa iz 1991. godine koji glasi “Zakon o razvoju maloga gospodarstva”, pod ovim pojmom “maloga gospodarstva” razumijeva gospodarski subjekt koji ne zapošljava više od 125 zaposlenika. Za potrebe razvoja takvoga gospodarstva Zakon se ograničava na djelatnosti prometa i veza, trgovine na

¹⁹ Podaci Uprave za mala poduzeća SAD-a (US Small business administration – SBA) citirani kod Z. Lackovića, Ibid., str. 18.-19.

veliko, ugostiteljstva i turizma, obrta, osobnih usluga, stanovanja, komunalnih usluga te financijskih, poslovnih (consulting) i tehničkih usluga. Radi li se o poduzećima u industriji, rudarstvu, graditeljstvu i obrtničkim zadrugama, onda se tamo može nalaziti najviše do 50 zaposlenika.

Kako je u SR Njemačkoj uređenje gospodarskih odnosa dijelom u nadležnosti saveznih zemalja (Bundes-Länder), interesantno je, konačno, kako ovu materiju uređuje "slobodna država Bavarska" svojim "Zakonom o unapređivanju malih i srednjih poduzeća i slobodnih zanimanja". Naime, na različite financijske i druge poticajne mjere primjenom ovoga Zakona mogu računati obrtnici, osobe koje obavljaju slobodne profesionalne djelatnosti i druga trgovačka društva ovisno o broju zaposlenika i njihovu godišnjem ostvarenom prometu.²⁰

Kao mala i srednja poduzeća svrstavaju se, prije svega, obrtničke tvrtke, dok se u središnje poduzetništvo računaju i druge tvrtke temeljem podataka o broju zaposlenih i prometu koji ostvaruju zainteresirane tvrtke. Od slobodnih zanimanja tu dolaze u obzir: osobe koje se samostalno bave zdravstvenim zanimanjima i pomoćnim poslovima u zdravstvu, zatim odvjetnici, javni bilježnici, gospodarski revizori, porezni i knjigovodstveni savjetnici, umjetničke tvrtke, arhitekti te osobe koje se bave obrazovnim i odgojnim zanimanjima.

3. Poduzetnička prava, pogodnosti i ovlasti

Pravna znanost odavno stoji na stajalištu da svako pravo iza sebe, kao naličje, zahtijeva i postojanje određene obveze, znači i onda kada je riječ o poduzetnicima, pod kojima se imaju razumijevati i članovi trgovačkih društava u najširem smislu te riječi, obrtnici i trgovac pojedinac, kao i članovi uprave i nadzornog odbora u društvima kapitala. Svi oni poslovni ljudi, poduzetnici, koje se često nazivlje i "menadžerima", ostvaruju svoje poslove, zadaće i ovlasti u okviru zakonom utvrđenih nadležnosti, dopunjenih statutom, društvenim ugovorom, izjavom o osnivanju ili drugim temeljnim aktima u onom opsegu i mjeri kako to konkretne okolnosti zahtijevaju i uvjetuju.²¹

U proučavanju i objašnjavanju pravnog položaja i uloge poduzetnika pravna književnost to čini na razne načine pa se u tomu pravcu, pored ostaloga, spominju poduzetnička prava i ovlasti,²² ili se govori o pravima i obvezama,²³ odnosno samo

²⁰ B. Grunewald, Die Personengesellschaft als Rechtsform der mittelständischen Unternehmen, s. 43-47 analizira prednosti i slabosti malih i srednjih poduzeća.

²¹ D. Ledić, Ustroj dioničkog društva u hrvatskom i usporednom pravu, Zbornik radova EFRI 1/1994., str. 79.-80., dok V. Filipović – V. Gorenc – Z. Slakoper, Zakon o trgovačkim društvima s komentarom, Zagreb, 1995., str. 275.-276., odnose između uprave i nadzornog odbora opisuju kao odnos "izvršnog" i "nadzornog" organa u d.d.

²² M. Stražnický, Predavanja iz trgovačkog prava, Zagreb, 1920., str. 242. govori o ovlastima i dužnostima (obvezama); B. Grunewald, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Mohr Siebeck Tübingen, 2002., s. 242-243; G. H. Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München, 1994.,

o pravnom položaju svih ili samo određenih poduzetnika, kao što su primjerice članovi uprave i nadzornog odbora u društvima kapitala.²⁴

Autor ovoga rada opredijelio se ovdje govoriti o “aktivnoj” strani poduzetnika, razumijevajući pod time prava, pogodnosti i ovlasti, što bi, tako razmišlja ovaj autor, imalo pridonijeti potpunijoj slici pravnog položaja poduzetnika, prije svega onih koji se javljaju u malome i srednjem poduzetništvu.

3.1. Poduzetnička prava

Kakve vrste i sadržaja mogu biti poduzetnička prava? Prije svega, valja ukazati na određenu prazninu, bolje rečeno “nezainteresiranost” pravne znanosti i pravnih sustava uopće glede sustavne razrade općeg pravnog instituta “poduzetnik”, jer se o njemu na više mjesta, ali i krajnje nepotpuno i usput govori i u propisima i u pravnoj književnosti. Stoga će biti vrlo praktično tražiti rješenja određena u pravu društava, analogno tamo više-manje prihvaćenim i nazočnim pojmovima i rješenjima. Misli se prije svega na pravne institute kao što su “član” (njem. Mitglied) odnosno “članstvo” (njem. Mitgliedschaft), koji su jednim dijelom uključeni u ovdje opisani širi pojam “poduzetnik” odnosno “poduzetništvo”. Zakon o trgovačkim društvima ne koristi se nigdje za sva u njemu priznata i uređena trgovačka društva izričajem “član” trgovačkog društva, odnosno pojmom članska društva. Tako se u javnom trgovačkom društvu i društvu s ograničenom odgovornošću doista susreću “članovi društva”, dok su u komanditnome društvu to uvijek komplementar i komanditor (najmanje po jedan komplementar i komanditor – čl. 131. ZTD), a u dioničkom društvu to su dioničari.

Međutim, isključivo zbog lakšeg i jednostavnijeg proučavanja članskih prava u trgovačkim društvima, pravna književnost odbacuje svu, gore spomenutu, paletu različitih izričaja, što će se ovdje dodatno pojednostaviti. Neće biti govora samo o “članovima” društava i njihovim “članskim” pravima. Bit će govora o “poduzetnicima” i njihovim “poduzetničkim” pravima.

Poduzetnička prava mogu se s obzirom na njihov utjecaj na pravni položaj poduzetnika podijeliti odnosno razlikovati na više načina. Tako se, npr. u njemačkoj pravnoj književnosti razlikuju dvije temeljne grupe prava u trgovačkim društvima, neovisno o tomu spadaju li ona u malo, srednje ili veliko gospodarstvo. Prvu skupinu čine prava na upravljanje (njem. Verwaltungsrechte), a drugu skupinu imovinska

s. 200; V. Gorenc, *Trgovačko pravo – društva*, III. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1998., str. 263.-264. odnosno 290.-293.

²³ Reinhardt/Schultz, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1981., s. 204-205, te G. Wiessner, u *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4, Aktiengesellschaft, Verlag C. H. Beck, München, 1988., s. 125.-126.

²⁴ Kastner – Doralt – Nowotny, *Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts*, 5. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990., s. 283-285 te s. 422-423, B. Grunewald, *Ibid.*, s. 316.-319.; D. Ledić, *Pravni položaj i prava članova trgovačkih društava u Hrvatskoj*, Vladavina prava, 1/1997., str. 88.-90.

prava (Vermögensrechte).²⁵ Razlike između pojedinih pravnih pisaca dolaze do izražaja utoliko što neka (članska, poduzetnička) prava svrstavaju u prava upravljanja, dok drugi, ta ista prava svrstavaju u imovinska prava.²⁶

Slična stajališta i podjele mogu se pronaći i u austrijskome pravu, čemu je opravdanje sličnost brojnih pozitivnopravnih propisa u Austriji i Njemačkoj, te povijesni razvitak koji je u nekim (novijim) razdobljima bio i zajednički, iz čega onda slijede uzajamna upućenost i sličnosti u poslovnoj i sudskoj praksi, što sve ima utjecaja i na pravnu znanost.²⁷

J. Barbić, u domaćem pravu, na više mjesta govori o pravima članova trgovačkih društava,²⁸ pa ih najčešće razlikuje kao:

1. imovinska prava,
2. upravljačka prava,
3. ugovorna prava i
4. posebna prava.

V. Gorenc govori o više vrsta prava koja pripadaju članovima trgovačkih društava, ali se najčešće pridržava podjele na imovinska prava i prava na sudjelovanje u upravljanju društvima.²⁹

Ovaj autor naglašava kako je prije svega svaka isključiva podjela, poglavito ona koja pretendira na trajno i odrješito razvrstavanje vrlo opasna, pa zbog praktičnih razloga u ovome radu i na ovome mjestu želi poduzetnička (članska) prava razlikovati, kako slijedi:

1. prava na upravljanje (s utjecajem na osnivanje i prestanak),
2. imovinska prava i
3. posebna prava.

Ostavljajući čitatelju neosporno pravo na kritiku ovakve podjele i ostajući samo kod proučavanja poduzetničkih prava u malome i srednjem poduzetništvu (gospodarstvu), autor želi pridobiti što je moguće više čitatelja uz svoje mišljenje, svoje razlikovanje poduzetničkih prava i upoznavanje s njima.

²⁵ Baumbach/Hück, GmbH – Gesetz, 15. völlig neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1988., ss. 907, 918; M. Lutter, Anteilseigner und Unternehmen, u knjizi Rechtsgrundlagen Freiheitlicher Unternehmenswirtschaft (Lutter/Semler, Hrsg.) Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, 1991., s. 23.

²⁶ H. P. Westermann, Gesellschaftsrecht, u knjizi Münchener Rechtslexikon, Verlag C. H. Beck München, 1987., Band 2, s. 168.

²⁷ Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., ss. 35 i 194.

²⁸ J. Barbić, Trgovačka društva, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Consult Invest/Organizator, Zagreb, 1992., str. 111.-112., 121., 148.-152., J. Barbić, Oblici trgovačkih društava, Zbornik radova "Aktualnosti hrvatskog gospodarstva i sudske prakse", Organizator/Privreda i pravo, 1993., str. 850.-853., dok u knjizi Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, str. 46.-47. ta prava dijeli na "upravljačka i imovinska".

²⁹ V. Gorenc, Trgovačko pravo – poduzeća, Školska knjiga, Zagreb, 1992., str. 33., 55., 76.-77.

3.1.1. Prava na upravljanje (s utjecajem na osnivanje i prestanak)

Naziv ovih prava, uključujući i dodatak "s utjecajem na osnivanje i prestanak", odstupa od većine podjela poduzetničkih (članskih) prava kako u domaćem, tako i u usporednome pravu, što bi, po zamisli autora imalo pridonijeti potpunijem proučavanju istih prava.

Pravo sudjelovati u osnivanju

Sudjelovanje u osnivanju obrta odnosno konkretnog trgovačkog društva kao oblika malog i srednjeg poduzetništva spada u ona prava čije odredbe sadrže Zakon o obrtu i Zakon o trgovačkim društvima. To je pravo koje pripada svakoj fizičkoj i/ili pravnoj osobi ukoliko ispunjava Zakonom propisane uvjete.

Tko će moći obavljati obrt u Republici Hrvatskoj propisano je prije svega u čl. 3.-8. Zakona o obrtu, gdje se u čl. 3. ZO-a kao opći uvjeti navode: udovoljavanje posebnim zdravstvenim uvjetima, ako je to propisano Zakonom, te da fizičkoj osobi nije pravomoćnom sudskom presudom, rješenjem o prekršaju ili odlukom Suda časti izrečena sigurnosna mjera ili zaštitna mjera zabrane obavljanja djelatnosti dok ta mjera traje.³⁰ Ukoliko se pak radi o tzv. vezanim obrtima, fizičke ga osobe mogu obavljati ako uz opće uvjete iz čl. 3. ZO-a ispunjavaju i posebne uvjete stručne osposobljenosti ili položenog majstorskog ispita, time da ovu vrst obrta mogu obavljati i (fizičke) osobe s odgovarajućom višom ili visokom naobrazbom, a moraju biti ispunjeni i uvjeti iz čl. 2./2. ZO-a.³¹

Osnovati javno trgovačko društvo mogu dvije ili više fizičkih i/ili pravnih osoba koje sudjeluju u sklapanju društvenog ugovora (čl. 71./1., ZTD), ali i osoba koja pristupi već postojećem, osnovanom društvu. Kada je riječ o komanditnome društvu, onda se i tu pravo osnivanja priznaje osobama koje se u ulozi komplementara (najmanje jedna osoba) i komanditora (također, najmanje jedna osoba) pojavljuju prilikom sklapanja ugovora o osnivanju. Isto vrijedi i za tajno društvo koje se osniva ugovorom između poduzetnika i tajnog člana (čl. 149./1., ZTD).³²

Članovi društva s ograničenom odgovornošću imaju status osnivača temeljem činjenice da sklapaju društveni ugovor (kada su osnivači dvije ili više osoba) odnosno davanjem izjave o osnivanju takvoga istoga društva kod javnoga bilježnika, ako je u ulozi osnivača samo jedna osoba³³ (čl. 387. st. 1. i 2., ZTD).

³⁰ Ž. Lukačević – Subotić, uz donošenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obrtu, Informator br. 4996, str. 17. ukazuje na suštinsku izmjenu ovoga članka, jer "državljanstvo RH, poslovna i opća zdravstvena sposobnost nisu više uvjeti za obavljanje obrta."

³¹ V. Karić, Najnovije izmjene i dopune Zakona o obrtu, Informator br. 4983, str. 24.-25. navodi dokaze koje sukladno čl. 3. i 11. ZO fizička osoba treba priložiti zahtjevu za upis obrta u registar.

³² O posebnostima društava osoba vidjeti kod J. Barbića, Pravo društava, knjiga treća – društva osoba, V. Gorenc, Društva osoba, Privreda i pravo 3-4/1993. i D. Ledić, Društva osoba u novom hrvatskom pravu trgovačkih društava, Zbornik PFRI 14/1993.

³³ Ista rješenja sadrži par. 4 austrijskog GmbH – Gesetz-a, odnosno par. 1 i 2 njemačkog GmbH-Gesetz-a.

Pravo glasa

Pravo glasa, međutim, ne pripada širokom krugu osoba kao što je to prethodno bio slučaj. Istina, u javnome trgovačkom društvu svaki član – poduzetnik ima pravo i obvezu voditi poslove društva, pa i zastupati društvo, ako društvenim ugovorom nije isključen od vođenja poslova ili zastupanja. Naime, na taj način samo jednima se u JTD ostavljaju ovlasti i prava voditi poslove društva i zastupati ga, dok se istovremeno, ako je tako uređeno društvenim ugovorom, drugima to pravo ograničava, ili ih se u cijelosti isključuje. Za donošenje odluka, a to je moguće kroz ovdje promatrano pravo glasa, potrebna je suglasnost svih članova – poduzetnika ovlaštenih sudjelovati u odlučivanju.

U slučaju obrtnika i trgovca-pojedinca³⁴ nije uopće sporno da obrtnik osobno vodi obrt, poglavito slobodni i vezani obrt (čl. 25., ZO), kao što to isto čini trgovac-pojedinac koji u ulozi “malog poduzetnika zadržava status obrtnika”,³⁵ osobno vodi i odlučuje o svome poslovanju, ali ne više kao “čisti” obrtnik već kao trgovac, sukladno čl. 1./1. ZTD-a.

Komanditori su isključeni u istoimenome društvu od prava glasa jer društvom upravljaju i vode njegovo poslovanje isključivo komplementari. Takvo rješenje postoji i u domaćem,³⁶ i u usporednome pravu,³⁷ što dovodi i do ujednačenih stajališta u pravnoj znanosti, a poglavito u poslovnoj praksi.

U d.o.o., sukladno odredbama ZTD-a, pravo na jedan glas daje iznos temeljnog uloga čija se vrijednost, odnosno protuvrijednost ima utvrditi prema čl. 445./2. ZTD-a na dan sklapanja ugovora, međutim, društveni ugovor to može i drukčije odrediti, time da svaki član mora imati najmanje jedan glas.³⁸

U njemačkom se i austrijskome pravu pravo glasa (Stimmrecht) također određuje na sličan način. Njemački GmbH-Gesetz u par. 47/2 priznaje svakom poslovnom udjelu u visini od 100 DEM pravo na jedan glas.³⁹ Austrijski GmbH-

³⁴ ZTD propisuje u čl. 3. uvjete pod kojima “može” odnosno “mora” (zakonski “dužan”) obrtnik upisati se kao trgovac-pojedinac u sudski registar. Više o tomu vidjeti kod Z. Parać, Zajedničke odredbe, u knjizi Zakon o trgovačkim društvima – vodič za čitanje zakona, 2. prošireno i dopunjeno izdanje (red. J. Barbić), Zagreb, 1995., str. 21.-24.; V. Gorenc, Trgovačko pravo – društva, str. 11.-12.; J. Barbić, Pravo društava – knjiga prva, Opći dio, str. 199.-200. i dr.

³⁵ Z. Parać, Ibid., str. 22.

³⁶ J. Barbić, Pravo društava, knjiga treća – Društva osoba, str. 499.-501., P. Rastovčan, Trgovačka društva, glavni nosioci privrede u kapitalizmu, Zagreb, 1958., str. 48.-49., D. Ledić, Die Gründung von Tochtergesellschaften in Kroatien, u knjizi Gründung von Tochtergesellschaften im Ausland (M. Lutter, Hrsg.), 3. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1994., s. 435.

³⁷ Za austrijsko pravo npr. Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., s. 146, ili pak za njemačko pravo B. Grunewald, Ibid. s. 125-127, te Reinhardt/Schultz, Ibid. s. 121.-124.

³⁸ B. Vukmir, Društvo s ograničenom odgovornošću, u knjizi Zakon o trgovačkim društvima, II dio (Red. J. Barbić), 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1995., str. 287.

³⁹ Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000., s. 712-718; Baumbach/Hück, Ibid. s. 818-824; T. Raiser, GmbH-Recht, 2HR 15. Band, August-Oktober 1987., s. 426-427.

Gesetz (par. 39/2) vezuje, također, pravo glasa člana d.o.o. za vrijednost jednog temeljnog uloga od 100 ATS.⁴⁰

Pravo odlučivanja

Sadržaj prava odlučivanja u velikoj se mjeri podudara s pojmom i sadržajem prava glasa, pa ipak čini se opravdanim i korisnim razlikovati ta dva prava. Naime, pravo glasa, kako se vidi iz naprijed izloženoga, najčešće ne ovisi o poduzetniku i/ili članu društva osobno. To pravo njemu pripada ili temeljem zakona, ili temeljem statuta, društvenog ugovora odnosno drugoga temeljnog akta.⁴¹ Pravo odlučivanja (njem. *Beschlußrecht*), premda je u pitanju ista osoba, odraz je volje, interesa pa i obveze dotične osobe uključiti se u proces odlučivanja, biti njegov sudionik.

Pravo voditi poslove

Obrtnik i trgovac pojedinac nositelji su svoga posla pa je posve logično i gospodarski i pravno uz njih vezati pravo voditi poslove. Doduše, ZO se služi izričajem "obavljanje obrta",⁴² ali se i u praksi i u pravnoj književnosti podrazumijeva upravo ono pravo o kojemu je ovdje riječ – pravo voditi poslove, i to u svoje ime i za svoj račun. Dok te iste poslove poslovođa obavlja (zakonski vodi obrt, op. D. L.) "u ime i za račun poslovođe".⁴³

U JTD svi članovi društva imaju pravo (i obvezu!) voditi poslove tog društva. Već je naprijed rečeno da se to pravo nadovezuje na pravo glasa koje u JTD imaju svi članovi, kojima nije samo pravo nego i obveza sudjelovati u tim poslovima. Voditi poslove u komanditnome društvu ovlašteni su isključivo komplementari, tako da ni uz njihovu jednoglasno očitovanu suglasnost (konsenzus) komanditor ne može voditi poslove društva.⁴⁴

U tajnome društvu pravo voditi poslove društva ima samo poduzetnik koji nastupa u pravnome prometu i isključivi je nositelj poduzeća, svih prava i obveza iz poslovanja tajnog društva (čl. 148./4., ZTD).⁴⁵

⁴⁰ Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid. s. 412-415.

⁴¹ B. Grunewald, Ibid. s. 99-100, u tome smislu rabi izričaj "Einwilligung der Gesellschafter" što bi u slobodnome prijevodu značilo "odobrenje (privola) članova društva".

⁴² Cijeli jedan dio Zakona o obrtu nosi naziv "Obavljanje obrta" (čl. 3.-38.), a znakoviti su u smislu "vođenja poslova" čl. 5., 6., 9., 19., 21., 24., 25. i dr.

⁴³ I. Roso, *Pravno organizacijski oblici obiteljskog poduzetništva*, *Suvremeno poduzetništvo* 7/2002., str. 99-100., Ž. Lukačević – Subotić, *Uz donošenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obrtu*, *Hrvatska pravna revija*, listopad 2001., str. 89-90., V. Karić, Ibid., str. 24-25.

⁴⁴ K. Schmidt, *Handelsrecht*, 3. neubearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag KG Köln – Berlin – Bonn- München, 1987., s. 93-99, a za austrijsko pravo Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid. s. 146-148, Demelius-Schönherr, *Handelsgesetzbuch*, 12. Auflage, Wien, 1983., s. 68, u našem pravu, P. Rastovčan, Ibid., str. 48., te J. Barbić, *Pravo društava – knjiga treća*, *Društva osoba*, str. 499-501.

⁴⁵ Posve istovjetno mišljenje sadrži par. 335/2 austrijskog HGB, odnosno par. 230/2 njemačkog HGB-a.

Iz dobro znanih značajki društava kapitala voditi poslove društva može samo uprava, što kada je riječ o malom i srednjem poduzetništvu ima se odnositi na veći broj društava s ograničenom odgovornošću, ali i onih dioničkih društava koja, primjerice u njemačkome pravu označuju kao "malo dioničko društvo" (njem. "Die kleine Aktiengesellschaft").⁴⁶ U ovim društvima pravo voditi poslove na vlastitu odgovornost ima uprava društva, koju sačinjava jedna ili više fizičkih osoba koje imaju potpunu poslovnu sposobnost (čl. 239. odnosno 423., ZTD). Ona fizička osoba koja "reflektira", ima ambiciju i želju voditi poslove nekoga društva kapitala, neovisno o tomu je li ili nije član toga društva, mora ispunjavati uvjete što ih propisuje Zakon, društveni ugovor ili statut društva te u postupku imenovanja zajedno s drugim konkurentima ravnopravno sudjelovati u tomu postupku. Ovo nije ništa neobično s obzirom na prirodu društava kapitala "kod kojih je bit u udruživanju kapitala" gdje osobni angažman članova društva u njegovim tijelima nije nužan.

Pravo zastupati

Zakon o trgovačkim društvima, kao i suvremena zakonodavna rješenja u usporednome pravu odredbe o vođenju poslova smještaju u dijelu gdje se uređuju pravni odnosi između članova društva, a odredbe o zastupanju društva u dio koji govori o pravnim odnosima društva i članova društva s trećim osobama. To su u pitanju dvije zasebne funkcije i djelatnosti, pa je onda krajnje opravdano o njima odvojeno i govoriti.

U društvima osoba vrijedi za njihovo zastupanje sve što je već istaknuto glede vođenja poslova u njima. Pravo zastupanja u komanditnome društvu imaju samo komplementari, međutim, odlukom svih komplementara može se komanditoru dati prokura i trgovačka punomoć (čl. 142./2., ZTD). Poduzetnik u tajnome društvu isključivi je nositelj svih prava i obveza iz poslovanja društva, pa tako i prava zastupati društvo.⁴⁷

Uprava dioničkog društva odnosno društva s ograničenom odgovornošću njegov je zastupnik po zakonu (čl. 241. odnosno 426., ZTD). Napuštajući načelo – doktrinu *ultra vires* u hrvatskome pravu, ZTD ne priznaje bilo kakva ograničenja u zastupanju trgovačkih društava (čl. 92./2., 242./1., 247./2., ZTD) što ima pridonijeti većoj pravnoj sigurnosti i povjerenju u poslovanju gospodarskih subjekata.⁴⁸

Ovo se ima odnositi i na trgovca-pojedinca, međutim postavlja se pitanje što je sa zastupanjem obrtnika i je li Zakon o obrtu utemeljen na načelu *ultra vires* ili je to načelo u ZO-u također napušteno?

⁴⁶ Seibert/Köster, Die kleine AG, 2. Wesentuch Erweiterte Auflage, Verlag Kommunikations Forum GmbH – Köln, 1995., s. 124-125.

⁴⁷ Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., s. 169.

⁴⁸ J. Barbić, Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, str. 366., govori o napuštanju doktrine *ultra vires* u našem pravu "jer se smatra da takvo ograničenje ne bi bilo u skladu sa suvremenim poslovanjem i pravnom sigurnošću".

Valja krenuti od “golih” propisa, a to je, prije svega, čl. 19./1., prva rečenica koja glasi: “Obrtnik može obavljati samo one obrte koji su obuhvaćeni obrtnicom, a u slučaju povlaštenih obrta samo one za koje je dobio povlasticu”. Doda li se ovoj odredbi i ona koja proizlazi iz sljedećeg članka (čl. 20., ZO) gdje se obrtniku stavlja na teret odgovornost “za zakonitost obavljanja obrta i za zakonitost rada djelatnika koje zapošljava” kao i kazna zapriječena za prekršaj obrtnika “ako obavlja obrt koji nije obuhvaćen obrtnicom odnosno za koji nije dobio povlasticu” (čl. 77./1. u svezi čl. 19., ZO), onda po prosudbi ovoga autora Zakon o obrtu u tomu dijeli poduzetničke aktivnosti u nas i nadalje stoji na načelima *ultra vires*.⁴⁹

Pravo otkazivanja ugovora

Pravo otkazati ugovor moglo bi se, najjednostavnije, objasniti negativnim predznakom u odnosu na pravo osnivanja gospodarskog subjekta – obrta i/ili trgovačkog društva. To, u pravilu, mogu biti iste osobe koje su već “konzumirale” i pravo osnivanja, ali u praksi mogu biti i druge osobe. Misli se, u ovome drugom slučaju, na osobe koje su pravnim poslom i nasljeđivanjem ili na drugi, zakonom propisani način stekli “legitimaciju” otkazati ugovor odnosno drugi temeljni akt.

Prema izričitoj odredbi čl. 98./1. ZTD-a svakome članu JTD priznaje se pravo otkazati društveni ugovor, ako je društvo osnovano na neodređeno vrijeme. Kogentne je naravi odredba stavka 2. istoga članka koja proglašuje ništavim svaki sporazum kojim bi se to pravo člana JTD ograničilo ili isključilo, odnosno kako to zakonodavac formulira “otežalo”.⁵⁰ Sukladno odredbi čl. 132. ZTD-a isti se propis ima primijeniti i u komanditnome društvu, a pozivom na čl. 155./1. ZTD-a vrijedit će i u tajnome društvu.

Zakon o obrtu, jednako kao i Zakon o trgovačkim društvima, razlikuje dva temeljna načina prestanka obrta: objavom od strane obrtnika i prestanak po sili zakona (čl. 36./1. ZO). U smislu konkretnog “prava otkazivanja ugovora” objava obrta biti će to očitovanje volje samo jedne fizičke osobe – obrtnika, ali i pravne osobe (trgovačkog društva) koja može obavljati vezane i povlaštene obrte. Ukoliko se međutim radi o “zajedničkome obavljanju obrta” kad dvije ili više fizičkih osoba “međusobne odnose uređuju pisanim ugovorom” (čl. 35.a st. 2., ZO), nema dvojbe da će svakoj od ugovornih strana stajati na raspolaganju pravo otkazati takav ugovor.⁵¹

Otkaz kao pravno sredstvo u društvima kapitala ZTD-a nije nigdje izrijeком spomenuo. Koliko bi bilo dopušteno statutom d.d. (čl. 367./4., ZTD), odnosno

⁴⁹ Domaća pravna književnost, a napose ovdje citirani autori ne bave se problemom doktrine *ultra vires* u hrvatskome obrtništvu, međutim, posredno, ukazujući i na kazne zbog prekršaja koji se gore pobliže opisuje, očito se suglasuju s autorom ovoga rada (Ž. Lukačević – Subotić, Ibid., str. 92.).

⁵⁰ Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid. s. 117-118, to podvlače pozivom na Art. 7, Nr. 14 EV.

⁵¹ Ž. Lukačević – Subotić, Ibid., str. 90. ovaj ugovor naziva “ugovorom o ortakluku”, upućujući na mogućnost koju predviđa čl. 35.c/2. ZO da će se obavljanje obrta nastaviti “ako fizička osoba pristupi ili istupi iz zajedničkog obrta”

društvenim ugovorom d.o.o. (čl. 466./2., ZTD) predvidjeti takav način prestanka dotičnog društva kapitala? Bilo bi to suprotno svrsi postojanja ovih društava, gdje je težište na udruživanju kapitala bez obveze osobnog sudjelovanja poduzetnika – članova u organima društva kapitala. Uostalom, radilo bi se praktično o izmjeni statuta d.d. odnosno društvenog ugovora d.o.o., gdje ZTD zahtijeva većinu od najmanje zastupljenog temeljnog kapitala, odnosno danih glasova (čl. 367./1. t. 2. odnosno čl. 467., ZTD).⁵²

Pravo sudjelovanja u postupku likvidacije

Postupak likvidacije gospodarskih subjekata nužno se javlja kao posljedica nastupa svih razloga za njihov prestanak, osim slučaja pokretanja i otvaranja stečajnog postupka. Naime, u postupku likvidacije imaju se završiti tekući poslovi, naplatiti tražbine društva, preostala imovina društva unovčiti te pristupiti podmirenju dugova društva prema svojim vjerovnicima.

U društvima osoba, likvidaciju provode svi članovi JTD, jer oni su likvidatori, ako odlukom članova ili društvenim ugovorom tu dužnost ne obnašaju samo pojedini članovi društva ili druge osobe. Po mišljenju ovoga autora, primjenom odredbe čl. 132. ZTD-a, a što je uostalom sukladno stajalištima pravne književnosti u njemačkom⁵³ i austrijskom pravu,⁵⁴ pravo sudjelovanja u postupku likvidacije kao likvidatora ima se priznati i komanditorima, a ne samo komplementarima.

Što se događa u slučaju prestanka obrta, poglavito ako taj prestanak nastupa “po sili zakona”, s obzirom da Zakon o obrtu u čl. 38./1. “poznaje” ravno 14 razloga takvome prestanku obrta? Šutnja pravne književnosti o tomu pitanju nije nimalo u prilog pravne sigurnosti bez obzira što bi neki mogli reći: rješenje iz st. 2. istoga članka prema kojemu “nadležni županijski ured, odnosno ured grada Zagreba utvrđuje prestanak obrta po sili zakona i po pravomoćnosti rješenja briše obrt iz registra” daje odgovor. Da, ali samo djelomice, tko će, međutim utvrditi prava i obveze, tražbine i dugove, pa i pitanje odgovornosti o kojoj inače govori čl. 20. Zakona o obrtu.

Poduzetnici – članovi uprave u društvima kapitala, po sili zakona (“*ex lege*”) su likvidatori takvih društava. Ostali poduzetnici – dioničari u d.d., odnosno članovi društva s ograničenom odgovornošću mogu, isključivo ili zajedno s drugim osobama, temeljem statuta, društvenog ugovora odnosno odluke (glavne) skupštine biti imenovani za likvidatore. Čak što više, na zahtjev dioničara,⁵⁵ ili članova d.o.o.,⁵⁶ sud može umjesto poduzetnika – članova uprave ili uz njih, imenovati druge

⁵² J. Barbić, *Pravo društava*, knjiga druga – društva kapitala, str. 671.-673. i 1057.-1058., Lutter/Hommelhoff, Ibid. s., 940-941.

⁵³ Reinhardt/Schultz, Ibid. s. 130-131, isto i B. Grunewald, *Die Personengesellschaft als Rechtsform der mittelständischen Unternehmen*, s. 37.

⁵⁴ Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., s. 156.

⁵⁵ Čl. 371./3., ZTD; vidjeti kod Z. Slakoper, *Društvo s ograničenom odgovornošću*, Zagreb, 2001., str. 505.-566.

⁵⁶ Čl. 471./1., 2. rečenica, ZTD.

likvidatore, što na određeni način takvim osobama dovodi do priznanja prava sudjelovati u postupku likvidacije.

3.1.2. *Imovinska prava*

Poduzetnici uvijek i svagda, osnivajući određeni gospodarski subjekt, otpočinjući neku gospodarsku djelatnost u obliku obrta i/ili trgovačkoga društva, imaju nazočan i naglašeni uvjet i razlog: ostvarenje imovinske koristi. Stoga ne treba čuditi postojanje i priznanje više oblika – podvrsta imovinskih prava svugdje gdje se pojavljuju poduzetnici i obavljanje određenih gospodarskih djelatnosti.⁵⁷

Pravo na dobit

Svi oblici trgovačkih društava što ih poznaje Zakon o trgovačkim društvima osnivaju se i posluju – djeluju tako da, u pravilu, krajem svake poslovne (u nas je to i kalendarska godina, op. D. L.) godine kroz godišnja financijska izvješća utvrđuju račun dobiti, odakle se onda određuje i udio svakog člana u dobiti.

Članovi JTD, ukoliko su sukladno zakonskoj pretpostavci u to društvo unijeli jednake uloge (čl. 72./1., ZTD), imat će u jednakoj visini i udjele u dobiti. Ako su uložili različiti, onda će i udio svakoga od njih biti razmjernan njegovu udjelu u društvu. Sukladno tomu, najprije će doći do diobe trećine dobiti tekuće godine na članove društva, tako da će svakomu članu pripasti dio koji odgovara njegovu udjelu u kapitalu društva, a kao dopunski način izračunavanja udjela u dobiti služi propis čl. 87./2. ZTD-a koji uzima u obzir povećanje odnosno smanjenje uloga tijekom godine. Konačno, ili uvjetno rečeno u drugoj fazi ako se naprijed opisano ima smatrati prvom fazom (etapom) podjele dobiti u JTD, ostatak dobiti dijeli se na sve članove tog društva na jednake dijelove, po glavama (lat. per capitam).⁵⁸

Udio u dobiti u komanditnome društvu samo je djelomice moguće, temeljem čl. 132. ZTD-a, urediti na način kako se izračunava dobit članova JTD. Naime, u prvoj će se “fazi” ta dobit dijeliti razmjerno visini uloga. Međutim, u drugoj “fazi”, ako društvenim ugovorom nije drukčije određeno, onda će se udio svakog člana komanditnog društva utvrditi “u omjeru koji odgovara konkretnim okolnostima” (čl. 140./2., ZTD).⁵⁹

Posebnost tajnog društva u odnosu na javno trgovačko društvo i komanditno društvo najočitije je upravo kod isticanja prava na dobit koje pripada tajnome članu. Iako se ugovorom o nastanku tajnog društva trebaju urediti pravo na dobit i udio u

⁵⁷ Ovakvo označenje prava pod nazivom “imovinska prava” dosta je često i u domaćem, poglavito usporednom pravu. Autor smatra posve ispravnim nazivima “pravo na udio” (sudjelovanje u dobiti) što u našem pravu koriste V. Gorenc i J. Barbić, a u usporednome pravu Baumbach/Hück ili Demelius/Schönherr i dr.

⁵⁸ D. Ledić, *Društva osoba u novom hrvatskom pravu trgovačkih društava*, str. 129.

⁵⁹ V. Gorenc, *Komanditno društvo*, u knjizi *Zakon o trgovačkim društvima – II dio – vodič za čitanje zakona*, str. 86.-87., B. Grunewald, *Ibid.*, s. 139-140.

gubitku tajnog člana, naravno uz sve ostalo što taj ugovor ima sadržavati, ZTD kogentnom normom štiti pravo tajnog člana propisujući da "ugovorom se ne može isključiti pravo tajnoga člana na udio u dobiti".⁶⁰

Pravo na dobit u društvima kapitala vezuje se uz zakonito i valjano raspolaganje dionicama odnosno poslovnim udjelima u vrijeme kada se isplaćuju dospjele dividende, tj. dobit u d.o.o.

Pravilo je da se u d.d., kao i kod ostalih trgovačkih društava, dividenda kao oblik sudjelovanja u dobiti dioničara jednako kao i članova uprave (čl. 246./1., ZTD) odnosno članova nadzornog odbora (čl. 269., ZTD), poduzetnika u najširem smislu te riječi, isplaćuje kad se po završetku poslovne godine usvoji račun dobiti (i gubitka, također).

Udio u godišnjoj dobiti u d.o.o. ostvaruju članovi društva, ako društvenim ugovorom nije drukčije predviđeno, u omjeru svojih uplaćenih temeljnih uloga. Kako temeljni ulozi ne moraju biti jednaki, to se sve mora već prigodom sklapanja društvenog ugovora precizirati i naznačiti svaki pojedinačni ulog. Naprijed je već naglašeno, udio u dobiti isključivo se određuje prema uplaćenom temeljnom ulogu, što znači da, primjerice, nije moguće ostvariti pravo na udio u dobiti temeljem samo upisanog, a u stvarnosti ne i uplaćenog temeljnog uloga.⁶¹

Pravo na naknadu izdataka i štete

Poduzetnici, bez obzira na osnovu svoga sudjelovanja u gospodarskoj djelatnosti nekog obrta i/ili trgovačkog društva, mogu se pojaviti sa zahtjevom za naknadu troškova što su im učinjeni u svezi s obavljanjem poslova dotičnoga gospodarskog subjekta, odnosno zahtijevati naknadu štete koja je neposredna posljedica obavljanja takvih poslova ili je s tim povezana. Nema dvojbe da će se u takvoj ulozi, pa onda i s takvim pravima, pojaviti i obrtnik, članovi JTD, kao i komplementari. Ako je riječ o komanditorima, to se može dogoditi jedino u slučaju da im je dodijeljena prokura i/ili trgovačka punomoć.

Pravo na naknadu troškova i štete u d.d. odnosno d.o.o. redovito se javlja kod poduzetnika i menađera, točnije rečeno članova uprave (čl. 247., čl. 432., ZTD) i članova nadzornog odbora.⁶² Ako su te osobe i dioničari d.d. odnosno članovi d.o.o., onda se ovo pravo "konzumira" temeljem obnašanja ovih dužnosti, međutim, ukoliko pojedini dioničar ima tzv. dodatne usluge ili pogodnosti u svezi s osnivanjem društva ili kasnije, takvo što mora se urediti statutom (čl. 225., ZTD).⁶³ Kada je riječ

⁶⁰ Istovjetno mišljenje nalazi se u par. 336/2 austrijskog HGB, odnosno u par. 231/2 HGB (Njemačka).

⁶¹ To isto za njemačko pravo: Lutter/Hommelhoff, Ibid., s. 369-379 te Baumbach/Hück, Ibid., s. 351-355, a za austrijsko pravo, Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., s. 432-433.

⁶² D. Ledić, Pravni položaj članova uprave i nadzornog odbora društava kapitala, str. 255. priznaje članovima NO "pravo na nadoknadu izdataka" i smatra ga neprijepornim, unatoč zakonodavčevoj "šutnji" i u domaćem i u usporednom pravu.

⁶³ Par. 55 AktG (Austrija) i par. 61 AktG (Njemačka) nose isti naslov: "Vergütung von Nebenleistungen".

o članovima d.o.o. koji su se, osim uplate temeljnog uloga, obvezali na činidbe koje se ne sastoje u novcu, ali imaju imovinsku vrijednost, moraju se u društvenom ugovoru odrediti opseg i pretpostavke za ispunjenje tih činidaba te mjerila za utvrđivanje naknade, koja ne može biti veća od vrijednosti činidbe koju treba ispuniti.

Pravo raspolagati udjelima

Već je bilo govora o tome da se pojedini poduzetnici, poglavito nositelji poduzeća, kao i ostali članovi trgovačkih društava mogu tijekom postojanja i poslovanja konkretnoga gospodarskog subjekta mijenjati.⁶⁴ Do ovih izmjena, međutim, negdje dolazi teže, a negdje, opet, lakše.

Član JTD ne može bez suglasnosti svih ostalih članova raspolagati svojim udjelom u društvu. Nije jasno kakav bi trebao biti konačni doseg gore opisane odredbe čl. 90. ZTD-a i može li član JTD putem suda ili na bilo koji drugi način (osim otkazom) doći do prava raspolaganja svojim udjelom bez suglasnosti ostalih članova.⁶⁵

Bez većih se poteškoća gore izneseno može primijeniti u komanditnome društvu na komplementare, međutim u slučaju komanditora to ne bi "išlo". U pravnoj se teoriji, s pravom, uloga komanditora opisuje kao "ulazak" odnosno "značajka" društva kapitala, pa zbog tih razloga ovome se treba priznati pravo slobodnog raspolaganja njegovim udjelom u komanditnome društvu.

Zakon o obrtu posve jasno uređuje pravo obrtnika raspolagati obrtom kako *inter vivos* tako i u slučaju nasljeđivanja. Taj prijenos, kako se izričito u Zakonu o obrtu označava, ovdje promatrano "pravo raspolagati udjelima" veže se, međutim, za obrtnicu i obrte koji su u njoj obuhvaćeni. Znači, ako obrtnik želi "prenijeti" svoj obrt na treću osobu, osoba na koju se ima prenijeti obrt mora ishoditi za sebe obrtnicu.⁶⁶

Svojstvo dionice kao vrijednosnog papira odmah daje posve jednostavan i jasan odgovor da se dionice mogu prenositi, bilo indosamentom (dionice na ime) ili običnom predajom – tradicijom (dionice na donositelja).

Članovi d.o.o., međutim, iako se načelno predviđa mogućnost prijenosa (i nasljeđivanja) poslovnih udjela (čl. 412./1., ZTD), nemaju takvu slobodu raspolaganja svojim udjelima kao što je to upravo opisano kod dioničara u d.d. Prije svega, za prijenos poslovnog udjela zahtijeva se ugovor (isključivo pisani, op. D. L.) u obliku javnobilježničke isprave. ZTD izričito spominje suglasnost društva, u čemu se naš zakonodavac približava rješenjima nekih pravnih sustava⁶⁷ i time udaljava od

⁶⁴ M. Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft*, s. 107-110.

⁶⁵ V. Gorenc, *Javno trgovačko društvo*, u knjizi *Zakon o trgovačkim društvima – vodič za čitanje zakona*, II dio, str. 65, D. Ledić, *Ibid.*, str. 131.

⁶⁶ Ž. Lukačević – Subotić, *Ibid.*, str. 89.-90., V. Karić, *Ibid.*, str. 24.-25.

⁶⁷ J. Barbić, *Trgovačka društva*, str. 153. i dalje, u vrijeme tiskanja ove knjige praktično proročanski, spominje takva rješenja u švicarskom i francuskom pravu.

uzora što ih je uglavnom nalazio u austrijskome i njemačkom pravu.⁶⁸ Ni u našem, a primjerice ni u austrijskome pravu nije potreban javnobilježnički akt kada je riječ o zalaganju poslovnog udjela, jer je takva ovlast sadržana u pravu raspolaganja (njem. Übertragung).⁶⁹

3.1.3. Posebna prava

Posebna prava poduzetnika – članova gospodarskih subjekata javljaju se uz već opisana prava na upravljanje (s utjecajem na osnivanje i prestanak) i imovinska prava kako bi se zaokružio u cijelosti njihov pravni položaj. Osnovu ovih prava može činiti zakon, statut, društveni ugovor, izjava o osnivanju ili neki drugi temeljni akt u kojemu se uređuju ista prava. Ovdje se daje pregled najznačajnijih i najčešćih posebnih prava te bitni sadržaj pojedinih posebnih prava.

Pravo na obaviještenost

Suštinski smisao prava na obaviještenost (njem. Informationsrecht) jest u tomu da poduzetnik – član gospodarskog subjekta bude obaviješten i to ne samo o tijeku ili nakon sjednice određenog društvenog organa (najčešće i u pravilu skupštine i/ili nadzornog odbora) i da ima saznanja o donesenoj odluci, već i o njegovu pravu biti prethodno obaviješten. Na taj se način i uz pomoć stare poslovice “bolje spriječiti, nego liječiti”, zahvaljujući prethodnoj obaviještenosti mogu na vrijeme izbjeći, ili barem ublažiti, negativne posljedice i neželjeni tijek poslovnih događanja koje mogu zasigurno prouzročiti takve odluke određenog organa dotičnog gospodarskog subjekta.

Pravo na obaviještenost pojavljuje se i u društvima osoba i društvima kapitala.⁷⁰ Tu se može govoriti o pravu na osobnu obaviještenost o stanju poslova u društvu, pravu pregledati knjige i obaviti uvid u dokumentaciju te za sebe sastaviti godišnje financijsko izvješće,⁷¹ pa ukoliko se “ogluše” tijela trgovačkog društva ili drugoga gospodarskoga subjekta, zainteresirana osoba može se obratiti (registarskome) sudu radi ostvarenja svoga prava na obaviještenost.

Pravo manjine

Ostaje dvojba autora ovoga rada treba li se ovdje govoriti o “pravu manjine” ili pak o “pravu zaštite manjine”, kako se ovo pravo najčešće opisuje u austrijskome i njemačkom pravu.⁷²

⁶⁸ J. Barbić, *Ibid.*, str. 154., a osobito kod istoga autora u uvodu Zakona o trgovačkim društvima, str. 27.-30. ili Oblici trgovačkih društava, str. 838.-839.

⁶⁹ Čl. 412./5., ZTD, a u svezi par. 76/3 austrijskog GmbH-Gesetz-a; vidjeti još i kod Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 425.

⁷⁰ Čl. 84., 281., 287., 446. i dr., ZTD.

⁷¹ V. Gorenc, *Komanditno društvo*, str. 85., isključiv je u tomu da komanditor nema “posebnih prava” na obaviještenost.

⁷² Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 245, 290, G. H. Roth, *Minderheitenschutz*, u *Münchener Rechtslexikon*, Band 2, s. 942-943, Lutter/Hommelhoff, *Ibid.*, s. 377-379.

Radi se, zapravo, o pravu onoga dijela članova (poduzetnika) gospodarskog subjekta, u pravilu društva kapitala, koji nalazi da se određenom odlukom povrjeđuju njegova zakonom, statutom, odnosno društvenim ugovorom, utvrđena prava, te se isti suprotstavljaju takvim odlukama.⁷³ Ima autora koji to pravo manjine najizravnije vežu uz tzv. "odnos povjerenja",⁷⁴ jer izvode iz načela savjesnosti i poštenja (njem. Treu und Glauben) zahtjev da se takav odnos ima na toj osnovi urediti između članova konkretnog trgovačkog društva.⁷⁵

Vrlo djelotvorno sredstvo u zaštiti prava manjine imala bi biti i tužba za naknadu štete, koju primjerice u d.o.o. može podnijeti skupnost članova koji imaju temeljne uloge što čine najmanje deseti dio temeljnoga kapitala protiv članova uprave ili nadzornoga odbora, ako takvo što nisu zahtijevali većinski članovi tog društva ili to nije pravovremeno učinila uprava. Za vrijeme trajanja takvoga spora tužiteljima je zabranjeno raspolaganje svojim poslovnim udjelima bez suglasnosti društva.⁷⁶

Pravo na veće udjele i/ili prava od uloga

Najveći dio prethodnih izlaganja o članskim i drugim pravima u gospodarskim subjektima, prije svega u trgovačkim društvima, polazi od tvrdnje da su ona u razmjeru s ulozima u tim društvima. Može li se onda dogoditi da neki od njih ipak za sebe priskrbe veća imovinska prava ili veći utjecaj u društvu, na njegovo upravljanje i slično, nego što bi to bilo razmjerno s njihovim ulozima? Najkraći odgovor bio bi: moguće je, ali iznimno i mora se posebno predvidjeti, bilo statutom, bilo društvenim ugovorom. Prema društvu su bez pravnog učinka ugovori i pravne radnje kojima se daju takve pogodnosti, a da nisu navedeni u statutu (čl. 175./3.), odnosno u društvenom ugovoru (čl. 392., ZTD).

Do kraja suženo, striktno tumačenje odredbe čl. 86. ZTD-a može izvesti zaključak da se članu JTD, a to onda znači i onima iz komanditnoga društva, ne može priznati udio u dobiti koji ne bi bio srazmjeran udjelu (ulogu) takvog člana u društvu.⁷⁷

Pravo na actio pro socio

U dijelu razmatranja prava manjine u d.o.o. na određeni način je bilo govora o situaciji u kojoj se steže osnova za podizanje *actio pro socio*. Bilo bi, međutim, posve krivo vezivati tu *actio pro socio* samo za spomenuto društvo, ali i staviti znak jednakosti između *actio pro socio* i *actio pro societate*. Ovaj se autor u potpunosti suglašava s prof. M. Lutterom da su u pitanju dvije različite tužbe,⁷⁸ čiji nazivi i u latinskome i u

⁷³ J. Barbić, Trgovačka društva, str. 184.-185.

⁷⁴ B. Vukmir, Društvo s ograničenom odgovornošću, u knjizi Zakon o trgovačkim društvima, II dio, str. 266.

⁷⁵ U. Hüffer, Personengesellschaft, ZHR 151. Band, August/October 1987, s. 406.

⁷⁶ Z. Slakoper, Društvo s ograničenom odgovornošću, Zagreb, 2001., str. 297.-298.

⁷⁷ Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid. s. 108, to isto zaključuju pozivom na par. 121 HGB, odnosno na par. 167 i 168 HGB (ovo posljednje na s. 150-151).

⁷⁸ M. Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, s. 132-138, isto Baumbach/Hück, Ibid., s. 266.

njemačkome jeziku glase različito: *actio pro socio* naziva se “Gesellschaftsklage”,⁷⁹ a *actio pro societate* nosi njemački naziv “Gesamthandklage”.⁸⁰ Ukratko, kako to u nas objašnjava J. Barbić, *actio pro socio* pomaže protiv pasivnosti uprave gospodarskog subjekta (trgovačkog društva), ali i nekih drugih tijela (skupštine i nadzornog odbora).⁸¹

Iako ne služi zaštiti članskih prava, spomenuta *actio pro societate* (njem. Gesamthandklage), služi za rješavanje npr. sukoba dioničara i d.d. odnosno istih takvih sporova u drugim društvima kapitala. Prof. M. Lutter navodi tri slučaja djelotvorne primjene *actio pro societate*:

1. Zahtjev za naknadu štete d.d. prema članovima uprave,
2. Tužba za pobijanje odluka društva, i
3. Tužba za pobijanje što je pojedini članovi – dioničari podnose prema društvu, radi ispunjenja obveze uz naknadu.⁸²

3.2. Poduzetničke pogodnosti i ovlasti

Pogodnosti i ovlasti zajedno s detaljno opisanim pravima čine “aktivnu” stavku poduzetnika koji se pojavljuju u obnašaju te funkcije, dužnosti u gospodarskim subjektima. Za razliku od iznošenja brojnih detalja o pravima poduzetnika, kako u društvima osoba i društvima kapitala, tako i u obavljanju obrta, ovdje će se ukazati na one najznačajnije pogodnosti i ovlasti te njihove bitnosti.

3.2.1. Poduzetničke pogodnosti

Davanje kredita članovima uprave (zajedno s članovima njihove uže obitelji, ali i s prokuristima) o komu govori čl. 249. ZTD-a nije ništa drugo nego pogodnost, privilegija odnosno “beneficija”.⁸³ Zapravo, radi se o novosti u našem pozitivnom pravu, gdje se uređuje davanje kredita članovima uprave, ali na način koji odstupa od poznatih uzora iz usporednog prava gdje o toj pogodnosti postoji i bogata pravna književnost.⁸⁴

Pogodnost uporabe osobnog automobila (u vlasništvu gospodarskog subjekta ili temeljem ugovora “rent a car” op. D. L.), za službene (i privatne) potrebe, dopunjena i sa službenim vozačem, treba pridonijeti uspješnijem djelovanju poduzetnika.

⁷⁹ Baumbach/Hück, Ibid., s. 206-207.

⁸⁰ Reinhardt/Schultz, Ibid., s. 18.

⁸¹ J. Barbić, Ibid., str. 150.-152.

⁸² M. Lutter, Ibid., s. 138.

⁸³ Z. Parać, Ugovor o obavljanju poslova članova uprave i pravni položaj nadzornog odbora, Informator 4447/1996., str. 10.

⁸⁴ Reinhardt/Schultz, Ibid. s. 206, 208, 263; Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., s. 224, 257, 259, 388, 460; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, C. H. Beck München, 1976., s. 170.

Informatički moderno i uopće suvremeno gospodarstvo zahtijeva gotovo 24-satnu komunikaciju, što poduzetnik ostvaruje i uz pogodnost uporabe osobnog (stabilnog ili tzv. "lap-top") računala, mobitela, kreditnih kartica i sl.

Pogodnosti glede životnog osiguranja, odnosno dopunskog zdravstvenog i mirovinskog osiguranja redovito se stipuliraju zasebnim ugovorima, tim više jer su odredbe ZTD-a i ZO-a o svim takvim pogodnostima vrlo skromne, za razliku od bogate i poslovne i sudske prakse, te ništa manje plodne pravne književnosti u usporednome pravu.⁸⁵

3.2.2. Poduzetničke ovlasti

Temeljnu poduzetničku ovlast (njem. Befugnis) predstavlja vođenje poslova društva (čl. 240./1., čl. 422./2., ZTD te čl. 25., ZO). Hrvatski zakonodavac slijedi svoje uzore i propisuje da se obavljanje ove ovlasti čini na "vlastitu odgovornost", što na ovim prostorima dugo vremena nije postojalo, pa primjenu te "vlastite odgovornosti" u vođenju poslova gospodarskog subjekta valja u praksi i potvrditi.⁸⁶

Zastupanje (njem. Vertretung) jest ovlast poduzimati sve pravne radnje u poslovima, pred sudom i drugim tijelima vlasti, uvijek kada dotični gospodarski subjekt "ulazi u različite pravne odnose s drugim osobama".⁸⁷ Ukoliko su u pitanju obrtnik, trgovac-pojedinac, članovi JTD, komplementar ili pak članovi uprave društva kapitala, svi su oni "zastupnici po zakonu", a kako je hrvatsko pravo društava (uz iznimku ZO, op. D. L.!) napustilo doktrinu "*ultra vires*", to u praksi obavljanje ove ovlasti (zastupanja) ne priznaje bilo kakva ograničenja osim onih što ih predviđa sam ZTD.⁸⁸

Ovlast sazivati (glavnu) skupštinu u d.d. "pridržana" je isključivo upravi istoga društva, a ukoliko je čini više članova, odluka o sazivanju donosi se običnom većinom glasova (čl. 277./2., ZTD), dok se u d.o.o. to isto samo "predmnijeva" kao ovlast uprave "ako zakonom ili društvenim ugovorom to pravo nije dano i nekome drugome" (čl. 442./1., ZTD). Ovu ovlast (sazivati glavnu skupštinu) imaju iznimno i članovi nadzornog odbora, uvijek ako se radi o "dobrobiti društva".⁸⁹ O istoj ovlasti odnosno njenoj "uporabi" u drugim situacijama, članovi nadzornog odbora odlučuju po vlastitoj prosudbi, dragovoljno i samoinicijativno.⁹⁰

⁸⁵ B. Grunewald, Ibid., s. 235-236, Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., s. 222-223, Reinhardt/Schultz, Ibid., s. 205, G. H. Roth, Ibid., s. 201-202.

⁸⁶ J. Barbić, Zakon o trgovačkim društvima, Zagreb, 1993., str. 33-34., D. Ledić, Ustroj dioničkog društva u hrvatskom i usporednom pravu, str. 80.-81.

⁸⁷ A. Eraković, Zastupnici trgovačkih društava, Pravo u gospodarstvu, 11-12/1994., str. 1031.

⁸⁸ V. Filipović – V. Gorenc – Z. Slakoper, Ibid., str. 283.-284., M. Vertić – Marutić, Uprava dioničkog društva, Informator 4328-4329/1995., str. 8.

⁸⁹ Čl. 263./4., ZTD, druga rečenica, rabi izričaj "mora sazvati".

⁹⁰ F. J. Semler, u Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, s. 343-344, za naše pravo J. Slovinić, Sazivanje glavne skupštine dioničkog društva, Računovodstvo, revizija i financije, 3/1997., str. 127/659.

Ovlast imenovati i opozivati članove uprave nije jedinstveno riješena u hrvatskom i usporednom pravu za društva kapitala u cjelini, bolje rečeno za d.d. i d.o.o., dok je ova ovlast u d.d. isključivo “rezervirana” nadzornome odboru,⁹¹ uz iznimku imenovanja (ne i opoziva, op. D. L.) od strane suda (čl. 245., ZTD). Ta se ovlast u d.o.o. može pojaviti na strani članova društva, neposredno kroz odredbe društvenog ugovora (čl. 432./2., ZTD) te na strani skupštine (čl. 441./1. t. 3., ZTD). Nadzorni odbor u d.d. ne može “pobjeći” od spomenute ovlasti, niti se statutom ta ovlast može prenijeti u nadležnost nekom drugom tijelu društva. Nema mjesta ni za odluku nadzornog odbora kojom bi sa sebe putem “dopusnice” ovlastio neko drugo tijelo (povjerenstvo, odbor, vijeće i sl.).⁹² U okviru ove ovlasti, nadzorni odbor može, kada za to postoji važan razlog, opozvati svoju odluku o imenovanju cijele uprave ili bilo kojega njenog člana.⁹³

Među ovlasti uprave d.d. pripada i ona vezana za povećanje temeljnoga kapitala oblikom koji se nazivlje “odobreni temeljni kapital” (pododjeljak 3, čl. 323.-327., ZTD). Ova se ovlast može podijeliti statutom “da u roku pet godina nakon upisa društva u sudski registar” poveća temeljni kapital društva do određenog iznosa (tzv. “odobreni kapital”), a takva se ovlast može dodijeliti i izmjenom statuta.⁹⁴

Valja tek spomenuti i ovlasti nadzornog odbora primjereno sniziti primanja članova uprave kada se za takvo što steknu zakonom propisane pretpostavke (čl. 247./2., ZTD), ili ovlast istog nadzornog odbora imenovati svoje članove za zamjenike članova uprave (čl. 261./2., ZTD), kao i ovlast članova uprave u postupku pripajanja i spajanja sklopiti ugovor o pripajanju (čl. 513. i 537., ZTD).⁹⁵

4. Poduzetnik i vlasništvo

Zadržavajući svoju pozornost u ovome radu na poduzetničkim pravima, pogodnostima i ovlastima autor dolazi do zaključka kako se u poduzetništvu, prije svega malome i srednjem, a da se i ne spominju veliki gospodarski subjekti, vrlo znakovito pojavljuje čimbenik upravitelja i nositelja poduzetničkih (imovinskih) utjecaja u ovdje opisanim oblicima gospodarskih subjekata. Ti su čimbenici, uopće uz ostale značajke poduzetničke djelatnosti, *conditio sine qua non* gospodarstva, razvoja i zadovoljenja svekolikih potreba šire ili uže društvene zajednice.⁹⁶ Pa ipak, teško je staviti znak jednakosti u svakome od tih poduzetničkih oblika između vlasnika i poduzetnika odnosno vlasništva i poduzetništva.

⁹¹ Čl. 244., ZTD, par. 84 AktG – D te par. 75 AktG – A.

⁹² J. Barbić, *Dioničko društvo*, str. 79., B. Grunewald, *Ibid.*, s. 243-244.

⁹³ J. Barbić, *Ibid.*, str. 80.-81.

⁹⁴ V. Gorenc, *Trgovačko pravo – društva*, str. 345.-347., G. H. Roth, *Ibid.*, s. 189-190, B. Grunewald, *Ibid.*, s. 287-290.

⁹⁵ V. Filipović – V. Gorenc – Z. Slakoper, *Ibid.*, str. 703. te str. 730., opravdano zagovaraju da u oba slučaja (pripajanja i spajanja) ugovor mora imati oblik javnobilježničke isprave.

Treba imati na umu kako se vlasništvo u svome razvitku od klasičnog rimskog prava⁹⁷ do suvremenih zakonodavnih akata i stajališta pravne znanosti našega doba⁹⁸ uvijek smatralo i smatra najširim i najpotpunijim stvarnim pravom koje u sebi sadrži pravo uporabe, pravo koristiti se i konačno raspolaganja, što mu daje i apsolutističko značenje u odnosu na svaku treću (drugu!) osobu.⁹⁹

Kako iz takvog poimanja vlasništva odnosno prava vlasništva dovesti u svezu to najznačajnije i najpotpunije stvarno pravo sa poduzetništvom i poduzetnicima. Uvodno je istaknuto kako se i u zakonskim tekstovima i u pravnoj književnosti rijetko dovode u svezu gospodarski subjekti i poduzetnici s, jedne strane, s vlasništvom i vlasnikom na drugoj strani.¹⁰⁰ Iznimke u tom smislu idu u pravcu poistovjećivanja obrtnika s vlasnikom njegova obrta,¹⁰¹ što se ima primijeniti i na trgovca-pojedinca koji "odgovara za svoje obveze osobno, cijelom svojom imovinom" (čl. 9./2., ZTD).¹⁰²

U svim drugim slučajevima, a to su onda u pitanju društva osoba i društva kapitala, valja ozbiljno razlikovati i odvojiti osobe poduzetnika, bez obzira radi li se o članovima pojedinih društava ili članovima uprave i nadzornog odbora u društvima kapitala, i sama trgovačka društva kao subjekte prava – pravne osobe. Odgovornost koja se, primjerice, javlja za članove JTD i komplementare u komanditnome društvu, bez obzira na činjenicu da oni "odgovaraju vjerovnicima društva neograničeno solidarno cijelom svojom imovinom" ne dovodi do uspostavljanja vlasništva od strane tih osoba nad određenim trgovačkim društvom.¹⁰³

⁹⁶ Z. Ivanović, *Financijski menadžment*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Opatija, 1997., str. 15., govori o "najrazvijenijem obliku poslovnog udruživanja s profitnom snagom i poslovnom odgovornošću"

⁹⁷ M. Boras – L. Margetić, *Rimsko pravo*, Rijeka, 1998., str. 108.-109., kažu za vlasništvo u rimskome pravu da je "razmjerno najšira pravno priznata mogućnost uporabe stvari".

⁹⁸ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, C. H. Beck München, 1976., s. 177, ističe da je to "najopsežnije stvarno pravo" dok u našem pravu M. Vedriš – P. Klarić, *Gradansko pravo*, 5. izdanje, Zagreb, 2001., str. 222. opisuju pravo vlasništva kao "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". Slično i N. Gavella – T. Josipović – I. Gliha – V. Belaj – Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998., str. 288.-289.

⁹⁹ M. Vedriš – P. Klarić, *Ibid.*, str. 224., za njem. pravo K. Larenz, *Ibid.*, s. 291.

¹⁰⁰ Zanimljivo je spomenuti postojeći Zakon o preduzećima u BiH, gdje se, pored ostalog u čl. 8. propisuje "preduzećem upravljaju vlasnici kapitala" (oblici preduzeća su: d.d., d.o.o., d.n. sol.o (JTD, op. D. L.).

¹⁰¹ Ž. Lukačević – Subotić, *Ibid.*, str. 88., kaže obrtnik "obavlja jednu ili više djelatnosti u svoje ime i za svoj račun".

¹⁰² V. Gorenc, *Ibid.*, str. 11., naglašava jedinstvo imovine trgovca-pojedinca i "njegove ostale imovine".

¹⁰³ J. Barbić, *Pravo društava*, knjiga treća, Društva osoba, str. 364.-365., ne spominje uopće "vlasnička" već samo "upravljačka i imovinska prava".

S obzirom da se malo i srednje poduzetništvo uglavnom pojavljuje u obrtu, te kroz ulogu trgovca-pojedinca i društva osoba, a od društva kapitala daleko češće kroz d.o.o., a neusporedivo manje i u obliku d.d.,¹⁰⁴ stručna i znanstvena literatura u nas ima veliku i vrlo odgovornu zadaću: dosljedno razlikovati vlasnika i vlasništvo, koji pripadaju građanskome (stvarnome) pravu, od poduzetnika i poduzetništva koji u sferi gospodarskog djelovanja pripadaju trgovačkome pravu, još uže promatrano, pravu društava, odnosno obrtnome pravu, tamo gdje se isto već ustalilo i stvorilo vlastiti identitet (njem. *Gewerberecht, Handwerksrecht*).¹⁰⁵

Drugim riječima, u poduzetništvu se radi o poduzetnicima, njihova prava jesu, pored ostaloga, i imovinske naravi, ali ne vlasnička, što sve treba pridonijeti ispravnome odnosu u gospodarstvu uopće. Mali i srednji poduzetnici ne mogu, ne smiju i nemaju nikakve pravne osnove sebe smatrati vlasnicima gospodarskih subjekata (poduzeća) kako se to iz primjera na početku ovoga rada nepravilno događalo. Ako je, a jest, npr. određeno d.o.o. vlasnik imovine koja pripada tome društvu, članovi tog društva bez obzira jesu li pojedine stvari osobno ranije imali u svome vlasništvu ili su pak imatelji većinskoga ili bilo kakvoga poslovnog udjela u istome, nemaju istovremeno (su) vlasnička prava kao i to društvo.¹⁰⁶ Prava upravljanja i imovinska prava te ostale pogodnosti i ovlasti koja pripadaju poduzetnicima posve su različita od onih prava koja imaju vlasnici temeljem prava vlasništva. Pa i onda kada su njihova imovinska prava slična vlasničkim pravima, nema osnove poistovjetiti ih. Autor se jedino kod obrta i položaja trgovca-pojedinca u našem pravu može suglasiti, bolje rečeno prihvatiti stajališta da su ti poduzetnici i vlasnici, i da se radi o "miješanju" vlasništva.

5. *Facit*

Polazeći od toga da je već dovoljno u ovome radu bilo govora o pozitivnoj – aktivnoj raščlambi poduzetništva i poduzetnika, autor u najkraćem želi istaknuti odnos tih pravnih instituta, s jedne strane i vlasništva i vlasnika, s druge strane na sljedeći način:

1. Vlasnikova prava ili, kako se u pravnoj literaturi govori, "vlasnikove ovlasti"¹⁰⁷ na određenoj stvari čine jedinstvo bez obzira što ih se još od rimskoga prava u teoriji želi opisati poznatom trodiobom "*usus, fructus et abusus*", prije svega u svrhu što je moguće sveobuhvatnijeg poimanja i

¹⁰⁴ Seibert/Köster, *Ibid.*, s. 47-48.

¹⁰⁵ Kastner – Doralt – Nowotny, *Ibid.*, s. 28, U. Hübner, *Handelsrecht*, 2. Überarbeitete Auflage, Heidelberg, Müller, Juristischer Verlag, 1985., s. 7.

¹⁰⁶ Z. Slakoper, *Društvo s ograničenom odgovornošću*, Zagreb, 2001., str. 156.-160., poslovni udjel označava kao "skup, zbroj, cjelovitost svih članskih prava", i ne dovodi ih u svezu s vlasnikom.

¹⁰⁷ N. Gavella, *Pravo vlasništva u knjizi Stvarno pravo* (Red. N. Gavella), str. 287.-289., za njem. pravo K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil*, s. 532-533.

proučavanja pravnog instituta prava vlasništva. Radi se o apsolutnom pravu koje se pojavljuje, postoji i ostvaruje kao cjelina, pa i onda kada se trećim osobama osnivaju neka prava na konkretnoj stvari, njen vlasnik "zadržava" monopol svojih vlasničkih ovlasti.¹⁰⁸ Ovo je bitno istaknuti u usporedbi s poduzetničkim pravima, pogodnostima i ovlastima, upravo radi potvrde tezi da poduzetnik nije i ne može biti osoba – vlasnik u nekim oblicima malog i srednjeg poduzetništva. Misli se isključivo na društva osoba i društva kapitala, ne samo u hrvatskome nego i usporednome pravu, poglavito onome koji pripada sustavu tzv. kontinentalnoga (europskoga) prava,¹⁰⁹ uz iznimke obrta i trgovca – pojedinca, o čemu je bilo dovoljno govora u prethodnim izlaganjima.

2. Vlasnik odnosno određeni pravni subjekt redovito za svoje obveze odgovara vjerovnicima osobno, što je u našem pravu društava posve vidljivo i kristalno očito kada su u pitanju društva kapitala. Ako je riječ o JTD i komanditnome društvu, ZTD ima odredbe koje su posve sukladne rješenjima u usporednome pravu tj. da "svaki član društva odgovara vjerovnicima društva neograničeno solidarno cijelom svojom imovinom" (čl. 68./1., ZTD, in fine) odnosno da takvu istu odgovornost u komanditnome društvu ima komplementar (čl. 131./1., ZTD). To ne znači da ove osobe odgovaraju kao vlasnici društva za njegove obveze, jer postoji mogućnost da se pojavi zahtjev za nadoknadu prema društvu i ostalim članovima ako i kada se realizira takva odgovornost u praksi.¹¹⁰

Što se tiče odgovornosti trgovca-pojedinca, ona je spomenuta (čl. 9./2., ZTD) i nije uopće dvojben. Problemi se mogu javiti, zapravo "znakovito" su nazočni kada je u pitanju odgovornost obrtnika, jer čl. 20./1. ZO-a izrijekom propisuje: "Za obveze koje nastaju u obavljanju obrta, obrtnik odgovara cjelokupnom unesenom imovinom koja je potrebna za obavljanje obrta".

Citirana odredba ZO-a stvorila je brojne podjele u praksi i pravnoj književnosti,¹¹¹ tim više jer je u međuvremenu stupio na snagu Ovršni zakon, gdje se, pored ostaloga, u čl. 70./2. OZ-a propisuje koje se stvari mogu izuzeti od ovrhe nad fizičkom osobom, u koju se svrstava, posve ispravno, i obrtnik. Autor se suglašava sa stajalištem što ga iznosi M. Dika,¹¹² kako je primjenom načela "*lex posterior derogat legi priori*"

¹⁰⁸ M. Vedriš – P. Klarić, Ibid., str. 225.-226.

¹⁰⁹ Kastner – Doralt – Nowotny, Ibid., s. 56-60, to opravdavaju i različitim pravnim subjektivitetima (njem. Rechtspersönlichkeit), B. Grunewald, Ibid., s. 201, 203, 298 to veže uz institut "Durchgriffshaftung" što bi u slobodnome prijevodu bilo "proboj pravne osobnosti".

¹¹⁰ V. Gorenc, Ibid., str. 82.-83.

¹¹¹ J. Barbić, Pravo društava, knjiga prva – Opći dio, str. 199.-200., upozorava "na neodrživost odredbe čl. 20./1., ZO", dok V. Gorenc, Ibid., str. 12. istu odredbu označava "nelogičnom"

¹¹² M. Dika, Gospodarski subjekti u ovršnom postupku, Hrvatska gospodarska revija, God. 47, 11/98., str. 47.-55.

spomenutom odredbom Ovršnog zakona stavljena izvan snage odredba iz čl. 20./1. ZO-a, tako da se ovršni postupak nad imovinom obrtnika ima provesti suglasno čl. 70. OZ-a, a time se i povećava i proširuje njegova odgovornost za obavljanje obrta.¹¹³

3. Instituti poduzetništvo i poduzetnik "ravnaju" se u praksi pa time i u pravnoj regulativi pravnim propisima koji su najvećim dijelom različiti od instituta vlasništvo i vlasnik, i koji su prvenstveno "smješteni" u stvarno pravo. Bilo bi neozbiljno tvrditi da se u životu ne isprepliću i da uzajamne akcije i reakcije nisu česte, uobičajene i neophodne. Pa ipak, valja ih razlikovati, jer samo oni koji u životu, a pravo je dio života, vode računa o latinskoj izreci "*qui bene distinguit, bene docet*", imaju prigodu manje griješiti, poželjno bi bilo ne griješiti. A može li se tako?!

Summary

OWNERSHIP IN SMALL AND MEDIUM BUSINESSES

In a majority of comparative legal systems, as well as in Croatian company law, legal regulations and textbooks rarely include notion and legal institute "right of ownership" or simply "ownership" since it is the object of civil, property law. However, in everyday life and in certain "expert" lawyer societies legal persons such as craftsman, entrepreneur, salesman and commercial company are connected with the terms owner, ownership, common ownership, co-ownership, acquisition and loss of ownership, disposal of shares, etc. This article explores the extent to which some of these situations really include "ownership" and all its accompanying features in relation to small and medium businesses. The author particularly deals with these (small and medium) businesses firmly believing that the Croatian economy can and must achieve best results exactly in this field, while systematic and consequent legal solutions in regulations and followed in business and court (arbitration) practice will strongly contribute to this goal.

Key words: *ownership, entrepreneur, shares, separate legal subjects, separated property.*

¹¹³ O nekima od različitih stajališta vidjeti npr.: Računovodstvo i financije 11/2000., str. 123.; Ing Registar, Sudska praksa br. 6/2001., str. 85.; Pravo i porezi 4/2002., rubrika "VI-MT", itd.

Zusammenfassung

EIGENTUM IM KLEINEN UND MITTLEREN UNTERNEHMERTUM

In den meisten Rechtssystemen des vergleichenden Rechts und auch im kroatischen Gesellschaftsrecht findet man in den Gesetzen und der Rechtsliteratur selten das Rechtsinstitut "Eigentumsrecht" oder einfach "Eigentum", denn in diesem Institut ist die Rede von bürgerlichem Sachenrecht. Im gewöhnlichen Leben allerdings und in einigen juristischen "Fach" kreisen geschieht es, dass die Personenbezeichnungen Handwerker, Unternehmer, Kaufmann und Handelsgesellschaft mit den Ausdrücken – Eigentümer, Eigentum, gemeinsames Eigentum, Miteigentum, Erwerb und Verlust von Eigentum, Verfügen von Eigentumsanteilen u.a. verbunden werden. In wiefern es sich in einigen dieser Situationen wirklich um die Anwesenheit von "Eigentum" handelt und all das was dazu gehört, wenn die Rede von kleinem und mittlerem Unternehmertum ist, wird in dieser Arbeit betrachtet. Der Autor beschäftigt sich besonders mit diesem Teil (dem kleinen und mittleren) des Unternehmertums, überzeugt davon, dass die kroatische Wirtschaft gerade dort die besten Resultate erlangen kann und muss, mit denen sie sehr viel zu systematischen und konsistenten Rechtsentscheidungen in den Vorschriften beitragen kann und in der Geschäfts- und Gerichtspraxis (arbiträren) verwirklicht wird.

Schlüsselwörter: *Eigentum, Unternehmertum, Anteile, besondere Rechtssubjekte, gesondertes Vermögen.*

Sommario

PROPRIETÀ NELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

Nella maggioranza dei sistemi giuridici in diritto comparato, come anche nel diritto societario croato, sono raramente inclusi dai provvedimenti e dai testi legali il concetto e l'istituto giuridico del "diritto di proprietà" o semplicemente "proprietà" in quanto di questo istituto giuridico si parla nel diritto civile della proprietà. Tuttavia nella vita quotidiana e in taluni campi giuridici "specialistici" le persone giuridiche come artigiano, imprenditore, commerciante e società commerciale sono legate alle espressioni proprietario, proprietà, proprietà comune, comproprietà, acquisto e perdita della proprietà, disposizione della proprietà di azioni e simili. In questo lavoro si esplora il grado con il quale alcune di queste situazioni includono veramente la "proprietà" e tutte le sue caratteristiche tipiche in relazione alle piccole e medie imprese. L'autore si occupa di queste (piccole e medie) imprese nella ferma convinzione che l'economia croata può e deve raggiungere i migliori risultati proprio in questo campo, mentre contribuiranno fortemente a questo obiettivo delle solide e

sistematiche soluzioni giuridiche nelle regolamentazioni e implementate nelle prassi delle imprese e dei tribunali (e degli arbitrati).

Parole chiave: *proprietà, imprenditore, azioni, soggetti giuridici separati, beni separati.*

RADNI ODNOSI KOD STATUSNIH PROMJENA U EUROPSKOM PRAVU

Dr. sc. Nada Bodiroga – Vukobrat, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Hana Horak, viši asistent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.72.04::061.1EU
349.22::061.1EU
Ur.: 14. siječnja 2003.
Pr.: 14. veljače 2003.
Pregledni znanstveni članak

Zaštita prava radnika, zaštita prava iz radnog odnosa u slučaju prijenosa poduzeća, poslovanja ili dijela poduzeća predmet je reguliranja Smjernice 77/187/EEZ, Smjernice 98/50/EZ, koja je dopunila prvotnu Smjernicu, te Smjernice 2001/23/EZ.

U radu se analiziraju smjernice (polje primjene), prijenos ugovora o radu ex lege, sudska praksa Europskog suda, te evolucija stajališta Europskog suda u ovoj oblasti. Također je dan poseban osvrt na zakonodavna rješenja u Republici Hrvatskoj, te stupanj usuglašenosti, odnosno harmoniziranosti hrvatskoga Zakona o radu europskome pravu.

Ključne riječi: *radni odnos, prijenos, pripajanje i spajanje, zaštita prava, europsko pravo, statusne promjene, ex-lege prijenos ugovora o radu.*

I. Uvod

Povijesno promatrajući, već od kraja dvadesetih godina prošloga stoljeća, francusko pravo postavljalo je zahtjev da se u slučaju promjene pravnog položaja poslodavca, koja je rezultat sukcesije, prodaje ili spajanja, svi ugovori o radu koji postoje na dan prijenosa nastavljaju između novoga poslodavca i radnika u poduzeću. Valja istaći da je ova odredba bila uvedena na zahtjev poslodavaca s ciljem osiguranja da se na dan prijenosa, osim sredstava poslovanja, “prenese” i radna snaga. Na ovaj je način novi poslodavac bio opskrbljen radnom snagom koja ima nužne vještine i znanje potrebno za upravljanje opremom.¹

Pitanjem postoji li potreba osiguranja iste razine u zemljama članicama Europske zajednice (tada Europske ekonomske zajednice) pri preuzimanju

¹ Barnard, C., *EC Employment Law*, Oxford Ec Library, 2000, str. 446.

trgovačkih društava, 1965. godine započele su diskusije u okviru razmatranja i diskusija o Konvenciji o međunarodnom spajanju i pripajanju dioničkih društava.²

Zbog temeljno različitih stajališta, donošenje takve Konvencije nije bilo očekivati u doglednom vremenskom periodu, te je odlučeno 1974. godine da se pristupi stvaranju radnopravnih instrumenata koji bi harmonizirali ovo područje. U svojem socijalnopolitičkom Akcijskom programu od 21. siječnja 1974. godine, Vijeće je najavilo donošenje Smjernice o harmoniziranju pravnih propisa u svezi s pridržajem pogodnosti za posloprimce kod spajanja, koncentracija i poduzimanja mjera racionalizacije. Dana 29. svibnja 1974. godine Komisija je podnijela prijedlog Smjernice. Izmijenjenu verziju ovoga Nacrta, 14. veljače 1977. godine prihvatilo je Vijeće, kao Smjernicu o ujednačavanju pravnih propisa država članica u svezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa (preuzimanja) poduzeća, društava ili dijela društva ili poduzeća. Smjernica 77/187/EEC izmijenila je stajališta običajnoga prava.³

U uvodu se naglašava da "gospodarske tendencije na nacionalnoj razini Zajednice uvide promjene u strukturi poduzeća putem prijenosa poduzeća." Dalje se ističe "da je to nužno da bi se osigurala zaštita radnika u slučaju promjene poslodavca." Kako s pravom tvrdi Barnard, sama srž Smjernice istaknuta je u slučaju *Schmidt*.⁴

Donošenjem Smjernice 98/50/ EZ, od 29. lipnja 1998., tekst Smjernice 77/187/EEZ izmijenjen je zbog transparentnosti te pravne sigurnosti, na što je posebno utjecala sudska praksa Europskoga suda.⁵ Dana 12. ožujka 2001., usvojena je Smjernica 2001/23/EZ⁶ o ujednačavanju pravnih propisa država članica glede jamčenja prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, poslovanja ili dijela poduzeća.

² Von Alversleben, *Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 1992, str. 92.

³ U Ujedinjenom Kraljevstvu ugovor o radu se smatrao osobnim ugovorom, te se kao takav nije mogao prenijeti na drugog poslodavca. U slučaju preuzimanja, nije se preuzimala radna snaga, niti je zaposlenicima bilo zagarantirano radno mjesto.

⁴ C 392/92 *Christel Schmidt v. Spaar –und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronhagen*. (Reference for preliminary ruling: Landesarbeitsgerichts Schleswig – Holstein Germany, Judgement of the Court (Fifth Chamber) od 14. 4. 1994.

Pitanja postavljena sudu za preliminarno odlučivanje bila su: 1. Mogu li operacije čišćenja u poduzeću, ako su prenesena ugovorom na drugu firmu biti smatrane kao dio poduzeća u smislu Smjernice 77/187/EEC? 2. Ako je odgovor na prvo pitanje u načelu pozitivan, da li se to primjenjuje i ako je prije prijenosa operacije čišćenja izvršavao jedan radnik.

Sud je zauzeo stajalište da čl. 1. st. 1. Smjernice treba tumačiti u smislu da obuhvaća slučaj u kome poduzeće povjerava ugovorom drugom poduzeću odgovornost za obavljanje operacija čišćenja čak i ako je prije prijenosa te operacije obavljao samo jedan zaposlenik.

⁵ Vidi više o Smjernici, ali i o sudskoj praksi Europskoga suda; Memorandum der Kommission zu den erworbenen Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, KOM (97) 85 endg. Za implementiranje odredbi Smjernice 77/187/ EEZ, rok je istekao 1979., a za implementiranje Smjernice 98/50 /EZ u nacionalno zakonodavstvo država članica bio je 17. srpanj 2001.

⁶ Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001. on the approximation of the laws of the member states relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, business or parts of undertakings or business, OJ L 0 82.

U preambuli Smjernice 2001/23/EZ navode se razlozi donošenja Smjernice, ističući da se polje primjene Smjernice, sukladno praksi Europskoga suda, propisano Smjernicom 77/187/EEZ nije izmijenilo.

Svrha je smjernica osigurati zaštitu prava posloprimaca u slučaju promjene poslodavca, te da restrukturiranje poduzeća na zajedničkome tržištu ne utječe štetno na posloprimce u tim poduzećima.

Smjernica 77/187/EEZ, te Smjernice 98750/EZ i 2001/23/23/EZ, sadrže, odnosno podijeljena su u 4 dijela (područje primjene i pojmovi, zaštita prava zaposlenika, informacije i konzultacije te završne odredbe).

Smjernica 77/187/EEZ i ostale pružaju tri razine zaštite posloprimaca. Prvo, prava i obveze koje proizlaze iz ugovora o radu ili radnog odnosa; koji postoje s danom prijenosa, prenose se ex-lege na novog poslodavca danom prijenosa; drugo, zaštita radnika protiv otpuštanja, odnosno davanja otkaza bilo od strane staroga ili novoga poslodavca⁷, te treće, zahtijeva informiranje i konzultiranje predstavnika zaposlenika na koje se odnosi prijenos (čl. 7. Smjernice). Zapravo, ove tri razine predstavljaju minimalne uvjete zaštite.

Država je slobodna sukladno sa Smjernicom 98/50/EZ, promicati ili dopustiti povoljnije kolektivne ugovore ili ugovore između socijalnih partnera.

Analizirajući čl. 3. i čl. 4. Smjernice 77/187/EEZ dade se zamijetiti da je Smjernica usvojena kao instrument "djelomične harmonizacije" koja proširuje zaštitu radnika zajamčenu zakonima država članica na slučajeve prijenosa. Također, valja istaknuti da Sud dopušta nacionalnim tradicijama oblikovanje ključnih termina (npr. definicija radnika). Nacionalnim je pravima također ostavljeno pitanje sankcija u slučaju propuštanja informiranja i konzultiranja radničkih predstavnika. Tu se ogleda manjkavost Smjernice, jer imamo razilaženje u stupnju zaštite na području Zajednice.

II. Područje primjene i pojmovi

II.1. Personalno polje primjene

Smjernica daje definicije prenositelja, stjecatelja, predstavnika zaposlenika i zaposlenika.

Prenositelj (transferor) je svaka pravna ili fizička osoba koja zbog prijenosa poduzeća prestaje biti poslodavac.

Stjecatelj (transferee) je svaka pravna ili fizička osoba koja zbog prijenosa poduzeća postaje poslodavcem.

⁷ čl. 4.(1.)

⁸ Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses of parts or businesses, čl. 2. a-d.

Predstavnici zaposlenika i slični izrazi označavaju predstavnike zaposlenika koji su tako određeni prema zakonodavstvu ili praksi države članice.

Zaposlenik je svaka osoba koja je u odnosnoj državi članici zaštićena kao zaposlenik prema nacionalnom radnom zakonodavstvu.⁸

II.2. Stvarno i teritorijalno polje primjene Smjernice

Valja istaknuti da je u Smjernici unesena zabrana kojom je utvrđeno da ona ne smije ići na štetu nacionalnih prava glede poštivanja definicija ugovora o radu ili radnih odnosa.

Čl. 2. st. 2., uveden Smjernicom 98/50, obvezuje države članice da ne smiju isključiti ovu Smjernicu iz primjene na ugovore o radu ili radne odnose:

- zbog broja odrađenih sati ili koji će biti odrađeni;
- zbog toga što su radni odnosi regulirani ugovorom o radu na određeno vrijeme u smislu čl. 1. st. 1. Smjernice 91/383/EEZ od 25. lipnja 1991.,⁹ koja sadržava mjere poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu u radnom odnosu na određeno vrijeme ili privremenog radnog odnosa;
- zbog toga što su u privremenom radnom odnosu u smislu Smjernice 91/383/EEZ i poduzeće, društvo ili dio poduzeća ili društva koje se prenosi, ili dio povremenog poduzeća koje je poslodavac.¹⁰

Polje primjene Smjernice je u slučajevima kada se vrši prijenos poduzeća, dijela poduzeća ili poslovanja na drugog poslodavca kao rezultat zakonskog prijenosa ili spajanja i pripajanja. Ključni je čimbenik u pogledu pripajanja i spajanja u smislu Smjernice 77/187/EEZ da nužno uključuje promjenu identiteta poslodavca. Baš zbog toga polje je primjene Smjernice ograničeno na "pripajanje i spajanje imovine" (npr. pri prodaji poduzeća putem privatnog ugovora uz uvjet da prvotni poslodavac nije održan u nekom nominalnom svojstvu, jer se tada Smjernica ne bi primjenjivala.)¹¹

Kada dolazi do promjene u osobi vlasnika, teoretičari smatraju da se mijenja samo identitet vlasnika kapitala, a ne i pravni identitet poslodavca. Ali zapravo u stvarnosti ova promjena može biti izuzetno važna za posloprimca, kao promjena identita poslodavca koja slijedi nakon transfera na koji se odnosi Smjernica. Zapravo, većinski dioničar može imati planove glede restrukturiranja s bitnim utjecajem na posloprimce, koji nisu zaštićeni Smjernicom.¹²

⁹ (1991) OJ L 206/19.

¹⁰ Neal, A., *European Labour Law and Social Policy – cases and materials*, Kluwer Law International, 1999, str. 557.

¹¹ Barnard, C., op. cit. str. 459. Pripajanje i spajanje kapitala ili preuzimanje stjecanjem kapitala, pri čemu jedno društvo preuzima kontrolu nad drugim društvom, **bez promjene identiteta poslodavca je isključeno iz polja primjene** Smjernice, jer su pravila koja se odnose na transfer namijenjena uređivanju pravnih problema koji nastaju promjenom identiteta poslodavca.

¹² Prvotni nacrti izvorne Smjernice 77/187/EEZ obuhvaćali su i njezinu primjenu na situacije preuzimanja, što je ispušteno u konačnoj verziji. Ovo ispuštanje daje se pripisati odnosu napetosti

Čl. 1. Smjernice 77/187/EEZ, Smjernice 98/50/EZ, te Smjernice 2001/23/EZ predviđaju da se smjernica primjenjuje utoliko i tamo gdje poduzeće, poslovanje ili dio poduzeća odnosno poslovanja koje će se prenijeti spada u teritorijalni djelokrug smjernice.

Valja istaći, traži se i dodatni uvjet da imaju sjedište na teritoriju primjene Ugovora. Od primjene odredbi ove Smjernice isključeni su plovni objekti na moru.

U odnosu na Smjernicu 77/187/EEZ dodane su nove odredbe u Smjernici 98/50/EZ:

“O prijenosu u smislu ove Smjernice može se govoriti ako se radi o prijenosu ekonomskog tijela koje ima svoj identitet, značenje i organizirano grupiranje izvora, čija je svrha vođenje gospodarske aktivnosti, bez obzira je li ta aktivnost glavna ili sporedna. Ova Smjernica se treba primjenjivati na javna i privatna poduzeća vezana za gospodarsku aktivnost bez obzira ostvaruju li zaradu. Administrativna reorganizacija javnih administrativnih ili prijenos administrativnih funkcija između javnih administrativnih vlasti nije prijenos u smislu ove Smjernice.

III. Pojam poduzeća i prijenosa poduzeća

Poduzeće¹³ je organizirana gospodarska cjelina koju čine objektivni i subjektivni ustrojbeni sastojci. Ustrojbena sastavnica čini mogućim spojiti rad i sredstva. Gospodarsko je određenje poduzeća ustroj kojemu je cilj realiziranje uz naplatu gospodarskih činidbi. Gospodarska ustrojbenja cjelina, zajednica je osoba i imovinskih vrijednosti (materijalnih i nematerijalnih, pokretnih i nepokretnih dobara) usmjerena na postizanje gospodarskoga cilja. Poduzeće je i organizirana pravna cjelina preko koje nositelj poduzeća djeluje na tržištu. U pravne odnose ulazi nositelj poduzeća. Poduzeće je podređeno svom nositelju.¹⁴

Znači, svako poduzeće mora imati svoga nositelja, kojemu pripadaju prava i obveze nastale djelovanjem poduzeća.

Složenost prodaje znači postojanje jednoga ili više ugovora te brojne prateće priloge. U prilogima glede prodaje poduzeća točno se navodi što se sve prodaje (npr. pokretne i nepokretne stvari, obrtni kapital, vrijednosni papiri, udjeli u drugim društvima, obveze, klijentela poduzeća i njezin popis, prava industrijskoga vlasništva, ugovori koji se prenose, a mora biti navedena bilanca na dan prijenosa.

između radnog prava i prava društava te sukobu odgovornosti između DG V DG XV Komisije. Analogan se problem pojavljuje kod Proposals for Societas Europea (Bull. Supp. 4/75 i (1991) OJ C176/1), The fifth Company Law Directive (1975) OJ 240/75 i (1983) OJ C 240/2), i The tenth Directive Directive on Cross Border Mergers (85/C23/08).

¹³ Baumbach, A., Duden, K., Hopt, K.J., Schmidt, K., *Handelsgesetzbuch, Beck'sche kurz Kommentare*, München, 1989, str. 8.

¹⁴ Vidi šire: Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga I, Opći dio, Zagreb, 1999., str. 196., Barbić, J., *Trgovačko društvo i poduzeće*, Zbornik radova, Tradicionalni susret pravnika u gospodarstvu, Opatija 1994., str. 1-17.

Za prijenos poduzeća nije dovoljno prenijeti samo stvari, prava i obveze. Zapravo je cilj prijenosa nastavljanje poduzeća s radom, samo da umjesto dosadašnjeg to je novi nositelj. Svrha je omogućiti bez prekida nastavljanje djelatnosti, tako da stjecatelj nastavi obavljati djelatnosti koje je do tada obavljao nositelj. Valja naglasiti da nije riječ o stvaranju novog poduzeća, nego o *kontinuitetu* poslovanja koje se prenosi. Prijenos obavljanja djelatnosti sastoji se u upućivanju novoga stjecatelja u način rada poduzeća, prenošenjem know-how, ugledom, dobrim imenom i klijentelom (goodwill), poslovnim tajnama i slično, te prijenosom ugovora o radu.¹⁵

Čl. 1. st. 1. Smjernice odnosi se na način prijenosa koji proistječe iz pripajanja ili spajanja.¹⁶ Koncept pripajanja i spajanja nije definiran u Smjernici 77/187/EEZ ni u 98/50/EZ ni u Smjernici 2001/23/EZ, iako se u europskom radnom pravu uvijek misli da se ovaj pojam odnosi na pripajanja i spajanja u smislu čl. 3. i čl. 4. Smjernice 78/855/EEZ.¹⁷

Pripajanje i spajanje u smislu Smjernice 77/187/EEZ, nužno uključuje promjenu identiteta poslodavca.¹⁸

¹⁵ U hrvatskome Zakonu o trgovačkim društvima nije dana definicija poduzeća, jer je bilo teško zakonski ga definirati. Prema mišljenju J. Barbića uveden je onakav pojam poduzeća kakav se koristi u srednjoeuropskim sustavima, Barbić, J., op. cit. str. 192.

U hrvatskome ZTD u slijedećim se člancima rabi pojam poduzeće: čl. 23. st. 1., čl. 30. st. 2., čl. 55. st. 1., čl. 56. st. 1., čl. 148. st. 1., čl. 181. st. 2., čl. 441. st. 1., čl. 479. st. 1., čl. 584., čl. 611., st. 2. Vidi šire Barbić, J., op. cit., str. 193. i dalje.

U komentaru Zakona o trgovačkim društvima, Filipović, Gorenc i Slakoper ukazuju da u čl. 1. poduzeće nije identičan pojam s trgovačkim društvom. Ovi autori iznose pretežita stajališta ističući da poduzeće valja smatrati pravnim objektom kojeg neki nositelj mora imati i kojim može raspolagati. Prema shvaćanju komentatora ZTD-a, poduzeće je nešto što nije sama pravna osoba, nešto čime pravna osoba može raspolagati (dati u zakup, prodati). Također, ističu da sukladno ZTD-u trgovac može imati više poduzeća koje vodi i kojima raspolaže, a putem njih ostvaruje predmet poslovanja. Radi li se pod jednom ili više tvrtki stvar je njegove poslovne i pravne ocjene. Vidi šire: Filipović, Gorenc, Slakoper, Zakon o trgovačkim društvima s komentarom, Zagreb, 1996., str. 4.

¹⁶ Vidi šire: Petrović, S., Pripajanje dioničkih društava i druge koncentracije u pravu društava, (doktorska disertacija), Zagreb, 1998., str. 47. i dalje. U hrvatskom pravu, za razliku od drugih prava, nema naziva za obje transakcije. Za potrebe ovoga rada koncentrirali smo se na radnopravne aspekte koje izazivaju statusne promjene.

U njemačkom tekstu Smjernice upotrebljava se termin (Unternehmensübergang durch Verschmelzung), dok se u engleskom tekstu rabi termin "transfer of an undertaking, business or part of a business to another employer as a result of a legal transfer or merger"

¹⁷ Third Council Directive concerning mergers of public limited companies (1978) OJ L 295/36. Čl. 12. ove Smjernice izričito se odnosi na činjenicu da je potrebno zaštititi prava zaposlenika u slučajevima spajanja i pripajanja sukladno Smjernici 77/187/EEZ. Valja istaći da čl. 11. Smjernice 82/891/EEZ ima sličan sadržaj u kontekstu podjele dioničkih društava. Vidi također Council Directive 90/434/EEC (1990) OJ L 225/1.

¹⁸ Pripajanje i spajanje kapitala ili preuzimanje stjecanjem kapitala – pri čemu jedno društvo preuzima kontrolu nad drugim, bez promjene identiteta poslodavca je isključeno iz polja primjene Smjernice. Pravila koja se odnose na transfer namijenjena su uređivanju problema koji nastaju promjenom identiteta poslodavca. To je razvidno u *case Landesorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet Danmark v. Ny Molle Kro C-187/86 (1987) ECR 5465*. Prema stajalištu Suda u

IV. Statutarne promjene i radni odnosi

Pretpostavka za primjenu Smjernice sukladno praksi europskoga suda je još postojeće gospodarsko jedinstvo, odnosno “zadržavanje identiteta”. Tako se Europski sud odlučio za širi, nadređeni pojam. To najbolje potvrđuje stajalište Suda izraženo u slučaju *Spijkers*.¹⁹

Gosp. Spijkers bio je zaposlen kao assistant-manager u firmi Gebroeders Colairs Abattoir at Ulbach over Worms u Nizozemskoj. Poslovne aktivnosti Colairsa su prestale 27. prosinca 1982. godine. Benedik Abbatoir je otkupio cijelu klaonicu, razne prostorije i urede, zemljište i određenu robu. Benedik Abbatoir upravljao je klaonicom od veljače 1983., preuzevši sve zaposlenike osim Spijkersa i još jednog zaposlenika. Spijkers je smatrao da je došlo do prijenosa u smislu Smjernice.

Pitanja postavljena Europskome sudu za prethodno odlučivanje bila su sljedeća:

1. Je li prijenos u smislu čl. 1. st. 1. Smjernice 77/187/EEZ kada su zgrade i dionice preuzete, i stjecatelj je pri tome ovlašten nastaviti radne aktivnosti prenositelja i nastavlja vršiti radne aktivnosti iste vrste u tim zgradama?
2. Je li činjenica da su u vrijeme kada su zgrade i dionice bile prodane, radne aktivnosti prodavatelja bile potpuno prestale, i da u stvari više nije bilo dobrog imena i clijenata (goodwill) poduzeća, sprječava prijenos na način određen u prvom pitanju?
3. Je li činjenica da krug kupaca nije preuzet sprječava postojanje takvog prijenosa?

Sud je zauzeo stajalište da čl. 1. st. 1. Smjernice 77/187/EEZ mora biti tumačen u značenju da izraz “prijenos poduzeća, društva ili dijela društva drugom poslodavcu” predviđa slučaj u kojem ta poduzeća imaju vlastitu osobnost. Za odlučivanje je li ili nije se dogodio ovakav prijenos, važno je razmotriti je li, poštujući sve činjenice koje karakteriziraju prijenos, poduzeće prodano kao postojeće, što će označavati činjenica da je djelovanje (poslovanje) nastavio novi poslodavac s istim ili sličnim aktivnostima.

Od slučaja *Spijkers*, svaki puta kada nacionalni sud postavi pitanje je li došlo do prijenosa, Europski sud upućuje na *Spijkers* test.²⁰

ovome predmetu: Smjernica se primjenjuje u slučajevima kada nakon pravnog prijenosa ili spajanja odnosno pripajanja dolazi do promjene fizičke ili pravne osobe koja je odgovorna za nastavak poslovanja i koja na temelju tih činjenica snosi odgovornost poslodavca naspram zaposlenika u poduzeću, bez obzira na činjenicu je li došlo do prijenosa vlasništva nad poduzećem.

18. *Case C 24/85, Josef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV et Alfred Benedik en Sonen BV.*

¹⁹ *Case Josef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV et Alfred Benedik et Zonen BV C-472/93 (1995) ECR I-4321.*

²⁰ *Landesorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Molle Kro C-287/86 (1987) ECR 5465.*

Pri prosuđivanju da li preuzeto poduzeće predstavlja gospodarsko jedinstvo, čiji je identitet sačuvan, Sud je uzimao u obzir više kriterija, a to su sljedeći:

- vrsta određenoga poduzeća
- prijenos ili (ne-prijenos) materijalne aktive kao zgrade i pokretne stvari
- vrijednost nematerijalne aktive u vrijeme preuzimanja (know-how i sl.)
- preuzimanje ili nepreuzimanje glavnine zaposlenika od strane novoga vlasnika
- preuzimanje ili nepreuzimanje sveukupnosti kupaca (klijenata)
- stupanj sličnosti između ranije i djelatnosti nakon preuzimanja
- duljina trajanja prekida te djelatnosti.²¹

Postavivši ove kriterije Europski je sud ostavio sudovima država članica da prosuđuju radi li se o prijenosu u smislu Smjernice ili ne.

Pitanje koje je izazvalo svekolike kontroverze bilo je pitanje obuhvaća li Smjernica u slučajevima outsourcinga, funkcionalnog ili pak ugovornoga nasljednika. Slučaj *Christel Schmidt* ne samo, čini se, da nije odgovorio na pitanje nego je u njemačkoj pravnoj literaturi otvorio nove rasprave. Najčešće iznesena kritika bila je da štiteći zaposlenike Smjernica sprečava prestrukturiranje unutar zajedničkoga tržišta na teret poslodavaca. Međutim, najviše kontroverzi izazvalo je “velikodušno” tumačenje pojmova polja primjene Smjernice, kako bi što veći broj zaposlenika bio obuhvaćen njome. Također, se u njemačkoj literaturi ukazuje da je slučaj *Ch. Schmidt* “extremfall” i granični slučaj, jer definicija dijela poduzeća kao takvoga nije izrijekom dana u Smjernici.²²

Zapravo, problem je razvidan i u odnosu na tumačenje čl. 613 a njemačkoga BGB-a.²³ (Čl. 613 a BGB-a postojao je i prije Smjernice, s različitim sadržajem nego što ga sadrži Smjernica, i implementiranjem je Smjernice izmijenjen).

Inače, to je zamjetan problem u praksi, jer postoji u državama članicama etablirana praksa i onda dođe do donošenja Smjernice, a o već implementiranoj Smjernici češće odlučuju nacionalni sudovi nego Europski sud.²⁴

U slučaju *Ch. Schmid*, činjenično je stanje sljedeće, *Ch. Schmidt* je bila zaposlena kao jedina spremačica u štedionici u Wackenu. Zbog povećanja opsega poslova štedionice firma specijalizirana za poslove održavanja čistoće preuzela je poslove čišćenja. Ponudila je gđi *Scmidt* obavljati iste poslove, ali na području Spar- und Leihkasse Kiel und Cornshagen.

²¹ Klinke, U., *Europäisches Unternehmensrecht und EuGH. Die Rechtsprechung in den Jahren 1993-1994.*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 3/95, str. 414.

²² Vidi komentar čl. 613. a BGB, u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, str. 1462-1503.

²³ Klinke, U., *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1994., str. 153.

²⁴ Čini se da ovdje valja se suglasiti s Klinkeovim stajalištem da je ovo neuobičajeni granični slučaj, gdje se radi o samo jednom radnom mjestu u štedionici, kojoj pripada samo jedna zaposlenica, (kao dio poduzeća), bio odlučujući za Europski sud. Prema njemačkome shvaćanju broj pripadajućih zaposlenika dijelu poduzeća za definiciju nije toliko bitan, bitniji su know-how, will i druga nematerijalna dobra koja čine konstituirajuća svojstva poduzeća.

Gospođa je Schmidt odbila takvu ponudu, navodeći da se u Wackau povećala površina za čišćenje, te ustala tužbom smatrajući nezakonitim otkaz koji je u svezi s s novim poslodavcem, a koji je dobila jer je odbila nastaviti raditi u firmi koja je preuzela poslove čišćenja.

Europski je Sud utvrdio da je otkaz radnog odnosa Ch. Schmidt u suprotnosti s čl. 4. Smjernice.²⁵ Pozivajući se na kriterije koji su utvrđeni u slučaju *Spijkers*, Europski je sud utvrdio da čl. 1. st. 1. Smjernice treba tumačiti u smislu da obuhvaća slučaj kada se ugovorom vrši prijenos za obavljanje poslova čišćenja i u slučaju kada je taj posao obavljao samo jedan zaposlenik.²⁶

Pitanje obavljanja "iste aktivnosti" u slučaju ako je prenesena aktiva, odnosno vrste obavljanja aktivnosti i djelatnosti, i je li sačuvano jedinstvo gospodarskog identiteta postavilo se i u slučaju prodaje motornih vozila. Albert Mercks i Patrick Neuhuys²⁷ bili su zaposleni kao prodavači Anfo Motorsa SA koji je bio diler Forda, a imao je većinu dionica. Kada je Anfo Motors SA, prestao sa svojim aktivnostima, njegov posao prenesen je na Novorabel SA koji je zaposlio 12 od 64 ranija zaposlenika Anfo Motors SA, pod istim uvjetima. Anfo Motors je informirao svoje klijente o takvoj novoj situaciji i obavijestio ih da od sada usluge obavlja novi diler. Zapravo, Sud je još jednom ponovio *Spijkers* kriterije, smatrajući da je transfer "dillershipa" što i transfer poduzeća.

Sud je naglasio da se radi o pravnom transferu, "gdje je djelatnost prodaje automobila zaključena s jednim poduzećem prestala postojati i nova je djelatnost prenesena na drugo poduzeće koje obavlja iste aktivnosti."

Zapravo, Europski je sud izveo isti zaključak kao i u slučaju *Ch. Schmidt* (nije bilo transfera tjelesnih stvari, posao se obavljao pod drugim imenom, s drugim pretpostavkama i bio smješten u drugome području iste urbane cjeline. Sud je inzistirao da je ugovorni teritorij ostao isti). Barnard u komentaru ističe da činjenica što je bila otpuštena većina zaposlenika ne znači da se Smjernica ne primjenjuje, jer su otkazi mogli biti posljedica ekonomskih, tehničkih ili organizacijskih razloga (čl. 4. st. 1. Smjernice).²⁸

Europski je sud u slučaju *Ayse Süzen*²⁹ donekle, izmijenio stajalište, kako primjećuje Krimhove.³⁰

²⁵ Najžešći kritičar stajališta Europskoga suda je M. Lutter, postavljajući ironično pitanje "die Putzfrau als Betriebsbestandteil" (ZIP, 1994. str. 1514.). Isti autor također ističe da je *case Ch. Schmidt* bio glavnim razlogom za donošenje nacrt, što će kasnije rezultirati Smjernicom 98/50/EZ, zbog kontroverzi koje je sobom donio kako u njemačkome radnome pravu, tako i u pravu društava. Vidi, Lutter, M., *Europäische Unternehmensrecht*, 1995., str. 654.

²⁶ *Mercks v. Ford Motors Company Neuhuys (Joined Cases C-171 and C-172 / 94 (1996) ECR I-1253.*

²⁷ Barnard, C., op. cit. str. 463.

²⁸ *Ayse Süzen v. Zenacker-Gebüdereinigung GmbH Krankenhausservice Case C-13/95 (1997) ECR I - 1259.*

²⁹ Krimhove, D., *Euriopäisches Arbeitsrecht*, C. H. Beck, München, 2001, str. 375.

³⁰ *Abels v. Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie C-135/83 (1985) ECR 469.* U *case Abels*, tužitelj je bio zaposlen u poduzeću Thole, kada je uzastopnim odlukama

Firma Zenacker Gebäudereinigung premjestila je Ayse Süzen na poslove čišćenja gimnazije. Poslovi čišćenja bivaju otkazani, zapravo raskinut ugovor firmi Zenacker - Gebäudereinigung, te su poslovi dani drugoj firmi. Ayse Süzen je dobila otkaz.

Gđa je Süzen smatrala je otkaz koji je dobila nezakonit i kao takav suprotan čl. 4. st. 1. Smjernice 77/187/EEZ.

Europski je sud zauzeo stajalište da davanje ugovora drugoj firmi, tj. stupanje firme na njezino mjesto ne predstavlja preuzimanje u smislu navedene Smjernice. Zapravo, radi se promjeni ugovornih partnera. Identitet firme ostao je isti. Sud je izrijekom formulirao da gospodarsko jedinstvo mora postojati da bi se radilo prijenosu u smislu Smjernice.

Tako je u slučaju *Süzen* definirao Sud pojam gospodarsko jedinstvo kao "organiziranu sveukupnost osoba i stvari radi obavljanja gospodarske djelatnosti s vlastitim određenim ciljem".

Ali ne smije se previdjeti još jedna činjenica, da je u slučaju *Ch. Schmidt* bila jedina radnica koja je činila personal (njegov sastavni dio) dijela firme. Tako ipak postoji čini nam se, konsekventna nekonekventnost u presudama *Spijkers*, *Schmidt i Süzen*, što je i izazivalo najžešće rasprave, posebno u njemačkoj literaturi, dok se u literaturi engleskog govornog područja govori o logičkome slijedu ovih presuda.

Također se u teoriji i praksi postavilo pitanje što je s prijenosom radnih odnosa, ugovora o radu i sl., u slučaju stečaja. Smjernica 77/187/EEZ ne sadrži izrijekom odredbe o prijenosu u slučaju stečaja. Zanimljivo je istaknuti da je Sud u slučaju *Abels*³¹ izrijekom utvrdio da se Smjernica ne primjenjuje na prijenose u sklopu kojih se održavaju stečajni postupci pokrenuti s ciljem likvidacije imovine (efektive) prenositelja (cedenta), a pod nadzorom nadležne sudske vlasti. Prema mišljenju Suda logički je temelj ovakvoga razmišljanja i ovakva odluke vezan uz posebnu prirodu pravila o stečaju.³² Kao posljedica toga stečajna pravila idu na štetu odredbi socijal-

Okružnog suda 1981. godine, Thole-u dana sudska dozvola za suspenziju plaćanja dugova da bi potom 1982. godine Thole stupio u likvidaciju. Tijekom postupka likvidacije, Tholeovo poslovanje preneseno je na TPP, koji je nastavio upravljati poduzećem i preuzeo većinu njegove radne snage, među kojima je bio i sam tužitelj. Tužitelj je uložio žalbu, ističući da nije primio plaću, ni ostala novčana primanja koja mu pripadaju sukladno Smjernici. Danska je Vlada dala obrazloženje kako se pravila o prijenosu trebaju primjenjivati na radnike čiji je poslodavac postao insolventan, jer je tada radnicima najpotrebnija zaštita. Međutim, nizozemska vlada i Komisija su dokazivale da bi primjena Smjernice mogla odvratiti potencijalnog novog poslodaca (cesionara) od stjecanja poduzeća pod uvjetima koji su prihvatljivi vjerovnicima, koji bi radije umjesto toga prodao imovinu poduzeća i na taj način izbjegao primjenu Smjernice. To bi značilo gubitak radnih mjesta i postavilo bi se pitanje smisla i učinkovitosti Smjernice. Komisija je također utvrdila da je ovdje glavni problem konflikt između stečenih prava radnika i prava vjerovnika. Jer ako se radni odnosi, ugovori o radu te druga prava prenesu novom solventnom poslodavcu (cesionaru), rezultat bi bio u konačnici povoljniji položaj zaposlenika u odnosu na vjerovnike te firme koja je u stečaju.

Sud je prihvatio stajalište nizozemske vlade. Odlučio je da se Smjernica ne primjenjuje.

³¹ Barnard. C., op. cit., str. 471.

³² *Case d'Urso v. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale C-362/89 (1991) ECR I-410*. U slučaju d'Urso, tužitelji su bili zaposleni u EMG-u koji je stavljen pod posebno upravljanje u ožujku 1981.

noga prava kako na razini zemlje članice, tako i na razini Zajednice. Zbog toga je Sud i zaključio o potrebi izričite odredbe prije primjene na slučajeve stečaja.

Odgovor na pitanje radi li se o postupku koji je označen kao stečajni postupak, odlučujući je odgovor kakav se cilj želi postići postupkom. (To najbolje ilustrira slučaj *Abels*). Smjernica ima primjenu ako je *cilj* koji se želi postići *nastavljanje djelatnosti poduzeća*.

U slučaju *Abels* Sud je naglasio važnost sudske nadzora, kao jasan kriterij između stečajnih postupaka i postupaka koji prethode stečaju. Ali, u slučaju *d'Urso*, Sud je ustvrdio da je odlučujući cilj što se želi postići postupkom. Ako je postupak namijenjen spasiti "zdrave" dijelove poslovanja, omogućujući nastavljane poslovanja i trgovine, odredbe se Smjernice primjenjuju. (Ako se radi o likvidaciji dužnikove imovine da bi se isplatili vjerovnici, tada je takav prijenos isključen iz djelokruga Smjernice).³³

Zbog tih je razloga primjenu Smjernice potvrdio u slučajevima, u predstečajnom postupku, u kojemu se osigurava imovinska masa i osigurava djelovanje poduzeća ubuduće te vrši odgoda plaćanja. Važno je nastavlja li se djelatnost poduzeća,³⁴ te je li tako u predstečajnom postupku, kao npr. u nizozemskom pravu "surseance van betaling",³⁵ u postupku "izvanredne uprave" velikoga poduzeća koje se nalazi u krizi, prema talijanskome pravu. Bitno je da su usmjereni rješavanju privremenih novčanih problema, a ne likvidaciji imovine dužnika, zapravo sprečavanju insolventnosti. Stečajni su postupci drukčiji, njihova je svrha drukčija, a jedna od njih je prodaja imovine u svrhu namirenja dugova.³⁶

Kako s pravom konstatira Marlene Schmidt, u naprijed navedenim slučajevima, pod nadzorom ovlaštenog organa vlasti u postupku koji je u tijeku zbog insolventnosti, stvoreno je Smjernicom 50/98/EZ, u čl. 4. čl. 5. eksplicitno posebno pravilo (*Explizite Sonderregelung*).³⁷

godine. U rujnu 1985. godine funkcionalan dio EMG-u prenesen je na posebno osnovano trgovačko društvo. Dvije trećine zaposlenika je također premješteno dok su ostali uključujući i tužitelje ostali zaposleni u EMG-u, ugovori o radu su im raskinuti i primili su kompenzaciju iz zajamčenog fonda plaća (*cassa integrazione guadagni straordinaria*). Tužitelji su izjavili da su njihovi ugovori preneseni. Sud je presudio da se Smjernica ne primjenjuje na prijenose učinjene u sklopu namirenja vjerovnika, takve vrste predviđene u talijanskom zakonodavstvu za prinudne upravne likvidacije koje regulira Zakon o posebnoj upravi kod velikih poduzeća s poteškoćama od 3. lipnja 1979. godine.

³³ Schmidt, M., *Das Arbeitsrecht der Europäischen Union*, Nomos, 2001, str. 226.

³⁴ U slučaju *surseance* postupka, sudski je nadzor mnogo ograničeniji nego u slučaju stečaja. Sudski se nadzor proteže samo na osiguranje da dužnik poštuje svoje obveze. U stečaju pak sudac ima mnogo širi nadzor. U *surseance* postupcima postojat će jedan ili više određenih upravitelja koji će vršiti nadzor nad dužnikom kojemu su dužni pružiti pomoć i dati odobrenje prije poduzimanja određenih radnji, ali da ga liše prava upravljanja ili raspolaganja imovinom.

³⁵ Vidi i stajalište advocate general van Gerven u case *d'Urso* C-362/89 (1991) ECR I-4105, "Verfahren der außerordentlichen Verwaltung großer, in einer Krise befindlicher Unternehmer"

³⁶ Schmidt, M., op. cit., str. 226.

³⁷ Schmidt, M., op. cit., str. 227.

Ta posebna pravila (explicite Sonderregelungen) ne ograničavaju da države članice u smislu prakse Suda odobre da slučajeve u kojima je protiv prenositelja otvoren stečajni postupak ili odgovarajući postupak s ciljem likvidacije njegove imovine generalno izuzme nacionalne odredbe.³⁸ Zapravo, razvidno je da je Smjernica svojim "pick-and-mix" svojstvom dala priličnu diskreciju koje odredbe primijeniti i, čini se, stvorila jednu vrst konfuzije pri njezinoj implementaciji.

IV.1. Ex lege prijenos ugovora o radu i radnih odnosa

Zaštitna funkcija Smjernice 77/187/EEZ, Smjernice 50/98/EZ, te Smjernice 2001/23/EZ sastoji se u tome da se kod preuzimanja izvrši prijenos svih prava i obveza koji su u vrijeme preuzimanja postojali (čl. 3).

Zapravo, čl. 3. je zajamčeno da radnici "pogođeni" prijenosom imaju iste radnopravne uvjete kao i prije prijenosa. Čl. 4. st. 1. Smjernice utvrđuje da prijenos ne može biti razlog za prestanak radnog odnosa.

Međutim, pravo prestanka radnog odnosa zbog gospodarskih, tehničkih ili organizacijskih razloga ne mogu se dovoditi u svezu s otkazom radnog odnosa zbog prijenosa. Stjecatelj mora dokazivati ako dade otkaz zbog gospodarskih, tehničkih ili organizacijskih razloga, da to nije u svezi sa statusnim promjenama koje proizlaze iz pripajanja ili spajanja. Koncept pripajanja i spajanja nije definiran u Smjernici 77/187/EEZ, iako se uvijek pretpostavlja da se ovaj pojam odnosi na pripajanja i spajanja u smislu Smjernice i čl. 3. i čl. 4. Zapravo to zorno potvrđuje i Smjernica 78/855/EEZ, u čl. 12. gdje se izrijeком utvrđuje da je potrebno štiti prava zaposlenika. Znači, na stjecatelju leži teret dokazivanja da prestanak radnog odnosa nije uvjetovan spajanjem, pripajanjem, sukcesijom ili predstečajnim radnjama. Ako radniku bude uručen otkaz neposredno prije navedenih statusnih promjena, na način koji nije sukladan čl. 4. st. 1. Smjernice, radnik može svoj tužbeni zahtjev zbog nezakonitosti otkaza uputiti prema stjecatelju.³⁹

Zapravo, ako je prestanak radnog odnosa suprotan odredbama čl. 4. st. 1. Smjernice, predmnijeva se da je radnik još zaposlen kod poslodavca i da je radni odnos prenijet na preuzimatelja.⁴⁰

Postavlja se također pitanje može li se radnik odreći prava koja mu jamči Smjernica.

³⁸ C-319/94 Jules Diether Equipment SA v. Jules Dassy, Sovam SPRL (1998) ECR I-1061.

³⁹ C 101/87 Bork International v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, (1988) ECR 3057.

⁴⁰ Veoma je signifikantna presuda u *case C 138/91 i C 139/91 Katsikas v. Konstantinidis and Skreb and Schroll PCO Staveriebetrieb Paetz & Co.Nachfolger GmbH* (1992) ECR I-657. Ukoliko se Smjernicom odeđeno područje samo dijelom harmonizira, posloprimac ipak ne mora nastavljati obavljati poslove kod stjecatelja. Jer odredba koja bi bila takva protivila bi se temeljnim pravima posloprimaca. Kod izbora poslodavca posloprimac ima pravo slobodnoga izbora. Državama članicama stoji na raspolaganju regulirati pravne posljedice na odricanje od prava za nastavljnje obavljanja radnoga odnosa. Znači, **obvezu nastavljanja radnoga odnosa s preuzimateljem Smjernica ne predviđa. Radnik se može dragovoljno odreći.**

Ovdje moramo razlikovati dvije situacije: odnosi li se odricanje na pitanje prestanka radnog odnosa ili se radi o nastavljaju obavljanja poslova, odnosno planiranom novom zasnivanju radnog odnosa.

Ako se radnik dragovoljno (dobrovoljno) odrekne nastavljanja radnog odnosa kod preuzimatelja, Smjernica u tom slučaju ne postavlja nikakve zapreke. Čl. 3. st. Smjernice 77/187/EEZ u tome se slučaju ne primjenjuje.⁴¹

Sukladno čl. 3. st. 3. Smjernice 77/187/EEZ koji je bio na snazi do stupanja na snagu čl. 3. st. 3. Smjernice 98/50/EZ,⁴² mora preuzimatelj "pridržavati se u kolektivnom ugovoru ugovorenih uvjeta rada do njegovoga otkazivanja ili do isteka trajanja ili do stupanja na snagu drugog kolektivnog ugovora, i to u istom obujmu" kako je to u kolektivnom ugovoru vrijedilo za izdavatelja.

Državama je članicama ostavljena mogućnost kolektivnim ugovorima regulirane uvjete rada vremenski ograničiti, ali vremenski period ne smije biti kraći od jedne godine. Zapravo, tijekom te jedne godine zagaranirano je da se prava zagaranirana tim kolektivnim ugovorom ne mogu izgubiti.

V. Zaštita prava zaposlenika

V.1. Individualna prava

Prema stajalištu sudske prakse prava i obveze zaposlenika koje proizlaze iz ugovora o radu u slučaju prenose se ex lege. Zapravo, zaposlenici koji su bili zaposleni, odnosno radni odnosi s danom prijenosa preneseni su na novog poslodavca sa svim pravima i obvezama, pod istim uvjetima koji su bili ugovoreni s prenositeljem.⁴³ Stajalište Europskog suda je zorno iskazano u slučaju *Wendelboe*.⁴⁴

U smjernicama je izričito naznačeno da se prenositeljeva prava i obveze koje proistječu iz ugovora o radu ili radnog odnosa koji postoji s danom prijenosa prenose na preuzimatelja s danom prijenosa.

Država članica može odlučiti da nakon dana prijenosa prenositelj i preuzimatelj trebaju solidarno odgovarati za obveze nastale prije dana prijenosa iz ugovora o radu ili radnog odnosa koji postoji danom prijenosa.⁴⁵ (Takvo su pravilo usvojile

⁴¹ Članci sadrže identična pravila.

⁴² Blanpain, R., op. cit. str. 349.

⁴³ Zamisao i svrha Smjernice, ... je usmjerena osiguranju, koliko god je to moguće, da radni odnos ostane nepromijenjen s preuzimateljem i da se zaštite radnici protiv otkaza potaknutih činjenicom prijenosa... Case *Wendelboe v. L J Music C 19/83* (1985) ECR 457.

⁴⁴ Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of business, čl. 3. st. 1. (Valja naglasiti da države članice Španjolska, Francuska, Grčka i Italija, Portugal, Njemačka i Nizozemska) su usvojile pravilo o odgovornosti.

⁴⁵ COM (94) 300.

Njemačka, Španjolska, Francuska, Grčka, Italija, Nizozemska, Portugal). Druge države članice nisu usvojile takvo pravilo pa je odgovoran samo stjecatelj.⁴⁶

Državi članici je u Smjernici dano ovlaštenje da propiše prikladne mjere za ocjenu je li prenositelj obavijestio preuzimatelja o svim pravima i obvezama koje će biti prenesene na preuzimatelja u smislu Smjernice, toliko dugo koliko ta prava i obveze jesu ili treba da budu poznata prenositelju s danom donošenja. Propust prenositelja da obavijesti preuzimatelja o bilo kakvom pravu ili obvezi ne smije utjecati na prijenos tog prava ili obveze bilo kojeg radnika protiv i/ili prenositelja zbog poštivanja tog prava ili obveze.⁴⁷

Smjernica štiti one radnike koji izvršavaju jednaki posao, ali po naredbama drugoga poslodavca. U čl. 3. Smjernice utvrđuje se prva razina zaštite, a to je prijenos prava i obveza koji proistječu iz ugovora o radu i kolektivnih ugovora, te druga, koja proizlazi iz čl. 4. Smjernice, zaštita od otkaza (čl. 4.).

V.2. Prava iz kolektivnih ugovora

Sukladno odredbi čl. 3. st. 2. Smjernice 77/187/EEZ, koja je identična čl. 3. st. 2. Smjernice 50/98/EZ, stjecatelj mora nastaviti poštovati uvjete i zahtjeve iz kolektivnog ugovora pod istim uvjetima koji su se primjenjivali na prenositelja do dana raskidanja ili prestanka kolektivnog ugovora ili s potpisivanjem i stupanjem na snagu novog kolektivnog ugovora. U mnogim državama ovo je tek dodatak ugovornoj subrogaciji, jer su u mnogim sustavima uvjeti rada utvrđeni kolektivnim ugovorima automatski inkorporirani u pojedinačne ugovore.⁴⁸

Obveza novoga poslodavca poštovati uvjete već postojećeg kolektivnog ugovora traje do dana okončanja ili isticanja roka kolektivnog ugovora ili stupanja na snagu novog kolektivnog ugovora. Države članice mogu ograničiti period za pridržavanje ovih zahtjeva, ali ne kraće od jedne godine.

Smjernice 77/187/EEZ, 50/98/EZ, te 2001/23/EZ ne obvezuju preuzimatelja na poštovanje uvjeta i zahtjeva stipuliranih u bilo kojem kolektivnom ugovoru kojim se štite radnici koji nisu zaposleni u poduzeću s danom prijenosa.⁴⁹

⁴⁶ čl. 3. Smjernice

⁴⁷ Vidi šire Commission report to Council on progress with regard to the implementation of Directive 77/187/EEC, SEC(92) 857 final, 2 June 1992.

⁴⁸ Blanpain, R., op. cit., str. 352.

⁴⁹ Zbog toga je Europski sud u *case Bork International v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark C-101/87 (1988) ECR 3057* pokušao eliminirati takvu praksu. Sud je utvrdio da je na nacionalnome sudu da utvrdi je li jedini razlog za otkaz može biti sami prijenos. U donošenju odluke nacionalni sud mora uzeti u obzir objektivne okolnosti pod kojima je dan otkaz, posebno uzevši u obzir činjenicu da je otkaz podijeljen na datum vrlo blizak datumu prijenosa i da su radnici koji su u pitanju ponovno sklopili radni odnos s stjecateljem. U slučaju da nacionalni Sud utvrdi da je otkaz dan radi prijenosa, a suprotno čl. 4. Smjernice, tada se otpušteni radnici smatraju zaposlenim u poduzeću na dan prijenosa, s posljedicom da se prenosiočeve obveze prema radnicima automatski prenose na stjecatelja.

V.3. *Zaštita od otpuštanja*

Druga razina zaštite predviđena smjernicama vezana je za prava u slučaju otkaza. Čl. 4., sadrži u prvoj rečenici odredbu koja predviđa da prijenos poduzeća neće značiti niti će sadržavati osnove za otkaz zaposlenicima (ni sa strane prenositelja ni sa strane stjecatelja, zapravo novoga poslodavca).

Odredbe o zaštiti radnika od otpuštanja primjenjuju se samo na one zaposlenike koji imaju ugovor o radu na dan prijenosa, o čemu se odlučuje sukladno nacionalnome pravu. Prenositelji često u pokušaju izigravanja smjernice, a najčešće po naputcima novoga poslodavca, otpuštaju zaposlenike neposredno prije prijenosa i nakon prijenosa novi poslodavac zapošljava te iste radnike pod bitno nepovoljnijim uvjetima.⁵⁰

V.4. *Obveze informiranja i konzultiranja s radničkim predstavnicima*

Čl. 6. st. 1. Smjernica 77/187/EEZ, te Smjernice 987507EZ i čl. 7. Smjernice 2001/23/EZ propisuje da prenositelj i preuzimatelj imaju obvezu informiranja predstavnika radnika o obvezama prema radnicima koji su obuhvaćeni prijenosom:

- o vremenu odnosno planiranom datumu prijenosa
- razlozima prijenosa
- zakonskim, gospodarskim i socijalnim posljedicama prijenosa koje utječu na radnika, te o
- previđenim mjerama u odnosu na radnike.

Prenositelj mora dati ove informacije radnicima, odnosno predstavnicima radnika prije samoga prijenosa. Informacije moraju biti pravovremene i u svakom slučaju prije nego što su izravno pogođeni radnici činom prijenosa glede zaštite uvjeta rada i zaposlenja. Ako prenositelj ili preuzimatelj predviđaju mjere u odnosu na radnike s ciljem sklapanja sporazuma moraju se konzultirati s predstavnicima radnika, na vrijeme. Valja ukazati, da se Europski sud⁵¹ do sada nije pobliže izjašnjavao o sadržaju obveze informiranja radnika, nego se ograničio na tekst Smjernice.⁵²

Također, valja istaknuti da Smjernica ne daje nikakvu mogućnost suodlučivanja, ili pak nekoga suizjašnjavanja, putem kojega bi predstavnici radnika mogli spriječiti prijenos radnih odnosa.

Ukoliko odredbe nacionalnih zakonodavstava propisuju da se predstavnici radnika mogu obratiti arbitraži za valjanost odluka o mjerama prema radnicima, mogu ograničiti naprijed navedene obveze za slučajeve gdje prijenos uzrokuje

⁵⁰ C 382/92 Commission v. United Kingdom (1994) ECR I- 2067.

⁵¹ Šire o ovoj obvezi vidi von Alvensleben: *Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 1992., str. 119. i str. 329.

⁵² Crnić, I., *Komentar Zakona o radu sa sudskom praksom i prilogima*, Organizator, Zagreb, 1999., str. 317.

opsežne promjene u poduzeću što će izazvati konsekvence za određeni broj radnika. Zapravo, informacije i konzultacije moraju obuhvatiti mjere predviđene za radnike, te moraju biti poduzete u vrijeme prije nastupanja promjena u poduzeću.

VI. Radni odnosi kod statusnih promjena u Republici Hrvatskoj

Statusne promjene dovode do promjena u radnome odnosu, odnosno prenošenja ugovora o radu na novoga poslodavca, a te promjene u Republici Hrvatskoj regulirane su Zakonom o radu.

U veljači 2001. godine Sabor Republike Hrvatske usvojio je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o radu NN br. 17/01., koji je stupio na snagu 10. ožujka 2002. godine.

Do tada je ova materija bila regulirana također Zakonom o radu (NN 38/95., 54/95. ispr. i 65/95. ispr.).

U ranijem čl. 129. bilo je predviđeno:

1. Ako se promijeni osoba ili pravni položaj poslodavca, npr. zbog nasljeđivanja, prodaje, spajanja pripajanja, podjele, promjene oblika trgovačkog društva i sl., svi ugovori o radu prenose se na novoga poslodavca.
2. Osobu koja promjenom pravnog položaja, oblika organiziranja ili na drugi sličan način, zlonamjerno izbjegava ispuniti svoje obveze prema zaposleniku, nadležni sud će je obvezati na ispunjenje takve obveze i u slučaju da ugovor o radu nije sklopljen s tom osobom.

Sadašnji čl. 129., sadrži 12. stavaka. Navodimo samo prvi:

1. Ako se statusnom promjenom ili pravnim poslom na novog poslodavca prenese poduzeće ili dio poduzeća (pogon), na novog poslodavca prenose se i svi ugovori o radu radnika koji rade u poduzeću ili dijelu poduzeća koji je predmet prenošenja.

Izmjene našega zakona su na tragu harmoniziranja hrvatskoga prava sukladno pravu Europske unije. Zapravo, dopunjeni čl. 129. Zakona o radu..., jamči zaposlenicima prijenos svih prava i obveza na novoga poslodavca ex lege ukoliko dođe do statusnih promjena. Novi poslodavac stupa na mjesto ranijeg poslodavca, te preuzima sve obveze koje su postojale u vrijeme statusnih promjena, pa tako i one iz kolektivnih ugovora. To vrijedi npr. za pravo na otpremninu. Radi se o pravnom slijedu, te se prava zaposlenika prosuđuju kao da se radi o kontinuiranom radu za istoga poslodavca.

Ranije čl. 129. nije bio sasvim usuglašen sa Smjernicom 77/187/EEZ (zapravo prenošenje dijela poduzeća). U našoj je literaturi i komentiran da je "cilj odredbe čl. 129. 1. zaštita stalnosti i sigurnosti zaposlenika (zaštita zaposlenika) pri promjenama osobe oposlodavca, ali samo ako se istodobno svi ugovori o radu kojih je taj poslodavac stranka prenose na drugu osobu (novog poslodavca)."⁵³

⁵³ Potočnjak, Ž., *Prestanak ugovora o radu*, Informator, br. 4665., 21.11.1998. str. 5.

I. Crnić pozivajući se na stajalište Ž. Potočnjaka⁵⁴ da se odredba ne odnosi na slučaj kada poslodavac prodajom ili drugim pravnim poslom na drugu osobu prenese samo dio poslovanja (u komentaru se navodi samo imovina ili ustupanje cjelokupnog poslovanja nekog odjela). Isticano je da se pri prenošenju dijela poduzeća nije uređeno pitanje prijenosa ugovora o radu na novoga poslodavca, te da se primjenjuju odredbe otkaza ugovora o radu. Ovakvo tumačenje omogućavala je nejasnoća čl. 129. st. 1. Zakona o radu.

Sadašnjim rješenjem čl. 129. st. 1. otklonjene su ove dvojbe, jer je članak usuglašen sa Smjernicom 98/50/EZ., jer je detaljiziranjem zakonodavac precizirao odredbe.

Valja ukazati da se i u praksi Europskoga suda prije utvrđivanja *Spijkers* kriterija⁵⁵, a i poslije, Sud kolebao između dva elementa *Spijkers* formule, “aktivnosti” s jedne strane, i “zadržava svoj identitet”, “stabilan gospodarski entitet”, “stabilno gospodarsko jedinstvo” s druge strane. Zapravo, prije slučaja *Süzen* uzimali su se više u obzir kriteriji radnoga prava, usredotočujući se na “aktivnost”, tj. je li novi zaposlenik preuzeo slične ili iste poslove kao njegov prethodnik. Nakon presude *Süzen*, Europski je Sud naglasio primjenu testa trgovačkoga prava, odnosno fokusirao se na činjenicu je li se poduzeće prenijelo kao “stabilno gospodarsko jedinstvo”, kao “stabilan gospodarski entitet”.⁵⁶

Sukladno čl. 129. st. 2., hrvatskoga Zakona o radu, radnik čiji je ugovor prenesen zadržava u svezi s otkazom, otkaznim rokovima, otpremninom i drugim pitanjima iz radnog odnosa sva prava koja je stekao do dana prijenosa ugovora o radu. Poslodavac na koga su prenijeti ugovori o radu preuzima danom prenošenja, u neizmijenjenom obliku i opsegu, sva prava i obveze iz prenesenog ugovora o radu.

U hrvatskoj sudskoj praksi inzistiralo se i do donošenja novoga Zakona o radu na “kontinuitetu radnoga odnosa” u smislu čl. 129. Zakona o radu.

Valja naglasiti da se u sadašnjem našem hrvatskom rješenju daju zamijetiti ugrađeni *Spijkers* kriteriji odnosno da smo bliže testu trgovačkog prava nego testu radnoga prava kod ovoga zakonodavnoga rješenja, i to čini nam se s punim pravom.

Zanimljivo je analizirati čl. 129. st. 7.⁵⁷ i usporediti s odredbama Smjernice 77/187/EEZ i Smjernice 59/98/EZ.

Čl. 129. st. 7. predviđa:

Ako se prijenos poduzeća ili dijela poduzeća obavlja u sklopu stečajnog postupka ili postupka sanacije, prava koja se prenose na novoga poslodavca mogu se umanjiti u skladu sa sklopljenim kolektivnim ugovorom, odnosno sporazumom između radničkog vijeća i poslodavca.

⁵⁴ VSRH, Rev. 2398/97 od 30.11.2000. godine.

⁵⁵ Vidi šire, Barnard, C., *EC Employment Law*, op. cit. str. 472.

⁵⁶ Ako se prijenos poduzeća ili dijela poduzeća obavlja u sklopu stečajnog postupka ili postupka sanacije, prava koja se prenose na novog poslodavca mogu se umanjiti u skladu sa sklopljenim kolektivnim ugovorom, odnosno sporazumom između radničkog vijeća i poslodavca.

⁵⁷ Vidi VSRH, Rev. 2398/97, od 30.11.2000.

Razvidno je da se hrvatski zakonodavac poslužio mogućnošću *pick and mix* koju pruža Smjernica.

Razvidno je također da je hrvatski zakonodavac nastojao u zakonska rješenja ugraditi rješenja koja predviđa Smjernica 77/187/EEZ, Smjernica 98/50/EZ.

U svojoj dosadašnjoj sudskoj praksi Vrhovni je sud inzistirao kod prijenosa na kriterijima promjene osobe poslodavca⁵⁸ te je inzistirao na obavljanju gospodarske djelatnosti.⁵⁹

Harmonizirajući naš Zakon o radu sa smjernicama, hrvatski će sudovi morati konsekventno prilikom odlučivanja primjenjivati *Spijkers* test. Valja također naglasiti da će se morati implementirati i druge smjernice koje su vezane za ovu materiju.

VII. Zaključak

Zaštita prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, dijela poduzeća ili poslovanja je predmet reguliranja Smjernice 77/187/EEZ, te Smjernice 98/50/EZ koja je dopunila prvotnu Smjernicu i Smjernice 2001/23/EZ.

Zbog različitih stajališta zemalja članica smjernice su rezultat kompromisa, ali i zbog odnosa različitih shvaćanja DG V i DG XV, u pitanjima odgovornosti, te napetosti u odnosima radnog i prava društva na europskoj razini.

Smjernice se primjenjuju u slučajevima kada nakon prijenosa ili spajanja ili pripajanja dolazi do promjene fizičke ili pravne osobe koja je odgovorna za nastavak poslovanja i koja na temelju tih činjenica snosi odgovornost poslodavca naspram zaposlenika, bez obzira na činjenicu je li došlo do prijenos vlasništva nad poduzećem.

Europski sud pri odlučivanju je li došlo do prijenosa, ne odlučuje o pitanjima vlasništva; odlučivanja su na temelju pitanja zaposlenosti u smislu ovih smjernica i utvrđuje je li došlo do promjene poslodavca, uzimajući nadalje u obzir i ostale kriterije *Spijkers* testa.

Najveći prigovori Smjernici 77/187/EEZ su da proširujući zaštitu prava radnika onemogućava prestrukturiranja na tržištu Europske zajednice.

Praksa Europskoga suda izazivala je nezadovoljstvo, a posebno odluka u slučaju *Ch. Schmidt*, što je vodilo nacrtu nove Smjernice 50/98/EZ koja je usvojena 1998. godine, te donošenje Smjernice 2001/23/EZ.

Čini nam se da je najveći nedostatak smjernica što polje primjene ne potpada preuzimanje stjecanjem kapitala, pri čemu jedno društvo preuzima kontrolu nad drugim bez promjene identiteta poslodavca (jer se pravila odnose na prijenos uređivanja pravnih problema koji nastaju promjenom identiteta poslodavca.).

Zaštitna funkcija Smjernice 77/187/EEZ, Smjernice 50/98/EZ, te Smjernice 2001/23/EZ sastoji se u tome da se kod preuzimanja izvrši prijenos svih prava i obveza koji su u vrijeme preuzimanja postojali. Taj se prijenos vrši *ex lege*.

⁵⁸ Vidi VSRH, Rev. 36/01, od 7.6.2001.

Što se tiče kolektivnih ugovora, stjecatelj mora nastaviti poštovati uvjete i zahtjeve iz kolektivnog ugovora pod istim uvjetima koji su se primjenjivali na prenositelja do dana raskidanja, ili prestanka kolektivnog ugovora ili potpisivanjem i stupanjem na snagu novog kolektivnog ugovora. Glede otpuštanja, smjernice predviđaju, da prijenos poduzeća neće značiti niti će sadržavati osnove za otkaz zaposlenicima (niti od strane stjecatelja niti od strane prenositelja). Odredbe o zaštiti zaposlenika od otpuštanja se primjenjuju samo na one zaposlenike koji imaju ugovor o radu sukladno nacionalnome pravu.

Izmjenama i dopunama Zakona o radu (Narodne novine, br. 17/01.), čl. 129. je harmoniziran odgovarajućim odredbama europskoga prava. Razvidno je da su u sadašnjem zakonskom rješenju ugrađeni *Spijkers* kriteriji, pa nam se čini da smo bliže testu trgovačkoga prava nego testu radnoga prava kod ovoga zakonodavnoga rješenja, što nam se čini dobrim rješenjem.

Summary

LABOR RELATIONS IN CASE OF MERGERS IN EUROPEAN LAW

Protection of workers' rights, protection of rights deriving from labor relation in case of company transfer, and transfer of business or part of enterprise are regulated by EC Directive 77/187/EC and EC Directive 98/50/EC that amended the original Directive. This article analyses field of application of the Directives, ex lege transfer of labor contract, and evolution of case-law of the ECJ related to this field. A separate overview of Croatian legislative solutions related to the subject-matter has been given, together with the analysis of extent to which Croatian Labor Law has been harmonized with the European law.

Key words: *labor relations, transfer, company acquisition and mergers, protection of rights, European law.*

Zusammenfassung

ARBEITSVERHÄLTNIS BEI STATUSVERÄNDERUNGEN IM EUROPARECHT

Der Schutz der Rechte des Arbeiters, der Schutz der Rechte aus dem Arbeitsverhältnis im Falle der Übertragung des Unternehmens, der Geschäftsführung oder Teile des Unternehmens sind Gegenstand der Regelung in Richtlinie 77/187/EWG, sowie Richtlinie 98/50/EG, die die vorhergehende Richtlinie ergänzt hat. In der Arbeit werden die Richtlinien analysiert (Anwendungsfelder), die Übertragung der Arbeitsverträge ex-lege, die Gerichtsentscheidungen des Europagerichts sowie die Evolution der Standpunkte des Europagerichts in diesem Bereich. Ebenso werden die gesetzgeberischen Lösungen in der Republik Kroatien besonders berücksichtigt sowie der Grad der Übereinstimmung bzw. der Harmonisierung des kroatischen Arbeitsgesetzes mit dem europäischen Recht.

Schlüsselwörter: *Arbeitsverhältnis, Übertragung, Zugehörigkeit und Verbindung, Rechtsschutz, europäisches Recht.*

Sommario

RAPPORTI DI LAVORO IN CASO DI TRASFORMAZIONI SOCIETARIE NEL DIRITTO EUROPEO

La tutela dei diritti dei lavoratori, la tutela dei diritti da rapporto di lavoro nella cessione di impresa, di attività o di parte di impresa sono materia regolata dalla Direttiva 77/187/CEE, e dalla Direttiva 98/50/CE, che ha integrato l'originaria Direttiva. Nel lavoro si analizza la Direttiva (campo di applicazione), la cessione del contratto di lavoro ex lege, la prassi della Corte di giustizia europea, e l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia europea in questo settore. Inoltre è proposto uno sguardo particolare sulle soluzioni legislative nella Repubblica di Croazia, e il relativo grado nel quale la Legge sul lavoro croata è armonizzata con il diritto europeo.

Parole chiave: *rapporti di lavoro, cessione, incorporazione e fusione, tutela dei diritti, diritto europeo.*

O DOSTAVI TUŽBE NA ODGOVOR I PRESUDI ZBOG OGLUHE U SVJETLU NOVELE ZPP-A

Dr. sc. Jozo Čizmić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.924(497.5)(094.5.072)

Ur.: 3. siječnja 2003.

Pr.: 20. veljače 2003.

Pregledni znanstveni članak

U okviru reforme parničnog postupka u Republici Hrvatskoj izrađen je i u raspravi je Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku. Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku nastoji se pojednostavniti i učiniti efikasnijom parničnu proceduru, te povećati opću razinu pravne zaštite. U radu se autor osvrnuo na jedan od novih instituta koji bi općenito trebali pridonijeti koncentraciji u postupanju - presudu zbog ogluhe, koja se donosi ako tuženik ne odgovori na tužbu u predviđenom roku, a s tim u svezi i na predložene izmjene odredaba o dostavi tužbe tuženiku na odgovor. Kako se u bitnome pretpostavke, postupak, učinci i pravni lijekovi za ovu presudu podudaraju s onima predviđenima za presudu zbog izostanka, autor je nastojao, analognom primjenom rješenja za presudu zbog izostanka, predvidjeti moguće dvojbe oko primjene odredaba o presudi zbog ogluhe i ponuditi neka rješenja. Na kraju, autor je ukazao i na predložene izmjene instituta presude zbog izostanka.

Ključne riječi: *presuda zbog ogluhe (oglušna presuda), dostava tužbe, presuda zbog izostanka.*

I. Uvod

Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske (dalje - **ZPP**), koji je na snazi i kojim se uređuju pravila postupka na temelju kojih sud raspravlja i odlučuje u građanskopravnim sporovima, jest zapravo bivši savezni zakon SFR Jugoslavije iz 1976. godine, koji je, nakon državnopravnog osamostaljenja 1991. godine, preuzet Zakonom o preuzimanju Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91.), uz određene intervencije koje su trebale otkloniti sustavne suprotnosti s novim ustavnopravnim uređenjem. Naknadnim novelama iz 1992. i 1999. godine ("Narodne novine" broj: 53/91., 91/92. i 112/99.), ostvarena su tek neka dodatna, ponajviše terminološka usklađenja. Usprkos tome što se ZPP može u osnovi smatrati relativno modernim i učinkovitim postupovnim instrumentom za rješavanje građanskopravnih sporova, dosadašnja primjena ZPP-a pokazala je da je potrebno

izmijeniti neke njegove odredbe **jer**: postupci predugo traju; sudovi su preopterećeni brojem parničnih predmeta do mjere da se može govoriti o blokadi njihova rada; kvaliteta je donesenih odluka često problematična, što potvrđuje velik broj ukinutih odluka nižih sudova; stranke često zlorabe svoja procesna ovlaštenja u postupku; sudovi nemaju efikasnih instrumenata za suzbijanje takvih zloporaba; dostavna služba ne funkcionira na zadovoljavajući način; neka su procesna rješenja nepotrebno formalistička i često se iz proceduralnih ili kompetencijskih razloga pojedini postupci nepotrebno odugovlače; institut sudaca porotnika u parničnom postupku nije našao svoje opravdanje; institut državnoodvjetničke intervencije pokazao se suvišnim, te se može postaviti pitanje opravdanosti daljnjeg zadržavanja instituta zahtjeva za zaštitu zakonitosti; nisu osigurani instrumentalni uvjeti da Vrhovni sud Republike Hrvatske ostvari u parničnom postupku svoju Ustavom Republike Hrvatske utvrđenu zadaću osiguranja jedinstva u primjeni prava i ravnopravnosti građana i sl. Zbog navedenoga, 2002. god. izrađen je i u raspravi je Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (dalje - **Novela**), koji bi trebao pojednostavniti i učiniti efikasnijom parničnu proceduru, te povećati opću razinu pravne zaštite, što bi se među ostalim, postiglo i uvođenjem novih vrsta presuda.¹

U tom smislu, jedan od novih instituta koji bi općenito pridonijeli koncentraciji u postupanju jest **presuda zbog ogluhe**, koja se donosi ako tuženik ne odgovori na tužbu u roku koji mu je za to određen (Novela, čl. 180. - novi članak 331.b ZPP-a).² Parnični je postupak postupak dviju suprostavljenih stranaka - tužitelja, koji traži zaštitu svojega subjektivnog prava, i tuženika, koji, u pravilu, nastoji osporiti utemeljenost tužbenog zahtjeva. Suvremeni pravni promet traži brzo i djelotvorno rješavanje pravnih sporova. Zbog skupog i dugotrajnog parničnjenja, odugovlačenje u pružanju pravne zaštite nanosi štetu i pobjedniku u sporu.³ Da bi sud lakše i ispravnije riješio spor, potrebno je da obje stranke u postupku aktivno sudjeluju, poduzimajući relevantne parnične radnje.⁴ Odsutnost/neaktivnost u parničnome postupku jest konstantni fenomen i već dugi niz godina zakonodavci nastoje pronaći mjere koje bi vodile otklanjanju negativnih učinaka neaktivnosti stranaka na tijek parničnoga postupka. Usprkos svim mjerama koje su zakonodavci predviđali i predviđaju, rezultati nisu uvijek (bili) na visini ambicija, pa je problem neaktivnosti parničnih stranaka i danas aktualan.⁵ Propisima uređena reakcija o postupku u

¹ Vidi Novelu - "Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti Zakonom, te posljedice koje će donošenjem Zakona proisteći", str. 1-2.

² Tako u Noveli - "Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti Zakonom, te posljedice koje će donošenjem Zakona proisteći", str. 7.

³ TRIVA, S., *Mjere koje imaju za cilj da građanski sudski postupak bude brži i efikasniji*, "Arhiv", 58, 1972, br. 4, str. 421.

⁴ JUHART, J., *Civilno procesno pravo FNR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961., str. 431.

⁵ BAILLY, M. P., *Le défaut et l'opposition - notion, technique et prévention du défaut - les effets du défaut et de l'opposition - la procédure de défaut dait - elle être maintenue*, neobjavljeni referat, s. l., s. a., str. 34.

slučaju izostanka/neaktivnosti stranaka prijeko je potrebno i prikladno sredstvo kojim bi se, s jedne strane, suprotstavilo odugovlačenju postupka, te, s druge strane, usprkos izostanku/neaktivnosti stranaka, donijelo ispravnu presudu.⁶

II. Dostavljanje odgovora na tužbu

A) Stanje de lege lata

1. Pripremno ročište i odgovor na tužbu

1.1. Prije zakazivanja pripremnog ročišta predsjednik vijeća **može** zatražiti od tuženika da podnese odgovor na tužbu (ZPP, čl. 285. st. 1.), a u postupku u trgovačkim sporovima **uvijek** će se tužba dostaviti tuženiku na odgovor (ZPP, čl. 495. st. 1.).

Nakon primitka tužbe sud obavlja pripreme za glavnu raspravu. Te pripreme obuhvaćaju prethodno ispitivanje tužbe, dostavu tužbe tuženiku na odgovor, održavanje pripremnog ročišta i zakazivanje glavne rasprave (ZPP, čl. 277. st. 1. i 2.). Predsjednik vijeća donijet će odluku o pitanjima o kojima je ovlašten odlučivati u postupku prethodnog ispitivanja tužbe ako u tužbi i prilogima uz nju ima dovoljno podataka za takvu odluku. Predsjednik vijeća nije, dakle, dužan samo na temelju tužbe donijeti rješenje o pitanju koje se postavilo tijekom prethodnog ispitivanja tužbe. Ako smatra da nema dovoljno osnova za donošenje odluke o pitanju koje se postavilo u tijeku prethodnog ispitivanja tužbe, predsjednik vijeća ostavit će⁷ da o tom pitanju donese odluku nakon primitka odgovora na tužbu ili na pripremnom ročištu (ZPP, čl. 283.). Predsjednik vijeća primjenjivat će posebno ovu odredbu ako su podaci u tužbi nedostadni ili ako drži da bi u pogledu nekih činjenica trebalo izvoditi dokaze. Ako predsjednik vijeća ne odluči odmah o nekom pitanju koje se postavilo tijekom prethodnog ispitivanja tužbe, smatra se da je donošenje odluke ostavio za kasnije.

1.2. Ako predsjednik vijeća smatra da se na temelju tužbe može dalje postupati, dogovoriti će, u pravilu, pripremno ročište i narediti da se primjerak tužbe **dostavi tuženiku** (ZPP, čl. 284. st. 1.). Pripremno ročište (njem. *erste Tagsatzung*) jest prvo javno usmeno kontradiktorno fakultativno ročište koje u stvarima iz nadležnosti vijeća provodi pred predsjednikom vijeća i na kojemu se raspravlja i odlučuje o dopustivosti tužbe, utvrđuje što je među strankama sporno, ispituje mogućnost

⁶ HABSCHEID, W. J., *Das Versaumnisverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht*, XI. Internationaler Kongress für Rechtsvergleichung, Caracas 1982., 68.

⁷ U odredbi čl. 144. Novele, koje se odnose na čl. 283. ZPP-a, predlaže se izmjena ove sintagme na način da se riječi "predsjednik vijeća ostavit će", zamijene riječima "sud će ostaviti". Izmjena je motivirana nastojanjem da se u ZPP-u, 'ad god je to moguće, koristi neutralni termin: "sud" umjesto kumulativnog ili alternativnog navođenja riječi: "sudac pojedinac" ili "predsjednik vijeća". Novela - Obrazložjenje, str. 115.

rješenja spora na temelju dispozicija stranaka, određuje procesna građa koja će se pribaviti za glavnu raspravu.

Pripremno ročište vodi predsjednik vijeća, a održava se u namjeri da se što bolje pripremi glavna rasprava. Odredbama članka 285. ZPP-a nije predviđeno obvezno zakazivanje pripremnog ročišta, već je predsjedniku vijeća ostavljena dispozicija da može zakazati pripremno ročište ako smatra da se na temelju tužbe može dalje postupati.⁸

Ako ne postoje procesne smetnje u pogledu suda, stranaka, same tužbe i predmeta spora, **tužbu treba dostaviti tuženiku**. Ovo dostavljanje treba izvršiti po pravilima o osobnoj dostavi (v. ZPP, čl. 142.). Predsjednik vijeća nije vezan eventualnim prijedlogom stranaka za zakazivanje pripremnog ročišta ili za neposredno zakazivanje ročišta za glavnu raspravu, kao ni prijedlogom tužitelja da od tuženika zatraži **odgovor na tužbu**.

1.3. Dostavljanje tužbe tuženiku i traženje od tuženika da podnese odgovor na tužbu, dvije su različite parnične radnje. Tužba se uvijek obvezno dostavlja tuženiku, čime se udovoljava zahtjevu načela kontradiktornosti.⁹ Dostavljanjem tužbe tuženiku parnica počinje teći (litispendencija). Dostavljajući tužbu, sud može tuženiku naložiti da na nju pisano odgovori, što znači da iznese sve ono što ima protiv njezine dopuštenosti ili utemeljenosti tužbenog zahtjeva.¹⁰ Hoće li sud naložiti tuženiku da odgovori na tužbu, zavisi od ocjene predsjednika vijeća o svrsishodnosti takvog zahtjeva. Naime, jasno je da traženje od tuženika da odgovori na tužbu u određenoj mjeri zadržava razvitak postupka i povećava parnične troškove.¹¹ Predsjednik vijeća može zatražiti od tuženika da podnese odgovor na tužbu, ako bi zbog složenosti spora ili zbog većeg broja zahtjeva istaknutih u tužbi bilo svrsishodno da se tuženik izjasni o navodima u tužbi (ZPP, čl. 285.).

⁸ U praksi postoje razmišljanja kako bi zakonom trebalo predvidjeti obveznost pripremnog ročišta, a u tom su smislu i zaključci s okruglog stola "Procesni zakoni u praksi" o unapređenju vođenja građanskih parnica i prijedlozi za izmjene i dopune Zakona o parničnom postupku Federacije BiH. Naime, "drži se kako bi osnovni cilj pripremnog ročišta bio da se utvrdi stvarni predmet spora, koje su činjenice među strankama sporne i činjenice koje stranke trebaju dokazati da bi uspjele u sporu. Stranke bi se trebale izjasniti koje dokaze predlažu za izvođenje kako bi se obje mogle pripremiti za glavnu raspravu. Slično bi se moralo navesti i za prijedlog za izvođenje drugih dokaza. Na kraju pripremnog ročišta predsjednik vijeća donosio bi rješenje kojim i formalno utvrđuje naprijed navedene elemente, nalaže strankama da se u tom pravcu pripreme za glavnu raspravu i odlučuje koji će se dokazi izvesti na glavnoj raspravi, koje pisane dokaze treba pribaviti sud, koje stranke i koje će se osobe pozvati na sud i saslušati. Obvezni dio rješenja bio bi utvrđivanje vrijednosti predmeta spora, s nalogom obvezniku da plati razliku u pristojbi. Konačno, ovim rješenjem sud bi strankama ostavio rok u kojem mogu dostaviti prijedloge za još neke dokaze koji će se izvesti na glavnoj raspravi". Usp. DIKA, M. - ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 473-474.

⁹ Tako ČALIJA, B. - OMANOVIĆ, S., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 2000., str. 202.

¹⁰ POZNIĆ, B. - RAKIĆ-VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1999., str. 213.

¹¹ Usp. STAROVIĆ, B. - KEĆA, R., *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 1998., str. 322.

Odgovor na tužbu (njem. *Klagebeantwort*) jest radnja tuženika kojom se očituje o procesnoj dopustivosti parnice, odnosno o osnovanosti tužbenoga zahtjeva. Prije dogovaranja pripremnog ročišta predsjednik vijeća može zatražiti od tuženika da podnese odgovor na tužbu, ako bi zbog složenosti spora ili zbog većeg broja zahtjeva stavljenih u tužbi bilo svrsishodno da se tuženik pismeno izjasni o navodima u tužbi (ZPP, čl. 285. st. 1.). Dakle, predsjednik vijeća poslužit će se ovim ovlaštenjem kada drži da bi usmeno iznošenje odgovora na tužbu bilo neprikladno zbog toga što bi utjecalo na znatno odugovlačenje postupka, zbog toga što se tuženik u usmenom izlaganju ne bi mogao dovoljno precizno izjašnjavati i sl. ZPP sugerira sudu da tako postupi kad je spor složen, npr. u računskim stvarima, ili kad u tužbi ima više zahtjeva.¹²

Odgovor na tužbu treba sadržavati izjašnjenje tuženika o navodima tužbe, posebno o istinitosti činjenica iznesenih u tužbi ili vjerodostojnosti predloženih dokaza, te tuženik treba predložiti i dokaze potrebne radi utvrđivanja činjenica koje je iznio u odgovoru. Svakako, u odgovoru na tužbu tuženik može isticati procesne i materijalno-pravne prigovore, odnosno incidentalne zahtjeve procesne naravi, kao što su pr. zahtjev za izuzeće suca (ZPP, čl. 71.), zahtjev za osiguranje parničnih troškova, zahtjev za oslobođanje od plaćanja troškova postupka (ZPP, čl. 172.), imenovati prethodnika (ZPP, čl. 210.), zahtjev za obavijest treće osobe o parnici (ZPP, čl. 211.) i sl.

Tuženik može osporiti osnovanost tužbenoga zahtjeva bilo pukim negiranjem njegove osnovanosti, bilo osporavanjem njegove pravne osnove ili pravne posljedice izvedene iz te pravne osnove, prigovarajući da utuženo pravo zbog određenih okolnosti nije nastalo, odnosno da je naknadno prestalo ili da zbog njihova postojanja nije moguće tražiti njegovo ostvarenje.

U odgovoru na tužbu tuženik ne može isticati druge materijalnopravne zahtjeve osim zahtjeva za naknadu troškova kao i zahtjeva za prebijanje međusobnih potraživanja. Ali tuženik može uz odgovor na tužbu, u istom ili odvojenom podnesku, protiv tužitelja podnijeti protutužbu o kojoj će sud raspravljati istovremeno s tužbom, ako su za to ispunjeni ostali zakonski uvjeti.

Dostavljanje odgovora tuženiku može stvoriti određene procesne prednosti. Tako se, primjerice, protiv tuženika koji je u odgovoru na tužbu osporio tužbeni zahtjev, ne može donijeti presuda zbog izostanka (v. ZPP, čl. 332.).

Pisani odgovor na tužbu može učiniti nepotrebnim daljnje izviđanje u pogledu glavne stvari. U odgovoru na tužbu tuženik može priznati tužbeni zahtjev, u potpunosti ili djelomično, nakon čega predsjednik vijeća može donijeti presudu na temelju priznanja (ZPP, čl. 331.).

Odgovor na tužbu može se dati u pisanom podnesku ili usmeno na ročištu. Odgovor na tužbu daje se podneskom koji treba biti **uredan**. S neurednim

¹² Vidi o tome kod TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., (dalje – **TRIVA**), str. 448.

odgovorom na tužbu sud će postupati kao i sa svakim drugim neurednim podneskom (v. ZPP, čl. 109.). U svezi s tim moramo razmotriti primjenu odredaba čl. 109. ZPP-a na podneske (odgovor na tužbu) koji su iz nekog razloga formalno neuredni, pa se, u krajnjem slučaju, smatraju povučenim ili ih sud odbaci (ZPP, čl. 109. st. 4.). Bez obzira na formalnu neurednost odgovora na tužbu i posljedice formalne neurednosti, zbog same činjenice da je tuženik odgovorio na tužbu, iako nije obavezan odgovoriti na tužbu, smatramo da je iskazao namjeru upustiti se u parnicu, pa se, ako tuženik izostane s pripremnog ročišta, protiv tuženika ne bi mogla donijeti presuda zbog izostanka. Tim prije ako je u takvom odgovoru na tužbu, tuženik izričito osporio tužbeni zahtjev.¹³

1.4. Sud tuženiku određuje rok za podnošenje odgovora na tužbu. Odgovor na tužbu podnosi se u **roku** koji odredi predsjednik vijeća, ali taj rok ne može biti duži od petnaest dana od dostave tužbe. Iznimno, s obzirom na osobite okolnosti slučaja, taj rok može biti i do 30 dana (ZPP, čl. 285. st. 2.). Rok od 15, odnosno 30 dana nije, dakle, redovni već maksimalni rok za odgovor na tužbu, što znači da sud za odgovor na tužbu može odrediti i neki kraći rok, koji bi predsjednik vijeća na prijedlog tuženika mogao i produžiti do zakonskog ograničenja od 15, odnosno 30 dana.¹⁴

U parnicama u kojima se, zbog toga što se vode pred sucem pojedincem, pripremno ročište nikada ne zakazuje (v. ZPP, čl. 284. st. 2.), sudac pojedinac može dostaviti tuženiku tužbu na odgovor i prije zakazivanja ročišta za glavnu raspravu. Kako se u parnicama iz nadležnosti suca pojedinca ne održava pripremno ročište, sudac pojedinac će o pitanjima koja se raspravljaju na pripremnom ročištu raspravljati na prvom ročištu za glavnu raspravu.

Odgovor na tužbu podnesen nakon isteka roka sud može uzeti u obzir samo onda ako je stigao sudu do početka pripremnog ročišta, a ne i u slučaju ako je stigao nakon toga. Iznimno, ako je tuženik odgovor na tužbu poslao preporučenom pošiljkom prije održavanja ročišta, smatrat će se da je osporio tužbeni zahtjev, pa ako sud i donese presudu zbog izostanka, moći će se pobijati žalбом. Kako tuženik može na pripremnom ročištu iznijeti sve ono što je mogao i u odgovoru na tužbu, držimo da u slučaju propuštanja (sudskog) roka za odgovor na tužbu nema mjesta isticanju zahtjeva za povrat u prijašnje stanje, jer tuženik zbog propuštanja roka nije izgubio pravo na poduzimanje te radnje (ZPP, čl. 117. st. 1.).

1.5. Navodi sadržani u odgovoru na tužbu mogu pokazati da je **održavanje pripremnog ročišta nepotrebno** i da se odmah može zakazati ročište za glavnu raspravu. Naime, ako tuženik podnese odgovor na tužbu, predsjednik vijeća ocijenit će je li s obzirom na prijedloge i navode stranaka potrebno dogovoriti pripremno

¹³ Tako, da bi podnesak koji sadrži odgovor na tužbu bio uredan, Poznić smatra da je dovoljno da se vidi osporava li tuženik činjenične navode tužbe ili materijalnopравnu utemeljenost tužbenog zahtjeva, ili i jedno i drugo. POZNIĆ, B., *Presuda zbog izostanka*, "Anali", god. 4., 1956., br. 3, str. 276-277.

¹⁴ Prema jednoj odluci Vrhovnog suda Vojvodine, "rok za davanje odgovora na tužbu ne računa se od dana kad je tuženik ovlastio svog punomoćnika, nego od dana dostave tužbe". VsV, Gž- 714/57., podatak kod DIKA, M. - ČIZMIĆ, J., *op. cit.*, str. 477.

ročište ili se može zakazati odmah ročište za glavnu raspravu (ZPP, čl. 285. st. 3.). Tuženik u odgovoru na tužbu iznosi svoje stajalište prema tužbi, ukazuje na nedostatak neke procesne pretpostavke, osporava tužiteljeve tvrdnje, predlaže protudokaze, iznosi činjenice koje, po njegovom mišljenju, trebaju dovesti do presude u njegovu korist i predlaže dokaze za te činjenice. Usto, iz odgovora na tužbu sud može saznati za nedostatke koji ometaju raspravljanje, te može utvrditi koje su činjenice sporne i odlučujuće i koja mu dokazna sredstva stoje na raspolaganju za njihovo dokazivanje.¹⁵

Kada i ako tuženik odgovori na tužbu pisanim podneskom, sud će obiti kompletniju sliku o materijalnopравnom odnosu pa će biti u mogućnosti temeljitije i efikasnije pripremiti se za glavnu raspravu.

1.6. Tuženik nije dužan pisano odgovoriti na tužbu. Propuštanje tuženika da odgovori na tužbu ne povlači samo po sebi neke štetne procesnopravne posljedice za njegov položaj u parnici. Tuženik može svoju obranu iznijeti i usmeno, na pripremnom ročištu ili na glavnoj raspravi (arg. iz čl. 287. st. 1. ZPP-a). Tuženik zbog nepodnošenja odgovora na tužbu ne može biti prekludiran u pogledu poduzimanja bilo koje parnične radnje. No, odgovor može stvoriti neke procesne prednosti za tuženika. Protiv tuženika koji je osporio tužbeni zahtjev ne može se izreći presuda zbog izostanka (v. ZPP, čl. 332.). Propuštanje roka za podnošenje pisanog odgovora na tužbu nije dostatan razlog za donošenje ove presude, jer rok nije prekluzivan, pa tuženik može i naknadno odgovoriti na tužbu ili na drugi način osporiti tužbeni zahtjev.¹⁶

1.7. Tuženik može pisano odgovoriti na tužbu iako mu sud to nije naložio (ZPP, čl. 285. st. 5.). Ovo je rješenje u skladu s odredbom čl. 277. st. 4. ZPP-a. Bez obzira u kojem trenutku do zakazivanja ročišta za glavnu raspravu predsjednik vijeća primi pisani odgovor na tužbu, neće ga odbaciti već će ga uzeti u obzir.

1.8. Pošto primi odgovor na tužbu, predsjednik vijeća može donijeti sva rješenja koja može donositi u tijeku prethodnog ispitivanja tužbe (ZPP, čl. 285. st. 6.). Primljeni odgovor na tužbu predsjednik vijeća **dostavit će tužitelju.**

Ako tuženik u određenom roku **ne podnese odgovor na tužbu**, predsjednik vijeća dogovoriti će pripremno ročište ili ročište za glavnu raspravu (ZPP, čl. 285. st. 4.).

2. Dostava tužbe na odgovor tuženiku u trgovačkim sporovima

2.1. U postupku u trgovačkim sporovima **uvijek** će se tužba dostaviti tuženiku na odgovor (ZPP, čl. 495. st. 1.). Ovom odredbom predviđeno je određeno odstupanje od načela usmenosti (v. čl. 4. ZPP-a) u trgovačkim sporovima. To se očituje u tome što se, za razliku od redovitog postupka, u postupku u trgovačkim sporovima tužba uvijek dostavlja tuženiku na odgovor, pripremno ročište zakazuje se

¹⁵ POZNIĆ, B. - RAKIĆ-VODINELIĆ, V., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1999., str. 213.

¹⁶ Tako i podrobnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Presuda zbog izostanka u građanskom parničnom postupku*, doktorska disertacija, Split, 2001., str. 182. i dalje.

iznimno, kada to nalažu složenost predmeta ili druge okolnosti, a vrijedi napomenuti i to da je predsjednik vijeća ovlašten donijeti presudu bez rasprave ako po primitku odgovora na tužbu utvrdi da među strankama nije sporno činjenično stanje (v. čl. 496. ZPP-a).

U postupku u trgovačkim sporovima stranke zastupaju kvalificirani zastupnici. Kako se kao stranke pojavljuju osobe kojima su pisane parnične radnje lakši teret negoli građanima pojedincima,¹⁷ u postupku u trgovačkim sporovima uvijek će se tužba dostaviti tuženiku na odgovor, s nalogom da na tužbu odgovori.

Iznimno u postupku u sporovima male vrijednosti u trgovačkim sporovima tužba se ne dostavlja tuženiku na odgovor (ZPP, čl. 502. st. 4.), jer to ne bi bilo u skladu s prirodom sumarnog postupka u sporovima male vrijednosti.

2.2. Nakon primitka odgovora na tužbu ili nakon proteka roka za odgovor na tužbu, predsjednik vijeća odlučit će hoće li dogovoriti **pripremno ročište ili ročište za glavnu raspravu**. Pripremno ročište dogovoriti će se samo ako bi to, s obzirom na složenost predmeta i druge okolnosti, pridonijelo bržem ili jeftinijem rješavanju spora (ZPP, čl. 495. st. 2.). Kako je odredba čl. 495. st. 2. ZPP-a instruktivnog značenja, s jednim ciljem racionalizacije postupka, ako predsjednik vijeća ne zakaže pripremno ročište iako bi to, s obzirom na složenost predmeta i druge okolnosti, pridonijelo bržem ili jeftinijem rješavanju spora, time ne čini bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 1. ZPP-a, jer takvo postupanje ne može utjecati na donošenje zakonite i pravilne odluke.

2.3. Iznimno od pravila iz čl. 495. st. 1. i 2. ZPP-a, prema kojima sud u postupku u trgovačkim sporovima uvijek tužbu treba dostaviti tuženiku na odgovor, te da tek nakon primitka odgovora na tužbu ili nakon proteka roka za odgovor na tužbu predsjednik vijeća treba odlučiti hoće li dogovoriti pripremno ročište ili ročište za glavnu raspravu, u **hitnim slučajevima** predsjednik vijeća može odmah nakon prethodnog ispitivanja tužbe dogovoriti pripremno ročište ili ročište za glavnu raspravu (ZPP, čl. 495. st. 3.). Radi otklanjanja mogućih dvojbi, ZPP izričito propisuje da protiv takve odluke predsjednika vijeća nije dopuštena žalba.

B) Odgovor na tužbu de lege ferenda

1. De lege ferenda, odredbama čl. 145. Novele predviđa se izmjena odredaba čl. 284. ZPP-a na način da bi sud, ako smatra da se na temelju tužbe može dalje postupati, prema odredbama st. 1. izmijenjenoga čl. 284. ZPP-a, trebao narediti da se primjerak tužbe dostavi tuženiku radi podnošenja pisanog odgovora na tužbu. Sud bi bio dužan u pozivu upozoriti tuženika na pravne posljedice nedavanja odgovora na tužbu (v. Novelu, čl. 331.b.). Usto, sud bi mogao samo iznimno, ako to budu zahtijevale posebne okolnosti pojedinog slučaja, a osobito ako to bude potrebno radi odlučivanja o prijedlogu za određivanje privremenih mjera, odmah zakazati ročište i

¹⁷ Tako POZNIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1995., str. 332.

narediti da se primjerak tužbe dostavi tuženiku (v. odredbe novoga čl. 284. st. 2.). Izmijenjenim čl. 284. ZPP-a uvodi se, dakle, kao **pravilo** dostava tužbe na odgovor (st. 1.), dok se zakazivanje ročišta prije dobivanja odgovora na tužbu utvrđuje kao **iznimka** od toga pravila (st. 2.).¹⁸

2. Usto, odredbama čl. 146. Novele predviđena je i izmjena odredaba čl. 285. ZPP-a, na način da bi se u odgovoru na tužbu tuženik mogao očitovati o zahtjevima i navodima tužbe te predložiti dokaze kojima potkrjepljuje te navode. Uz odgovor na tužbu tuženik bi bio dužan priložiti isprave na koje se poziva ako je to moguće (v. st. 1. novoga čl. 285. ZPP-a). Odgovor na tužbu podnosio bi se u roku koji odredi sud, ali taj rok ne bi mogao biti kraći od petnaest niti duži od trideset dana (v. st. 2. novoga čl. 285. ZPP-a). Nakon što bi tuženik podnio odgovor na tužbu, u sporovima koje sudi vijeće predsjednik vijeća bi trebao ocijeniti je li s obzirom na prijedloge i navode stranaka potrebno zakazati pripremno ročište ili bi se odmah moglo zakazati ročište za glavnu raspravu (v. st. 3. novoga čl. 285. ZPP-a). Tuženik bi i dalje mogao u pisanom obliku odgovoriti na tužbu iako mu to sud nije naredio (v. st. 4. novoga čl. 285. ZPP-a). Nakon što primi odgovor na tužbu, sud bi mogao donositi sva rješenja koja može donositi u tijeku prethodnog ispitivanja tužbe. Izmijenjenim člankom 285. uređen je, dakle, institut odgovora na tužbu: njegov sadržaj, rok za podnošenje te postupak nakon njegova podnošenja.¹⁹

3. Treba napomenuti i to da je već u odredbama čl. 56. **Nacrta prijedloga Zakona i izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, iz veljače 1998. god.** (koji nikad nije ušao u saborsku proceduru), bila predviđena izmjena odredaba čl. 285. Zakona o parničnom postupku na način da bi predsjednik vijeća prije zakazivanja pripremnog ročišta zatražio od tuženika da u određenom roku podnese pisani odgovor na tužbu. U protivnom bi tuženik bio dužan nadoknaditi tužitelju troškove koje mu je time prouzročio (npr. zbog odgode ročišta). O zahtjevu tužitelja za naknadu tih troškova sud bi bio dužan odlučiti bez odgode rješenjem protiv kojega ne bi bila dopuštena posebna žalba, a na temelju kojeg bi se ovrha mogla tražiti i prije njegove pravomoćnosti. Na ove bi pravne posljedice sud bio dužan upozoriti tuženika u pozivu za davanje odgovora na tužbu. Iako zbog propuštanja davanja odgovora na tužbu nije bila predviđena oglušna presuda, i ovim se izmjenama nastojalo spriječiti nepotrebno odgađanje ročišta, pojačati procesnu disciplinu i koncentraciju postupanja.²⁰

III. Oglušna presuda – poredbeni prikaz

Neaktivnost stranaka u parničnom postupku problem je koji ima dalekosežne negativne posljedice na temeljno načelo parničnog postupka - načelo kontradiktor-

¹⁸ Usp. Obrazloženje Novele, str. 115.

¹⁹ Tako Obrazloženje Novele, str. 115.

²⁰ Vidi Obrazloženje Nacrta iz 1998., str. 61.

nosti.²¹ Postupak koji prethodi donošenju odluke u pravilu je kontradiktoran. Pred sudom se, najčešće, nalaze dva suprotstavljena stranačka zahtjeva.²² S druge strane, presuda se može izreći i zbog neaktivnosti, odnosno propuštanja obrane jedne od stranaka. U tom se slučaju donosi kontumacijska/oglušna presuda. Tada sud donosi meritornu odluku bez kontradiktorne rasprave parničnih stranaka, na temelju dispozitivnih radnji samih stranaka, među ostalim i na temelju presumpcije da (neopravdano) izostala i pasivna stranka priznaje činjenične navode što ih je iznijela protivna stranka.²³ Sud, ako za to budu ispunjene i druge zakonom predviđene pretpostavke, donosi presudu (zbog izostanka, propuštanja) kojom meritorno odlučuje u korist aktivne stranke.²⁴

Iako će predmet našeg detaljnijeg razmatranja biti samo jedna presuda zbog pasivnosti stranaka - **oglušna presuda**, treba napomenuti da je u Noveli predviđeno uvođenje i nove vrste (nekontradiktorne) presude zbog pasivnosti stranaka - presude bez održavanja rasprave (Novela, čl. 182.), a predložene su i neke izmjene odredaba o presudi zbog izostanka (Novela, čl. 181.).

Stoga bi bilo korisno ukazati i na neka rješenja glede donošenja presuda zbog pasivnosti stranaka u poredbenom pravu, a posebno presuda zbog propuštanja davanja odgovora na tužbu. U tom bi se smislu osvrnuli na austrijsko, njemačko i slovensko pravo, ali i na odredbe bivšeg Zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama Kraljevine Jugoslavije iz 1929. god., te na Prednacrt Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine kojim se predviđa i uvođenje presude zbog propuštanja odgovora na tužbu u bosanskohercegovačko postupovno pravo.

²¹ BAILLY, M. P., *op. cit.*, str. 1.

²² Procesna prava pridaju posebno značenje odredbama koje se odnose na prisutnost/aktivnost stranaka u građanskom parničnom postupku. Građanski postupak je kontradiktoran i pretpostavlja, po definiciji, stvaranje mogućnosti strankama čiji su interesi u sukobu da raspravljaju. STOENSCU, I. - ZILBERSTEIN, S., *Drept Procesual Civil-Tratat, Teoria generala*, Bucuresti, 1977., str. 468.

²³ Tako ZUGLIA, S., *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957., (dalje - ZUGLIA), str. 441. Presuda zbog izostanka nije samo ona presuda kojom se usvaja tužbeni zahtjev, nego svaka presuda kojom se o tužbenom zahtjevu meritorno odlučuje polazeći od pretpostavke da tuženik svojim izostankom priznaje činjenice navedene u tužbi. MATIJEVIĆ, I. - JURIČIĆ, Š., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama*, Sarajevo, 1930., str. 128. Autori imaju u vidu pravno uređenje prema Grpp29. Nair e, prema tom se zakonu presuda zbog izostanka mogla donijeti i protiv tužitelja.

²⁴ Usp. *Presuda zbog izostanka*, "Pravna enciklopedija 2", Beograd, 1985., str. 1284. i *Presuda zbog izostanka*, "Pravni leksikon", Beograd 1964., str. 714. Podrobnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Presuda zbog izostanka u građanskom parničnom postupku*, Split, 2001., str. 4. i dalje.

1. Austrijsko pravo

1.1. Austrijski procesni zakonik (u daljnjem tekstu - **AZPO**²⁵) stekao je opće priznanje kao jedan od najsavršenijih modernih parničnih postupnika.²⁶

O presudi zbog izostanka i propuštanja, kao i o propuštanju u građanskom parničnom postupku općenito, nastala je u Austriji devedesetih godina 19. i početkom 20. stoljeća opsežna procesnopravna literatura, a posebno su se isticali radovi dvaju istaknutih austrijskih procesualista: Pollaka i Sperla.²⁷

Austrijsko procesno pravo predviđa mogućnost donošenja tri vrste presuda zbog pasivnosti stranaka. Prvo, presudu zbog izostanka tužitelja ili tuženika s prvoga ročišta (par. 396.); drugo, presudu zbog propuštanja pravovremenog odgovora na tužbu (par. 398.); i, treće, presudu zbog izostanka jedne od stranaka s nekog kasnijeg ročišta (par. 399.). U drugom i trećem slučaju presuda zbog izostanka može se donijeti analogijom, sukladno odredbama par. 396. AZPO-a.

1.2. Što se presude zbog **propuštanja davanja odgovora na tužbu** tiče, ako tuženik ne dostavi na vrijeme odgovor na tužbu, tužitelj može predložiti da se o glavnoj stvari donese presuda zbog propuštanja (*Versaumnis der Klagebeantwortung*), u postupku predviđenome za presudu zbog izostanka iz par. 396. AZPO-a. O zahtjevu tužitelja odluku donosi predsjednik vijeća bez zakazivanja rasprave, u roku od 8 dana (par. 398.).

Ove se presude zbog propuštanja mogu donijeti samo u postupku pred redovitim sudovima (*Gerichtshofverfahren*) i samo zbog nepravodobnoga odgovora na tužbu, dakle samo protiv tuženika.²⁸

²⁵ Gesetz vom 1. 8. 1895. RGBI 113, uber das gerichtliche Verfahren in burgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung).

²⁶ Odredbe o nadležnosti i izvršavanju sudske vlasti u austrijskom su pravu sadržane u posebnom zakonu, tzv. Zakonu o izvršavanju sudske vlasti i nadležnosti u građanskim parnicama - *Jurisdiktionsnorm*, od 1. kolovoza 1895. god.

²⁷ Potanje kod SAVKOVIĆ, J., *Reforma propisa građanskog parničnog postupka o presudi usled izostanka i propuštanja*, "Spomenica kongresa pravnika u Novom Sadu 1938. godine", Beograd, 1938., str. 123. O stajalištima Pollaka i Sperla o presudi zbog izostanka i propuštanja davanja odgovora na tužbu, detaljnije kod ČIZMIĆ, J., *Presuda zbog izostanka u građanskom parničnom postupku*, doktorska disertacija, Split, 2001., poglavlje VII. O ranijim radovima o presudi zbog izostanka i propuštanja u austrijskom pravu vidi još i kod VOLČIĆ, E., *Civilnopravni red in sodni Pravilnik z dne 1. avgusta 1895.*, Ljubljana, 1906., str. 605-616; NIKETIĆ, G., *Građanski parnični postupak*, Beograd, 1934., str. 403-409.; SKEDL, H. A., *Zur Zivilprozessreform*, Wien, 1912., str. 36-77 (posebno o par. 398.); CANSTEIN VON, F., *Das Civilprozessrecht*, T II, Berlin, 1893., str. 117-118.; NEUMANN, G., *Konumentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Teil II, Wien, 1907., str. 1089-1108.; GANDUSIO, S., *Esposizione pratico sistematica del processo civile Austriaco*, Trieste, 1897., str. 241-251.; GANDUSIO, S., *Il regolamento di procedura civile, la Norma di giurisdizione e le relative leggi d'introduzione del 1. Agosto 1895.*, vol. II, Trieste, 1896., str. 398-409.; GELLER, L., *Jurisdictionsnorm, Civilprozessordnung und Advocatennorm*, Wien, 1899., str. 558-566.; GELLER, L., *Jurisdictionsnorm und Civilprozessordnung*, Wien, 1895., str. 414-418.; GELICH, A., *Nuovo regolamento di procedura civile*, Spalato, 1896., str. 79-80.; KLEIN, F. - ENGEL, F., *Der Zivilprozess Osterreichs*, Mannheim - Berlin - Leipzig, 1927., str. 283-292.

²⁸ Vidi HOLZHAMMER, R., *Osterreichisches Zivilprozessrecht*, Wien - New York, 1976., (dalje - **HOLZHAMMER**), str. 280.

Ako je tuženik na prvome ročištu iznio **prigovor nedopuštenosti pravnoga puta, nenadležnosti, nepristranosti, prigovor da spor već teče ili da je stvar pravomoćno presuđena**, i ako je bilo određeno odvojeno raspravljanje o takvom prigovoru (par. 260.), tužitelj može, nakon pravomoćnog odbijanja tih prigovora, zahtijevati da se o glavnoj stvari donese presuda zbog propuštanja (par. 398/2.), svakako ako su ispunjene i pretpostavke iz par. 402. Ako tužitelj izostane s određene odvojene rasprave o spomenutim prigovorima tuženika, sud će i bez njegove prisutnosti odlučivati o prigovorima, te će, ako odbije prigovore, postupak *de facto* mirovati sve do eventualnog zahtjeva tužitelja za donošenje presude zbog propuštanja.²⁹ Ako nije bila određena odvojena rasprava o tim prigovorima, tužitelj može prethodno predložiti samo to da se odredi ročište za usmenu spornu raspravu. U tom će se slučaju usmena sporna rasprava ograničiti na iznesene prigovore. Ako se oni odbiju, odmah će se na prijedlog tužitelja donijeti presuda zbog propuštanja. Ako tuženik i dođe na zakazano ročište, to ne znači smetnju za donošenje presude zbog propuštanja. Njegovi usmeni navodi glede glavne stvari neće se uzimati u obzir pri donošenju presude (par. 398/3.). Ako, pak, tužitelj izostane s ročišta zakazanog na njegov prijedlog da se raspravlja o prigovorima iznesenima na prvom ročištu, dolazi do mirovanja postupka, a tuženik ne može predložiti da se donese presuda zbog propuštanja ili da se odgodi ročište za raspravu o glavnoj stvari.

Ako sud utvrdi da su procesni prigovori tuženika utemeljeni, presudom će odbaciti tužbu. Ako na prvome ročištu nisu istaknuti spomenuti prigovori, tužitelj može pismeno, u svakom trenutku, zahtijevati od suda donošenje presude zbog propuštanja odgovora na tužbu.

Odgovor na tužbu može se podnijeti i **nakon propuštenoga roka**, sve dotle dok tužitelj ne postavi prijedlog za donošenje presude zbog propuštanja. Zakašnjeli odgovor mora se zaprimiti do dana podnošenja zahtjeva za donošenje presude zbog propuštanja, ali ne i na sam dan kada je prijedlog podnesen.³⁰

U teoriji je bilo dvojbi može li se institut **prigovora** (*Widerspruch*) istaknuti i protiv presuda zbog pasivnosti iz par. 398., odnosno presuda zbog propuštanja odgovora na tužbu od strane tuženika. Naime, smatralo se da to omogućuje odredba par. 398. t. 1., koja u slučaju donošenja presude zbog propuštanja upućuje i na primjenu odredaba par. 396. Ali, prevladava stajalište da se prigovorom želio uvesti pravni lijek kojim bi se spriječila krutost odredaba par. 396. glede izostanka stranke

²⁹ To je mišljenje Holzhammera. HOLZHAMMER, str. 281. U radu se navode i mišljenja drugih koji drže da u takvoj situaciji ne nastupa mirovanje postupka, nego čak da postupak treba obustaviti.

³⁰ Tako HOLZHAMMER, str. 281-282. Ovo je stajalište u pravnoj teoriji sporno, odnosno sporno je može li se donijeti presuda zbog izostanka prema odredbi par. 398., odnosno presuda zbog propuštanja odgovora na tužbu, ako je odgovor na tužbu dostavljen nakon isteka roka, ali prije postavljanja zahtjeva za donošenje presude zbog propuštanja/izostanka sudu. Protiv donošenja takve presude su Holzhammer, Rechberger, Kralik, Fasching, a svoje stajalište temelje na odredbi par. 145/2., dok su suprotnog mišljenja Petschek-Stagel i veliki dio judikature. Podatak kod RECHBERGER, W. H. - SIMOTTA, D. A., *Zivilprozessrecht*, Wien, 1986., str. 306.

s prvoga ročišta. Tuženiku koji je propustio predviđeni rok za odgovor na tužbu (do četiri tjedna, par. 243. AZPO) ne bi trebalo staviti na raspolaganje jednaka sredstva obrane kao i tuženiku koji je, primjerice, zakasnio na prvo ročište nekoliko minuta.³¹ S druge strane, i iz odredbe par. 397. razvidno je da aktivna legitimacija za ulaganje prigovora pripada "izostalom".³²

1.3. Presude donesene u smislu paragrafa 396. i 398. smatraju se posljedicama potpunog propuštanja jedne od stranaka, premda kod presude iz par. 398. nema potpune odsutnosti tuženika, jer se pojavio i bio aktivan na prvome ročištu, ali nije odgovorio na tužbu u određenom roku. Zbog toga razloga ona ima manje opravdanja od presude iz par. 396., pa je presuda zbog propuštanja znatno rjeđa pojava u praksi.³³

Potpuni izostanak (*Vollversaumnis*) postoji ako je propušteno prvo ročište ili rok za odgovor na tužbu, odnosno kada se stranka u parnici ne sasluša i kada sud jednostrano izlaganje njezina protivnika koji je sam došao smatra istinitim. Djelomični izostanak (*Teilversaumnis*) postoji ako je propušteno jedno daljnje ročište za usmenu kontradiktornu raspravu. Pri tome samo potpuni izostanak dovodi do prave presude zbog izostanka, a djelomični izostanak do (kontradiktorne) presude prema stanju spisa (*Entscheidung nach Aktenlage*).³⁴

Kod donošenja presude iz par. 396. nema neposredne kontradiktorne rasprave, dok se kod presude iz par. 398. stranke sučeljavaju na prvome ročištu. Ako tuženik ne dostavi pravovremeno odgovor na tužbu, tužitelj može zahtijevati donošenje presude zbog propuštanja o glavnoj stvari. U tom slučaju predsjednik vijeća mora o tome odlučiti kao sudac pojedinac, bez zakazivanja novoga ročišta (par. 398. st. 1.). Što se tiče presude iz par. 399., ona nije presuda zbog izostanka u smislu prije navedenih presuda, nego je to presuda donesena u odsutnosti jedne stranke na ročištu, premda su stranke ranije suprotstavile svoje prijedloge.³⁵

1.4. Sud će odbiti prijedlog za donošenje presuda zbog izostanka/propuštanja iz par. 396., 398., 399. AZPO-a: a/ ako nema dokaza da je stranka bila uredno pozvana. No, sudac može na prijedlog došavše stranke odgovoriti donošenjem presude

³¹ Tako RECHBERGER, W., *Probleme bei der Bekämpfung des Versaumungsurteils nach par. 396 AZPO*, "JB", 103, 1981, br.7-8., str. 180.

³² Fasching označava austrijski prigovor (*Widerspruch*) kao povrat u prijašnje stanje s isključivanjem prava suda na ispitivanje uzroka, odnosno kao međuformu između njemačkoga prigovora (*Einspruch*) i austrijskoga povrata u prijašnje stanje (*Wiedereinsetzung*). FASCHING, *Die Rechtsbehelfe gegen Versaumungsurteile im deutschen und im österreichischen Zivilprozes*, "Baur- FS 1981", podatak kod RECHBERGER, W., *op. cit.*, str. 179.

³³ Presuda zbog propuštanja odgovora na tužbu, nasuprot presudi zbog izostanka iz par. 396., predstavlja procesni raritet. RECHBERGER, W., *op. cit.*, str. 180.

³⁴ Usp. HOLZHAMMER, str. 278.

³⁵ Potanje o vrstama presuda zbog izostanka u austrijskom pravu kod RECHBERGER, W. H. - SIMOTTA, D. A., *op. cit.*, str. 301.; FASCHING, H. W., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozesrechts*, Wien 1990., str. 703.

do dana koji sam odredi i zaključiti raspravu. Ako iz dostavnice koja u tom roku stigne ili iz provedenih izviđaja o dostavi proizlazi da je stranka na vrijeme primila poziv, tako da je mogla doći na ročište/odgovoriti na tužbu, donijet će se presuda zbog izostanka/propuštanja u roku od 8 dana od dana kada stigne dostavnica ili se završi izviđaj o dostavi; b/ ako je kod suda općepoznato da je stranka bila spriječena prirodnim događajem ili drugim neotklonjivim slučajem;³⁶ c/ ako došavša stranka ne može na ročištu podnijeti dokaz koji sud traži glede okolnosti koje se po službenoj dužnosti moraju uzeti u obzir (par. 402/1., npr. dokaz o parničnoj sposobnosti stranke).

Kada sud ne usvoji prijedlog da se zbog propuštanja ili izostanka neke od stranaka donese presuda, odgodit će ročište po službenoj dužnosti na vrijeme koje odgovara okolnostima, a na novo ročište pozvat će se ponovno i ona stranka koja je bila izostala (par. 402/3.).

Ako sud zaključkom odbaci prijedlog da se zbog izostanka ili propuštanja jedne stranke donese presuda, pa taj zaključak nakon žalbe bude ukinut, tada se može donijeti presuda zbog izostanka/propuštanja i bez zakazivanja novoga ročišta (par. 403.).

2. Njemačko pravo

2.1. Stranke nisu dužne pojaviti se pred sudom i raspravljati. No izostane li neka od stranaka, mora postojati način za nastavak postupka. Njemački parnični postupnik (*Zivilprozessordnung* - dalje: **DZPO**) tu poteškoću rješava tako što predviđa mogućnost da se u slučaju izostanka jedne stranke, odnosno ako se jedna stranka ne pojavi ili ne raspravlja na ročištu za usmenu raspravu, na prijedlog druge, lako može ishoditi **presuda zbog izostanka**. Dakako, ako su ispunjeni i ostali propisani uvjeti. S druge strane, izostala stranka može jednako lako ulaganjem remonstrativnog prigovora postići da se u istoj pravnoj stvari ponovno raspravlja, kao da presuda zbog izostanka nije ni donesena.³⁷ Ta je odredba predviđena još u izvornom tekstu DZPO-a. S vremenom su novelama DZPO-a³⁸ tom temeljnom tipu postupka u slučaju izostanka pridodani i **odluka prema stanju spisa** te postupak pri **izostanku u pisanom pretpostupku**.

³⁶ Ovdje se misli i na subjektivne razloge koji su spriječili dolazak stranke, ali ti razlozi moraju biti poznati sudu. Svrha je ove odredbe pridonijeti ekonomičnosti postupka, jer se na taj način izbjegava naknadno ulaganje prijedloga za povrat u prijašnje stanje. HOLZHAMMER, str. 282.

³⁷ Usp. ERKEL, G. - DE BOOR, H. O., *Zivilprozessrecht*, Wiesbaden, 1961., str. 157.

³⁸ Par. 331. Abs. 1 Satz 2 angefügt durch Gesetz vom 21. 3. 1974 (BGBl. I S. 753) und Abs 3 angefügt durch Vereinfachungsnovelle vom 3. 12. 1976 (BGBl. I S. 3281). Par. 331a. Satz 2 neu gefasst, par. 335. Abs 1 Nr. 4 angefügt und par. 337. Satz 1 neu gefasst mit Wirkung vom 1. 7. 1977 durch Vereinfachungsnovelle vom 3. 12. 1976 (BGBl. I S. 3281). Par. 340. Abs. 2 Satz 2 angefügt und Abs 3 neu gefasst, par. 340a. neu gefasst und par. 41 Abs 2 angefügt mit Wirkung vom 1. 7. 1977 durch Vereinfachungsnovelle vom 3. 12. 1976 (BGBl. I S. 3281). Par. 341a. eingefügt und par. 342 neu gefasst durch Vereinfachungsnovelle vom 3. 12. 1976 (BGBl. I S. 3281).

2.2. Što se presude zbog izostanka u pisanom prepostupku tiče, ako tuženik, suprotno par. 276/1. DZPO-a,³⁹ nije pravodobno istaknuo da osporava tužbeni zahtjev, sud će na zahtjev tužitelja donijeti odluku bez održavanja usmene rasprave (*die Erklarung des Beklagten noch eingeht*), odnosno tzv. presudu zbog izostanka u pisanom prepostupku (*das Versaumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren*, par. 331/3.).⁴⁰

Kada se predsjednik vijeća odluči provesti ročište prema odredbama par. 272/2. i 276. DZPO-a, bez održavanja usmene rasprave (pisani predpostupak),⁴¹ tuženika se dostavom tužbe poziva da, u roku od dva tjedna, izjavi želi li se braniti (osporiti tužbeni zahtjev), te da u daljnjem roku od najmanje dva tjedna odgovori na tužbu.⁴² Ne izjavi li tuženik u predviđenom roku namjeru osporavanja tužbenog zahtjeva (u tzv. odvetničkom postupku tu izjavu mora dati ovlašteni odvetnik), tada se na tužiteljev zahtjev protiv izostalog tuženika donosi presuda zbog propuštanja, bez održavanja usmene rasprave (par. 331/3).⁴³

Tužitelj zahtjev može postaviti već u tužbi. Tuženik može predati izjavu o osporavanju tužbenog zahtjeva sve dok presuda potpisana od sudaca nije predata pisarnici (*Geschäftsstelle*).⁴⁴

Presuda zbog izostanka u pismenom prepostupku prisutna je u njemačkom parničnom postupku od dana kada je Novelom DZPO-a iz 1977. godine, odnosno Zakonom o pojednostavljenju i ubrzanju sudskih postupaka,⁴⁵ uveden pisani prepostupak (par. 276.), kao alternativa pripremnom ročištu.⁴⁶

³⁹ Par. 276/1. - *Bestimmt der Vorsitzende keinen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung, so fordert er den Beklagten mit der Zustellung der Klage auf, wenn er sich gegen die Klage verteidigen wolle, dies binnen einer Notfrist von zwei Wochen nach Zustellung der Klageschrift dem Gericht schriftlich anzuzeigen; der Kläger ist von der Aufforderung zu unterrichten. Zugleich ist dem Beklagten eine Frist von mindestens zwei weiteren Wochen zur schriftlichen Klageerwidderung zu setzen. Ist die Zustellung der Klage im Ausland vorzunehmen, so bestimmt der Vorsitzende die Frist nach Satz 1.*

⁴⁰ U postupku bez usmene rasprave određenom po službenoj dužnosti može se donijeti presuda zbog izostanka ako je razvidno da se tuženik ne namjerava braniti od tužbenog zahtjeva. OLG Hamm, Beschl. v. 11. 3. 1983 - 6 WF 59/83, podatak kod "MDR", br. 6/83, str. 497. Nakon zakazivanja usmenog ročišta zabranjeno je odrediti povratak u pismeni prepostupak ili njegovo ponovno otvaranje. I nakon ukidanja ročišta za usmenu raspravu zabranjeno je donošenje presude zbog izostanka bez usmene rasprave. OLG München, Beschl. v. 26. 11. 1982 - 5 W 2472/82, podatak kod "MDR", br. 4/83, str. 324.

⁴¹ Potanje kod BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, München, 2001., str. 943-946.

⁴² Usp. JAUERING, O., *Zivilprozessrecht*, München, 2002., str. 274.

⁴³ Tako HABSCHEID, W. J., *Das Versaumnisverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht*, XI. Internationaler Kongres für Rechtsvergleichung, Caracas 1982., str. 59. Vidi i kod RITTER-SCHMIDT, D., *Die Zulässigkeit eines Versaumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren nach vorangegangenen Mahnverfahren* (par. 331 III; 697 III DZPO), Marburg, 1989., str. 1-126.

⁴⁴ Usp. ZUGEHOR, H., *Einspruch gegen ein Versaumnisurteil im schriftlichen (Vor-)Verfahren zur Zustellung?*, "NJW", 45, 1992, br. 36, str. 2261-2263.; HABSCHEID, W. J., *op. cit.*, str. 59.

⁴⁵ *Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom 3. 12. 1976 - BGBl. I S. 3281, in Kraft seit dem 1. 7. 1977.*

⁴⁶ Usp. BERGERFURTH, B., *Das Versaumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren*, "OJZ", 32, 1978, br. 9, str. 298-300.

2.3. Stranka protiv koje je donesena presuda zbog izostanka ima pravo uložiti prigovor protiv presude zbog izostanka (*Einspruch*).⁴⁷ Prigovor sprječava nastupanje pravomoćnosti presude zbog izostanka, ali joj ne oduzima valjanost i privremenu izvršnost.⁴⁸ Samo stranka koja je izostala i protiv koje je donesena presuda zbog izostanka može uložiti prigovor, jer se, uostalom, protiv stranke koja se pojavila može donijeti samo nepravna presuda zbog izostanka protiv koje nije dopušten prigovor. Prigovor se može podnijeti u (prekluzivnom) roku od dva tjedna od dana dostavljanja presude (*Einspruchsfrist*, par. 339.). Ako se presuda dostavlja u inozemstvo ili javnim objavljivanjem (*durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen*), sud će rok za prigovor odrediti u presudi ili naknadno posebnom odlukom, koja može biti donesena i bez održavanja usmene rasprave.⁴⁹ Prigovor se ulaže dostavom prigovornog podneska (*Einspruchsschrift*) parničnom sudu. Prigovorni podnesak mora sadržavati podatke o presudi protiv koje se ulaže, izjavu (*Erklärung*) da se protiv te presude ulaže prigovor, te opseg pobijanja. U prigovornom podnesku stranka mora iznijeti svoja ofenzivna i defenzivna sredstva, kao i prigovore koji se tiču dopustivosti tužbe.⁵⁰ Tko prigovor protiv presude zbog izostanka ne obrazloži na vrijeme, riskira odbijanje prigovora i time konačni gubitak svojega meritornog prava. Rok za obrazloženje prigovora protiv presude zbog izostanka je sudski rok (*Notfrist*, rok iz nužde) i predsjednik vijeća može ga produžiti.⁵¹ **Protiv presude zbog izostanka donesene u pismenom pretpostupku ne može se uložiti prigovor prije dostave presude.** Rok za prigovor počinje teći dostavom presude (drugoj) stranci u postupku.⁵²

Prigovorni podnesak dostavlja se protivnoj stranci uz obavijest kada je dostavljena presuda zbog izostanka i kada je uložen prigovor. Prigovorni spis dostavlja se po službenoj dužnosti u dostatnom broju primjeraka za protivnu stranku (par. 340.a).

Sud po službenoj dužnosti provjerava je li prigovor dopušten te je li uložen u zakonski propisanoj formi i propisanom roku. Nedostaje li neki od tih uvjeta, prigovor će se kao nedopušten odbaciti (par. 341.). Provjeravanje prigovora (*Prüfung des Einspruchs*) sud može provesti i bez zakazivanja usmene rasprave. Ne odbaci li sud prigovor kao nedopušten, zakazat će ročište za usmenu raspravu (*Termin zur*

⁴⁷ Usp. ERKEL, G. - DE BOOR, H. O., *op. cit.*, str. 158-160.

⁴⁸ HABSCHIED, W. J., *op. cit.*, str. 63. O privremenoj izvršnosti vidi kod GELDER von, A., *Vorläufige Vollstreckbarkeit aufrechterhaltener Versaumnisurteile*, "NJW", 25, 1972, br. 37, str. 1646 - 1651. i FELDER, B., *Vorläufige Vollstreckbarkeit bei Aufrechterhaltung von Versaumnisurteilen*, "NJW", 29, 1976, Heft 30, str. 1345-1346.

⁴⁹ Usp. JONAS, M., *Die Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1938, tekst uz par. 339.

⁵⁰ Usp. HABSCHIED, W. J., *op. cit.*, str. 63.

⁵¹ Usp. HARTMANN, P., *Einspruch gegen Versaumnisurteile; Begrundungsfrist = Notfrist, doch bei Verlängerung*, "NJW", 41, 1988, br. 42, str. 2659-2661.

⁵² Ipak, u teoriji je zastupljeno stajalište da je, ako ne dođe do daljnjeg dostavljanja presude (i drugoj stranci), dopušteno istaknuti prigovor i nakon prve dostave presude. Usp. ZUGEHOR, H., *Einspruch gegen ein Versaumnisurteil im schriftlichen (Vor-)Verfahren vor Zustellung?*, "NJW", 45, 1992, br. 36, str. 2261-2263.

mundlichen Verhandlung) o prigovoru i glavnom zahtjevu i o tome će izvijestiti stranke (par. 341.a). Dopustivost prigovora sud utvrđuje međupresudom ili, u pravilu, u obrazloženju presude koju donosi nakon provedene nove rasprave. Ako je prigovor dopušten, postupak se vraća u stanje u kojemu se nalazio prije nastupanja izostanka, pred istim prvostupanjskim sudom koji je donio presudu zbog izostanka.⁵³ Sve parnične radnje poduzete prije donošenja presude zbog izostanka ponovno postaju valjane. Ako sud utvrdi da bi odluka koja se donosi na temelju nove rasprave trebala biti u suglasnosti s odlukom iz prethodne presude zbog izostanka, potvrđuje prije donesenu presudu zbog izostanka. U protivnome, novom presudom ukida se presuda zbog izostanka (par. 343.) i sudi se na temelju utvrđenog stanja stvari. Na odustanak od prigovora i njegovo povlačenje primjenjuju se propisi o odustanku od žalbe i njezinom povlačenju.

Stranka koja je uložila prigovor, ali se ne pojavi na zakazanoj usmenoj raspravi, ili na odgođenom ročištu, ili se pojavi, ali ne raspravlja o glavnom zahtjevu, nema pravo uložiti novi prigovor protiv presude zbog izostanka kojom se zbog njezina izostanka odbacuje prigovor - tzv. **druge presude zbog izostanka** (*Zweites Versaumnisurteil*).⁵⁴ "Druga presuda zbog izostanka" (*Zweites Versaumnisurteil*, par. 345.) je presuda kojom se odbacuje prigovor stranke koja je izostala s ročišta za raspravljanje o njezinom prigovoru protiv presude zbog izostanka, dakle koja je izostala dva puta za redom. Ona sprječava stranku koja je ponovno izostala da još duže oteže parnicu, jer se ne može pobijati prigovorom.⁵⁵ Ona je, kao i prva presuda zbog izostanka, meritorna presuda. Sud mora, naime, prije donošenja druge presude zbog izostanka provjeriti ne samo je li ulagatelj prigovora izostao s ročišta nego, prema načelu istraživanja po službenoj dužnosti, postoje li i drugi uvjeti za donošenje druge presude zbog izostanka.⁵⁶

Stranka protiv koje je donesena (prava) presuda zbog izostanka ne može presudu pobijati **žalbom** (par. 513.).⁵⁷ Protiv prave presude zbog izostanka ne može se uložiti žalba ni revizija. Dopušten je, kao što smo vidjeli, jedino remonstrativni prigovor. Prigovor se ne može istaknuti protiv nepravih presuda zbog izostanka. Žalba protiv tzv. druge presude zbog izostanka može se uložiti ako su prva i druga presuda zbog izostanka donesene po nedopuštenoj tužbi, tako da nisu ni smjele biti donesene, te je takva tužba, štoviše, trebala biti odbačena nepravom presudom zbog izostanka. U takvom je slučaju izostanak stranke neopravdano uzet za temelj presude zbog izostanka, a izostanak zapravo nije ni postojao.⁵⁸

⁵³ Usp. ERKEL, G. - DE BOOR, H. O., *op. cit.*, str. 159.

⁵⁴ Usp. HABSCHEID, W. J., *op. cit.*, str. 64.

⁵⁵ SCHELLHAMMER, K., *Zivilprozess*, Heidelberg, 1988., str. 688.

⁵⁶ HOYER, C., *Das technisch zweite Versaumnisurteil*, Frankfurt am Main - Bern, 1980., str. 66-67.

⁵⁷ Usp. LEHMANN, K., *Die Berufung gegen das technisch zweite Versaumnisurteil*, Köln 1989., str. 1-179.

⁵⁸ Usp. MARCELLI, W., *Keine Saumnis bei unschlüssiger Klage*, "NJW", 34, 1981, br. 47, str. 2558-2560. i LEHMANN, K., *op. cit.*, str. 1-179.

3. Slovensko pravo

3.1. Dana 25. ožujka 1999. godine u Sloveniji je donesen novi Zakon o pravdnem postopku (dalje - **NSIZPP**), a objavljen je u "Uradnem listu", br. 26/99. od 15. travnja 1999. godine, koji je stupio na snagu 14. srpnja 1999. godine. Time se prestao primjenjivati dotadašnji Zakon o pravdnem postopku (dalje - **SSIZPP**), kojeg je Slovenija u svoj pravni sustav preuzela iz bivše SFR Jugoslavije na temelju odredbe čl. 4. Ustavnog zakona za provođenje Temeljne ustavne odluke o samostalnosti i neovisnosti Republike Slovenije ("Uradni list RS", čl. 1/91.).⁵⁹

3.2. Za nas je posebno značajno da NSIZPP ne predviđa institut presude zbog izostanka koja je bila uređena odredbama čl. 332. SSIZPP-a. Naime, kao i u pravu drugih zemalja koje su nakon osamostaljenja preuzele Zakon o parničnom postupku SFR Jugoslavije, i u slovenskom je pravu bilo moguće donijeti presudu zbog izostanka protiv tuženika koji je neopravdano izostao s pripremnoga ročišta ili, ako pripremno ročište nije održano, s prvoga ročišta za glavnu raspravu. Svakako da bi se presuda zbog izostanka mogla donijeti, bilo je nužno da se kumulativno ispune i druge pretpostavke: tuženik je morao biti uredno pozvan; tužitelj je morao predložiti donošenje presude zbog izostanka; tuženik nije podneskom osporio tužbeni zahtjev; osnovanost tužbenog zahtjeva morala je proizlaziti iz činjenica navedenih u tužbi; činjenice na kojima se temeljio tužbeni zahtjev nisu smjele biti u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su općepoznate; nisu smjele postojati općepoznate okolnosti iz kojih je proizlazilo da su tuženika spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište (SSIZPP, čl. 332. st. 1.).⁶⁰ Štoviše, i ako su bili ispunjeni svi ovi uvjeti, presuda zbog izostanka nije se mogla donijeti ako bi sud našao da je bila riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (SSIZPP, čl. 332. st. 2., u svezi s odredbama čl. 3. st. 3. SSIZPP-a).⁶¹

⁵⁹ Potanje o tome UDE, L., *Civilni pravdni postopek - dodatek*, Ljubljana, 1998., str. 5-6.

⁶⁰ O presudi zbog izostanka u slovenskom pravu vidi kod GABER, M., *Zamudna sodba*, "Ljudska uprava", 1957, br. 5-6, str. 234-237.; GROSMAN, V., *Postopek brez glavne obravnave in pripravljalni postopek*, "Pravnik (Ljubljana)", 12, 1957, br. 5-8, str. 192-201.; GROSMAN, F., *Zamudna sodba (Sodba zaradi izostanka)*, "Pravnik", 12, 1957, br. 5-8, str. 234-238.; JUHART, J., *Civilno procesno pravo FNR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961.; JUSTIN, I., *Osnove civilnih sodnih postopkov*, Ljubljana, 1987.; KOMAN - PERENIČ, L., *Nekaj pripomb k sodbi zaradi izostanka*, "Pravnik (Ljubljana)", 31, 1976, br. 4-6, str. 137-145.; MIŠIČ, D., *Ali se lahko izda sodba zaradi izostanka zoper osebo pod skrbništvom*, "Pravnik (Ljubljana)", 13, 1958, br. 9-10, str. 366-370.; SAJOVIĆ, R., *SI IN IUS VOCAT ITO, ali sodba zbog izostanka*, "Pravosude", 7, 1938, br. 9, str. 599 - 606.; ŠTEMPIHAR, J., *Odprava protipogodbene izposlovanih zamudnih sodb*, "Slovenski Pravnik", 52, 1938, br. 5 - 6, str. 123 - 130.; TRAMPUŽ, M., *Sodba zaradi izostanka in denarni odškodninski zahtevki za nepremoženjsko škodo*, "Pravnik (Ljubljana)", 38, 1983, br. 10 - 12, str. 361 - 375.; UDE, L.: *Civilni pravdni postopek*, Ljubljana, 1988.

⁶¹ Odredbe o presudi zbog izostanka SSIZPP-a neće biti predmet detaljnijeg razmatranja jer su identične s odredbama o presudi zbog izostanka hrvatskoga Zakona o parničnom postupku o presudi zbog izostanka, koje su detaljno obrađene u ovome radu.

Ipak, u postupcima u kojima je tužba podnesena prije stupanja na snagu NSIZPP-a, odnosno prije 14. srpnja 1999. godine, i dalje će se primjenjivati odredbe SSIZPP-a o presudi zbog izostanka, ali će se uvjeti za donošenje presude na temelju propuštanja prosuđivati po odredbama NSIZPP-a (arg. iz čl. 499. NSIZPP-a).

3.3. Umjesto presude zbog izostanka, odredbama čl. 318. NSIZPP-a predviđena je presuda zbog propuštanja (**zamudna sodba**) koju sud donosi zbog nepodnošenja odgovora na tužbu.

Nakon što tužitelj podnese tužbu, sud ju je dužan dostaviti tuženiku u roku od 30 dana od kada je podnesena, odnosno u roku od 30 dana od donošenja odluke o prijedlogu za oslobođanje od plaćanja sudskih pristojbi (NSIZPP, čl. 276.). Ako zakonom nije drukčije određeno, tuženik mora odgovoriti na tužbu u roku od 30 dana od dana primitka tužbe (NSIZPP, čl. 277.). Sud je dužan upozoriti tuženika da će u slučaju ako ne odgovori na tužbu u spomenutom roku od 30 dana od dana primitka tužbe, donijeti presudu kojom će usvojiti tužbeni zahtjev (zamudna sodba).⁶² Ako tuženik usprkos upozorenju u predviđenom roku ne odgovori na tužbu, sud će zbog njegova propuštanja donijeti presudu kojom će udovoljiti tužbenom zahtjevu.

Usto, potrebno je da su ispunjeni sljedeći uvjeti: 1/ tuženiku tužba na odgovor mora biti pravilno uručena; 2/ ne smije se raditi o zahtjevima kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati (NSIZPP, čl. 3. st. 3.); 3/ osnovanost tužbenog zahtjeva mora proizlaziti iz činjenica koje su navedene u tužbi; 4/ činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev ne smiju biti u suprotnosti s dokazima koje je predložio tužitelj ili s činjenicama koje su općepoznate (NSIZPP, čl. 318. st. 1.).

Dakle, za razliku od potrebnih uvjeta za donošenje presude zbog izostanka, za donošenje ove presude zbog propuštanja **nije više potreban prijedlog tužitelja**. Usto, NSIZPP ne uvjetuje više donošenje ove presude propuštanjem da se najkasnije na pripremnom ročištu, odnosno prvom ročištu za glavnu raspravu ospori tužbeni zahtjev.⁶³

3.4. Donošenje presude zbog propuštanja može se dogoditi ako sud ocijeni da je potrebno pribaviti obavijesti o činjenicama iz čl. 318. st. 1. NSIZPP-a.

3.5. NSIZPP ne predviđa mogućnost donošenja presude zbog pasivnosti protiv tužitelja, ali predviđa odbijajuću (zavrnilnu) presudu, čak i samo na temelju pisanih priloga, čime se takva presuda približava institutu presude zbog propuštanja. Naime, ako iz činjenica koje su navedene u tužbi ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva, a tužitelj ne uredi tužbu u roku kojeg mu sud odredi rješenjem,⁶⁴ sud će donijeti presudu kojom se tužbeni zahtjev odbija (zavrnilna sodba). /NSIZPP, čl. 318., st. 3./

⁶² Odgovor na tužbu mora biti obrazložen. Iz obrazloženja mora proizlaziti da li se tuženik protivi tužbenom zahtjevu u cjelini ili djelomično i u kojem dijelu. Tuženik mora u odgovoru na tužbu priložiti isprave i predlagati dokaze s kojima se utvrđuju učinci koje navodi u odgovoru (NSIZPP, čl. 278.). Odgovor na tužbu sud mora uručiti tužitelju u roku od 30 dana od dana zaprimanja odgovora (NSIZPP, čl. 279.).

⁶³ Vidi detaljnije kod RIJAVEC, V., *Posljedice pasivnosti strank v pravdnem postopku*, "Pravnik (Ljubljana)", let. 54, 1999., br. 6-8, str. 393-410.

⁶⁴ Rješenje o nadopuni tužbe uručuje se samo tužitelju i protiv njega nije dopuštena žalba (NSIZPP, čl. 318. st. 4.).

3.6. Iako je NSIZPP u slovenski parnični postupak preuzeo pisani postupak zbog propuštanja, na način kako ga uređuje njemački ZPO u pogledu propuštanja roka za odgovor na tužbu po par. 276/1., koja se izdaje na temelju par. 331/3., a kakvog ga predviđa i austrijski ZPO u okviru jedne od tzv. pravih presuda zbog propuštanja po par. 398., u pravnoj se teoriji već javljaju mišljenja kako zakonodavac nije iskoristio sve mogućnosti koje pruža institut presude zbog propuštanja u njemačkom i austrijskom postupku u pogledu što bržeg završetka postupka u slučaju kada neka od stranaka nije dovoljno aktivna.⁶⁵ Naime, zakonodavac nije predvidio presudu protiv tuženika zbog izostanka s pripremnog ročišta, odnosno ni presudu zbog pasivnosti tužitelja. Prema odredbama par. 396. austrijskog ZPO-a moguća je tzv. prava presuda zbog izostanka u slučaju izostanka s prvog ročišta - i protiv tužitelja i protiv tuženika. Štoviše, austrijski ZPO poznaje i tzv. nepravu presudu zbog izostanka, koja se može donijeti zbog izostanka s nekoga od kasnijih ročišta (par. 399.), u kojem slučaju sud mora uzeti u obzir prije izvedene dokaze i navode izostale stranke. I odredbe par. 330. njemačkog ZPO-a uređuju presudu zbog izostanka tuženika, a u par. 331/1. i presudu zbog propuštanja tužitelja izostalog s usmene rasprave/ročišta.

4. Pravo Federacije Bosne i Hercegovine

U pravu Federacije Bosne i Hercegovine odredbama Zakona o parničnom postupku ("Službene novine Federacije BiH", broj 42/98., dalje - **FZPP**) **nije predviđena oglušna presuda**. Međutim, treba napomenuti da je izrađen Prednacrt i da je u toku donošenje novoga Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (dalje - **Prednacrt**), u kojemu je predviđena i presuda zbog propuštanja odgovora na tužbu (oglušna presuda).

Prema odredbama Prednacrt, sud **odmah** nakon prijema tužbe počinje pripreme za glavnu raspravu, a te pripreme obuhvaćaju, među ostalim, i dostavu tužbe na **obvezni odgovor** (Prednacrt, čl. 59. st. 1. i 2.). Tužba se dostavlja tuženiku na obvezni odgovor u **roku od 30 dana** od dana prijama ispravne i potpune tužbe u sudu (Prednacrt, čl. 66.). *Ratio legis* ove nove odredbe, u odnosu na odredbe FZPP-a, jest određivanje maksimalnog zakonskog roka unutar kojeg je nadležni sud dužan procesuirati formalnopravno urednu tužbu njezinim dostavljanjem tuženiku, čime dolazi do litispendencije i zasnivanja parnice.⁶⁶ Nakon primitka tužbe tuženik je dužan najkasnije u roku od 30 dana dostaviti sudu pisani odgovor na tužbu (Prednacrt, čl. 67. st. 1.).⁶⁷ Prilikom dostave tužbe tuženiku, sud je dužan tuženika poučiti o

⁶⁵ Tako kod *Zakon o pravdnem postopku z uvodnimi pojasnili prof. dr. Lojzeta Udeta in stvarnim kazalom dr. Aleša Galiča*, Ljubljana, 1999., str. 64-65.

⁶⁶ Usp. *Komentari na nacrt Zakona o parničnom postupku i Zakona o izvršnom postupku*, Sarajevo, 2002., str. 26.

⁶⁷ U raspravi o tekstu Prednacrt bilo je razmišljanja da bi ovaj rok trebao biti kraći, primjerice 15 dana (v. prijedloge Kantonalnog suda u Zenici), ali i da bi trebao biti i duži od 30 dana, primjerice 60

obvezi da najkasnije u roku od 30 dana dostaviti sudu pisani odgovor na tužbu, o nužnom sadržaju odgovora na tužbu, te ga **upozoriti na posljedice** nedostavljanja odgovora na tužbu (Prednacrt, čl. 67. st. 2.). Dakle, za razliku od odredaba čl. 266. FZPP-a kojima je bio uređen fakultativni odgovor na tužbu, odredbama Prednacrtu predviđa se obvezni pisani odgovor na tužbu, uz prijetnju kontumacijskim posljedicama.⁶⁸

U **odgovoru na tužbu tuženik treba istaknuti** moguće procesne prigovore i izjasniti se priznaje li ili osporava postavljeni tužbeni zahtjev, te navesti i druge podatke koje mora imati svaki drugi podnesak (Prednacrt, čl. 68. st. 1.). Ako tuženik osporava tužbeni zahtjev, odgovor na tužbu mora sadržavati i činjenice na kojima tuženik temelji svoje navode, dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, te pravni osnov za navode tuženika (Prednacrt, čl. 68. st. 2.).

Posebno je značajno da trenutak primitka tužbe na odgovor od tuženika predstavlja ujedno i trenutak njegovog **upuštanja u raspravljanje o glavnoj stvari** (arg. iz čl. 69. Prednacrtu).

Ako tužitelj ne dostavi odgovor na tužbu, a tužitelj nije u tužbi zatražio donošenje oglušne presude, sud bi morao, nakon proteka roka za podnošenje odgovora na tužbu, zakazati pripremno ročište (Prednacrt, čl. 72. st. 2.). Ako, pak, tuženik odgovori na tužbu u propisanom roku, sud je dužan, u pravilu, zakazati pripremno ročište (sada obvezni stadij postupka) u roku od 30 dana od dana kada je primio pisani odgovor na tužbu (Prednacrt, čl. 72. st. 4.).

Ako uredno pozvani tužitelj ne dođe na ročište za glavnu raspravu, presumirat će se da je povukao tužbu, osim ako se tuženik na tom ročištu ne upusti u raspravljanje o glavnoj stvari.⁶⁹ Ako, pak, na ročište za glavnu raspravu ne dođe uredno pozvani tuženik, rasprava će se održati bez njegove prisutnosti, bez kontumacijskih posljedica po tuženika (Prednacrt, čl. 94. st. 3. i 4.).

Prema odredbama čl. 179. Prednacrtu ZPP-a, kada tuženik, kojem je uredno dostavljena tužba u kojoj je tužitelj predložio donošenje presude zbog propuštanja, ne dostavi pisani odgovor na tužbu u zakonskom roku, sud treba, temeljem postojanja ova tri uvjeta procesnopravne naravi, donijeti presudu kojom se prihvaća tužbeni zahtjev

pa i 90 dana, uz obrazloženje da zbog velike preopterećenosti sudaca parničnim predmetima rok od 30 dana objektivno se ne može ispoštovati (v. prijedloge sa seminara *Reforma parničnog postupka u FBiH*, održanog u Mostaru u lipnju 2001. god.).

⁶⁸ Treba napomenuti da je u raspravi o Prednacrtu bilo i drukčijih, suprotnih mišljenja prema kojima uvođenje obveznosti ulaganja odgovora na tužbu nije primjereno obzirom da stranku ne bi trebalo prisiljavati da obvezno daje odgovor na tužbu, što bi poseban problem predstavljalo za neuke stranke. U tom smislu drže da ne bi ni trebalo uvoditi u parnični postupak presudu zbog propuštanja odgovora na tužbu, već bi trebalo ostaviti rješenja iz čl. 314. FZPP-a o presudi zbog izostanka. Usp. primjedbe Građanskog odjeljenja Općinskog suda u Mostaru na prednacrt Zakona o parničnom postupku FBiH.

⁶⁹ Iako u tekstu čl. 94. st. 4. ne postoji ova sintagma "o glavnoj stvari", u raspravi o ovoj odredbi bilo je mišljenja da bi navedenu sintagmu bilo nužno dodati u st. 4., jer isticanje procesnopravnih, odnosno prigovora o akcesornoj stvari ne bi trebalo utjecati na postojanje predmetne presumpcije. Usp. *Komentari na nacrtu Zakona o parničnom postupku i Zakona o izvršnom postupku*, Sarajevo, 2002., str. 36.

(**presudu zbog propuštanja**), osim ako postoji pretpostavka materijalnopravne naravi, da je zahtjev očigledno neosnovan (Prednacrt, čl. 179. st. 1.). Zahtjev je očito neosnovan ako je očigledno protivan činjenicama navedenim u tužbi, te ako su činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u očiglednoj suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj predložio ili s činjenicama koje su općepoznate. U slučaju kad je tužbeni zahtjev očigledno neosnovan, sud treba donijeti presudu kojom se odbija tužbeni zahtjev (Prednacrt, čl. 179. st. 3.). Ako sud, pak, utvrdi da se radi o zahtjevu kojim stranke ne mogu slobodno raspolagati, neće donijeti presudu zbog propuštanja (Prednacrt, čl. 179. st. 4.), već će, kao i u slučaju nedostatka neke od pretpostavki procesnopravne naravi, svojim rješenjem tužbu odbaciti kao nedopuštenu.

Razvidno je da se radi o potpuno novom članku i rješenju kojim se u građanskom postupkovnom pravu FBiH u potpunosti derogiraju odredbe FZPP-a o presudi zbog izostanka.

Zanimljivo je da protiv presude zbog propuštanja **nije dopuštena žalba**, već tuženik može samo podnijeti **prijedlog za povrat u prijašnje stanje** (arg. iz čl. 180. st. 1. Prednacrt).⁷⁰ Na ovaj se način željelo premostiti problem dualiteta pravnih sredstava protiv kontumacijskih odluka iz sadašnjeg FZPP-a.⁷¹ Pravovremeno podneseni prijedlog za povrat u prijašnje stanje sprječava nastupanje pravomoćnosti donesene presude zbog propuštanja (Prednacrt, čl. 180. st. 2.). Ako sud udovolji prijedlogu za povrat u prijašnje stanje, tuženik je dužan snositi sve troškove postupka koji su nastali do donošenja presude zbog propuštanja (Prednacrt, čl. 180. st. 3.).

Za razliku od ostalih presuda koje su stranke, odnosno njihovi zastupnici ili punomoćnici dužni sami preuzeti u zgradi suda (arg. iz čl. 182. st. 2. Prednacrt), presuda zbog propuštanja dostavlja se strankama u skladu s odredbama Prednacrt o dostavljanju (Prednacrt, čl. 184.).

U obrazloženju presude zbog propuštanja trebaju se iznijeti samo razlozi koji opravdavaju donošenje takve presude (Prednacrt, čl. 188. st. 5.).

5. Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama Kraljevine Jugoslavije

Jugoslavenski Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (građanski parnični postupak - dalje: **Grpp**), iz 1929. godine,⁷² predviđao je dvije

⁷⁰ Prema mišljenju sutkinje Selimović, u slučaju da je sud pogrešno ocijenio da odgovor nije očividno neutemeljen, može se postaviti pitanje opravdanosti nedopuštenosti žalbe s aspekta zakonitosti odluke.

⁷¹ Tako *Komentari na nacrt Zakona o parničnom postupku i Zakona o izvršnom postupku*, Sarajevo, 2002., str. 64.

⁷² Stupio je u život dana 3. kolovoza 1929. kada je bio objavljen u br. 179-LXXV "Službenih Novina". Uvodnim zakonom od 9. lipnja 1930., bio je određen dan 1. siječnja 1932. kad je imao dobiti obveznu snagu, izuzevši područja Apelacijskih sudova u Beogradu i Skoplju i Velikog suda u Podgorici, gdje je imao dobiti obveznu snagu dana 1. siječnja 1933. godine. Usp. WERK, H., *Teoretsko - praktični priručnik jugoslavenskog građanskog parničnog prava*, Zagreb, 1932., str. 4. Vidi i MATIJEVIĆ, I. - JURIČIĆ, Š., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama*, Sarajevo, 1930., str. XIX-XXIII.

vrste kontumacijskih presuda - presuda zbog izostanka stranaka s prvoga ročišta za glavnu raspravu (par. 492.) te presuda zbog tuženikova propuštanja pravovremenog odgovora na tužbu (par. 494.), o kojoj će dalje biti više riječi.

Kada **tuženik ne bi na vrijeme predao odgovor na tužbu**, u sudskom roku od najviše 4 tjedna, koji se mogao i produžiti, tužitelj je mogao predložiti da se o glavnoj stvari donese presuda zbog propuštanja. Prema odredbama par. 492. predsjednik vijeća donosio je odluku kao sudac pojedinac, u roku od 8 dana, bez određivanja rasprave (par. 494.). Ako tuženik ne bi došao na određeno ročište, to nije predstavljalo smetnju za donošenje presude zbog propuštanja. Njegovi menii navodi koji su se ticali glavne stvari nisu se uzimali u obzir pri donošenju presude.

Protokom roka koji je sud odredio za podnošenje odgovora na tužbu odgovor na tužbu bio je prekludiran i nije se mogao, s pravnim učinkom, više podnijeti, ni uz pristanak tužitelja. Prekasno podneseni odgovor sud je morao odbaciti po službenoj dužnosti. Posljedica prekluzije, dakle nedopuštenost podnošenja odgovora na tužbu nakon određenog roka, nastupala je sama po sebi, pa nije za to bio potreban tužiteljev prijedlog.⁷³ Je li osim te opće posljedice propuštanja, koja se sastoji u prekluziji, isključenju dopuštenoga pravnog djela, mogla nastupiti i daljnja posljedica koja se sastojala u neosporenosti tužiteljevih navoda, ovisilo je o tužiteljevu prijedlogu.⁷⁴

Pisani odgovor na tužbu bio je predviđen samo u **redovitom postupku** pred prvostupanjskim zbornim sudovima (par. 338.). U postupku pred sreskim sudovima mogao se odgovor dati samo usmeno na usmenoj spornoj raspravi (par 536/2. i 538/1.).

Ako je tuženik na prvome ročištu iznio **prigovor** nedopuštenosti pravnoga puta (par. 40.), nenadležnosti suda (par. 41.), da parnica već teče (par. 327.), ili da je stvar pravomoćno već presuđena (par. 507.), a već je određeno da se o takvim prigovorima odvojeno raspravlja, pa su prigovori nakon održane rasprave pravomoćno odbijeni, tužitelj je mogao, već na tom ročištu na kojemu se raspravljalo o prigovorima, predložiti donošenje presude zbog propuštanja. Ako bi, pak, neki od prigovora sud prihvatio, postupak se obustavljao, tužba se zaključkom odbijala, prijedlog za donošenje presude zbog izostanka postajao je bespredmetan, jer uopće nije bilo moguće donijeti presudu. Ako bi jedna od stranaka izostala s ročišta određenog za odvojeno raspravljanje o prigovorima, odluka se donosila nakon završene rasprave s došavšom strankom.⁷⁵ Ako pak nije bila određena odvojena rasprava o spomenutim prigovorima, tužitelj je mogao prethodno predložiti samo to da se odredi ročište za usmenu spornu raspravu o tim spornim pitanjima. U tom se slučaju usmena sporna

⁷³ Vidi ARANĐELOVIĆ, D., *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1932., str. 182.

⁷⁴ VERONA, A. - ZUGLIA, S., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama - Građanski parnični postupak*, Zagreb, s.a., str. 582. Bilo je mišljenja da se odgovor na tužbu mogao podnijeti i nakon propuštenog roka, a sve dotle dok tužitelj ne bi postavio prijedlog za donošenje presude zbog propuštanja. Tako GALIJAN, F., *Presuda zbog propuštanja*, "Branič", 28, 1940, br. 2, str. 53.

⁷⁵ Usp. ARANĐELOVIĆ, D., *op. cit.*, str. 183.

rasprava ograničavala isključivo na iznesene prigovore. Ako bi se oni odbili, odmah se po tužiteljevu prijedlogu donosila presuda zbog propuštanja. Ako bi tužitelj izostao s ročišta određenog po njegovu prijedlogu za raspravljanje o prigovorima iznesenima na prvome ročištu, postupak je mirovao, a tuženik nije mogao predložiti donošenje presude zbog propuštanja ili odgađanje ročišta za raspravu o glavnoj stvari, već je samo od tužitelja mogao tražiti naknadu troškova prouzročenih time što je njegovim izostankom ročište ostalo bez rezultata. Na raspravi o spomenutim prigovorima tuženikovi usmeni navodi o glavnoj stvari nisu se uzimali u obzir pri donošenju presude zbog propuštanja, jer je glede njih tuženik bio prekludiran zbog nepodnošenja odgovora na tužbu. Ako su na prvome ročištu istaknuti prigovori pa se, nakon pravodobno podnesenog odgovora na tužbu, odredila sporna rasprava, a jedna stranka izostane s ročišta, najprije se raspravljalo o prigovorima i tek ako bi bili odbijeni, raspravljalo se o glavnom zahtjevu.⁷⁶ Ako bi tužitelj izostao s ročišta za raspravljanje o prigovorima iznesenima na prvome ročištu, određenog po njegovu prijedlogu, onda je postupak mirovao, a tuženik nije mogao predložiti da se donese presuda zbog propuštanja ili da se odgodi ročište za raspravu o glavnoj stvari.

Ako su tužitelj ili tuženik izostali s ročišta koje je bilo određeno isključivo za **izvođenje dokaza**, a ne dakle i za usmenu spornu raspravu, onda se nije mogao istaknuti prijedlog za donošenje presude zbog propuštanja, jer stranke mogu, ali ne moraju prisustvovati izvođenju dokaza.⁷⁷

Ako je jedna od stranaka izostala s nekoga od **kasnijih ročišta** (par. 495.), odnosno u postupku pred sreskim sudovima (par. 538. st. 2.), dolazilo je do nepotpune ili, kako se još nazivala, djelomične kontumacije. Kada je ročište za usmenu spornu raspravu o sporu određeno pošto je tuženik na vrijeme podnio odgovor na tužbu, a jedna bi od stranaka izostala s toga ili kasnijeg ročišta, onda je došavša stranka mogla na tom ročištu predložiti da se donese presuda. Pri donošenju presude novi su se činjenični navodi došavše stranke, koji su bili suprotni sadržaju pismenih podnesaka što ih je predala ili njezinim prijašnjim izjavama i činjeničnim navodima, samo utoliko uzimali u obzir ukoliko su protivnoj stranci prije ročišta priopćeni pripremnim podneskom (par. 495.). No pri donošenju presude trebalo se obazirati ne samo na rezultat prije izvedenih dokaza nego i na izjave i činjenične navode što ih je izostala stranka prije iznijela, ako su te izjave i navodi bili utvrđeni u pripremnim podnescima, zapisnicima i njihovim priložima ili su bili predmetom dokaza naloženog na prijašnjem ročištu (par. 497. st. 2.).⁷⁸ Presuda se donosila na temelju spisa i stanja parnice do dana ročišta za raspravu, tj. na temelju činjeničnih navoda i dokaza

⁷⁶ *Ibid.*, str. 185.

⁷⁷ *Ibid.*, str. 185. Potanje o presudi zbog propuštanja kod GALIJAN, F., *Presuda zbog propuštanja*, "Branič", 28, 1940., br. 2, str. 47-53.; PLAKALOVIĆ, B., *Vrste presuda u građanskom procesnom pravu*, "Branič", 23, 1935., br. 3, str. 267-277., i br. 4, str. 331-334.; PETKOVIĆ, I., *O pravnom dejstvu neblagovremeno podnetog odgovora na tužbu*, "Arhiv", knjiga XXXI, 1935., br. 4, str. 367-370.

⁷⁸ Usp. MUHA, M., *Presuda zbog izostanka ili propuštanja*, "Mjesečnik", 61, 1935., br. 8-9., str. 378-384.

iznesenih u tužbi i u odgovoru na tužbu, kao i na temelju dokaza i navoda stranaka u pripremnim podnescima koji su između njih razmijenjeni i priopćeni do ročišta.⁷⁹

Stranka koja je, **nakon podnesenog odgovora** na tužbu, izostala s ročišta određenog za usmenu spornu raspravu, bila je isključena samo glede onoga što bi još mogla iznijeti. Ona je dakle propustila samo buduće parnične radnje, a ne i one koje su već bile poduzete. Prisutni parničar nije mogao iznositi nove činjenice i davati nove izjave, nije mogao mijenjati svoje ranije izjave ili ih povlačiti (osim u korist odsutnog parničara). S druge strane, trebalo je pri donošenju presude uzeti u obzir sve ranije navode izostale stranke, a i rezultat ranijeg raspravljanja i izvođenja dokaza.⁸⁰ Ako bi sud na temelju raspoloživa materijala ocijenio da stvar još nije sazrela za donošenje odluke (npr. ako su mjerodavne činjenice bile sporne i za to su bili ponuđeni dokazi), odgađala se sporna rasprava radi izvođenja dokaza. Na ovu raspravu mogla je doći prethodno izostala stranka, ne trpeći nikakve posljedice propuštanja, pa se čak moglo dogoditi da pobijedi izostala stranka.⁸¹

Ako je bilo predloženo da se zbog izostanka stranke donese presuda o glavnoj stvari dok još teče **odvojena rasprava** o prigovorima nedopustivosti redovitoga pravnog puta, nenadležnosti suda, o prigovoru da već teče parnica ili da je stvar pravomoćno presuđena, onda se presuda mogla donijeti tek pošto bi se ti prigovori pravomoćno odbili. Ova presuda nije bila ni konačna, ni djelomična, ni međupresuda, niti presuda na temelju priznanja, odricanja ni propuštanja, nego isključivo presuda na temelju izostanka, što je razvidno i po tome da je par. 495., koji je o njoj govorio, bio sustavno sređen u poglavlju zakona: "Presuda zbog izostanka".⁸²

Presude donesene u smislu par. 492. i 494. smatrale su se posljedicama potpunog propuštanja jedne stranke, iako kod ove druge nema potpunog izostanka tuženika iz parnice, jer se pojavio i sudjelovao na prvome ročištu, ali nije odgovorio na tužbu u određenom mu roku. Zbog toga ona ima manje opravdanja od prve, pa je presuda zbog propuštanja odgovora na tužbu bila rijetka pojava u građanskom procesnom pravu.⁸³ Jedina razlika je bila u tome što se presuda iz par. 492. donosila na prvom ročištu i s manje dokaznog materijala, a presuda iz par. 495. donosila se na usmenoj spornoj raspravi i s više dokaznog materijala, a u oba slučaja na prijedlog došavše stranke, zbog izostanka druge parnične stranke.⁸⁴

⁷⁹ LAKIĆ, A., *Presude zbog izostanka*, "Arhiv", knjiga XXX, 1935., br. 2, str. 137.

⁸⁰ ARANĐELOVIĆ, D., *op. cit.*, str. 184.

⁸¹ *Ibid.*, str. 184.

⁸² LAKIĆ, A., *Presude zbog izostanka*, "Arhiv", knjiga XXX, 1935., br. 2, str. 136.

⁸³ ĐUROVIĆ, Z., *Presuda zbog izostanka u jugoslavenskom pravu*, Beograd, 1965., str. 127.

⁸⁴ LAKIĆ, A., *Presude zbog izostanka*, "Arhiv", knjiga XXX, 1935., br. 2, str. 136. Potanje o presudi zbog izostanka i presudi zbog propuštanja prema odredbama Grpp-a, vidi kod NIKETIĆ, G., *Građanski parnični postupak*, Beograd 1934.; ŠTEMPIHAR, J., *Odprava protipogodbene izposlovanih zamudnih sodb*, "Pravnik (Ljubljana)", 52, 1938, br. 5-6., str. 123-130.; BLAGOJEVIĆ, V., *Izmena propisa građanskog parničnog postupka o presudi usled izostanka ili propuštanja*, Spomenica kongresa

IV. Oglušna presuda u svjetlu odredaba novele

Odredbama čl. 180. Novele predlaže se unošenje u ZPP novoga članka **331.b**, kojim bi u naš parnični postupak bio uveden institut **presude zbog ogluhe**. Ta bi se presuda donosila u povodu propuštanja podnošenja odgovora na tužbu. Pretpostavlja se da bi mogućnost donošenja presude zbog ogluhe poticala tuženike da podnesu odgovor na tužbu i da na taj način pridonose pripremanju glavne rasprave i koncentraciji u postupanju. Time bi se povećala opća efikasnost parničnog postupka.⁸⁵

S obzirom da je oglušna presuda novi institut u našem postupovnom pravu, o njoj još ne postoji relevantna pravna teorija i sudska praksa. Kako se u bitnome pretpostavke, postupak, učinci i pravni lijekovi za ovu presudu **podudaraju s onima predviđenima za presudu zbog izostanka, nastojat ćemo, analognom primjenom rješenja za presudu zbog izostanka, predvidjeti određene dvojbe oko primjene odredaba čl. 331.b i ponuditi moguća rješenja.**

1. Uvjeti za donošenje oglušne presude

Ako tuženik ne podnese odgovor na tužbu u određenom roku, donijet će se presuda kojom se prihvaća tužbeni zahtjev (presuda zbog ogluhe) ako bude udovoljeno ovim uvjetima: 1/ ako su tuženiku tužba i poziv za davanje odgovora na tužbu uredno dostavljeni; 2/ ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi; 3/ ako činjenice na kojima se temelju tužbeni zahtjev nisu u protivnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje se općepoznate; 4/ ako ne postoje općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da podnese odgovor na tužbu (čl. 331.b st. 1.).

pravnik u Novom Sadu 1938., Beograd 1938., str. 181-190.; MITROVIĆ, A., *Kad će sud doneti presudu zbog izostanka zbog izostanka tuženika s prvog ročišta?*, "Branič", 27, 1939, br. 6-7., str. 417-423.; SAJOVIĆ, R., *SI IN IUS VOCAT ITO, ali sodba zbog izostanka*, "Pravosuđe", 7, 1938., br. 9, str. 599-606.; SUBOTIĆ, Đ., *Presuda zbog izostanka*, "Branič", 23, 1935., br. 7-8., str. 365-370.; ZONJIĆ, M., *Presuda zbog izostanka*, "Pravosuđe", 8, 1939, br. 11-12, str. 488-496.; PLAKALOVIĆ, B., *Presuda zbog izostanka ili propuštanja*, knjiga XXXI, 1935., br. 3, str. 260-265.; SAVKOVIĆ, J., *Prvo ročište u našem građanskom parničnom postupku*, "Arhiv", 33, 1936, br. 3, str. 224-237.; SAVKOVIĆ, J., *Reforma propisa građanskog parničnog postupka o presudi usled izostanka i propuštanja*, Spomenica kongresa pravnik u Novom Sadu 1938., Beograd, 1938., str. 121-164.; PLAKALOVIĆ, B., *Reforma građanskog parničnog postupka o presudi usled izostanka i propuštanja*, Spomenica kongresa pravnik u Novom Sadu 1938, Beograd, 1938., str. 191-198.; MUHA, M., *Potpuna (p. 492. grpp.) ili djelomična (p. 495. grpp.) kontumacija u mandatnom, mjeničnom i porabnom postupku, ako jedna ili druga stranka izostane s prvog ročišta, određenoga za usmenu spornu raspravu?*, "Mjesečnik", 60, 1934, br. 2, str. 67-71.; ZUGLIA, S., *Posljedice izostanka od prvog ročišta za usmenu spornu raspravu u mandatnom, mjeničnom ili porabnom postupku*, "Mjesečnik", 60, 1934, br. 5, str. 219-223.; LENAC, R., *Reforma kontumacijonog postupka*, "Mjesečnik", 64, 1938, br. 12, str. 529-539.; GORIĆ, F. - PAJIĆ, E., *Novi građanski parnični postupak*, Beograd, 1935., str. 229-231.

⁸⁵ Obrazloženje Novele, str. 121.

Za ocjenu pravodobnosti podneska bez utjecaja je trenutak kada je podnesak dostavljen vijeću, bitno je kada je stigao na sud. Dan predaje podneska pošti preporučenom pošiljkom smatra se danom predaje sudu.⁸⁶

1.1. Uredna dostava poziva za davanje odgovora na tužbu

Oglušna presuda može se donijeti samo ako su tuženiku tužba i poziv za davanje odgovora na tužbu **uredno dostavljeni** (čl. 331.b st. 1. t. 1.).

Da bi dostavljanje proizvelo pravni učinak, potrebno je da bude obavljeno na način propisan ZPP-om.

Tuženik je uredno pozvan ako mu je dostava poziva i drugih podnesaka (tužbe osobito) izvršena po odredbama koje se odnose na dostavu podnesaka u parničnom postupku (ZPP, čl. 133.-150.).⁸⁷ Tuženik nije uredno pozvan ako mu **tužba** nije bila osobno dostavljena (arg. iz ZPP, čl. 142.).⁸⁸ Tužba je podnesak za koji je ZPP-om predviđena posebna, tzv. osobna dostava. Drugim riječima, ako se osoba kojoj se tužba mora osobno dostaviti ne zatekne tamo gdje se dostava treba obaviti, dostavljač se mora raspitati kada bi i na kojem mjestu mogao tu osobu zateći, te joj ostaviti pisanu obavijest da poradi primanja tužbe bude u određeni dan i sat u svom stanu ili na radnom mjestu. Obavijest se ostavlja nekom od tuženikovih odraslih članova domaćinstva koji je dužan obavijest primiti, kućepazitelju ili susjedu ako na to pristane, odnosno osobi koja radi na istom mjestu kao i tuženik, ako ona pristane primiti podnesak.

Ako uz tužbu postoje i prilozi, i oni moraju biti dostavljeni uz tužbu (ZPP, čl. 107. st. 1.). Prilozi su obvezni sastojci tužbe i tužba je bez njih nepotpuna. Za takvu nepotpunu tužbu ne može se smatrati da je uredno dostavljena pa držimo da se u tom slučaju neće moći donijeti presuda zbog ogluhe.

Sudac je dužan pažljivo provjeriti, prema činjenicama i dokazima koji su mu na raspolaganju, je li poziv bio uredan. Pored toga, potrebno je da propisi omogućuju provjeru urednosti poziva.⁸⁹ Dokaz o urednom pozivu pruža dostavnica o uručanju poziva na ročište (i tužbe) tuženiku. Dostavnica je javna isprava koja služi kao dokaz

⁸⁶ Vidi odluku Višeg privrednog suda u Zagrebu, SI-1551/74. od 17. prosinca 1974. "Ako je podnesak upućen preko pošte preporučenom pošiljkom ili telegrafski, dan predaje pošti smatra se danom predaje sudu kojemu je upućen". ZPP, čl. 113. st. 2.

⁸⁷ U postupku u privrednim sporovima predsjednik vijeća ovlašten je da u hitnim slučajevima ročište zakaže telefonom ili brzojavom (ZPP, čl. 495., st. 4.).

⁸⁸ Tako uostalom i Najman u svom Komentaru, uz par. 492. i 493. AZPO-a, smatra da je ročište za raspravu (dakle i prvo ročište) propušteno, te se ima donijeti presuda zbog izostanka, ako je tužba stranci uredno dostavljena, a stranka i pored toga ne dođe na vrijeme koje je određeno za ročište (ili ako dođe ne raspravlja usprkos opomene od strane suda). Ne govori se dakle o uredno dostavljenom pozivu, nego o uredno dostavljenoj tužbi. Podatak prema, BAZALA, B., *Što se smatra urednim pozivom na ročište*, "GAKV", 7, 1958, br. 7, str. 6.

⁸⁹ Tako, npr., ako je dopušteno pozivanje stranaka običnim pismom, nema nikakvog dokaza o dospijeću poziva adresatu.

o izvršenoj dostavi, pa se i na nju odnose zakonske presumpcije o dokaznoj snazi javnih isprava.⁹⁰ Dostavnica je primarno, ali ne i jedino dokazno sredstvo za utvrđivanje dostave. Ako nestane, dostava se može dokazivati i na drugi način, npr. rezultatima potražnice.⁹¹

1.2. Osnovanost tužbenog zahtjeva mora proizlaziti iz činjenica navedenih u tužbi

Da bi se mogla donijeti oglušna presuda, potrebno je, uz ostale uvjete, da utemeljenost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi (ZPP, novi čl. 331.b st. 1. t. 2.). Drugim riječima, za donošenje presude zbog ogluhe potrebno je da tužiteljeve činjenične tvrdnje, na koje se primjenjuju pravila pozitivnog prava, opravdavaju postavljeno tužbeno traženje.⁹² Donošenje presude kojom se prihvaća tužbeni zahtjev ovisi, pored postojanja procesnopравnih pretpostavki na temelju kojih se može formirati presumpcija o istinitosti činjeničnih navoda u tužbi, i o materijalnopравnoj pretpostavci iz novoga čl. 331.b st. 1. t. 2. ZPP-a, odnosno da utemeljenost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi. Ako sud nađe da ova materijalnopравna pretpostavka ne postoji, trebalo bi donijeti presudu kojom se odbija tužbeni zahtjev.⁹³

Sud, dakle, meritorno odlučuje na temelju **činjenica koje iznosi tužitelj**. Te činjenice mogu biti takve da tužbeni zahtjev čine utemeljenim, ili takve da ga čine neutemeljenim. Zbog toga sud mora činjenice iz tužbe podvesti pod pravila materijalnog prava kako bi utvrdio proizlazi li iz njih utemeljenost tužbenog zahtjeva.⁹⁴ U tome je materijalnopравna pretpostavka za donošenje presude zbog ogluhe. Ako ona nije ispunjena, presuda zbog ogluhe ne bi mogla biti donesena. Primjerice, kad u tužbi ne bi bile navedene činjenice na kojima tužitelj temelji zahtjev za naknadu štete na ime pretrpljenih fizičkih bolova i straha (ZPP, čl. 186.), ne bi postojale ni zakonske pretpostavke za donošenje presude zbog ogluhe kojom se tužbeni zahtjev prihvaća.⁹⁵

⁹⁰ U tom smislu i prema odluci Županijskog suda u Splitu, za činjenice navedene na dostavnici vrijedi presumpcija istinitosti dok se ne dokaže suprotno. Odluka Županijskog suda u Splitu, GŽ 2101/1997. od 31. listopada 1997. godine.

⁹¹ Usp. TRIVA, str. 300. Tako u jednoj presudi Vrhovni sud Hrvatske dostavnicu definira kao javnu ispravu koja služi kao dokaz o izvršenom dostavljanju pa se i na nju odnose zakonske presumpcije o dokaznoj snazi javnih isprava. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 850/88., objavljena u PSP, br. 43/89., str. 98-99., br. 101.

⁹² Tako WERK, H., *Teoretsko - praktični priručnik jugoslavenskog građanskog parničnog prava*, Zagreb, 1932., str. 217.

⁹³ U tom je smislu stajalište zauzeo i Županijski sud u Bjelovaru, u odluci br. GŽ - 699/96, od 9. svibnja 1996. godine, u odnosu na tumačenje odredbe čl. 332. st. 1. t. 4. o presudi zbog izostanka, koja je istog sadržaja kao i odredba novoga čl. 331.b st. 1. t. 2. ZPP-a. Usp. i Odluku Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, br. VI Pž - 3131/94-2, od 17. listopada 1995., objavljena u "PUG", vol. 36, 1997., str. 461-462.

⁹⁴ Tako ĐUROVIĆ, Z., *Presuda zbog izostanka u jugoslavenskom pravu*, Beograd, 1965., str. 36.

⁹⁵ Vidi presudu Županijskog suda u Bjelovaru, GŽ- 2339/00-2 od 7. prosinca 2000. god., objavljena u "Sudskoj praksi Županijskog suda u Bjelovaru", 2001., br. 25, str. 19-20. Usp. i odluke VSH, Rev 1712/83. od 9. 2. 1984., PSP 25/183. i Rev 2525/89. od 7. svibnja 1989. god., PSP, 49/90.

Sud pred sobom ima procesni materijal koji je iznio tužitelj, dokaze koje je dopunio i, eventualno, materijal koji je sam prikupio po službenoj dužnosti. Primjenjujući pravila materijalnog prava, sud će meritorno riješiti spor. Sudac može voditi računa samo o činjenicama na koje se poziva tužitelj u tužbi, a presumira se da je tuženik s njima bio upoznat.

Sigurno je da se kod presude zbog ogluhe **ne radi o čisto dispozitivnoj presudi**, kakva je primjerice ona na temelju priznanja tužbenog zahtjeva. Sadržaj presude zbog ogluhe samo je djelomično izravno determiniran voljom stranaka, njihovim relevantnim raspolaganjem u postupku. Raspolaganja uvjetuju samo sadržaj činjeničnog stanja, ne dosežu dotle da vežu sud i u pravnoj ocjeni spora, a odatle ni u pitanju kakvo će se materijalno pravo primijeniti, hoće li tužbeni zahtjev na toj osnovi biti odbijen ili prihvaćen. Disponiranje sadržajem sudske odluke glede primjene materijalnog prava tek je posredno - ukoliko je strankama eventualno moguće da činjenični prikaz sporne stvari podese prema pravnim konzekvencijama koje žele postići.⁹⁶

Premda ni kod donošenja presude zbog izostanka nema i nije uvijek bilo suglasnosti o tome kakva se **presumpcija veže uz pasivnost tuženika** - imputira li mu se da on priznaje samo činjenične navode tužitelja ili i njegov tužbeni zahtjev - skloni smo stajalištu da pasivni tuženik priznaje činjenično stanje navedeno u tužbi, premda pod određenim uvjetima, te da ne priznaje tužbeni zahtjev. Objekt priznanja jest činjenični kompleks iznijet u tužbi. Dakle, ovlaštenje za donošenje presude zbog ogluhe temeljilo bi se na pretpostavci da tuženik svojim izostankom priznaje činjenice kojima se opravdava tužbeni zahtjev, a ne i sam tužbeni zahtjev.⁹⁷ Priznanjem tužbenog zahtjeva tuženik bi se deklarirao da je tužiteljev zahtjev istaknut u tužbi materijalnopravno utemeljen.⁹⁸

Presumpcija o suglasnosti tuženika s navodima tužitelja nije bez rezervi. Postavljene su joj **granice** na temelju pretpostavljenog reagiranja normalnoga procesnog subjekta. Neutemeljeno je pretpostaviti da bi normalni tuženik pristao da se njegova šutnja protumači kao prešutno priznanje i onih navoda tužitelja za koje je notorno da su neistiniti, odnosno i onih navoda čija neistinitost proizlazi iz dokaza

⁹⁶ Tako TRIVA, S., *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka*, "ZPFZG", 10, 1960., br. 3-4, str. 291.

⁹⁷ Priznanje činjenica pred sudom tijekom parnice jest jednostrana parnična radnja kojom stranka priopćava sudu da su istinite tvrdnje o postojanju, odnosno nepostojanju činjenica na kojima njezin protivnik temelji svoj zahtjev. Sud je dužan od svake stranke zatražiti da se izjasni o navodima protivne stranke, odnosno priznaje li ih ili osporava (ZPP, čl. 298.). Ako stranka prizna navode protivnika, sud činjenicu smatra priznatom (ZPP, čl. 221. st. 1.). Za razliku od ove situacije gdje se radi o izričitom priznanju (*expressis verbis*), drukčija bi situacija bila ako je tuženik propustio u predviđenom roku odgovoriti na tužbu. Urednim dostavljanjem tužbe tuženiku je pružena mogućnost da se s tim činjenicama upozna i da se o njima izjasni. Zbog njegove pasivnosti, prema usvojenom načelu afirmativne litiskontestacije, presumira se da pasivni tuženik priznaje istinitost navoda u tužbi. Potanje o priznanju činjenica u parničnom postupku kod POZNIĆ, B., *Povodom odredaba Zakona o parničnom postupku o priznanju činjenica*, "ZPFZG", 1960, br. 3-4, te ĐURIČIN, B., *Priznanje činjenica u parnici*, "PŽ", 39, 1989, br. 11-12.

⁹⁸ Tako ZUGLIA, S. - TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., str. 125.

koje je sam tužitelj već podnio sudu. Teza o suglasnosti tuženika s navodima tužitelja predstavlja samo zakonsku presumpciju. Odsutnost osporavanja ima smisla shvatiti kao prešutno priznanje tužiteljevih navoda samo ako normalno nema sumnje da je ponašanje tuženika rezultat svijesti da će njegova neaktivnost biti tako protumačena, a u pravilu i želje da tako bude protumačena.⁹⁹

Sud uzima u obzir činjenične navode iz tužbe, i to kako one koji su povoljni za tužitelja, tako i one koji su za njega nepovoljni.¹⁰⁰ No, u tužbi se mogu nalaziti i činjenice koje su nepovoljne za tužitelja, ali ih sud neće uzeti u obzir po službenoj dužnosti. To su slučajevi kada materijalno pravo daje ovlast (mogućnost) nekoj osobi (strani) da izjavom svoje volje u određenom smislu utječe na postanak, promjenu ili prestanak nekog subjektivnog prava (primjerice, pravo preče kupnje, pravo odustanka od nekih ugovora, prigovor kompenzacije, mana robe i sl.). Ako je ta osoba u ulozi tuženika, ona to ovlaštenje može istaknuti kao prigovor koji ima materijalnopравни učinak. Sud bi, međutim, te prigovore mogao uvažiti samo ako ih tuženik istakne izričito u odgovoru na tužbu (na ročištu ili podneskom), a ukoliko tuženik to ne učini, sud treba donijeti presudu zbog ogluhe, ako su ispunjene pretpostavke za njezino donošenje, pa i onda ako se iz tužbe vidi da je tuženik imao pravo da te prigovore istakne i da bi oni bili prihvaćeni da su bili istaknuti.¹⁰¹

Okolnost da tuženik nije odgovorio na tužbu, ne bi trebala rješavati sud od dužnosti da pazi i na sve ono na što se mora paziti po službenoj dužnosti, primjerice na apsolutnu ništavost (ZPP, čl. 3. st. 3.).

Činjenice koje su iznesene u tužbi moraju biti dostatne da sud može odrediti identitet spora, te zaključiti je li tužbeni zahtjev utemeljeno istaknut.¹⁰²

⁹⁹ Presuda zbog izostanka, a možemo kazati i presuda zbog ogluhe, na taj način u pravilu i nije sankcija za ostinaciju, za nerazumno odbijanje da se stupi u zaštitu prava kojih se tuženik inače ne odriče. Ona je u prvom redu tzv. dispozitivna sudska odluka, odluka koja predstavlja primjenu pravne norme na činjenično stanje koje su stranke suglasno utvrdile. Tužitelj - izričitim navodima, tuženik - šutnjom za koju je unaprijed bio upozoren da će biti protumačena kao priznanje navoda u tužbi. Pasivnost tuženika je prema tome, u normalnom tijeku stvari procesna radnja, činjenje nečinjenjem, dopuštena kao i ostale procesne radnje, prikladna za izražavanje volje tužene stranke. TRIVA, S., *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka, "ZPFZG"*, 10, 1960, br. 3-4, str. 293-294.

¹⁰⁰ Tako L. Rosenberg za njemačko pravo kaže: "Sud uzima u obzir sve činjenice koje tužitelj iznosi, kako one koje su za njega povoljne, tako i one koje nisu. Npr., ako prema tužbenim navodima tražbina još nije dospjela, ili su stranke izvršile novaciju s promjenom predmeta ugovora, ili je tužitelj tuženiku oprostio dug, ili je primio kao isplatu duga drugi a ne dugovani predmet, ili jednoj od stranaka nedostaje stvarna legitimacija, sud će ove činjenice uzeti isto kao da ih je iznio tuženik a tužitelj ih nije osporio". ROSENBERG, L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, München - Berlin, 1956., str. 341.

¹⁰¹ Potanje kod ĐUROVIĆ, Z., *Presuda zbog izostanka u jugoslavenskom pravu*, Beograd, 1965., str. 48-49.

¹⁰² Vidi STANKOVIĆ, G., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1989., str. 344. Jedan od uvjeta za donošenje presude zbog izostanka jest da utemeljenost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi. Taj uvjet je ispunjen tek onda kad su u tužbi navedene sve činjenice koje mogu biti dostatan razlog postojanja tuženikove obveze koja je predmet tužbenog zahtjeva. VSH, Rev - 1712/83. od 9. 2. 84., PNZ-25/183.

Nesporno je da se tužitelji činjenični navodi izneseni u tužbi treba smatrati istinitima i nije ih potrebno dokazivati. Primjena materijalnog prava na činjenično stanje kakvo je tužitelj iznio može dovesti do **različiti situacija**. Tužbeni zahtjev može biti utemeljen po pravilima materijalnog prava i u tom će slučaju sud donijeti presudu zbog ogluhe. S druge strane, moguće je da iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi utemeljenost tužbenog zahtjeva, i u tom bi slučaju sud trebao pripremnno ročište i ako na tom ročištu tužitelj ne preinači tužbu, sud bi trebao donijeti presudu kojom se tužbeni zahtjev odbija (arg. iz novoga čl. 331.b st. 4. ZPP-a).¹⁰³ Takva se presuda ne može smatrati presudom zbog ogluhe.

Uporište za ovakvo stajalište možemo naći i u analognim odredbama kod presude zbog izostanka. Tako kod presude zbog izostanka presudu kojom se tužbeni zahtjev odbija prof. Triva naziva negativnom presudom. Drži da je ta presuda dispozitivna, bez obzira na to što se u čl. 332. ZPP-a govori o presudi zbog izostanka kao nekontradiktornoj presudi samo u slučaju kada se presudom prihvaća tužbeni zahtjev. Naime, i kod presude kojom se tužbeni zahtjev odbija, ne prethodi nikakvo raspravljanje među strankama. I ovdje se smatra da su istiniti navodi tužitelja, ali je sud utvrdio da tužbeni zahtjev nije utemeljen i donio je presudu kojom tužbeni zahtjev odbija. Osim toga, o ovoj se presudi govori u istom zakonskom propisu u kojemu se govori i o presudi kojom se tužbeni zahtjev prihvaća.¹⁰⁴ Ako se tužbeni zahtjev pokaže utemeljen glede činjeničnih navoda u tužbi, sud će ga presudom zbog izostanka prihvatiti. Ako se pokaže neutemeljenim, sud će ga presudom odbiti. I u jednom i u drugom slučaju donošenje presude posljedica je propuštanja,¹⁰⁵ pa se jedino može donijeti presuda zbog izostanka.¹⁰⁶ Dakle, razlika u izvođenju sudskog silogizma između kontradiktorne presude i presude zbog izostanka postoji samo u tome što donju premisu kod kontradiktorne presude određuju činjenice koje je sud utvrdio ili su među strankama nesporne, a kod presude zbog izostanka ovu premisu određuju činjenice koje je u tužbi naveo tužitelj, a za koje se smatra da ih tuženik koji

¹⁰³ Slično, prema odredbama ZPP 56, Radovanić drži da tužitelj vjerojatno nije mogao postaviti zahtjev da se rasprava održi u odsutnosti tuženika, već je morao istaknuti prijedlog poradi donošenja presude zbog izostanka kako bi spriječio mirovanje postupka. Sada je dobio presudu kojom se njegov tužbeni zahtjev odbija, a za to je sam kriv jer je mogao tužbu na ročištu preinačiti i tako spriječiti donošenje presude kojom se njegov zahtjev odbija. Možemo pretpostaviti da on to nije znao ili je smatrao da iz činjeničnog stanja navedenog u tužbi nedvojbeno proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva. U prvom slučaju sud ga je morao poučiti, a u drugom ostaje mu da u žalbi dokazuje da je u pravu. Ova odbijajuća presuda je interesantna jer predstavlja sankciju prema tužitelju zbog zlouporabe prava, pošto tužbu nije napisao kako treba i nije je na ročištu preinačio. Usp. RADOVANOVIĆ, B., *Uslovi za održavanje rasprave u odsutnosti tuženog*, "PŽ", 16, br. 2, 1967, str. 68.

¹⁰⁴ Usp. TRIVA, str. 501.

¹⁰⁵ U prvom slučaju, presuda se donosi zbog izostanka tuženika (presuda zbog izostanka), a u drugom slučaju je svojevrсна posljedica propuštanja tužitelja da preinači tužbeni zahtjev koji je, s obzirom na presumirano činjenično stanje, neutemeljen.

¹⁰⁶ Tako DIVAC, B., *Neka razmišljanja o presudi na osnovu izostanka*, "Pravo (teorija i praksa)", 1, 1984, br. 6, str. 57.

nije došao na raspravu ne osporava.¹⁰⁷ Prema stajalištu sudske prakse, presudu zbog izostanka u smislu čl. 332. ZPP-a, sud može donijeti samo ako prihvaća tužbeni zahtjev. Ako, pak, nađe da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati, sud će odbiti prijedlog za donošenje presude zbog izostanka. Ako međutim, iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi osnovanost tužbenog zahtjeva, a tužba na ročištu nije preinačena, sud će donijeti presudu, a ne presudu zbog izostanka kojom se tužbeni zahtjev odbija.¹⁰⁸

1.3. Činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev ne smiju biti u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su općepoznate

Da bi se presuda zbog ogluhe mogla donijeti, činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev ne smiju biti u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su općepoznate (ZPP, novi čl. 331.b st. 1. t. 3.).

Ako tuženik propusti odgovoriti na tužbu, sud će donijeti presudu zbog ogluhe. U takvoj situaciji prikazivanje činjenica kako ih navodi tužitelj u tužbi, koja je već uredno dostavljena tuženiku, treba prihvatiti kao istinito, osim ako izaziva sumnju glede njihove sukladnosti sa stvarnim stanjem stvari, tj. ako nije opovrgnuto dokazima koji su već pred sudom, ili činjenicama koje su kod suda općepoznate. Sud se u tom slučaju ne upušta u traženje materijalne istine, nego se zadovoljava formalnom istinom.¹⁰⁹

Ako se ne radi o činjenicama na koje sud pazi po službenoj dužnosti, sud ne bi smio zahtijevati od tužitelja da podnese dokaze za svoja tvrdjenja. Okolnost da tužitelj nije u tužbi naveo dokaze kojima se dokazuju činjenični navodi tužbe, ne bi morala predstavljati zapreku za donošenje presude zbog ogluhe jer okolnost da tužitelj uopće nije predložio dokaze, nije u suprotnosti s odredbom iz čl. 331. st. 1. t. 3. ZPP-a.¹¹⁰ Ali ako je tužitelj sam podnio dokaze, a iz njih proistječe suprotno od onoga što on u tužbi tvrdi, sud ne bi smio donijeti oglušnu presudu.¹¹¹ U takvoj

¹⁰⁷ ČALIJA, B., *Gradansko procesno pravo*, Sarajevo 1986, str. 549.

¹⁰⁸ U tom smislu vidi presudu Županijskog suda u Bjelovaru, Gž-235/98-2, od 26. veljače 1998. godine.

¹⁰⁹ LENGOLD, L., *Kontumacija u postupku pred sreskim sudom*, "Pravosuđe", 29, 1934, br. 8, str. 641.

¹¹⁰ Argument iz presude VSH, Rev-141/1996 od 6. svibnja 1999. godine.

¹¹¹ Tako Georgievski smatra da ako sami tužitelj podnese dokaze na temelju kojih se ne može utvrditi osnovanost njegove tražbine, ili ako su njegove tvrdnje u suprotnosti s općepoznatim (notornim) činjenicama, nema mjesta presumpciji da je tuženik svojim izostankom/propuštanjem priznao činjenične navode tužitelja. GEORGIEVSKI, S., *Parnična postapka*, Skopje, 1988., str. 353. Zuglia i Triva tvrde da se ne može uzeti da tuženik priznaje činjenice navedene u tužbi, ako je kod suda poznato (notorno) da te činjenice ne odgovaraju istini ili ako je njihova istinitost opovrgnuta dokazima što ih je sam tužitelj podnio. ZUGLIA, S. - TRIVA, S., *op. cit.*, str. 126. U prilog ovoj tvrdnji možemo navesti i nekoliko karakterističnih primjera iz sudske prakse. Tako se, prema stajalištu PSH, ne može donijeti presuda zbog izostanka onda kad je sam tužitelj uz tužbu priložio tuženikov dopis kojim vraća tužiteljev račun s obrazloženjem zbog čega smatra da nije obavezan platiti. Prema tome sam tužitelj radi dokazivanja osnovanosti svojih navoda, tuženikove obveze za plaćanje naknade, prilaže dokaz koji dokazuje upravo suprotno. Privredni sud Hrvatske, Pž - 649/89 od 18. travnja 1989. I VSH je zauzeo

situaciji, dakle, ne bi bilo razborito pripisivati tuženiku htijenje da svojom pasivnošću priznaje istinitost činjeničnih navoda koja nije prihvatljiva ni za koga.¹¹² S druge strane, ne može se dopustiti da osnovicom presude budu činjenične tvrdnje koje su kod suda općepoznate kao neistinite. Držimo kako će se u praksi neslaganje između tužiteljevih činjeničnih navoda i dokaza koje je podnio događati iznimno rijetko.¹¹³

Po svojoj vrsti i prirodi, **“dokazi koje je sam tužitelj podnio”** mogu biti samo isprave ili predmeti očevida koji su podobni za isprave (npr. planovi, skice, analitički podaci i sl.). Proizlazi to iz same prirode presude zbog ogluhe jer se kod nje ne vrši dokazivanje činjenica, pošto je pretpostavka da ih pasivni tuženik priznaje. Sud je dužan prije donošenja odluke upoznati se s cijelim procesnim materijalom, kako s tužbenim podneskom, tako i s njegovim prilogima, kao i s ostalim dokazima koji se nalaze pred sudom. Samo su prije navedene isprave pogodne da se s njima sud upozna i bez dokazivanja. Svjedoke i vještake sud neće ni pozvati ni saslušati, jer on i ne donosi rješenje o dokazivanju ako su ispunjeni uvjeti za donošenje presude zbog ogluhe, budući da se presumira kako nema spornih činjenica jer ih pasivni tuženik priznaje.¹¹⁴

stav da ako je tužitelj svoj zahtjev potkrijepio ispravom iz koje slijedi da njegova inače nesporna tražbina nije još dospjela, tada se nisu ostvarile pretpostavke za donošenje presude zbog izostanka, jer su činjenice na kojima se temeljio tužbeni zahtjev u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio. VSH, Gž-2078/77 od 20. lipnja 1977. Za donošenje presude zbog izostanka važno je da su u tužbi navedeni dokazi o odlučnim činjenicama, ali nije značajno koji su to dokazi”. VSH, Rev 576/86 od 20. svibnja 1986. Usto, prema stajalištu VPS, nema mjesta donošenju presude zbog izostanka u slučaju kad su činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtjev u suprotnosti s ponuđenim dokazima (ispravama koje su priložene tužbi). VPS u Zagrebu, Sl-2408/76 od 2. studenoga 1976.

¹¹² Vidi TRIVA, str. 500.

¹¹³ Tako je i kod donošenja presude zbog izostanka u pravnoj teoriji bilo i stajališta da se značenje ovog uvjeta preuveličava, te da se dokazi koje je tužitelj naveo u tužbi, skoro nikada, ne mogu upotrijebiti za pobijanje činjeničnih navoda same tužbe. Može se kazati da tužitelj u tužbi nikada ne podnosi dokaze koji idu protiv činjeničnih navoda na temelju kojih tužitelj želi zasnovati neko svoje pravo, priznato u materijalnom pravu. Kad se svemu ovome doda i to da su slučajevi općepoznatih činjenica važnih za jedan konkretan spor ne samo rijetki, nego skoro nemogući, onda je jasno da će se, u navedenoj situaciji, presuda zbog izostanka izreći samo na osnovi činjeničnih navoda tužbe, što se mora uzeti kao pravilo i što praksa svakodnevno utvrđuje. PLAKALOVIĆ, B., *Reforma građanskog parničnog postupka o presudi usled izostanka i propuštanja*, Spomenica kongresa pravnik u Novom Sadu 1938., Beograd, 1938., str. 192. Ne bi se u potpunosti suglasili s ovakvim razmišljanjima jer u praksi ipak postoje slučajevi u kojima su činjenice na kojima je tužitelj temeljio svoj tužbeni zahtjev bile u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s općepoznatim činjenicama), a držimo da značenje ove pretpostavke za donošenje presude zbog ogluhe nije vezano uz brojnost takvih primjera u sudskoj praksi, već uz načelano stajalište da je suprotno temeljnim načelima procesnog prava da sud donese odluku, a da pred sobom ima dokaze koji proturječe činjeničnom stanju na kojemu se ta odluka temelji.

¹¹⁴ Tako, primjerice, katkad tužitelj u tužbi tvrdi da je njegova tražbina dospjela, a prema ugovoru koji je priložio tužbenom podnesku razvidno je da ista tražbina nije dospjela ili da tužitelju prema priloženom ugovoru ne pripada tražbina u onom sadržaju koji je tužitelj naveo u tužbi. Ili, tužitelj u tužbi navodi da je građevinske radove izvršio ispravno, a iz zapisnika o tehničkom prijemu zgrade koji

Kod donošenja presude zbog ogluhe mogli bi se rabiti samo dokazi koji su već pred sudom.¹¹⁵ ZPP govori samo o dokazima koje je sam tužitelj podnio. Sud bi, ipak, trebao uzimati u obzir i **druge dokaze** koje ima i koje bi mogao upotrijebiti neovisno o tome je li se stranka na njih pozvala, dakle ne samo one koje je podnio tužitelj. Uostalom, suprotno je temeljnim načelima procesnog prava da sud donese odluku, a da pred sobom ima dokaze koji proturječe činjeničnom stanju na kojemu se ta odluka temelji.

Dokazi koji su već pred sudom mogu primjerice biti dokazi izvedeni saslušanjem svjedoka još prije početka parnice, a poradi osiguranja dokaza, ili neka druga isprava čiji sadržaj proturječi činjeničnom stanju iz tužbenog podneska. Dokazi o kojima je ovdje riječ, moraju biti stvarno pred sudom u trenutku donošenja presude, a nije dovoljno da je samo ponuđeno, odnosno predloženo da se pribave. Takvima će se smatrati samo oni dokazi koji se već nalaze u parničnom spisu ili njegovim prilogima. Dokaze što ih je tužitelj samo ponudio, ali se još ne nalaze pred sudom nego bi ih tek trebalo dobiti i izvesti, sud ne bi trebao uzeti u obzir.

Sud, isto tako, ne bi smio donijeti presudu zbog ogluhe ako su činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u suprotnosti s **općepoznatim (notornim) činjenicama**.¹¹⁶ Zakonsko je pravilo da općepoznate činjenice ne treba dokazivati. Notornost je najjači od svih razloga koji čine dokazivanje nepotrebnim. Tvrdnjom o postojanju notornih činjenica može se, čak, pobijati i pravilnost zaključaka o postojanju važnih činjenica, dobivenog primjenom pravila o zakonskim presumpcijama (*praesumptio iuris*), ali samo kad je dopušteno dokazivati da ne postoje činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja (ZPP, čl. 221. st. 3.).¹¹⁷ Da bi se notorna činjenica uzela u obzir, potrebno je da se na nju pozove stranka ili se o njoj

je priložio uz tužbu vidi se da su neki radovi neispravno izvedeni. Može se dogoditi da tužitelj, uz revindikacijsku tužbu za povrat posjeda nekretnine, priloži izvod iz zemljišnih knjiga, a da on proturječi njegovim navodima, odnosno da se tužitelj u njemu ne vodi kao zemljišnoknjižni vlasnik, i sl.

¹¹⁵ Prema stajalištu starije pravne teorije, utemeljeneom na odredbama Grpp, "pred sudom" su oni dokazi, koje sudac u pravom smislu riječi ima pred sobom, pri ruci, na pr. isprave priložene tužbi, ili na koje se tužilac u tužbi pozvao, a na ročištu ih je pokazao, ali ne isprave, koje sudac ime tek dobiti, na pr. spisi ostavinski u tužbi su samo navedeni kao dokaz. V.B. 23. II. 1904, br. 2463, podatak o presudi kod VERONA, A. - ZUGLIA, S., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama - Građanski parnični postupak*, Zagreb, s.a., str. 577., bilješka br. 5. Riječi "dokazi koji su već pred sudom" treba razumjeti tako da nije dovoljno ako su ti dokazi u tužbi navedeni, nego oni moraju uistinu biti već "pred sudom". Ovo vrijedi naročito u pogledu spisa čija je rekvizicija u tužbi predložena. Ako spis još nije kod suda, onda ni dokaz nije "već pred sudom". O.V. s., Rv. 5/10, podatak kod GORIĆ, F., *Komentar Građanskog sudskog postupka*, Beograd 1933., str. 239. Usp. i NEUMANN, G., *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Teil II, Wien, 1898., str. 1113.

¹¹⁶ I prema stajalištu sudske prakse, ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi, ali su one u suprotnosti s činjenicama koje su općepoznate, ne može se donijeti ni presuda zbog izostanka (ogluhe) kojom se usvaja tužbeni zahtjev, ali ni presuda kojom se on odbija. Vrhovni sud Hrvatske, GŽ-1137/59, NZ, 1959., br. 9-10.

¹¹⁷ Tako TRIVA, str. 399.

mora raspravljati na inicijativu suda. Na notornost u smislu odredaba članka 331.b ZPP-a sud treba paziti po službenoj dužnosti.

Za ocjenu o tome jesu li neke činjenice općepoznate (notorne), bitno je jesu li kao takve poznate sudu koji sudi. Ako takva činjenica nije poznata i sudu, on može tražiti da se utvrdi njezina notornost kako bi i sam došao do uvjerenja o takvom karakteru relevantne činjenice. Kao činjenice kojima treba priznati karakter općepoznatih činjenica dolaze u obzir ponajprije činjenice koje su poznate svim ljudima ili su, s obzirom na svoj lokalni karakter, poznate samo ljudima određenoga kraja, odnosno užem društvenom krugu. Notornost ne postoji samo onda kada je određena okolnost svakome poznata, nego i kada postoji opća poznatost, jer su mnogi povijesni događaji, prirodni zakoni, izumi itd., notorni, odnosno općepoznati, premda mnogim članovima istog društva nisu poznati.¹¹⁸ Dakle, notornost u širem smislu postoji ako su određene činjenice poznate svakom (prosječno) obaviještenom čovjeku (npr. važniji događaji iz povijesti; elementarni događaji kao poplave, potresi o kojima piše dnevni tisak; prirodni zakoni i sl.). Notornost u užem smislu postoji ako su određene činjenice poznate samo određenome krugu ljudi (npr. ljudima iz određenog kraja, odnosno ljudima iz kruga neke profesije). Notornom ne bi trebalo smatrati činjenicu za koju je sud saznao tek u parnici u kojoj od te činjenice zavisi primjena mjerodavnog prava. Poznić drži kako se općepoznatim činjenicama za sud smatraju i one činjenice za koje je sud saznao prilikom obnašanja svoje funkcije (npr. tijekom očevida, razgledanja zemljišnih knjiga, kaznenog, parničnog, ovršnog ili izvanparničnog postupka koje je sam vodio), iako te činjenice nisu poznate širem krugu ljudi.¹¹⁹ Ali, ono što sudac sazna kao privatna osoba, vrijedi kod suda kao notorno samo ako je i općepoznato. Sudac ne smije u parnici rabiti činjenice koje je kao privatna osoba slučajno saznao, jer je to njegovo privatno saznanje, a ne općepoznato, odnosno to saznanje nije stekao pri obnašanju svoje funkcije. Takvu činjenicu, ako je ona relevantna za konkretni spor, sudac može iznijeti kao svjedok. Dakako, u tom slučaju mora biti izuzet kao sudac ako je bio određen za rješavanje toga spora. Činjenice koje su sudu poznate, a koje se inače ne bi smatrale općepoznatim činjenicama, morale bi se dokazivati.

Ako sud utvrdi da su činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su općepoznate, ne može donijeti oglušnu presudu. Ako je presuda zbog ogluhe donesena, a činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev u protivnosti su s

¹¹⁸ U tom smislu i VERONA, A. - ZUGLIA, S., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama - Građanski parnični postupak*, Zagreb, s.a., str. 465.

¹¹⁹ Usp. POZNIĆ, B., *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1995., str. 208. Ne bi se mogli suglasiti s ovakvim stajalištem jer podupiremo mišljenje i bojazan prof. Trive koji smatra da ovako "široki raspon o shvaćanju notornosti krije u sebi opasnost od zloupotrebe. Drži da ako se određena činjenica proglasi notornom jer je poznata članu sudskog vijeća, onda takvo zaključivanje nije daleko od toga da se sve činjenice o kojima netko nešto znađe proglasi notornom". Vidi TRIVA, str. 399.

općepoznatim činjenicama, oglušna presuda može se pobijati zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka (ZPP, čl. 354. st. 2. t. 5.).

1.4. Ne smiju postojati općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da podnese odgovor na tužbu

Unatoč tome što su ispunjeni svi ostali uvjeti, presuda zbog ogluhe ne može se donijeti ako postoje općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika **opravdani razlozi** spriječili da podnese odgovor na tužbu (ZPP, novi čl. 331.b st. 1. t. 4.). Ako je sudu poznato da je stranka neotklonjivim i nepredvidivim zaprekama spriječena doći pred sud, on ne bi smio protiv nje izreći oglušnu presudu. Teško je (će biti) učiniti vjerojatnom nepredvidivost ili neotklonjivost događaja koji je stranku spriječio da pravodobno dođe na ročište. Pri utvrđivanju ovih zapreka trebalo bi se, držimo, zadovoljiti stupnjem najblaže vjerojatnosti o njihovu postojanju.¹²⁰

Kao tipične primjere takvih općepoznatih okolnosti mogli bismo navesti: vremenske nepogode, epidemije, potres i sl.¹²¹ Držimo da bi trebalo uzeti kako pretpostavke za donošenje oglušne presude nema ni onda kada o opravdanim razlozima spriječenosti tuženika znade samo neki član sudskog vijeća ili kada o tim razlozima sudu pruži informacije tužitelj.¹²² Ako su kod suda općepoznati razlozi koji su tuženika opravdano spriječili da odgovori na tužbu, sud će uskratiti izricanje presude zbog ogluhe. Držimo da sud ne bi smio donijeti presudu zbog ogluhe ni onda kada je tuženik još prije isteka roka za davanje odgovora na tužbu iz opravdanih razloga zamolio da se rok produži.¹²³

¹²⁰ Tako i TRIVA, str. 500.

¹²¹ U skladu s odlukom VSV, Rev - 9/59., u kojoj je zauzeo stav kako kronična bolest koja omogućuje kretanje nije opravdanje za izostanak s prvog ročišta, držimo da kronična bolest koja ne priječi tuženiku da odgovori na tužbu, nije općepoznata okolnost koja bi mogla spriječiti donošenje oglušne presude. Suprotno, prema odluci VVS, Vvs, II G 6/67 od 16. ožujka 1967., po kojoj nema mjesta donošenju presude zbog izostanka protiv tuženika koji izdržava zatvorsku kaznu ako na zakazano ročište nije pristupio zbog propusta uprave kazneno-popravne ustanove, držimo da je tuženikovo izdržavanje zatvorske kazne "općepoznata okolnost iz koje proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da podnese odgovor na tužbu", samo onda ako na tužbu nije odgovorio zbog propusta uprave kazneno-popravne ustanove.

¹²² Tako TRIVA, str. 500.

¹²³ Analogno kod donošenja presude zbog izostanka, u tom je smislu VSH zauzeo stajalište da se ne može donijeti presuda zbog izostanka kad je zastupnik tuženika telefonski obavijestio predsjednika vijeća da je zbog bolesti spriječen pristupiti ročištu. VsH, II Rev-37/85 od 27. VI 1985., "ZSO", knj. 10., sv. I-II, 1985, 163. Prema odluci Okružnog suda u Požegi, nije zakonito donošenje presude zbog izostanka na drugom ročištu za glavnu raspravu, ako prvo ročište nije bilo održano nego odgođeno po prijedlogu tuženika koji zbog spriječenosti nije mogao pristupiti na ročište i u istom prijedlogu najavio podnošenje pismenog odgovora na tužbu koji nije podnio. Okružni sud Sla. Požega, GŽ-742/73 od 8. XI 1973., "PSP", br. 4/74., str. 159. I VTSRH je zauzeo stav da nisu ispunjene pretpostavke za donošenje presude zbog izostanka ako tuženik u brzopletu upućenom sudu navede razloge zbog kojih ne može pristupiti ročištu za glavnu raspravu. Odluka Visokog trgovačkog suda RH, br. PŽ-1585/93 od 22. 2. 1994., "PUG", vol. 33, 1994, 9-10, str. 774. Slično je stajalište zastupljeno i u našoj starijoj pravnoj teoriji. Usp. ZUGLIA, S., *Građanski parnički postupak u Hrvatskoj i Slavoniji*, Zagreb, s.a., str. 234.

Tuženikovo neodgovaranje na tužbu mora biti **opravdano**. Nije, dakle, dovoljno samo postojanje razloga koji su tuženika spriječili da dođe na ročište, već je bitno da su tuženik neskrivljeno propusti odgovoriti na tužbu.

Ovaj uvjet izvire iz same prirode pretpostavke za donošenje presude zbog ogluhe, tj. kod ovoga uvjeta vidi se primjena načela **afirmativne litiskontestacije**, ali vrlo ograničenog dosega. Naime, iz pasivnog držanja tuženika ne izvodi se pretpostavka da on priznaje tužbeni zahtjev kao pravnu posljedicu koju ističe tužitelj. Pretpostavlja se samo da on priznaje činjenice koje je tužitelj u tužbi istaknuo u funkciji osnove tužbenog zahtjeva.¹²⁴ Unatoč tuženikovo pasivnosti, sud nije ovlašten pribjegavati tezi o njegovu procesnom držanju ako iz općepoznatih činjenica može izvesti zaključak da bi se ta pasivnost mogla pripisati nekim drugim razlozima, a ne volji tuženika da pasivnošću manifestira svoju procesno relevantnu volju.¹²⁵ Dakle, kod presude zbog ogluhe, kao i kod kontradiktorne presude, sud bi morao izvoditi silogistički zaključak o utemeljenosti tužbenog zahtjeva, tj. sud bi morao utvrditi proizlazi li iz činjenica koje su u tužbi navedene utemeljenost tužbenog zahtjeva, i to prema normama materijalnog prava.¹²⁶

Znači, prije donošenja presude zbog ogluhe, sud je dužan, uz ostale pretpostavke, ispitati postoje li takve općepoznate okolnosti koje su tuženika spriječile da odgovori na tužbu. Sud je dužan to učiniti **po službenoj dužnosti**. Ako bi sud pri tome utvrdio da su postojale takve općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da tuženik iz opravdanih razloga nije odgovorio na tužbu, onda ne bi mogao donijeti presudu zbog ogluhe.

2. Oglušna presuda i zahtjevi s kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati

Sud ne bi smio donijeti presudu zbog ogluhe i kad je udovoljeno uvjetima iz stavka 1. novoga članka 331.b ZPP-a, odnosno i onda kada su tuženiku tužba i poziv za davanje odgovora na tužbu uredno dostavljeni; ako osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi; ako činjenice na kojima se temelju tužbeni zahtjev nisu u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje se općepoznate; ako ne postoje općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da podnese odgovor na tužbu, ako sud našao da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati (ZPP, članak 3. stavak 3.).

Specifična pretpostavka za donošenje presude zbog ogluhe jest da se parnica mora voditi o zahtjevima kojima stranke mogu slobodno raspolagati (ZPP, novi čl. 331.b st. 2.).¹²⁷ Iako se u ZPP-u to izričito ne navodi, mišljenja smo da je presuda zbog ogluhe moguća i u odnosima u kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati

¹²⁴ Usp. ČALIJA, B., *Građansko procesno pravo*, Sarajevo, 1986., str. 548.

¹²⁵ Vidi TRIVA, str. 500.

¹²⁶ ČALIJA, B., *op. cit.*, str. 548.

¹²⁷ Držimo kako oglušna presuda, kao i presuda zbog izostanka, predstavlja specifičnu dispoziciju stranke s tužbenim zahtjevom. Zbog toga presuda zbog ogluhe ne bi smjela biti dopuštena ako se radi

svojim pravima, odnosno u sporovima koji su uređeni prisilnim propisima *in abstracto*, uz uvjet da stvaranjem pretpostavki za tu presudu stranke ne idu za time da raspolazu pravima kojima ne mogu raspolagati, odnosno ako bi njihova raspolaganja *in concreto* bila protivna tim propisima.¹²⁸

Stranke nemaju pravo slobodno disponirati **određenim materijalno-pravnim ovlaštenjima**. Tuženik nema ni pravo svojom pasivnošću stvarati u odnosu na ta ovlaštenja osnovu za presumpciju o suglasnom utvrđivanju činjeničnoga stanja s tužiteljem. U nekim je statusnim stvarima disponzibilnost predmetom spora *ex lege* isključena, primjerice u bračnim i paternitetskim sporovima. Granice materijalno-pravne dispozitivnosti ujedno su i granice unutar kojih se ova presuda može kretati.¹²⁹ Zbog toga u teoriji procesnoga prava katkad, kao i presudu zbog izostanka, nazivaju "dispozitivnom presudom", da time označe, premda ne posve primjereno, determinirajući utjecaj volje stranaka na sadržaj ove sudske odluke.¹³⁰

Što se **pretpostavki na koje sud mora paziti po službenoj dužnosti** tiče, okolnost što tuženik nije odgovorio na tužbu ne oslobađa sud obveze da pazi na one okolnosti na koje mora paziti *ex officio*. Na prisilne zakonske propise sud mora paziti po službenoj dužnosti i kod ovih presuda, isto kao i kod kontradiktornih. Premda se to izričito ne navodi u članku 331.b ZPP-a, nesumnjivo je da se presuda zbog ogluhe neće moći donijeti ni onda kada postoje okolnosti zbog kojih nije dopušteno donošenje meritorne odluke i na koje sud mora paziti tijekom cijeloga postupka. To su ponajprije: apsolutna i stvarna nadležnost suda (ZPP, čl. 16. i 17.); nedostatak stranačke i parnične sposobnosti (ZPP, čl. 77. i 79.) ili urednog zastupanja tužitelja; postojanje druge parnice o istom zahtjevu među istim strankama (litispendencija - ZPP, čl. 194. st. 3.); postojanje pravomoćne presude (ZPP, 333. st. 2.); sudska nagodba (ZPP, čl. 331.a i 323.); okolnosti zbog kojih bi sudac koji mora donijeti presudu zbog ogluhe morao biti isključen u konkretnoj parnici (ZPP, čl. 71.). Misli se ponajprije na nedostatak procesnih pretpostavki, tj. na postojanje procesnih smetnji zbog kojih bi se tužba trebala odbaciti. Ako se dogodi da postoji neka od negativnih procesnih pretpostavki na koje sud pazi po službenoj dužnosti, tužba se

o zahtjevima s kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati, jer je to suprotno prisilnim propisima i javnom moralu. Usp. UDE, L., *Civilni pravdni postopek*, Ljubljana, 1988., str. 242.

Postoje mišljenja da i u ovom slučaju sud donosi presudu zbog izostanka, ali negativnu, kojom se odbija tužbeni zahtjev. Tako DELJA, Ž., *Presuda zbog izostanka*, "PŽ", 38, 1989, br. 11-12., str. 1641.

¹²⁸ U prilog ovakvom razmišljanju mogli bi se pozvati upravo na odredbe čl. 3. ZPP-a prema kojima stranke mogu slobodno raspolagati zahtjevima koje su stavile tijekom postupka pa čak i zaključiti nagodbu o predmetu spora ako njihova raspolaganja nisu u suprotnosti s prisilnim propisima. Usp. TRIVA, str. 99-110. S druge strane, kako se kod presude zbog izostanka/oglušne presude zapravo radi o presumiranom priznanju činjenica, sud će dokazivati činjenice samo ako zaključi da stranke na taj način idu za time da na taj način raspolazu zahtjevom kojim ne mogu raspolagati (ZPP, čl. 221. st. 1.).

¹²⁹ Usp. POŽUN, J., *Kamatni zahtjevi u presudama zbog izostanka*, "Odvjetnik", god. 67., 1994, br. 11-12, str. 47-50.

¹³⁰ U tom smislu usporedi TRIVA, S., *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka*, "ZPFZG", 10, br. 3-4, 1960, str. 189.

odbacuje pa prema tome nema ni mogućnosti donošenja presude zbog ogluhe. Sud će donijeti oglušnu presudu kada su, uz predviđene uvjete za njezino donošenje prema odredbama čl 331.b ZPP-a, ispunjene i (pozitivne) procesne pretpostavke na koje sud pazi po službenoj dužnosti. Ako se njihovo postojanje ne presumira, odnosno ako dokaz o njihovom postojanju ne zatraži sud jer je posumnjao u njihovo postojanje, podatke o njihovu postojanju treba pružiti tužitelj.¹³¹ U tužbi moraju biti navedene sve činjenice potrebne za opravdanje utemeljenosti tužbenog zahtjeva. U suprotnome, ne može se donijeti presuda zbog ogluhe.

3. Odgađanje donošenja oglušne presude

Ako sud nije siguran jesu li ispunjene sve pretpostavke za donošenje presude zbog ogluhe, treba **zastati s postupkom i odgoditi donošenje presude zbog ogluhe**. Donošenje presude zbog ogluhe odgodit će se ako je potrebno da se o okolnostima iz stavka 2. novoga članka 331.b ZPP-a prije toga pribavi obavijesti (ZPP, čl. 331.b st. 3.), odnosno ako sud nađe da je potrebno izviditi raspoložu li stranke zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (ZPP, čl. 3. st. 3.).

Donošenje presude zbog ogluhe moglo bi se odgoditi i ako nema dokaza da su tuženiku uredno dostavljeni tužba i poziv za davanje odgovora na tužbu, a nesumnjivo je da su mu upućeni. U tom slučaju sud bi morao odrediti rok, koji ne može biti dulji od trideset dana za dostavu u zemlji odnosno dulji od šest mjeseci za dostavu u inozemstvu, kako bi izvidio jesu li tužba i poziv za davanje odgovora na tužbu tuženiku uredno dostavljeni. Ako bi se u tom roku utvrdilo da su ti dokumenti bili tuženiku uredno dostavljeni, sud bi donio presudu zbog ogluhe (ZPP, čl. 331.b st. 5.).

Dakle, odgoda donošenja presude zbog ogluhe moguća je u dva slučaja: prvo, ako je potrebno da sud prije donošenja presude zbog ogluhe pribavi obavijesti radi li se o zahtjevu iz čl. 3. st. 3. ZPP-a s kojim stranke ne mogu raspolagati; te, drugo, ako je sud dužan izvidjet je li tuženik uredno pozvan kada sud nema dokaza da je tuženik uredno pozvan, a nesumnjivo je da mu je poziv upućen.

3.1. Odgoda donošenja presude zbog ogluhe kada je potrebno da sud prije donošenja presude zbog ogluhe pribavi obavijesti radi li se o zahtjevu iz čl. 3. st. 3. ZPP-a, s kojim stranke ne mogu raspolagati.

U izostanku ili propuštanju manifestira se stranačka dispozicija, pa je stoga sud dužan voditi računa o granicama stranačke dispozicije prema odredbama čl. 3 st. 3. ZPP-a.¹³² Stoga, presuda zbog ogluhe ne bi smjela biti donesena i kad je udovoljeno

¹³¹ Usp. u tom smislu i stajalište starije pravne teorije, po odredbama Grpp-a, da ne samo što je sud dužan sve ove okolnosti provjeravati po službenoj dužnosti, već je i tužitelj obavezan dokazati sve okolnosti u vezi s ovim procesnim pretpostavkama. Nije li to u stanju, a ako nema dovoljno dokaza da sve te pretpostavke postoje, sud prijedlog za donošenje presude zbog izostanka/ogluhe neće priznati. VUKIČEVIĆ, R., *Meritorno rešavanje parnice na prvom ročištu*, "Arhiv", knjiga XXVIII, 1934, br. 6, str. 495.

¹³² Usp. MARKOVIĆ, M., *Odluke u parničnom postupku*, "PPP", br. 3/86, str. 62.

ostalim uvjetima, ako sud utvrdi da je riječ o zahtjevu kojim stranke ne mogu raspolagati. Donošenje presude zbog ogluhe treba odgoditi ako je potrebno da se o tim okolnostima prije toga pribave obavijesti.

Kada bi utvrdio da se radi o zahtjevu s kojim stranke ne mogu slobodno raspolagati, jer je očito da su raspolaganja stranaka ili rezultat koji žele ostvariti protivni prisilnim propisima i javnom moralu na koje sud pazi po službenoj dužnosti, sud ne bi smio donijeti presudu zbog ogluhe premda su se ostvarili ostali uvjeti za njezino donošenje, već bi morao provesti kontradiktorno suđenje, te onda presuditi prema rezultatima raspravljanja.

Sud međutim ne bi morao uvijek odbiti prijedlog za donošenje presude zbog ogluhe. Ako bi sud posumnjao da se radi o zahtjevu s kojim stranke ne mogu raspolagati pa ocijeni da je o toj okolnosti potrebno pribaviti dodatne obavijesti, sud bi mogao odgoditi donošenje presude zbog ogluhe. U tim slučajevima sud bi prvo ocijenio postoje li sve pretpostavke za donošenje presude zbog ogluhe. Nakon toga bi ispitao postojanje činjenice koju treba utvrditi po službenoj dužnosti, kao i na koji način može pribaviti izvješća poradi njezina utvrđivanja i mogu li se od državnih organa službeno pribaviti takva izvješća na temelju kojih se može utvrditi da je tužiteljeva tvrdnja točna i da takva činjenica ne postoji. Sud bi potom ocijenio može li takve obavijesti dobiti od državnih organa ili stranaka. Kada bi ocijenio da bi iz takvih izvješća mogao utvrditi postojanje navedenih činjenica i izvesti dokaze i bez daljnjeg raspravljanja, onda bi trebalo odgoditi donošenje presude zbog ogluhe i tražiti te obavijesti od državnih organa ili stranaka. U tome je i smisao st. 3. čl. 332. ZPP-a.

Daljnji postupak zavisio bi od toga kakve će obavijesti dobiti. Ako iz traženih obavijesti utvrdi da je tužiteljev navod točan i da se zahtjev tiče prava s kojima je dopušteno raspolagati, sud bi trebao donijeti presudu zbog ogluhe. Ako bi, pak, iz dobivenih obavijesti utvrdio da tužiteljeva tvrdnja nije točna i da se radi o pravima s kojima stranke ne mogu raspolagati, sud ne bi smio donijeti presudu zbog ogluhe.

U st. 3. novoga čl. 331.b ZPP-a ništa se ne govori o tome kakav je postupak u slučaju odgode donošenja presude zbog ogluhe. U st. 3. čl. 331.b ZPP-a ništa se ne govori ni o tome hoće li sud odrediti rok u kojemu će pribaviti navedena obavještenja. To je doista teško odrediti, posebno kada obavještenja moraju dostaviti drugi organi. Nigdje nije izričito propisano u kojem roku se ima donijeti i izraditi presuda zbog ogluhe kada se njezino donošenje odgodi radi provedbe izvida prema odredbama čl. 3. st. 3. ZPP-a, odnosno radi izvida o urednosti poziva prema odredbama čl. 331.b st. 4. ZPP-a.

Nakon što pribavi navedena obavještenja, sud bi mogao donijeti presudu zbog ogluhe i bez saslušanja stranaka (ZPP, čl. 331.b st. 7.), a na temelju toga se može zaključiti da sud nije dužan pružiti strankama mogućnost da se izjasne o dobivenim obavijestima. Držimo kako bi ipak morao omogućiti tužitelju da se izjasni o obavijestima koje su nepovoljne po njega.¹³³ Ako bi ocijenio da je potrebno

¹³³ Arg. iz čl. 354. st. 2. t. 7. ZPP-a, odnosno t. 6. prema Noveli.

strankama omogućiti da se izjasne, odnosno dostaviti obavijesti o činjenicama zbog kojih je došlo do odgode, sud bi im mogao odrediti posebni rok za dostavljanje tih obavijesti. Smatramo da u ovom slučaju sud treba odrediti jedan primjereni rok u kojemu će pribaviti obavijesti i donijeti odluku. Ako obavijesti stignu prije određenoga roka, sud će prije donijeti odluku. Sud bi morao donijeti odluku najkasnije u roku od 8 dana od prijama obavijesti (arg. iz čl. 335. ZPP-a).

3.2. Odgoda donošenja presude zbog ogluhe kada sud nema dokaza da je tuženik uredno pozvan da odgovori na tužbu, a nesumnjivo je da mu je poziv upućen

Drugi slučaj kada bi trebalo odgoditi donošenje presude zbog ogluhe, jest ako nema dokaza da je tuženik uredno pozvan da odgovori na tužbu, a nesumnjivo je da mu je poziv upućen.¹³⁴

Kad nema dokaza da je tuženik uredno pozvan odgovoriti na tužbu, izricanje presude zbog ogluhe trebalo bi odgoditi dok se ne utvrdi je li tuženik bio uredno pozvan. Ako, pak, nema dokaza da je tuženik uredno pozvan da odgovori na tužbu jer se još nije vratila dostavnica, ali je sigurno da mu je poziv poslan, sudac bi mogao odgoditi donošenje presude zbog ogluhe najviše do 30 dana ako se dostava imala izvršiti u Republici Hrvatskoj, odnosno najviše do 6 mjeseci ako se dostava imala izvršiti u inozemstvu (ZPP, čl. 331.b st. 5.). Kada bi iz dostavnice koja u tom roku stigne, ili iz provedenih izviđaja o dostavi, proizlazilo da je pasivni tuženik na vrijeme primio poziv tako da je mogao odgovoriti na tužbu, sud bi morao donijeti presudu zbog ogluhe.

U čl. 331.b ZPP-a **nema odredbi o tome kako će sud postupiti ako se do određenog roka ne bi moglo utvrditi da je tuženik bio uredno pozvan.** Kako se radi o sudskom roku, držimo da bi sud mogao produžiti taj rok za još neko vrijeme ili ponovno poslati tuženiku poziv da odgovori na tužbu.

No, i kad postoji dostavnica pred sudom, može se smatrati kako ne postoje dokazi da je tuženik uredno pozvan da odgovori na tužbu ako postoji **opravdana sunnja da je dostava valjano izvršena.** To može biti slučaj kada se iz dostavnice ne vide svi podaci predviđeni zakonom, što znači da i sama dostava nije valjano izvršena. Na dostavnici se može vidjeti potpis tuženika da je dostavicu primio, ali se iz drugih spisa pred sudom vidi da to nije njegov potpis, bilo da on ima sasvim drukčiji potpis ili je, štoviše, nepismen.

Može se dogoditi da sudu stignu podaci da je tuženik bio uredno pozvan da odgovori na tužbu, ali da su tada već bili **protekli rokovi** iz st. 5. čl. 331.b ZPP-a. Stoga se može postaviti pitanje smije li sud izreći presudu zbog ogluhe ako po proteku tih rokova (30 dana, odnosno 6 mjeseci) utvrdi da je tuženik uredno pozvan. Logično bi bilo da sud može donijeti presudu zbog ogluhe i nakon proteka tih rokova kad bi naknadno utvrdio da je tuženik ipak bio uredno pozvan. Jer time što se protiv njega izriče presuda nešto kasnije, tuženiku se ne nanosi nikakva šteta. Ako se

¹³⁴ Podrobnije kod PEROVIĆ, M., *Parnični postupak*, rad u zborniku "Vodič kroz postupke", Beograd, 1985., str. 214.

kontradiktorna presuda može izreći i po proteku roka od osam dana u slučaju odgode izricanja po čl. 335. st. 4. ZPP-a, premda je tu već prilično oslabilo načelo neposrednosti, ne bi smjelo biti nikakve zapreke ni za izricanje oglušne presude nakon proteka tih rokova (30 dana ili 6 mjeseci).¹³⁵ Ne bi se smjelo uzeti da su navedeni rokovi od 30 dana odnosno 6 mjeseci strogi zakonski rokovi te da su prekluzivni za sud, pa bi se zbog toga i ti rokovi mogli produžiti ako to zahtijevaju okolnosti pojedinoga slučaja. U protivnome, nakon proteka rokova ne bi se više mogla donijeti presuda zbog ogluhe, čak ni u slučaju da je nakon proteka tih rokova, a prije poduzimanja bilo koje nove procesne radnje suda, dokazano da je tuženik na ročište uredno pozvan. Stoga, držimo, nema nikakva razloga određivati neke zakonske rokove u kojima bi se trebalo izvidjeti je li tuženik uredno pozvan da odgovori na tužbu, već to treba prepustiti sudu, koji će sam prema okolnostima pojedinog slučaja odrediti taj rok, te zbog toga biti i u mogućnosti po potrebi taj rok i produžiti.¹³⁶ S druge strane, treba uzeti u obzir i okolnost da bi donošenje oglušne presude nakon proteka navedenih rokova moglo predstavljati i bitnu povredu odredaba parničnog postupka, predviđenu odredbama čl. 354., st. 2. t. 6. ZPP-a.¹³⁷

3.3. U navedenim slučajevima kada je donošenje presude zbog ogluhe odgođeno (ZPP, novi čl. 331.b st. 3. i 5.), presuda zbog ogluhe može se donijeti i bez saslušanja stranaka (ZPP, novi čl. 331.b st. 7.).

Dakle, u oba ova slučaja, kada se odgađa donošenje presude zbog ogluhe, sud presudu može donijeti, nakon izvršenog provjeravanja, odnosno proteka roka, bez saslušanja stranaka o okolnostima zbog kojih je i odgođeno donošenje presude zbog ogluhe.¹³⁸

To ne znači da će sud donijeti presudu zbog ogluhe u slučaju ako se utvrdi da je riječ o raspolaganjima stranaka suprotnim prisilnim propisima i pravilima javnog morala ili ako utvrdi da je tuženik neuredno pozvan. U prvom slučaju jedino je moguće donijeti presudu kojom se tužbeni zahtjev odbija kao neutemeljen, i to primjenom odgovarajućih prisilnih popisa materijalnoga prava (ZPP, čl. 331.b st. 4., u svezi s odredbom čl. 3. st. 3. ZPP-a). U drugom slučaju, ako tuženik nije uredno pozvan, iako o tome u novome čl. 331.b ZPP-a nema izričite odredbe, držimo da sud ne bi smio donijeti oglušnu presudu, već bi ponovno trebao pozvati tuženika da odgovori na tužbu.

¹³⁵ Usp. ZUGLIA, S. - TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., str. 128-129.

¹³⁶ Tako za presudu zbog izostanka BAZALA, B., *Presuda zbog izostanka*, "Odvjetnik", 5, 1955, br. 11-12., str. 8.

¹³⁷ I Bazala drži da se samo u tom roku može donijeti presuda zbog izostanka (oglušna presuda). Ako bi se donijela presuda zbog izostanka poslije tog roka, bila bi to bitna povreda odredaba parničnog postupka iz čl. 343. st. 2. t. 5. ZPP 56 ("ako je sud protivno odredbama ovog zakona donio presudu zbog izostanka"). BAZALA, B., *Zakon o parničnom postupku s objašnjenjima i sudskim odlukama*, Zagreb, 1969., str. 243. Spomenuta odredba sadržajno se podudara s odredbom čl. 354. st. 2. t. 6. ZPP76.

¹³⁸ Vidi detaljnije kod DELJA, Ž., *Presuda zbog izostanka*, "PŽ", 38, 1989, br. 11-12., str. 1642.

Sud bi strankama svakako bio dužan dostaviti ovjereni prijepis presude s uputom o pravu na izjavljivanje pravnog lijeka protiv presude (ZPP, čl. 337. st. 3.).

3.4. Postoji mogućnost i da će sud biti u dvojbi kako **nedostaje neka procesna pretpostavka**, odnosno da postoji neka procesna smetnja koja bi priječila donošenje presude zbog ogluhe. Isto tako, moguće je da će postojati i neka otklonjiva smetnja za donošenje presude zbog ogluhe (npr. nedostatak urednog zastupanja parnično nesposobnog tužitelja; nedostatak uredne punomoći od strane tužitelja). Premda se ova mogućnost u odredbama članka 331.b ZPP-a izričito ne spominje, smatramo da bi i u slučajevima u kojima se radi o nedostacima o kojima sud vodi računa prigodom prethodnog ispitivanja tužbe, sud mogao odgoditi donošenje presude zbog ogluhe u cilju pribavljanja obavijesti od stranaka ili državnih organa, a ako je riječ o otklonjivoj smetnji, sud bi mogao u predviđenom roku poduzeti što je potrebno da se smetnja otkloni (primjerice, da parnično nesposobni tužitelj dobije zastupnika u parnici).¹³⁹ Sud bi, dakle, mogao odgoditi donošenje presude zbog ogluhe kada posumnja da postoji neka procesna smetnja, a ispunjeni su ostali uvjeti za njezino donošenje, i tražiti o tome naknadne obavijesti od stranaka, a po potrebi i od drugih organa.

Daljnji tijek postupka zavisio bi od karaktera obavijesti koje je sud dobio. Ako bi iz dobivenih obavijesti sud zaključio da ne postoje procesne smetnje, trebao bi donijeti presudu zbog ogluhe. Ako bi, pak, spoznao da postoji neotklonjiva procesna smetnja, sud bi tužbu trebao odbaciti (primjerice, ako utvrdi da je predmet već pravomoćno presuđen). Ako bi iz dobivenih obavijesti sud utvrdio da postoji otklonjiva procesna smetnja, trebalo bi poduzeti sve što je potrebno da se ta smetnja otkloni. Dakle, sud ne bi trebao odmah odbaciti tužbu ako se radi o otklonjivoj procesnoj smetnji. Najprije bi trebao poduzeti sve što je potrebno da se ona otkloni, pa tek ako u tome ne uspije, tužbu bi odbacio.

U praksi će se vjerojatno postaviti i pitanje može li tuženik tijekom tih rokova (iz st. 3. i 5. čl. 331.b ZPP-a), zakonskih i sudskih, dostaviti odgovor na tužbu i time spriječiti donošenje presude zbog ogluhe prema odredbama st. 3., 5. i 7. čl. 331.b ZPP-a? Iako o tome u novome čl. 331.b ZPP-a nema izričite odredbe, držimo da tuženik, u slučaju odgađanja donošenja presude zbog ogluhe, može dostaviti odgovor na tužbu sve dok oglušna presuda nije donesena. Ako on to učini, sud ne bi mogao donijeti presudu zbog ogluhe jer se ona ne može donijeti nakon što je tuženik dostavio odgovor na tužbu (arg. iz st. 1. čl. 331.b ZPP-a; odredba čl. 285. st. 4. noveliranog ZPP-a).

4. Odbijanje tužbenog zahtjeva

Ako iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi osnovanost tužbenoga zahtjeva, sud bi morao **odrediti pripreмно роčište** i, ako na tom роčištu tužitelj ne bi

¹³⁹ Vidi kod POZNIĆ, B., *Presuda zbog izostanka*, "Anali", 4, br. 3, 1956, str. 279.

preinačio tužbu, donijeti presudu kojom se **tužbeni zahtjev odbija** (ZPP, novi čl. 331.b st. 4.).

Iako takva presuda ne bi bila kontradiktorna, već poseban tip presude donesene na temelju jednostrane prezentacije stanja stvari od strane tužitelja, tužitelj je može pobijati redovitom žalbom zbog svih žalbenih razloga iz čl. 353. ZPP-a. Naime, budući da ZPP/Novela presudom zbog ogluhe naziva samo onu presudu kojom se tužbeni zahtjev prihvaća, ograničenje žalbenih razloga ne bi trebalo vrijediti i za presudu kojom bi se, na temelju istih pretpostavki, tužbeni zahtjev odbijao kao neutemeljen (čl. 331.b st. 4. ZPP-a).

Nakon dostavljanja tužbe tuženiku, za njezinu preinaku potreban je **pristanak tuženika**. Ali i kad se tuženik protivi, sud može dopustiti preinaku ako smatra da bi to bilo svrsishodno za konačno rješenje odnosa među strankama (ZPP, čl. 190. st. 2.). Tako je i odredbama čl. 331.b st. 4. ZPP-a dopuštena preinaka tužbe nakon njezina dostavljanja tuženiku i bez pristanka tuženika. Naime, ako iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi utemeljenost tužbenog zahtjeva, a tužba na ročištu nije preinačena, sud bi bio dužan donijeti presudu kojom se tužbeni zahtjev odbija.¹⁴⁰

Ako tužitelj na pripremnom ročištu preinači tužbu i time stvori osnovu za daljnje raspravljanje, parnica bi se trebala nastaviti.¹⁴¹

Problem bi mogao nastati ako se na zakazanom pripremnom ročištu ne pojavi tuženik, a tužitelj preinači tužbu. Budući da bi u takvim slučajevima tužitelj preinačio tužbu na ročištu na kojemu tuženik nije prisutan, postupak bi se, držimo, trebao nastaviti na način da sud odgodi ročište i dostavi tuženiku prijepis zapisnika s tog ročišta, kako bi se on mogao pripremiti za daljnje raspravljanje o preinačenom tužbenom zahtjevu (ZPP, čl. 190. st. 7.). Stoga se u tim slučajevima ne bi, primjerice, mogla donijeti presuda zbog izostanka, jer se za izostalog tuženika ne može pretpostavljati da priznaje i one činjenice koje mu nisu bile priopćene.¹⁴² Zato bi mu se morala dostaviti i preinačena tužba. Sud bi mogao naložiti tužitelju da posebnim podneskom izloži činjeničnu osnovu preinačene tužbe, te da podneskom upozna tuženika s preinačenom tužbom. Na novo ročište sud bi trebao pozvati obje stranke. Tek ako bi se utvrdio novi izostanak tuženika sa zakazanog ročišta po preinačevoj tužbi, mogla bi se izreći presuda zbog izostanka.

¹⁴⁰ Odredba po kojoj će sud odbiti tužbeni zahtjev ako tužitelj (u uvjetima u kojima bi inače bilo moguće suditi zbog izostanka) ne preinači svoj tužbeni zahtjev, shvatljiva je ako se prihvati i podtekst ove norme: o dužnosti suda da skrene pažnju tužitelju na inkongruentnost njegovog traženja s obzirom na izloženi činjenični supstrat, i da mu sugerira svrsishodno preinačenje zahtjeva ili navoda kojima se on opravdava. TRIVA, S., *Esej o otvorenom pravosuđenju*, "GPFSA", 21, br. XXI, 1973, str. 349.

¹⁴¹ U tom smislu je i odluka Županijskog suda u Bjelovaru, br. GŽ - 699/96, od 9. svibnja 1996. godine.

¹⁴² Tako prema odluci Vrhovnog suda NR Slovenije, Gž. 2563/61 - 31. 10. 1961., čim su izmijenjene činjenice iz tužbe, nema mjesta donošenju presude zbog izostanka, jer je uvjet za takvu presudu da je tuženik bio upoznat o svim činjenicama prije ročišta koje je propustio i na kojemu je predloženo donošenje presude zbog izostanka. Prema stajalištu koje je zauzeo Vrhovni sud Hrvatske, ako je tužba preinačena na ročištu na kojemu tuženik nije prisutan, sud je dužan odgoditi ročište i dostaviti tuženiku

5. Odbijanje prijedloga tužitelja za donošenje oglušne presude

5.1. Protiv rješenja suda kojim odbija prijedlog tužitelja da se donese presuda zbog ogluhe **žalba nije dopuštena** (ZPP, novi čl. 331.b st. 6.).

Da bi se unaprijed spriječilo, a kao što praksa kod instituta presude zbog izostanka ukazuje, u pravilu nepotrebno razvlačenje postupka, predviđeno je da protiv rješenja suda kojim se odbija prijedlog tužitelja da se donese presuda zbog ogluhe neće biti dopuštena posebna žalba. Tužitelju čiji je zahtjev osnovan neopravdano odbijanje prijedloga za izricanje presude zbog ogluhe prouzročit će samo privremeno nešto veće troškove. Te bi mu troškove trebao na kraju platiti tuženik koji je izgubio spor u glavnoj stvari. S druge strane, tužitelj, u pravilu, ne može, ako postoje svi uvjeti za donošenje ove dispozitivne presude (zbog ogluhe), tražiti presudu utemeljenu na rezultatima izvođenja dokaza i inače kontradiktorno provedene rasprave. Za takvu presudu u pravilu mu nedostaje pravni interes, jer na temelju nje ne bi mogao ostvariti kvalitetniji stupanj pravne zaštite od one koju mu pruža presuda zbog ogluhe,¹⁴³ odnosno jer bi to zahtijevalo znatno više vremena i znatno veće troškove postupka.¹⁴⁴

prijepis zapisnika s tog ročišta. Kad sud propusti to učiniti, te na ročištu na kojemu je tužba preinačena zaključujući glavnu raspravu, time je onemogućio tuženika da raspravlja pred sudom. Bez očitovanja tuženih o novom zahtjevu tužitelja i raspravljanju po tom zahtjevu, počinio je apsolutno bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 354. st. 2. t. 7. ZPP-a, zbog čega u tom dijelu treba ukinuti presudu i predmet vratiti prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. VSH, Rev-1386/85 od 13. VII 1986. Slična su stajališta zauzimali i neki teoretičari tumačeći odredbe Privremenog parbenog postupnika iz 1852. godine i Zakona o postupku u pravnih poslovi manje vrijednosti iz 1876. godine. Tako prema mišljenju Kuglera "ne će se moći izreći osuda s ogluhe proti tuženom, ako je tužitelj u njegovoj odsutnosti na raspravi preinačio tužbu, i to iz razloga što se tuženom mora svagda dostaviti tužba o kojoj se vodi rasprava i što mu moraju biti poznate posljedice koje ga mogu stići ako ne pristupi na ročište. U tom će slučaju sudac, ako dopusti preinaku tužbe, ročište odgoditi i tuženoga obavijestiti o preinačenoj tužbi. Dakako da se ovamo ne broji preinačenje tužbe samim sniženjem njenog zahtjeva". KUGLER, M., *Tumač maličnom postupniku*, Zagreb, 1917., str. 29. Derenčin, pak, smatra da "tužitelj može preinačiti, imenito povećati zahtjev tužbe, nu želi li on kontumacirati nedošavšega tuženika, nebi mogao preinačiti u ničem petituma, stavljena u tužbi, prepis koji bijaše tuženiku dostavljen". DERENČIN, M., *Tumač Zakonu o postupku u pravnih poslovi manje vrijednosti (o postupku bagatelnom ili maličnom)*, Zagreb, 1877., str. 61.

¹⁴³ Vidi TRIVA, S., *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka*, "ZPFZG", 10, 1960., br. 3-4, str. 295.

¹⁴⁴ Tako FILIPČE, S., *Donesuvanje na presuda poradi izostanak*, "Pravna misla", 20, 1970., br. 5 - 6, str. 12. Prema Đuroviću, nema potrebe da sud, po zahtjevu tužitelja, donese kontradiktornu presudu, za koju treba više vremena, kad mu presuda zbog izostanka isto tako jamči pravo kao i kontradiktorna presuda. Štoviše, presuda zbog izostanka teže se pobija žalbom, jer se ne može pobijati zbog nepotpuno ili pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Ovakav je postupak odraz načela ekonomičnosti u procesnom pravu. ĐUROVIĆ, Z., *Presuda zbog izostanka u jugoslavenskom pravu*, Beograd, 1965., str. 28.

5.2. Treba kazati da se odredbom st. 6. čl. 331.b ZPP-a otvara **niz pitanja na koja nema izričitog odgovora u odredbama spomenutog članka. Prije svega, nije potpuno jasno donosi li se oglušna presuda po službenoj dužnosti, na prijedlog tužitelja ili je moguće donijeti i na prijedlog tužitelja i po službenoj dužnosti.**

U prilog tezi da se presuda zbog ogluhe donosi **po službenoj dužnosti** jest dikcija odredbe st. 1. čl. 331.b ZPP-a: "donijet će se presuda kojom se prihvaća tužbeni zahtjev". Slično kao i kod donošenja presude na temelju priznanja (ZPP, čl. 331. st. 1.), tužitelj nema pravnog interesa protiviti se donošenju presude zbog ogluhe. Usto, da je predlagatelj/zakonodavac želio odrediti da se oglušna presuda može donijeti i na prijedlog tužitelja, mogao je to izričito odrediti kao i kod donošenja presude zbog izostanka, gdje je takva mogućnost predviđena u novom st. 1. čl. 332. ZPP-a.

S druge strane, odredba st. 6. čl. 331.b ZPP-a jasno ukazuje na to da se presuda zbog ogluhe može donijeti (i) **na prijedlog tužitelja**. Međutim odredbe čl. 331.b ne daju izričiti odgovor na pitanje kada i u kojim situacijama tužitelj može predložiti donošenje presude zbog ogluhe. Držimo logičnim da bi tužitelj mogao postaviti prijedlog za donošenje presude zbog ogluhe u slučaju kad je sud smatrao da se na temelju tužbe može dalje postupati te je primjerak tužbe dostavio tuženiku radi podnošenja pisanog odgovora na tužbu (nova odredba čl. 284. st. 1. ZPP-a), pa tuženik nije odgovor podnio u roku koji je odredio sud (v. novu odredbu čl. 285. st. 2. ZPP-a), a sud nije neposredno nakon isteka roka donio presudu zbog ogluhe iako su bili ispunjeni svi uvjeti za njezino donošenje (v. odredbu st. 1. čl. 331.b ZPP-a). Poredbeno, u slovenskom postupovnom pravu presuda zbog ogluhe može se donijeti samo po službenoj dužnosti (v. NSIZPP, čl. 318. st. 1.). Prema odredbama Prednacrta FBiH, ako tužitelj ne bi dostavio odgovor na tužbu, a tužitelj nije u tužbi zatražio donošenje oglušne presude, sud bi morao, nakon proteka roka za podnošenje odgovora na tužbu, zakazati pripremno ročište (Prednacrt, čl. 72. st. 2.), na temelju čega se može zaključiti da se oglušna presuda donosi (i) na prijedlog tužitelja, kojeg mora postaviti već u tužbi.

6. Upozorenje na pravne posljedice propuštanja roka za davanje odgovora na tužbu

U pozivu za davanje odgovora na tužbu tuženik će se **upozoriti na pravne posljedice propuštanja** da u određenom roku da taj odgovor (ZPP, novi čl. 331.b st. 8.).

Poziv nije uredan ako u pozivu tuženik nije upozoren na posljedice propuštanja.¹⁴⁵ Osobito značenje ima upozorenje tuženiku na pravne posljedice propuštanja da u određenom roku iz čl. 285. st. 2. ZPP-a odgovori na tužbu, odnosno da se tada protiv njega donosi presuda zbog ogluhe.

¹⁴⁵ U judikaturi je neprijeporno da poziv nije uredan ako u pozivu tuženik nije upozoren na posljedice izostanka i propuštanja. U tom je smislu i Vrhovni sud Slovenije zauzeo stajalište da "sodba zaradi

Kao i kod donošenja presude zbog izostanka, pretpostavljamo da će se pojaviti razmišljanja kako u pozivu mora stajati upozorenje o štetnim posljedicama nedavanja odgovora na tužbu posebno zbog zaštite tuženika koji se iz **neznanja ne koristi pravima** koja mu pripadaju. Na taj način bi otpao mogući prigovor da se donošenjem presude zbog ogluhe može oštetiti osoba (tuženik) koja je neuka i nije upućena u pravo.¹⁴⁶ Stranku koja se iz neznanja ne koristi pravima što joj pripadaju na temelju ZPP-a, sud treba upozoriti koje parnične radnje može poduzeti (ZPP, čl. 11., načelo pružanja pomoći neukim strankama). Povrede odredaba o pružanju pomoći neukim strankama predstavljaju relativno bitne povrede odredaba parničnog postupka (ZPP, čl. 354. st. 1.), te bi u svakom konkretnom slučaju trebalo razmatrati je li konkretna povreda bila, ili je mogla biti, od utjecaja na donošenje zakonite i pravilne (oglušne) presude. Smatramo da se ove načelne odredbe ne bi mogle primijeniti u slučaju kada u pozivu za davanje odgovora na tužbu tuženik nije upozoren na posljedice propuštanja. Naime, u tom slučaju tuženik nije uredno pozvan pa se zbog njegovog propuštanja protiv njega uopće ne može donijeti presuda zbog ogluhe. Ako, pak, tuženik nije uredno pozvan, protiv njega se, i pored propuštanja davanja odgovora na tužbu, ne bi mogla donijeti presuda zbog ogluhe (ZPP, čl. 331.b st. 1. t. 1.), a ako bi se ipak donijela, bila bi počinjena apsolutno bitna povreda odredaba parničnog postupka (ZPP, čl. 354. st. 2. t. 6.), a ne relativno bitna, bez obzira na to je li tuženik neuka stranka ili nije. Žalbeni je sud dužan po žalbi tuženika ukinuti takvu presudu zbog ogluhe.¹⁴⁷

7. Obrazloženje presude zbog izostanka

Odredbama čl. 188. Novele predviđa se i izmjena odredaba čl. 338. st. 5. ZPP-a, radi proširenja njegove odredbe i na presudu zbog ogluhe. Tako se, među ostalim,

izostanka tudi ni mogoča, če vabilo na narok ni redno; redno pa med drugim ni, če v njem posledice izostanka niso napovedene" (VS Slovenije, Pž-518/63, objavljena u Poročilu o sodni praksi VS SRS, civilno pravo, zv.1963/II, str. 23., št. 19.), te da "če v vabilu na narok ni opozorila na posledice izostanka, sodišče ne more izdati sodbe zaradi izostanka, čeprav sicer obstajajo drugi pogoji iz 332. čl. ZPP" (VS LR SI., Pž-504/62., objavljena u Poročilu o sodni praksi VS LRS, civilno pravo, zvezek 1962/II, str. 75., št. 71.).

¹⁴⁶ Usp. FILIPČE, S., *Donesuvanje na presuda poradi izostanok*, "Pravna misla", 20, 1970, br. 5-6, str. 10. U tom je smislu i odluka Vrhovnog suda Jugoslavije, prema kojoj nema mjesta donošenju presude zbog izostanka ako poziv tuženiku, koji je neuka stranka, nije sadržao upozorenje o zakonskim posljedicama propuštanja i izostanka sa ročišta. VSI, II G 16/67., objavljena u "ZSO", 1967, knj. 12., sv. 1., br. 49.

¹⁴⁷ Članak 11. ZPP-a je opće pravilo (*lex generalis*) i njega derogira posebno pravilo (*lex specialis*) za određeni slučaj. Članak 332. ZPP-a, kao i novi čl. 331.b ZPP-a, je posebno pravilo i ono u pojam urednog poziva ne uključuje pojam neuke stranke, već se odnosi na svakog tuženika. Na postojanje apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka nema utjecaja to što su tuženici bili neuke stranke, jer bi ona postojala i kad bi oni poznavali pravila postupka, pošto je bitno da je sud donio presudu zbog izostanka/oglušnu presudu i ako tuženici nisu bili uredno pozvani. Tako ĐUROVIĆ, Z., *Presuda zbog izostanka u jugoslavenskom pravu*, (doktorska disertacija), Beograd 1965., str. 24-26.

određuje da u obrazloženju presude zbog ogluhe sud treba iznijeti samo razloge (procesne i materijalnopravne pretpostavke) koji opravdavaju donošenje takve presude.

Posebno je, dakle, predviđeno da se u **obrazloženju** presude zbog ogluhe iznose samo razlozi koji opravdavaju donošenje takve presude. To je i razumljivo kada se ima u vidu osnova i karakter ogluše presude, koja i ne zahtijeva opširnije i kompletnije obrazloženje.¹⁴⁸ U obrazloženju presude zbog ogluhe trebalo bi konstatirati postojanje procesnih pretpostavki za donošenje presude zbog ogluhe i obrazloženje razloga zbog kojih sud smatra da je tužbeni zahtjev osnovan.¹⁴⁹ Nema sumnje da je, zbog pojednostavljenoga obrazloženja tih presuda, pismena izrada presude zbog ogluhe puno lakša negoli kontradiktornih presuda, pa su se noveliranim odredbama st. 1. čl. 337. ZPP-a mogli propisati i kraći rokovi za njezino donošenje i izradu u odnosu na one predviđene za kontradiktorne presude. Ali kako to nije predviđeno, presuda zbog ogluhe mora se izraditi i otpremiti u roku od 30 dana od donošenja.

8. Razlozi zbog kojih se presuda zbog ogluhe može pobijati

Presuda zbog ogluhe **može** se pobijati zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primjene materijalnog prava, ali **ne može** se pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (Novela, čl. 196.). Ovime je, dakle, stavak 2. članka 353. ZPP-a izmijenjen radi proširenja njegove odredbe i na presudu zbog ogluhe.

U tom je smislu i točka 6. stavka 2. čl. 354. ZPP-a, nadopunjena odredbama čl. 197. Novele unošenjem u listu tzv. dispozitivnih presuda i presude zbog ogluhe. Tako će bitna povreda odredaba parničnog postupka uvijek postojati i ako sud protivno odredbama ZPP-a donese presudu zbog ogluhe.

Što se **prijedloga za ponavljanje postupka** tiče, prema odredbi čl. 240. Novele mijenjaju se odredbe čl. 421. ZPP-a na način da se novim stavkom 2. izrijekom rješava pitanje zbog kojih se razloga predviđenih u stavku 1. čl. 421. ZPP-a mogu tim pravnim lijekom pobijati tzv. dispozitivne odluke. Postupak

¹⁴⁸ Primjerice, prema odredbama par. 515. Grpp-a, nekontradiktorne presude, pa i presuda zbog propuštanja, mogle su se otproviti u skraćenom obliku, pri čemu se upotrebljavao primjerak tužbe ili rubrike (zabilješke presude). Rubrika (*rubrum* - kratak sadržaj spisa; oznaka suda i stranaka u uvodu sudske presude. ROMAC, A.: "Rječnik latinskih pravnih izraza - *vademecum iuridicum*", Zagreb, 1985., str. 303.) je u tom slučaju morala sadržavati tužbeni zahtjev. Takve presude (zbog pasivnosti) nisu se trebale obrazlagati. Kao obrazloženje služio je sam naziv presude, npr. "Kontumacijska presuda". Sastavljanje otpravka takvih presuda moglo se povjeriti i sudskoj pisarnici. Podrobnije o tome kod VERONA, A. - ZUGLIA, S., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama - Građanski parnični postupak*, Zagreb, s.a., str. 620. Prema stajalištu starije pravne teorije smatralo se da je izvornik presude sastavni dio zapisnika o raspravi ili ročištu na kojemu se presuda donosi, pa budući da je zapisničar potpisivao zapisnik, smatralo se da treba potpisati i presudu. ZPP 56 je napustio to stajalište i odredio da izvornik presude potpisuje samo predsjednik vijeća, odnosno sudac pojedinac koji je donio presudu. Tako i pitanje kod ZUGLIA, S. - TRIVA, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., str. 147.

¹⁴⁹ Tako TRIVA, str. 501.

pravomoćno završen presudom zbog ogluhe ne može se ponoviti zbog razloga iz stavka 1. točaka 8., 9. i 10. članka 421. ZPP-a, odnosno taj se pravni lijek protiv tih odluka ne može podnijeti: a/ ako se odluka suda temelji na drugoj odluci suda ili na odluci kakva drugog tijela, a ta odluka bude pravomoćno preinačena, ukinuta odnosno poništena; b/ ako je nadležno tijelo naknadno pravomoćno riješilo prethodno pitanje (članak 12. stavci 1. i 2.) na kojemu se temelji odluka suda; i c/ ako stranka sazna za nove činjenice ili nađe ili stekne mogućnost da upotrijebi nove dokaze na temelju kojih je za stranku mogla biti donesena povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrijebljeni u prijašnjem postupku. Dakle prijedlog za ponavljanje postupka protiv pravomoćne ogluše presude ne može se podnijeti zbog drukčijeg rješenja prethodnog pitanja odnosno zbog običnih novota, što je u skladu s okolnošću da se one zbog tih razloga ne mogu pobijati ni žalbom.

V. Umjesto zaključka

I na kraju, treba vidjeti kako će se predložene izmjene odraziti na status druge dispozitivne presude – **presude zbog izostanka**.

U onim postupovnim pravima u kojima je davanje odgovora na tužbu obvezno i u kojima neispunjenje te dužnosti od strane tuženika rezultira donošenjem ogluše presude (vidi čl. 318. NSIZPP-a za slovensko pravo i čl. 179. Prednacrt za pravo FBiH), institut je presude zbog izostanka u cijelosti derogiran.

U hrvatskom pravu izmijenjenim čl. 284. ZPP-a (v. Novela, čl. 145.) uvodi se kao **pravilo** dostava tužbe na odgovor, dok se zakazivanje ročišta prije dobivanja odgovora na tužbu utvrđuje kao iznimka od toga pravila. Naime, u slučajevima u kojima sud bude držao da se na temelju tužbe može dalje postupati, trebao bi narediti da se primjerak tužbe dostavi tuženiku radi podnošenja pisanog odgovora na tužbu (odredba novoga čl. 284. st. 1. ZPP-a). Samo **iznimno** sud će moći, ako bi to zahtjevale posebne okolnosti pojedinog slučaja, a osobito ako bi to bilo potrebno radi odlučivanja o prijedlogu za određivanje privremenih mjera, odmah zakazati ročište i narediti da se primjerak tužbe dostavi tuženiku (odredba novoga čl. 284. st. 1. ZPP-a). Držimo da će **samo u ovoj iznimnoj situaciji**, kada tuženiku nije dostavljena tužba na odgovor, već mu je samo dostavljena s pozivom na ročište, biti moguće donošenje presude zbog izostanka (arg. iz novoga čl. 332. st. 1. ZPP-a).

U tom smislu izmjenama čl. 332. ZPP-a **institut presude zbog izostanka trebalo je uskladiti s novim institutom presude zbog ogluhe** (v. Novela, čl. 181.).

Prije svega, predviđa se izmjena u čl. 332. st. 1. ZPP-a na način da u situacijama kad tuženik kojemu tužba nije dostavljena na odgovor, već mu je samo dostavljena zajedno s pozivom na ročište, ne dođe na pripremno ročište do njegova zaključenja, ili na prvo ročište za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, ili ako dođe na ta ročišta, ali se neće upustiti u raspravljanje ili se udalji s ročišta, a ne ospori tužbeni zahtjev, sud bi trebao na prijedlog tužitelja ili po službenoj dužnosti donijeti presudu kojom se prihvaća tužbeni zahtjev (**presuda zbog izostanka**). Svakako ako bude udovoljeno slijedećim uvjetima: da je tuženik

bio uredno pozvan; da tuženik nije podneskom osporio tužbeni zahtjev; da osnovanost tužbenog zahtjeva proizlazi iz činjenica navedenih u tužbi; da činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev nisu u protivnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su općepoznate; te da ne postoje općepoznate okolnosti iz kojih proizlazi da su tuženika spriječili opravdani razlozi da dođe na ročište.

Kao najznačajniju novinu u st. 1. čl. 332. ZPP-a predlagatelj Novele navodi to da **prijedlog tužitelja** neće više biti jedna od pretpostavki za donošenje presude zbog izostanka, jer je ocijenjeno da taj prijedlog nije potreban i da se nastupanjem mirovanja postupka, ako se on ne podnese, ne pridonosi općoj efikasnosti postupka, a u tom je smislu izmijenjen i članak 216. ZPP-a.¹⁵⁰ Međutim, suprotno ovakvom razmišljanju, u tekstu nove odredbe st. 1. čl. 332. ZPP-a izričito se navodi da bi sud presudu zbog izostanka, ako su ispunjene sve potrebne pretpostavke, morao donijeti **“na prijedlog tužitelja ili po službenoj dužnosti”**.

Daljnji prijedlog je i taj da se sadašnja odredba čl. 332. st. 6. mijenja se i glasi: “Protiv rješenja kojim se odbija prijedlog tužitelja da se donese presuda zbog izostanka žalba **nije** dopuštena”. Naime, da bi se spriječilo u pravilu, kako pokazuje praksa, nepotrebno razvlačenje postupka, predviđeno je da protiv rješenja kojim se odbija prijedlog za donošenje presude zbog izostanka nije dopuštena posebna žalba.¹⁵¹ *De lege lata*, protiv odluke suda kojom se odbija prijedlog tužitelja da se donese presuda zbog izostanka, dopuštena je posebna žalba (ZPP, čl. 332. st. 6.). ZPP je, dakle, predvidio i pravo na žalbu protiv odluke suda kojom se odbija tužiteljev prijedlog za donošenje presude zbog izostanka. Protiv takva rješenja suda može se izjaviti posebna žalba iz svih zakonskih razloga. Dakle, nema ograničenja žalbenih razloga kao kod žalbe protiv meritorne odluke - presude zbog izostanka. Po žalbi se odluka može samo preinačiti ili se žalba mora odbiti. Ako drugostupanjski sud preinači rješenje prvostupanjskog suda kojim je odbio tužiteljev prijedlog za donošenje presude zbog izostanka, drugostupanjski sud neće donijeti sam takvu presudu, jer bi time strankama bilo uskraćeno pravo žalbe protiv presude, nego će vratiti predmet prvostupanjskom sudu radi donošenja presude. Prvostupanjski sud donijet će presudu zbog izostanka bez određivanja novog ročišta. Ako se prijedlog tužitelja za donošenje presude zbog izostanka odbije, ročište će se odgoditi i zakazati novo na koje će biti pozvani kako tužitelj, tako i izostali tuženik. Žalba ima suspenzivni učinak pa bi, prema tome, sud trebao zastati s postupkom do pravomoćnosti rješenja kojim se odbija izricanje presude.

Treba se prisjetiti kako je i u odredbama čl. 12. st. 5. Zakona o ubrzanju parničnog postupka iz 1955. god. i u odredbi čl. 314. Nacrta Zakona o parničnom postupku iz 1956. god. bilo propisano da protiv odluke suda kojom se odbija prijedlog tužitelja za donošenje presude zbog izostanka, nije dopuštena posebna, samostalna žalba. Ovakva je odredba, nema sumnje, bila rezultat shvaćanja kako bi

¹⁵⁰ Vidi obrazloženje uz čl. 181., Novela, str. 121.

¹⁵¹ Vidi Obrazloženje, str. 121.

posebna žalba mogla pridonijeti samo nepotrebnom odugovlačenju postupka, umjesto da sud nastavi s raspravljanjem i meritornim rješavanjem spora. Tužitelj čija je tužba utemeljena i poduprta valjanim dokazima, *in ultima linea* time ne bi bio oštećen. Njemu bi neopravdano odbijanje prijedloga za izricanje presude zbog izostanka prouzročilo samo privremeno nešto veće troškove. Te bi mu troškove na kraju platio tuženik koji je izgubio spor u glavnoj stvari.¹⁵²

Slobodni smo primijetiti kako predlagatelj Novele nije iskoristio priliku da unese **još neke izmjene** u institut presude zbog izostanka, koje bi, držimo, pridonijele procesnoj učinkovitosti ovoga instituta. Naveli bi i predložili samo dvije.¹⁵³

Kao prvo, praksa je pokazala da osporavanjem tužbenog zahtjeva od strane tuženika ne treba smatrati samo izričito osporavanje tužbenog zahtjeva, nego i svako ponašanje iz kojega proizlazi da se ne smatra dužnim ispuniti zahtjeve tužitelja. Za osporavanje tužbenog zahtjeva ne traži se da je to tuženik učinio pisanim odgovorom na tužbu, nego je dovoljno da to učini podneskom bez obrazloženja ili da ospori samo dio zahtjeva, odnosno ukaže sudu na nedostatak neke procesne pretpostavke koja bi imala utjecaja na daljnji tijek postupka.¹⁵⁴ Ako je tuženik procesnom radnjom izričito ili indicijski osporio tužbeni zahtjev, kasnije propuštanje pristupanja na pripremno/prvo ročište neće rezultirati donošenjem presude zbog izostanka protiv njega. U tom je smislu trebalo razmisliti i o novoj formulaciji odredbe čl. 332. st. 1. t. 3. ZPP-a, koju bi trebalo izmijeniti, odnosno dopuniti na način da bi novi tekst glasio: "ako tuženik nije podneskom **ili na drugi način** osporio tužbeni zahtjev". Ovom izmjenom pravno bi se uredilo stanje koje ionako *de facto* postoji i provodi se u postupku, tj. da se osporavanje široko tumači kao svaka aktivna radnja tuženika, a ne samo podnesak. Tumačenjem sadašnjeg teksta spomenutoga stavka moglo bi se zaključiti da tuženik može, prije pripremnog ročišta ili prvoga ročišta za glavnu raspravu ako pripremno ročište nije održano, tužbeni zahtjev osporiti samo pisanim podneskom. Jer, prema odredbama čl. 106. st. 1. ZPP-a, tužba, odgovor na tužbu, pravni lijekovi i druge izjave, prijedlozi i saopćenja koji se daju izvan rasprave podnose se pismeno (podnesci). Ali, u skladu sa spomenutom praksom naših sudova prema krajnje širokom tumačenju odredbe po kojoj se presuda zbog izostanka može donijeti samo ako tuženik nije podneskom osporio tužbeni zahtjev, svaka tuženikova djelatnost, a ne samo osporavanje podneskom, smatra se izrazom njegove spremnosti za vođenje spora, drugim riječima, osporavanjem tužiteljeva zahtjeva. Tako, prema prihvaćenoj sudskoj praksi sudova presuda zbog izostanka ne može se donijeti kad tuženik telefonski zatraži odgodu ročišta,¹⁵⁵ jer se smatra da je i takvim traženjem

¹⁵² Tako TRIVA, S., *Pravni lijekovi protiv presude zbog izostanka*, "NZ", 10, 1956, br. 1, str. 21.

¹⁵³ Podrobnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Presuda zbog izostanka u građanskom parničnom postupku*, doktorska disertacija, Split, 2001.

¹⁵⁴ Podrobnije o tomu vidi *ibid.*, poglavlje V/2/5.

¹⁵⁵ Vidi odluku Privrednog suda Hrvatske, Pž - 497/91. od 9. travnja 1991. i VSH, II Rev-37/85. od 27. lipnja 1985.

odgode ročišta osporio tužbeni zahtjev. Prema sudskoj praksi i postavljanje punomoćnika smatra se osporavanjem tužbenog zahtjeva. Postavljanjem punomoćnika tuženik očito iskazuje namjeru da se upusti u raspravljanje po tužbi, jer mu postavljanje punomoćnika ne bi inače bilo potrebno.¹⁵⁶ Ako zastupnik tuženika telefonski izvijesti predsjednika vijeća da je zbog bolesti spriječen pristupiti ročištu,¹⁵⁷ ili čak ako je na pripremno ročište ili prvo ročište za glavnu raspravu za tuženika pristupila osoba bez punomoći, ne može se donijeti presuda zbog izostanka jer se i pristup takve osobe smatra osporavanjem tužbenog zahtjeva,¹⁵⁸ iako se u oba slučaja pred sudom ne nalazi tuženikov podnesak kojim osporava tužbeni zahtjev (štoviše niti punomoć). Sud o ovakvim osporavanjima mora sastaviti uredovnu bilješku, odnosno konstatirati u zapisniku dolazak osobe bez punomoći za tuženika, jer u protivnome o tome ne bi bilo pisana traga, što bi moglo dovesti do arbitralnosti i zloraba na štetu tužitelja. Eventualna uredovna bilješka, konstatiranje u zapisniku o dolasku osobe bez punomoći za tuženika ili zapisnik o izjavi usmeno danoj kod parničnog suda, ne bi se mogli smatrati podnescima iz čl. 332. st. 1. t. 3. ZPP-a, jer to i nisu pisani podnesci tuženika.

Drugo, da bi se presuda zbog izostanka mogla donijeti, činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev ne smiju biti u suprotnosti s dokazima koje je sam tužitelj podnio ili s činjenicama koje su općepoznate (ZPP, čl. 332. st. 1. t. 5.). Sud je dužan prije ročišta upoznati se s cijelim procesnim materijalom, kako s tužbenim podneskom, tako i s njegovim prilogima, kao i s ostalim dokazima koji se nalaze pred sudom. ZPP govori o dokazima koje je sam tužitelj podnio, što je najčešći slučaj, ali sud može pred sobom imati i dokaze koje nije podnio tužitelj, a koji se ne bi mogli svrstati ni u općepoznate činjenice. Dokazi koji su već pred sudom mogu primjerice biti dokazi izvedeni saslušanjem svjedoka još prije početka parnice ili u međuvremenu do održavanja prvog ročišta, a poradi osiguranja dokaza, ili neka druga isprava čiji sadržaj proturječi činjeničnom stanju iz tužbenog podneska. Sud bi svakako trebao uzimati u obzir i druge dokaze koji se nalaze pred sudom, a ne samo one koje je podnio tužitelj. U tom smislu bi formulaciju odredbe čl. 332. st. 1. t. 5. ZPP-a trebalo izmijeniti na način da se riječi "koje je sam tužitelj podnio" zamijene riječima "**koji se nalaze pred sudom**", te bi tako izmijenjena točka 5 glasila: "(5) ako činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtjev nisu u protivnosti s dokazima koji se nalaze pred sudom ili s činjenicama koje su opće poznate;". "Dokazima koji su već pred sudom" smatrali bi se samo oni dokazi koji se već nalaze u parničnom spisu ili njegovim prilogima i morali bi biti stvarno pred sudom u trenutku donošenja presude, a nije dovoljno da je samo ponuđeno, odnosno predloženo njihovo pribavljanje. Na dokaze što su ih stranke samo ponudile, ali se još ne nalaze pred sudom, nego bi ih tek trebalo dobiti i izvesti, sud se ne treba obazirati.

¹⁵⁶ U tom je smislu i odluka Vrhovnog suda BIH, Gž 183/69 od 22. ožujka 1969. "Zbirka sudskih odluka", knjiga 14., sv. 2., 1969., str. 156-157.

¹⁵⁷ Usp. odluku VSH, II Rev-37/85. od 27. lipnja 1985.

¹⁵⁸ Vidi odluku Privrednog suda Hrvatske, Pž - 497/91. od 9. travnja 1991.

Summary

ON DELIVERY OF ACTION FOR RESPONSE AND ON JUDGMENT FOR NON-RESPONSE IN LIGHT OF AMENDMENT TO THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Within a reform of civil procedure in the Republic of Croatia, a draft of Law on amendments to the Code of Civil Procedure has been prepared and sent to parliamentary debate. The Law on amendments to the Code of Civil Procedure intends to simplify and render the civil procedure more efficient as well as to increase general level of legal protection. In this article, the author focuses on one of newly regulated institutes that should in general contribute to rationalization of procedure – judgment for non-response, that is made if a respondent does not respond to an action in a prescribed period of time, and in relation to that, on proposed amendments to provisions on delivery of action to a respondent for response. Since conditions, procedure, effects and legal remedies for this judgment in significant measure correspond to those prescribed for judgment by default, the author has, by analogical application of solutions related to the judgment by default, attempted to foresee possible doubts in application of provisions on judgment for non-response and to offer some solutions. Finally, the author has pointed out proposed amendments to the institute of judgment by default.

Key words: *judgment for non-response, delivery of action, judgment by default, respondent.*

Zusammenfassung

ÜBER DIE ZUSTELLUNG VON KLAGEERWIDERUNG UND VERSÄUMNISURTEIL IM LICHT DER NOVELLE DES GESETZES ZUM PROZESSUALEN VERFAHREN

Im Rahmen der Reform des prozessualen Verfahrens wurde in der Republik Kroatien ein Gesetzesvorschlag zu Veränderungen und Ergänzungen des Gesetzes zum prozessualen Verfahren ausgearbeitet und diskutiert. Durch das Gesetz zu Veränderungen und Ergänzungen zum prozessualen Verfahren versucht man die Prozessprozedur zu vereinfachen und effizienter zu machen sowie das allgemeine Niveau des Rechtsschutzes zu erhöhen. In der Arbeit wendet sich der Autor einem der neuen Institute zu, die allgemein zur Konzentration des Verfahrens beitragen sollten – dem Versäumnisurteil, das gefällt wird, wenn der Angeklagte nicht in der vorhergesehenen Frist auf die Klage antwortet und damit verbunden auf die vorgeschlagene Änderung der Bestimmung über die Zustellung der Klageerwiderung an den Angeklagten. Da im Wesentlichen Voraussetzungen,

Verfahren, Wirkungen und Rechtsmittel für dieses Urteil mit denen, die für das Versäumnisurteil vorgesehen sind übereinstimmen, hat der Autor versucht, durch analoge Anwendung der Lösungen für Urteile wegen Versäumnis mögliche Zweifel bei der Anwendung der Bestimmungen über Versäumnisurteile vorausszusehen und einige Lösungen anzubieten. Am Schluss weist der Autor auf vorgeschlagenen Änderungen des Instituts Versäumnisurteil hin.

Schlüsselwörter: *Versäumnisurteil, Zustellung der Klage, Klageerwiderung, Versäumnis der Klageerwiderung, das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren.*

Sommario

SULLA NOTIFICAZIONE DELL'AZIONE PER LA RISPOSTA E SULLA SENTENZA PER CONTUMACIA ALLA LUCE DELLA NOVELLA AL CODICE SUL PROCESSO CIVILE

Nell'ambito della riforma del processo civile, nella Repubblica di Croazia è stato presentato per l'esame un Progetto di Legge sulle modifiche e integrazioni della Legge sul processo civile. La Legge sulle modifiche e integrazioni della Legge sul processo civile intende semplificare e rendere più efficace il processo civile, come anche accrescere il livello generale di tutela giuridica. Nel lavoro l'autore considera uno dei nuovi istituti che in generale dovrebbe contribuire alla concentrazione del procedimento – la decisione per contumacia, che è emessa se il convenuto non risponde all'azione nel tempo prestabilito, e in connessione con ciò sulle modifiche proposte alle norme sulla notificazione dell'azione al convenuto per la risposta. Siccome i presupposti, il procedimento, gli effetti e i rimedi giuridici per questa decisione corrispondono in modo significativo con quelle previste per la decisione per assenza, l'autore cerca, attraverso l'applicazione analogica delle soluzioni relative alla decisione per assenza, di prevedere possibili incertezze nell'applicazione delle norme sulla decisione per contumacia e offrire alcune soluzioni. Alla fine l'autore indica le modifiche presentate all'istituto della decisione per assenza.

Parole chiave: *decisione per contumacia (decisione contumaciale), notificazione dell'azione, decisione per assenza, convenuto.*

UVOĐENJE ZAKONSKE ZAŠTITE TOPOGRAFIJE INTEGRIRANIH SKLOPOVA U HRVATSKO PRAVO

Dr. sc. Jozo Čizmić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.77
621.3.049.77
Ur.: 2. rujna 2002.
Pr.: 19. prosinca 2002.
Pregledni znanstveni članak

Topografija integriranih sklopova relativno je nova vrsta (industrijskog) vlasništva i nije do nedavno bila pravno uređena vrijedećim hrvatskim zakonodavstvom, niti je Hrvatska u tom području na međunarodnoj razini preuzela bilo kakve obveze.

U Republici Hrvatskoj donesen je 30. lipnja 1999. godine Zakon o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova (dalje - ZZPRIS), stupio je na snagu 31. srpnja 1999. godine, a primjenjuje se od 1. siječnja 2000. godine. Donošenjem Zakona o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova željelo se postići uređenost ove materije u skladu s pravilima europskih i međunarodnih sustava uz poštivanje posebnosti i mogućnosti Republike Hrvatske.

U radu je autor, pored pojmovnog određenja integriranog sklopa i topografije, nastojao ukazati i na: međunarodne i nacionalne izvore topografskog prava u Republici Hrvatskoj, pravo na zaštitu i posebnosti postupka zaštite topografije u hrvatskom pravu, proglašenje rješenja o priznanju prava na topografiju ništavim, prijenos i licenciju prava na topografiju, početak i trajanje zaštite topografije, ograničenje mogućnosti zaštite topografije, te na modalitete građanskopravne i kaznenopravne zaštite topografije.

Ključne riječi: topografija, integrirani sklopovi, industrijsko vlasništvo.

I. Uvod – pojmovno određenje

1. Razvoj tehnologije u području elektronike promijenio je naš život, naše navike i običaje. Integrirani elektronski sklopovi postali su naša svakodnevica, naš suputnik. Suvremeno življenje podrazumijeva uporabu kompjutera,¹ digitalnog

¹ Integrirani krugovi rade se za razne namjene pa, među ostalim, mogu biti korišteni kao memorija, kao sklop za prikaz slike na zaslonu, obradu zvuka i sl. Centralni integrirani sklop koji kontrolira

telefona, satelitske televizije, videointerfona, sustava za zaštitu od provale i požara i sl. Integrirani sklopovi obavljaju gotovo sve elektronske funkcije pa se stoga koriste, primjerice: za obradu podataka, telekomunikacijske sustave i uređaje, industrijsku kontrolu postupaka u automobilskoj, zrakoplovnoj, svemirskoj industriji, vojnoj industriji, za medicinsku opremu, laboratorije, u uređajima za obradu signala, za obradu slike, tona i dr.² Slično kao što je svojedobno pojava tranzistora prouzročila pravu revoluciju u konstrukcijama elektroničkih uređaja, kasnije su to isto učinili i integrirani sklopovi koji su mogućnosti koje pružaju tranzistori višestruko povećali.³

2. Integrirani sklop je složeni element izrađen od poluvodičkog materijala, vrlo malih dimenzija. Integracija općenito znači ujedinjenje, pa integrirane sklopove možemo smatrati sjedinjenjem raznih elektroničkih aktivnih i pasivnih komponenata u jednu funkcionalnu jedinicu,⁴ pri čemu čitavu tvorevinu možemo smatrati novim spojnim elementom.⁵ Po funkciji zamjenjuje od nekoliko desetina do nekoliko stotina tranzistora, dioda, otpornika, kondezatora, na način da jedan integrirani element obavlja funkciju jednog kompletnog elektronskog sklopa s više pojedinačnih krugova (pr. višestupanjsko pojačalo). Ima vrlo široku primjenu u elektronici i pridonio je daljnjem smanjenju dimenzija uređaja i aparata u kojima se koriste tranzistori. Integrirani sklopovi su unatoč malim dimenzijama kompletni elektronički spojevi.

Prema odredbama čl. 2. ZZPRIS-a, integrirani sklop označava proizvod u konačnom obliku ili prijelaznom obliku⁶ u kojem su elementi od kojih je barem jedan aktivni element, a neki ili svi su međusobno spojeni u ili na komadu materijala⁷ i koji su namijenjeni obavljanju elektroničke funkcije.

sve ostale u računarstvu naziva se čip ili mikroprocesor. Podrobnije kod HARAPIN, I., *Skripta za informatiku*, Zagreb, 1999., str. 5.

² Vidi kod DUDIĆ, D., *Topografija integriranih kola i njena zaštita posebnim pravom intelektualne svojine*, "Pravni život", vol. XLVI, 1997., br. 9, tom I., str. 1044.

³ O integriranom sklopu čulo se prvi put 1958. godine, kad ga je u američkoj tvrtki *Texas Instruments* načinio J. Kilby.

⁴ Aktivne bi komponente bile, primjerice, tranzistori, diode i sl., a pasivne kondezatori, otpornici i sl.

⁵ Usp. MILOBAR, B. - ŽIDAN, A., *Spojevi s integriranim sklopovima - knjiga druga*, Zagreb, 1991., str. 13.

⁶ Konačni oblik podrazumijeva proizvod koji u potpunosti ispunjava svrhu radi koje je izrađen, tj. obavlja određenu funkciju u obliku u kojem je proizveden i pripremljen za tržište. Prijelazni proizvod podrazumijeva također završen proizvod za tržište, ali su kod njega potrebne dorade (konačna povezivanja u gornjim slojevima) radi prilagodbe za posebnu uporabu. Tako BESAROVIĆ, V. - ŽARKOVIĆ, B., *Intelektualna svojina - industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd, 1998., str. 141.

⁷ U odredbi čl. 2. st. 1. ZZPRIS-a ne navodi se podrobnije vrsta materijala od kojega se danas proizvode integrirani sklopovi, odnosno poluvodiči. Time zakonodavac nije suzio opseg zaštite, jer se, s obzirom na brzi razvitak tehnologije, opravdano može očekivati i pojava materijala koji će zamijeniti poluvodiče.

U literaturi se integrirani sklop, odnosno krug (mikrokolo, integrirano kolo, eng. *integrated circuit*, fr. *circuit integre*, ital. *circuito integrato*, njem. *integrierte Schaltung*) definira kao oscilirajući krug čiji su sastavni dijelovi smješteni u zajedničko kućište i povezani na način da se ne mogu odvajati bez oštećenja cijeloga kola. Integrirani krug je elektronički element poluvodičkog tipa proizveden u jednom komadu, koji može vršiti funkciju cijelog jednog elektronskog kruga ili njegova dijela (pr. oscilatornog kruga, multivibratora, cijeloga pojačala).⁸ Integrirani krug je poluvodički materijal u kojem su upisane elektroničke komponente, a smješten je u plastično ili keramičko kućište.⁹ Integrirani krug ima oznaku za prepoznavanje komponenti tiskanu na površini kućišta. Svaki proizvođač integriranih krugova tiska katalog koji sadrži točno logičko djelovanje, potrošnju i brzinu rada integriranih krugova. Držimo da pojam integriranog sklopa treba promatrati u najširem smislu, na način da su njime obuhvaćene sve složene elektronske komponente čiju strukturu karakterizira određena topografija.

Najgrublja **podjela** integriranih krugova je prema vrsti signala koje obrađuju, tako da postoje analogni i digitalni IC krugovi. Analogni (linearni) obrađuju kontinualno promjenjive signale, dok digitalni rade s logičkim nulama ili jedinicama. Među njima je najbitnija razlika što kod analognih ni ulazni ni izlazni signal ne moraju biti definirani, dok je to kod digitalnih strogo uvjetovano.

Svi elementi integriranog sklopa nalaze se na sitnoj poluvodičkoj pločici, na površini manjoj od 1 mm kvadratnog, ali ona po potrebi može biti i veća. Kao poluvodički materijal najčešće se upotrebljava silicij, ali i germanij, galij i dr. Takva se poluvodička pločica naziva čip (od engleskog chip - pločica).¹⁰ Prema tome, nije ispravno ako integrirani sklop nazivamo čipom, jer je čip samo njegov glavni sastavni dio.¹¹

Možemo zaključiti da ušteda u prostoru nije jedina **prednost** integriranih sklopova u usporedbi s klasičnim elektroničkim sklopovima, jer se usporedo s time smanjila i cijena koštanja. Usto, za pogon integriranih sklopova potrebna je mala energija, pa su i izvori napajanja jednostavniji i manji. S obzirom na manju snagu gubitka, neželjeno zagrijavanje je manje, pa i to dopušta kompaktniju izradu uređaja. Kako je broj spojnih (lemnih) elemenata manji, spojevi s integriranim sklopovima

⁸ Usp. *Opća enciklopedija*, "JLZ", Tom 3., Zagreb, 1977., str. 643.

⁹ Integrirani sklopovi su u načelu smješteni u standardizirana kućišta od metala, plastike, keramike ili metal-keramike. Linearni sklopovi u mnogim izradama mogu se dobiti u nekoliko raznih vrsta kućišta, dok su digitalni većinom u dvorednim kućištima. Najjeftiniji su uvijek oni u kućištima od plastike. Tako Usp. MILOBAR, B. - ŽIDAN, A., *Spojevi s integriranim sklopovima - knjiga druga*, Zagreb, 1991., str. 26.

¹⁰ Vidi MILOBAR, B. - ŽIDAN, A., *Spojevi s integriranim sklopovima - knjiga prva*, Zagreb, 1991., str. 18.

¹¹ U tom smislu vidi kod Usp. MILOBAR, B. - ŽIDAN, A., *Spojevi s integriranim sklopovima - knjiga druga*, Zagreb, 1991., str. 15.

su, u usporedbi s klasičnim elektroničkim sklopovima, pouzdaniji u radu. Održavanje uređaja s integriranim sklopovima lakše je i jeftinije.¹²

Razvitkom novih generacija integriranih sklopova posebno je ubrzan razvoj industrije računala i personalnih kompjutera. Razvitak integriranih sklopova nije završen pa se svakodnevno pojavljuje niz sve savršenijih novih tipova koji pružaju mogućnost da se elektronički sklopovi izrade jednostavnije i poboljšanih osobina. O značenju integriranih krugova dodatno govori i podatak da su minijturni integrirani krugovi od kojih će se u budućnosti graditi medicinski roboti (tzv. nanoboti), najveće znanstveno postignuće 2001. godine. Prvo mjesto ta je tehnologija dobila po odluci urednika znanstvenog časopisa "Science". Gradnja integriranih krugova od kojih će se uskoro moći izrađivati procesori i mini roboti postignuće je koje će prema mišljenju urednika "Science" voditi do niza novih tehnologija tijekom sljedećih nekoliko godina.¹³

3. Topografija integriranog sklopa predstavlja, pak, trodimenzijski raspored pasivnih i aktivnih elemenata i njihovih međuveza, pripremljen za proizvodnju tog integriranog sklopa u ili na komadiću poluvodičkog materijala.¹⁴ Topografija je, dakle, pojam koji označava prostorni raspored elemenata integriranog sklopa na jednom čipu.¹⁵ Plan rasporeda - topografija - integriranoga sklopa označava trodimenzijski razmještaj, bilo kako prikazan, elemenata od kojih je barem jedan aktivni element, i nekih ili svih međusobnih spojeva integriranoga sklopa, ili takav trodimenzijski razmještaj pripremljen za proizvodnju integriranoga sklopa (v. ZZPRIS, čl. 2. st. 2.).

Pod "**pravom zaštite topografije integriranog sklopa**" podrazumijeva se skup pravnih normi kojima se uređuje zaštita tvoraca topografije integriranog sklopa, a subjektivno pravo koje nastaje na temelju tih normi može se nazvati "pravo na topografiju integriranog sklopa". Pravo na topografiju integriranog sklopa je isključivo imovinsko pravo koje se stječe u upravnom postupku i koje je vremenski ograničeno.¹⁶ Dakle, predmet zaštite nije integrirani sklop kao proizvod, nego topografija integriranog sklopa kao nematerijalno dobro.

II. Međunarodni izvori topografskog prava

1. Topografija integriranih sklopova jest relativno nova vrsta industrijskog vlasništva, kojoj se zaštita prvi put pruža **Semiconductor Chip Protection Act-om**

¹² Tako i detaljnije kod MILOBAR, B. - ŽIDAN, A., *Spojevi s integriranim sklopovima - knjiga prva*, Zagreb, 1991., str. 17.

¹³ Popis "Top 10" znanstvenih dostignuća 2001. pročitajte na web odredištu www.science.com. Z.P. 24.12.2001. Podatak na stranici www.iskon.hr, posjećenoj 15. srpnja 2002. god.

¹⁴ Tako DUDIĆ, D., o. c., str. 1043.

¹⁵ Vidi MARKOVIĆ, M. S., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2000., str. 181.

¹⁶ *Ibid.*, str. 181.

iz 1984. god.¹⁷ Naime, zbog velikih šteta koje trpi poradi neovlaštenog kopiranja, elektronska industrija je posebno zainteresirana za zaštitu topografije poluvodičkih proizvoda (mikročipova ili integriranih krugova).¹⁸ Zbog toga su Sjedinjene Američke Države donijele spomenuti Semiconductor Chip Protection Act 1984. godine, čime su uvele *sui generis* zaštitu topografija (ili zaštitu *Mask-works*, kako se u Americi ovo pravo iz područja industrijskog vlasništva naziva).¹⁹

Odmah potom, 1985. godine, u Japanu je donesen Zakon o zaštiti rasporeda veza poluvodičkog integriranog kola (*Act Concerning the Circuit Layout of a Semiconductor Integrated Circuit*).²⁰

2. Nakon što su i druge zemlje počele pružati pravnu zaštitu topografijama, i EZ je bila prisiljena prikloniti se ovom obliku zaštite. Tako je Savjet EZ u svojoj **Direktivi br. 3295/94 o pravnoj zaštiti topografije poluvodičkih proizvoda**, od 16. prosinca 1986. god. (Sl. l. EZ, br. L24, od 27. siječnja 1987. god.), također propisao ovu *sui generis* zaštitu za topografije, uz uvjet da je ona rezultat stvaralačkog rada i da nije svakodnevna u poluvodičkoj industriji. Direktiva priznaje tvorcu topografije isključivo pravo gospodarskog iskorištavanja zaštićene topografije, uz ograničenje ako se radi o privatnoj upotrebi koja ima za cilj analizirati i studirati topografiju, kreirati novu topografiju (*revers engineering*), te u slučaju iscrpljenja prava ili savjesnog stjecanja. Zaštita traje deset godina, a početak zaštite računa se, zavisno od rješenja u pojedinim državama, od prvobitnog fiksiranja ili kodiranja, prve komercijalne upotrebe ili od trenutka podnošenja zahtjeva za upis.²¹ Posebno treba

¹⁷ Potanje kod N. STEPHAN KINSELL, *Patent Law Basics and Recent Developments*, s. a., s. l.

¹⁸ Donošenje posebnih zakona o zaštiti rasporeda integriranih sklopova uvjetovano je i ekonomskim razlozima. Zbog sve šire primjene u raznim granama industrije proizvodnja integriranih sklopova znatno se povećala pa je tako 1978. godine svjetska proizvodnja integriranih sklopova procijenjena na iznos od oko 5 milijardi dolara, a već 1984. godine na iznos od oko 20 milijardi dolara. To je i prisililo proizvođače integriranih sklopova da se organiziraju u borbi protiv piraterije, koja je postajala sve agresivnija. Podatak kod DUDIĆ, D., o. c., str. 1047.

¹⁹ Prema odredbama art. 901. spomenutog zakona, "proizvod poluvodičkog čipa" predstavlja konačni proizvod ili prijelazni proizvod koji ima dva ili više slojeva od metala, izolatora ili poluvodičkog materijala, deponiranih ili na drugi način nanesenih na ili nagrizanjem odstranjenih ili uklonjenih na drugi način iz komada poluvodičkog materijala, prema određenom otisku, a koji je namijenjen za obavljanje elektronske funkcije. "Radna maska" (*Mask-works*) predstavlja, pak, niz povezanih slika, prikazanih ili kodiranih na bilo koji način, koje imaju ili predstavljaju prethodno određen trodimenzijski otisak od metala, izolatora ili poluvodičkog materijala koji je ostavljen ili odstranjen iz slojeva proizvoda poluvodičkog čipa, a u tom nizu odnos slika jedne prema drugoj je takav da svaka slika ima otisak površine jednog oblika proizvoda poluvodičkog čipa.

²⁰ Prema odredbama čl. 2. spomenutog zakona, "poluvodičko integrirano kolo" označava proizvod koji sadrži tranzistore ili druge elemente kola koji su neodvojivo formirani na ili u provodnom ili izolacijskom materijalu, a koji su projektirani na način da obavljaju funkciju integriranog kola. "Raspored veza kola" označava, pak, shemu veza elemenata kola i žičanih veza koje povezuju te elemente u poluvodičkom integriranom kolu.

²¹ Podrobnije o tome kod SIRINELLI, P. - POLLAUD-DULIAN, F. - DURRANDE, S., *Code de la Propriete Intellectuelle*, Paris, 2000., str. 1100.-1104.

napomenuti da je, u skladu s odredbama čl. 11., predviđena obveza zemljama članicama da do 7. studenoga 1987. god moraju donijeti zakone i pravilnike ili administrativne propise u skladu s Direktivom. Direktiva je tako implementirana u prava država članica, a i neke su zemlje nečlanice (pr., Slovenija) uredile svoje nacionalno zakonodavstvo na ovome području u skladu s rješenjima iz Direktive.²²

Prema naputku EU iz Direktive br. 3295/94 o pravnoj zaštiti topografije poluvodičkih proizvoda, u Njemačkoj je 22. listopada 1987. godine donesen Zakon o zaštiti topografija mikroelektronskih poluvodičkih proizvoda, u Nizozemskoj je 28. listopada 1987. godine donijet Zakon koji sadrži pravila za zaštitu izvornih topografija poluvodičkih proizvoda, a u Španjolskoj je 3. svibnja 1988. godine donesen Zakon o pravnoj zaštiti topografija poluvodičkih proizvoda, itd.²³

3. Na međunarodnoj razini odredbe o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova, kao jednog modernog i suvremenog prava industrijskog vlasništva, sadržane su u Sporazumu o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS-u) i u Ugovoru o intelektualnom vlasništvu koji se odnosi na integrirane sklopove (Washington, D. C.).

3.1. Ugovor o intelektualnom vlasništvu koji se odnosi na integrirane sklopove (*Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits*, Washington D. C., 1989.)²⁴ pruža zaštitu izvornim topografijama.²⁵ Topografije su izvorne ako su rezultat kreatorovog osobnog intelektualnog rada i ako nisu općepoznate među kreatorima topografija. Ako topografija udovoljava uvjetima iz ovoga Ugovora, stječe automatski zaštitu i nije potrebno podnositi nikakav zahtjev za registriranje ili deponiranje topografije. Zanimljivo je napmenuti da je u Ugovoru umjesto pojma "poluvodički proizvod", koji samim svojim nazivom određuje vrstu materijala od kojeg je izrađen proizvod, uvodi i upotrebljava novi pojam (u odnosu na američki i japanski zakon) "integrirano kolo", koji upućuje na bit rješenja koje integrira (spaja u cjelinu) elemente kola. Tako, prema odredbama čl. 2.I. Ugovora, integrirano kolo označava proizvod u njegovom konačnom ili prijelaznom obliku, u

²² Tako i potanje kod KRNETA, S., *Evropsko pravo intelektualnog vlasništva*, Sarajevo, 1996., str. 55.-56.

²³ Zakoni koji uređuju materiju zaštite integriranih krugova doneseni su, primjerice, i u Velikoj Britaniji 1989. god., Portugalu 1989. god., Italiji 1989. god., Finskoj 1991. god., Češko-Slovačkoj 1991. god., Poljskoj 1992. god., Ruskoj federaciji 1992. god., Kanadi 1993. god., Rumunjskoj 1995. god., Tajvanu 1995. god. Podrobnije o tome kod SIMENKSY, M. - BRYER, L. G. - WILKOF, N. J., *Intellectual Property in the Global Marketplace*, New York, 1999.

²⁴ Tekst Ugovora je objavljen u *Industrial Property*, No 6/89, str. 217.-232.

²⁵ For the purposes of this Treaty: "integrated circuit" means a product, in its final form or an intermediate form, in which the elements, at least one of which is an active element, and some or all of the interconnections are integrally formed in and/or on a piece of material and which is intended to perform an electronic function. "Layout-design (topography)" means the three-dimensional disposition, however expressed, of the elements, at least one of which is an active element, and of some or all of the interconnections of an integrated circuit, or such a three-dimensional disposition prepared for an integrated circuit intended for manufacture (Art. 2.).

kojemu su elementi od kojih je najmanje jedan aktivan, neke ili sve međuveze integralno formirane i i/ili na komadiću materijala, a koji je priređen za obavljanje elektronske funkcije. Usto, u odredbama čl. 2.II. Ugovora, umjesto do tada uobičajenih pojmova "radna maska" i "raspored (*shema*) veza", koriste se ravnopravno pojmovi "plan rasporeda" i "topografija", kojima se označava trodimenzijski raspored elemenata izražen na bilo koji način, od kojih je najmanje jedan aktivan, i neke ili sve međuveze integriranog kola ili takvog trodimenzijskog rasporeda pripremljenog za integrirano kolo predviđeno za proizvodnju.²⁶ Zaštita traje deset godina i računa se od dana prvog komercijalnog iskorišćivanja, ako je do nje došlo u roku od pet godina od dana nastanka topografije, ili, u protivnom, petnaest godina od dana nastanka topografije.

3.2. Značenje međunarodne zaštite industrijskog vlasništva je, prije svega, ekonomsko – vrijednost znanja kao robe na svjetskom tržištu.²⁷ U okviru Urugvajске runde (u daljnjem tekstu **UR**)²⁸ postavljen je zahtjev za uključenje učinkovite zaštite intelektualnog vlasništva u sustav Općeg sporazuma o trgovini i carinama - **GATT**-a.²⁹ Prije svega, radilo se o stvaranju sustava ekonomskih prisila, u okviru mehanizma GATT-a, primjenom načela reciprociteta od strane industrijskih razvijenih zemalja, glavnih nositelja prava intelektualnog vlasništva.³⁰ Na temelju UR-a osnovana je, među ostalim, i stalna ustanova - Svjetska trgovinska organizacija (WTO - World Trade Organization). U Aneksu 1C UR donosi *Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva*, koji bi trebao nadzirati udovoljavanje domaćeg zakonodavstva Sporazumu u okviru UR-a. Značajno je da je članstvo u WTO-u uvjetovano pristupanjem Sporazumu o trgovinskim aspektima intelektualnog vlasništva (dalje - **TRIPS**). Cilj TRIPS-a jest međunarodna zaštita tvorevina ljudskog uma, koje uključuje, među ostalim, patente, industrijsko obličje, robne i trgovačke znakove, ali i topografije integriranih krugova. TRIPS propisuje jedinstvene minimalne standarde i razdoblja u kojima se mora jamčiti zaštita intelektualnog vlasništva. TRIPS-om se traži od nacionalnih zakonodavstava uspostava

²⁶ Tako i podrobnije o tome kod DUDIĆ, D., o. c., str. 1053.-1054. Vidi i kod ABBOTT, F. - COTTIER, T. - GURRY, F., *The International Intellectual Property System*, Hague-London-Boston, 2000., str. 162.-163.

²⁷ Poblize kod TOPIĆ, Ž., *Industrijsko vlasništvo - gospodarstveno-razvojni aspekti*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1994., br. 2-3, str. 243.-249.; NEŽIĆ, LJ., *Politika financiranja tehnoloških inovacija kod malih i srednjih poduzeća u Europskoj uniji*, "Hrvatski patentni glasnik", 3, 1996., br. 5, str. 1353.-1356.; MATIJEVIĆ, N., *Tržište tehnologija*, "Informator", br. 4586, od 18. 2. 1998. god., str. 19.-20.; KOVAČIĆ, M., *Pravno uređenje i ekonomski aspekti intelektualnog vlasništva*, "Slobodno poduzetništvo", god. V, 1998., br. 23.- 24., str. 175.-183.

²⁸ Urugvajска runda je naziv za pregovore koji su devet godina vođeni u okviru Općeg sporazuma o trgovini i carinama (GATT), između ostaloga i o industrijskom vlasništvu.

²⁹ Usp. CEROVAC, K., *Zaštita intelektualnog vlasništva u okviru Urugvajске runde multilateralnih pregovora o trgovini*, "Hrvatski patentni glasnik", 2, 1995., br. 6, str. 1441.-1444.

³⁰ Detaljnije kod YAMBRUSIC, E. S., *Trade - Based Approaches to the Protection of Intellectual Property*, New York-London-Rome, 1992.

odgovarajućeg nadzora nad primjenom mjera za zaštitu industrijskog vlasništva.³¹ Bitno je napomenuti da sporazum ne derogira postojeće obveze koje članice imaju jedna spram drugih temeljem Pariške, Bernske i Rimske konvencije te Sporazuma o zaštiti intelektualnog vlasništva na integriranim krugovima. TRIPS propisuje jedinstvene minimalne standarde i razdoblja u kojima se mora jamčiti zaštita intelektualnog vlasništva. Zemlje članice, nadalje, ne smiju različito tretirati strane i svoje državljane u pogledu dobivanja, opsega i održavanja prava na zaštitu industrijskog vlasništva (primjena načela najpovlaštenije nacije i nacionalnog tretmana). TRIPS-om se također traži od nacionalnih zakonodavstava uspostava odgovarajućeg nadzora nad primjenom mjera za zaštitu intelektualnog vlasništva.³² Članice priznaju državljanima drugih članica tretman koji nije nepovoljniji od onoga što ga daju svojim državljanima glede zaštite intelektualnog vlasništva. Pod zaštitom se razumijeva dostupnost, stjecanje, opseg prava, održavanje i zaštita, kao i korištenje prava intelektualnog vlasništva. Zaštita i osiguranje prava intelektualnog vlasništva treba pridonijeti unapređenju tehnoloških inovacija i transferu tehnologije na uzajamnu korist stvaratelja i korisnika tehnološkog znanja na način da se potiče društveni i gospodarski razvitak.³³ Po Sporazumu članice će titularima prava omogućiti građanske sudske postupke koji se odnose na ostvarivanje prava intelektualnog vlasništva. Sudski organi trebaju biti ovlašteni narediti strani koja krši Sporazum da prestane s povredom prava radi sprječavanja ulaska u trgovačke tijekove robe kojom se povređuje pravo intelektualnog vlasništva, i to odmah nakon carinjenja takve robe. Sudski organi dobivaju i ovlast da nalože prekršitelju plaćanje naknade štete. Radi djelotvorne zaštite od povrede prava sudski organi dobivaju ovlast odrediti da se roba za koju se utvrdi da predstavlja povredu prava povuče iz prometa, i to na način koji neće nanositi štetu titularu prava, ili da se uništi. TRIPS-om je predviđeno i pravo titulara na informaciju o identitetu osoba koje krše pravo na intelektualno vlasništvo.³⁴ TRIPS zahtijeva od svake države ugovarateljice određene odredbe njezina zakonodavstva i određenu vezanost međunarodnim ugovorima, te određene odredbe sudskoga građanskog postupka, kaznenoga prava i postupka, upravnoga postupka, te posebno carinski nadzor na granicama.³⁵ Svjetska trgovinska organizacija (WTO), odredbama **TRIPS-a obvezuje** svoje članice da, među ostalim, **osiguraju zaštitu topografija integriranih krugova** na način na koji je to regulirano

³¹ Tako i potanje kod MIMICA, N., *Republika Hrvatska i Svjetska trgovinska organizacija (WTO)*, "Informator", br. 4728, od 30. 6. 1999. godine, str. 1.

³² 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., str. 9.

³³ MRKŠA, S., *GATT, GATS i TRIPS - pravni temelji svjetske trgovine* (2), "Pravo i porezi", 1997., br. 7, str. 723.

³⁴ *Ibid.*, str. 724.

³⁵ Potanje kod BLAKENEY, M., *Trade Related Aspects of Intellectual Property*, Sweet & Maxwell, 1996.

u Ugovoru o intelektualnom vlasništvu u pogledu integriranih krugova (čl. 35.), uz određene dopune. Tako se protupравnim treba držati sljedeća djelovanja ako se poduzimaju bez dopuštenja nositelja prava: uvoz, prodaju ili distribuciju na koji drugi način u komercijalne svrhe zaštićenih planova rasporeda, integriranog kruga u kojem je inkorporiran zaštićen plan rasporeda ili proizvoda u koje je inkorporiran takav integrirani krug samo ukoliko takav proizvod i dalje sadrži protupравno umnožen plan rasporeda (čl. 36.). Međutim, odredbama čl. 37. TRIPS-a predviđena su djelovanja za koje nije potrebno dopuštenje nositelja prava. Tako se, unatoč odredbama čl. 36., neće smatrati protupравnim poduzimanje ikoje radnje navedene u tom članku, a glede integriranog kruga u kojem je inkorporiran protupравno umnožen plan rasporeda ili ikojeg proizvoda u kojem je inkorporiran takav integrirani krug kada osoba koja poduzima te radnje ili ih naruči, ne zna, niti bi trebala znati, u trenutku stjecanja integriranog kruga ili proizvoda koji sadrži takav integrirani krug, da je u istom inkorporiran protupравno umnožen plan rasporeda. Nakon što je određena osoba dostatno obaviještena o tome da je plan rasporeda protupравno umnožen, ta osoba može poduzeti bilo što glede robe na skladištu ili naručene prije te obavijesti, ali je dužna platiti nositelju prava iznos koji odgovara razumnoj naknadi koja bi se inače platila po dobrovoljno ugovorenoj licenci glede takvog plana rasporeda. U članicama koje traže registraciju kao uvjet za zaštitu, rok zaštite planova rasporeda neće prestati prije isteka razdoblja od 10 godina računajući od dana podnošenja prijave za registraciju ili od prvog komercijalnog iskorištavanja bez obzira gdje u svijetu do njega dođe. U članicama koje ne traže registraciju kao uvjet za zaštitu, planovi rasporeda bit će zaštićeni najmanje 10 godina od dana prvog komercijalnog iskorištavanja bez obzira gdje u svijetu do njega dođe. Usprkos navedenome, članica može odrediti da zaštita prestaje 15 godina nakon stvaranja plana rasporeda.

III. Izvori hrvatskog topografskog prava

Stjecanje neovisnosti predstavljalo je za Republiku Hrvatsku povijesnu šansu da svoj nacionalni sustav industrijskog vlasništva tako definira i uspostavi da u najvećoj mogućoj mjeri bude u funkciji nacionalnoga razvitka, uz postizanje maksimalnih učinaka.³⁶ U tom smislu izgradnja novoga pravnog sustava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj, sa strateškim priključcima na europsko okruženje, nametnula se kao imperativ.³⁷ Značajan korak k ostvarenju toga cilja predstavlja i donošenje novih

³⁶ Usp. STILIN, V., *Industrijsko vlasništvo u Republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1993., br. 1, str. 83.-84.; HENNEBERG, I., *Republika Hrvatska postala članom Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo OMPI-WIPO*, "Informator", br. 4048-4051, 23, 26. i 30. 12. 1992. i 2. 1. 1993. i ČIZMIĆ, J., *Republika Hrvatska u Svjetskoj organizaciji za intelektualno vlasništvo - WIPO*, "Privreda i pravo", 31, 1992., br. 11-12, str. 713.-721.

³⁷ Usp. "Izvjješća HRVATSKOGA SABORA", br. 242., str. 40.-42. Vidi i ČIZMIĆ, J., *Aktualnosti na području zaštite prava industrijskog vlasništva u pravu Republike Hrvatske*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 36, 1997., br. 3, str. 375.-400.

zakona iz područja industrijskog vlasništva - Zakona o patentima, Zakona o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova, Zakona o žigu, Zakona o industrijskom obličju i Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga.³⁸ Novim zakonima želi se postići uređenost i kompatibilnost hrvatskoga prava industrijskog vlasništva s pravilima europskih i međunarodnih sustava, uz poštivanje posebnosti i mogućnosti Republike Hrvatske, kako bi hrvatsko gospodarstvo moglo ravnopravno nastupati na međunarodnom tržištu.³⁹ Donesenim zakonima konačno se u potpunosti uspostavlja hrvatski sustav industrijskog vlasništva. Možemo kazati da se sada prvi put u Republici Hrvatskoj vlastitim zakonima uređuju pitanja iz područja industrijskog vlasništva na način kako su ona uređena u drugim zemljama s tržišnim gospodarstvom u Europi i svijetu.⁴⁰ Nova zakonska regulativa koncipirana je 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.⁴¹

Kako drugi propisi na području intelektualnog vlasništva ne omogućuju odgovarajuću zaštitu topografija integriranih sklopova, što je posljedica posebnosti predmeta zaštite i ciljeva kojima ta zaštita treba udovoljiti, trebalo je, u okviru cjelovite reforme zakonodavnog temelja prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj, donijeti i posebni Zakon o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova. Zakon o

³⁸ Vidi o tome kod ČIZMIĆ, J., *Novo uređenje prava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, "Vladavina prava", III, 1999, br. 6, str. 183.-208.

³⁹ 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, rujan-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 - pravni temelji svjetske trgovine*, "Pravo i porezi", VI, 1997., br. 6.; STILIN, V., *Svjetska organizacija za intelektualno vlasništvo*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1994., br. 2-3, str. 223.-230.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Usp. i potanje kod KOPČIĆ, N., *Novim zakonima do suvremenog sustava industrijskog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1994., br. 2-3, str. 219.-222.

zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova ("Narodne novine", br. 78/99. - dalje **ZZPRIS**) donijet je 30. lipnja 1999. godine, a stupio je na snagu 31. srpnja 1999. godine. Primjenjuje se od 1. siječnja 2000. godine. Ova djelatnost nije do sada bila pravno uređena vrijedećim hrvatskim zakonodavstvom o industrijskom vlasništvu niti je Hrvatska u tom području na međunarodnoj razini preuzela bilo kakve obveze. ZZPRIS uređuje: pojam topografije; pravo na zaštitu; uvjete i postupak ostvarivanja zaštite; učinke zaštite i ograničenja; početak i trajanje zaštite. Odredbe ZZPRIS-a primjenjuju se samo na topografije koje su nastale poslije njegova stupanja na snagu (ZZPRIS, čl. 23.).

Treba napomenuti da je ZZPRIS u potpunosti usklađen s odredbama TRIPS-a i Ugovora o intelektualnom vlasništvu koji se odnosi na integrirane sklopove (Washington, D. C.).

IV. Pravo na zaštitu topografije u hrvatskom pravu⁴²

1. Pravo na zaštitu topografije ima njezin **tvorac**, odnosno fizička osoba koja je vlastitim stvaralačkim intelektualnim radom stvorila topografiju, kao i njegovi **pravni sljednici**.

Ako je topografija nastala kao rezultat zajedničkoga rada više osoba, jednako pravo na zaštitu topografije imaju svi tvorc, ako ugovorom nije drukčije određeno (ZZPRIS, čl. 3.). Na odredbe o nositeljima zajedničkoga prava primjenjuju se odgovarajuće odredbe Zakona o patentima (ZZPRIS, čl. 22.).

2. Ako je **topografija nastala u radnom odnosu ili na temelju narudžbe**, pravo na zaštitu ima poslodavac tvorca ili naručitelj, ako ugovorom o radu ili narudžbi nije drukčije određeno (ZZPRIS, čl. 3. st. 3.). Dakle, odredbama ZZPRIS-a za topografije nastale u radnom odnosu ili na temelju narudžbe predviđen je posebni režim zaštite. Iako se u Zakonu o radu (NN, 38/95., 54/95., 65/95., 17/01., 82/01.) nigdje izričito ne spominju topografije, jer u trenutku donošenja Zakona o radu nije ni bio donesen ZZPRIS niti je topografsko pravo na drugi način bilo dijelom hrvatskog prava, držimo da bi na topografije nastale u radnom odnosu analogno trebalo primijeniti odredbe čl. 89. i 90. Zakona o radu koje se odnose na izume stvorene na radu.⁴³

Kada je riječ o iznimno značajnim, inventivnim aktivnostima zaposlenih djelatnika, u poduzeću valja riješiti nekoliko pitanja, posebice: tko je vlasnik izuma i pripadajućeg prava - poslodavac ili djelatnik, treba li djelatnik dobiti posebnu naknadu za izumiteljstvo i ako da, koliko.⁴⁴

⁴² U nastavku rada bit će govora isključivo o hrvatskom topografskom pravu.

⁴³ Usp. ČIZMIĆ, J., *Izumi stvoreni u poduzećima*, "Pravo i porezi", VII, 1998., br. 4, str. 13.-17. i ČIZMIĆ, J., *Inventivna djelatnost i zaštita tehničkih invencija stvorenih u poduzećima*, "Hrvatska gospodarska revija", godina XLVIII, 1999., br. 2, str. 93.-99.

⁴⁴ Usp. TOPIĆ, Ž., *Industrijsko vlasništvo - gospodarstveno-razvojni aspekti*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1994, br. 2-3, str. 243.-249.

Za ostvarenje tehničkih zamisli potrebni su najčešće i materijalni uvjeti, laboratoriji, uređaji i strojevi itd. Ako djelatniku jednoga poduzeća stoje na raspolaganju sva ta pomagala, imat će daleko veće mogućnosti ostvariti svoje zamisli negoli da radi isključivo svojim sredstvima.⁴⁵ Integrirane sklopove te vrste, do kojih je djelatnik došao koristeći sredstva poduzeća, možemo nazvati integriranim sklopovima stvorenim u poduzećima, za razliku od ostalih, uvjetno nazvanih individualnih topografija. Analogno izumima stvorenim u poduzećima, u osnovi bismo mogli prepoznati tri tipa topografija nastalih u radnom odnosu: "uslužna topografija" koja nastaje prema ugovoru o obavljanju istraživačkih poslova, "zavisna topografija" koja se tiče područja aktivnosti poduzeća, a nastala je od zaposlenog djelatnika koji nije pod ugovornom obvezom da obavlja inventivnu djelatnost, ali se koristio podacima i sredstvima poslodavca, i "slobodna (nezavisna) topografija" koja je nastala izvan okvira ugovora o radu, bez upotrebe podataka ili sredstava poslodavca, ili je izvan polja djelovanja poduzeća.

Smatramo da bi svi djelatnici morali ostvariti pravo na nagradu za stvorenu topografiju, bez obzira rade li ili ne na poslovima stvaranja novih topografija. Razlika bi bila jedino u visini nagrade.

U praksi će se zasigurno pojaviti problemi u svezi s primjenom odredbe st. čl. 89. Zakona o radu (u daljnjem tekstu - **ZR**) u slučaju kada se radi o topografiji koja je ostvarena "u svezi s radom", jer se radi o institutu koji je u dosadašnjem zakonodavstvu bio potpuno drugačije uređen. Naime, kod topografija stvorenih na radu predmnijeva se da je ostvarena u radnom vremenu za koje zaposlenik od poslodavca prema ugovoru prima plaću, da koristi poslodavčeva sredstva za rad i radne prostorije.⁴⁶ Odredba o topografiji stvorenoj u svezi s radom može se tumačiti vrlo široko, čak i slučaju kada topografija ima izravne veze s poslovima i radnim zadacima koje obavlja zaposlenik tijekom redovnog radnog vremena, ali je topografija rezultat zaposlenikovih radnih i istraživačkih napora u slobodnom vremenu.⁴⁷

⁴⁵ Tako i pitanje kod BASARIĆ, I., *Slučajni ili planirani pronalazak*, Zbornik radova sa savjetovanja "INOVA 1984", Zagreb, 1984.

⁴⁶ Vidi pitanje o tome kod BUBAŠ, M., *Kako razlikovati inventivni rad od radnih zadataka*, Zbornik radova sa savjetovanja "INOVA 1984", Zagreb, 1984.

⁴⁷ RUŽDŽAK, M. - ŠRIBAR, P. - ZUBER, M., *Zakon o radu s komentarom*, Zagreb, 1995., str. 88. Treba napomenuti da odredbama ZR-a nisu eksplicitno derogirane sve odredbe bivšeg Zakona o industrijskom vlasništvu (dalje ZIV) o izumima stvorenim u poduzeću i drugoj pravnoj osobi. Zato smatramo da bi na ona pitanja koja nisu uređena ZR-om, na topografije analogno trebalo dalje primjenjivati odgovarajuće odredbe ZIV-a o izumima stvorenim na radu, koje su u skladu s naravi odredaba ZR-a, ili opće propise obveznog prava (ZR, čl. 6.). Tako bi zaposlenik bio dužan obavijestiti poslodavca o svojoj topografiji ostvarenoj na radu ili u svezi s radom (ZR, čl. 89., st. 1.). Poduzeća bi trebala općim aktom urediti postupak u svezi s razmatranjem obavijesti o topografiji ostvarenoj na radu ili u svezi s radom. Svakako, obavijest bi trebala sadržati: točan opis topografije i njezine tehničke značajke i pojedinosti, a i crteže potrebne za njezino razumijevanje; podatke o tome je li topografija stvorena na inicijativu radnika ili je stvorena u okviru izvršavanja poslova na radnom mjestu; podatke o osobama koje su radile s tvorcem na topografiji, s opisom njihova udjela (ZIV, čl. 147.). Ako obavijest

Člankom 89. ZR-a utvrđuje se i status topografije ostvarene na radu ili u svezi s radom. Tom je odredbom utvrđeno da topografija ostvarena na radu ili u svezi s radom pripada poslodavcu. Imovinsko-pravna ovlaštenja stvaratelja, koji je topografiju stvorio u izvršenju svoje radne obveze, *ex lege* prenose se na poduzeće koje ima isključivo pravo iskorišćivanja topografije, u okviru svoje redovite djelatnosti, bez traženja posebnog dopuštenja.⁴⁸ Ovakovo rješenje predstavlja iznimku od pravila da topografija i pravo na topografiju pripadaju tvorcu. Zaposlenik koji je stvorio tu topografiju ima pravo na naknadu čija je visina utvrđena kolektivnim ugovorom,⁴⁹ ugovorom o radu ili posebnim ugovorom. Ako pak naknada za topografiju nije utvrđena, sud će odrediti primjerenu nadoknadu tvorcu.⁵⁰ Nadležan je u prvom stupnju općinski sud (čl. 16. st. 1. t. 2.h Zakona o sudovima). Korištenje zaštićene topografije izuma ne može početi prije sklapanja ugovora o korištenju topografije, odnosno prije pravomoćnosti odluke nadležnog suda. Potrebno je istaknuti da ZR ne izdvaja radnike poduzeća po njihovim funkcijama. Bitno je da je topografija stvorena, a radnik koji je topografiju stvorio ima sva prava nezavisno od položaja ili radnog mjesta u poduzeću.⁵¹

O svojoj topografiji koja nije ostvarena na radu ili u svezi s radom zaposlenik je dužan obavijestiti poslodavca ako je topografija u svezi s djelatnošću poslodavca, te mu pisano ponuditi ustupanje prava u svezi s tom topografijom (ZR, čl. 90. st. 1.).⁵² Valjalo bi to učiniti tako da je izvjesno da je pisana ponuda učinjena. Dakle, uz potvrdu, preporučenom poštanskom pošiljkom ili na sličan način.⁵³ Poslodavac

ne udovoljava propisanim uvjetima, poduzeće će odrediti rok u kojem tvorac treba otkloniti nedostatke u obavijesti. Ako tvorac ne može sam izraditi opis topografije ili potrebne crteže, može zahtijevati stručnu pomoć od poduzeća, koje bi bez odgađanja trebalo tvorcu pružiti potrebnu pomoć, osim u slučajevima u kojima je očito da je prijedlog neostvarljiv (ZIV, čl. 148).

⁴⁸ Tako 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. 80.

⁴⁹ "Općim aktom organizacije odnosno ugovorom o zapošljavanju između radnika i poslodavca utvrđuju se prava radnika temeljem njegova doprinosa poslovnom rezultatu inovacijom, racionalizacijom ili drugim oblicima stvaralaštva. Ta prava mogu biti utvrđena u obliku novčanog udjela u neto ostvarenim efektima inovacije, racionalizacije i drugih oblika stvaralaštva, u prednostima radnika za dodatno obrazovanje ili prekvalifikaciju, u omogućavanju povoljnijih uvjeta za inovativni rad, u bržoj mogućnosti napredovanja na bolje vrednovana radna mjesta i sl. Ostvarivanje konkretnih prava po ovoj osnovi u svakom pojedinačnom slučaju predmet je posebnog ugovora između radnika i organizacije odnosno poslodavca (Opći kolektivni ugovor za gospodarstvo, NN, br. 47/92., čl. 29.).

⁵⁰ Usp. PARAĆ, Z., *Izumi i tehnička unapređenja zaposlenika*, u knjizi BABIĆ, V. i dr., *Zakon o radu s komentarom, pravilnicima i primjerima*, Zagreb, 1996., str. 185.

⁵¹ ANTANASIJEVIĆ, A., *Zaštita prava industrijskog vlasništva*, Rijeka, 1978., str. 26.

⁵² Ako izum stvoren u radnom odnosu prelazi izvršenja radnih obveza i okvire redovite djelatnosti korisnika, stvaratelju pripadaju sva prava na tako stvoren izum. Iako postoje mišljenja kako i u takvom slučaju poduzeće može takav izum iskorišćavati prilikom obavljanja djelatnosti bez posebne dozvole, ali uz plaćanje posebne naknade za takvo korištenje. FRID, Z., *o. c.*, str. 80.-81.

⁵³ Tako CRNIĆ, I., *Zakon o radu s objašnjenjima, povezivanjem i stvarnim kazalom*, Zagreb, 1995., str. 68.

je dužan u roku od mjesec dana očitovati se o takvoj ponudi zaposlenika. Poslodavac ima pravo prvokupa topografije zaposlenika koja nije ostvarena na radu i u svezi s radom ako je topografija u svezi s djelatnošću poslodavca. Riječ je, dakle, i o topografiji koju je zaposlenik realizirao radeći kod kuće, u slobodno vrijeme, koristeći vlastitu literaturu, sredstva rada i druga potrebna pomagala.⁵⁴ Na ustupanje prava na topografiju koja nije ostvarena na radu ili u svezi s radom na odgovarajući se način primjenjuju odredbe obveznog prava o prvokupu (čl. 527.-533. ZOO-a).

3. Pravo na zaštitu topografije imaju fizičke osobe koje su državljani Republike Hrvatske ili pravne osobe čije je sjedište na teritoriju Republike Hrvatske, te fizičke osobe koje nisu državljani Republike Hrvatske odnosno strane pravne osobe koje nemaju sjedište na teritoriju Republike Hrvatske ako to proizlazi iz međunarodnih sporazuma i konvencija ili primjene načela uzajamnosti (ZZPRIS, čl. 3. st. 4. i 5.). Ovakav pristup sukladan je suvremenim teorijskim i zakonskim rješenjima po kojima stranci trebaju uživati ista prava kao i domaći državljani. Ranija stajališta da ova prava moraju biti rezervirana samo za domaće državljane proizlazila su iz sustava privilegija koji je prethodio sustavnom zakonskom uređenju materije prava industrijskog vlasništva. Odredba spomenutog članka predviđa kriterij državljanstva nositelja topografije kao vezu osobe nositelja prava s teritorijem. Ono je u većini zakona o topografijama glavno načelo za primjenu zakona. Ali, uz državljanstvo javlja se kao kriterij zaštite i sjedište, i to za pravne osobe. Ukoliko se na prava stranaca ne primjenjuje ZZPRIS prema nekom od navedenih kriterija, kao i kod većine zakona o topografijama stranci i kod nas uživaju pravo na topografiju i prava iz topografije pod uvjetom **uzajamnosti**. Stranom pravnom osobom ima se smatrati osoba sa sjedištem u drugoj državi, dok se tuđim državljaninom smatra ona osoba koja nema državljanstvo Republike Hrvatske nego ima državljanstvo neke druge države. Kod primjene načela uzajamnosti možemo razlikovati dvije situacije, i to tzv. diplomatsku (formalnu) uzajamnost i tzv. faktičku uzajamnost.⁵⁵ Diplomatska uzajamnost osigurava se pomoću međunarodnih ugovora koji obvezuju Republiku Hrvatsku, bilo da se radi o mnogostranim međunarodnim ugovorima ili o bilateralnim međudržavnim ugovorima. Stranci koji ne uživaju zaštitu pod uvjetom diplomatske uzajamnosti mogu uživati zaštitu pod uvjetom faktičke uzajamnosti. Po ovom načelu stranac uživa zaštitu kod nas samo u slučaju ako naš državljanin uživa u njegovoj državi upravo to isto pravo koje bi se trebalo priznati strancu. Prema tome, za ovu uzajamnost mjerodavna su zakonska rješenja i pravna praksa u drugim državama iz kojih dolaze stranci koji traže zaštitu kod nas. Postojanje ove uzajamnosti treba se u svakom konkretnom slučaju posebno dokazati, jer se ne može pretpostavljati s obzirom na različito reguliranje ove problematike u pojedinim državama. U nas uzajamnost mora dokazati strani državljanin, s obzirom na odredbu

⁵⁴ Tako RUŽDJAK, M. - ŠRIBAR, P. - ZUBER, M., o. c., str. 88.

⁵⁵ Slično i u autorskom pravu. Vidi kod HENNEBERG, I., *Pravni položaj stranaca prema našem zakonodavstvu o autorskom pravu*, Prinosi za poredbeno proučavanje prava i međunarodno privatno pravo, broj 5., Institut za međunarodno pravo i međunarodne odnose, Zagreb, 1972., str. 103.

iz Pariške konvencije koja govori o pripadniku tuđe države kao osobi na kojoj je teret dokazivanja postojanja uzajamnosti. Ovu zaštitu temeljenu na načelu uzajamnosti ne može uživati osoba bez državljanstva. Ovakva hrvatska zakonska rješenja prate odredbe Pariške konvencije iz čl. 2. i 3. koje govore o tzv. minimalnim pravima.⁵⁶

ZZPRIS ne propisuje obvezu domaćim podnositeljima prijava da prije podnošenja prijave topografije u inozemstvu istu podnesu DZIV-u. Ova je obveza predviđena u nekim zakonodavstvima kako bi se utvrdilo je li takva prijava eventualno od značenja za obranu i sigurnost zemlje.

V. Uvjeti i postupak ostvarivanja zaštite

1. Topografija se štiti ako je **izvorna**. Topografija se smatra izvornom ako je rezultat tvorčeva vlastitoga stvaralačkoga intelektualnoga rada ili stvaralačkoga rada više osoba i nije primjenjivana u industriji poluvodiča u vrijeme kada je stvorena (ZZPRIS, čl. 5. st. 1. i 2.). Izvornost se često poistovjećuje s pojmom novosti djela, ali to nije ispravno jer se novost ocjenjuje po objektivnim kriterijima, a izvornost se uvijek ocjenjuje po subjektivnom kriteriju. U praksi se ocjena o izvornosti obično donosi zaključivanjem o različitosti djela u odnosu na djela koja već postoje, ali to ne znači da se različitost i izvornost mogu izjednačiti.⁵⁷

U pogledu uvjeta zaštite u pravu zaštite integriranih sklopova primjenjuje se kombinirani, *sui generis* sustav zaštite, koji kombinira elemente autorskog prava i elemente industrijskog vlasništva. Naime, u topografijskom pravu pojam **izvornosti**, koji je ključni pojam autorskog djela, određuje se drukčije negoli u autorskom pravu. Drži se da je topografija izvorna ako u trenutku nastanka nije bila općepoznata među tvorcima topografija i proizvođačima integriranih sklopova. Dakle, izvornost se objašnjava kao specifična vrsta **novosti**, a novost je, pak, tipični uvjet zaštite u pravu industrijskog vlasništva.⁵⁸ Upravo zbog toga propisi iz područja intelektualnog vlasništva ne mogu jamčiti odgovarajuću zaštitu topografija integriranih sklopova pa je bilo nužno donijeti zasebne propise o zaštiti topografija integriranih sklopova.

Ako topografija sadržava elemente koji su primjenjivani u industriji poluvodiča, kombinacija tih elemenata bit će zaštićena samo ako je, uzeta kao cjelina, rezultat tvorčeva vlastitoga stvaralačkoga intelektualnoga rada ili stvaralačkoga rada više osoba i nije primjenjivana u industriji poluvodiča u vrijeme kada je stvorena (v. ZZPRIS, čl. 5. st. 3.). Dakle, zaštitu uživaju i one topografije koje sadržavaju elemente koji su primjenjivani u industriji poluvodiča, ali ne predstavljaju potpunu presliku postojećih topografija, odnosno radi se o topografijama stvorenim tzv. reverzibilnim inženjeringom.

⁵⁶ O Pariškoj konvenciji pobliže kod ČIZMIĆ, J., *Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva*, "Pravo u gospodarstvu", god. 33, br. 9-10, rujan-listopad 1994., str. 648.-658.

⁵⁷ Vidi BESAROVIC, V. - ŽARKOVIĆ, B., o. c., str. 142.

⁵⁸ Usp. MARKOVIĆ, S. M., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2000., str. 182.

2.1. Upravni postupak zaštite i vođenje registra zaštićenih topografija provodi Državni zavod za intelektualno vlasništvo Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: DZIV).⁵⁹ DZIV je organ državne uprave u čijoj je isključivoj nadležnosti **zaštita prava intelektualnog vlasništva** u Republici Hrvatskoj. DZIV dodjeljuje prava u području industrijskog vlasništva. DZIV savjetuje, informira i publicira u području zaštite prava industrijskog vlasništva, povezuje Republiku Hrvatsku s nacionalnim i regionalnim sustavima i sa svjetskim sustavom u području industrijskog vlasništva. Unutarnje ustrojstvo DZIV-a, nazivi unutarnjih ustrojstvenih jedinica i njihov djelokrug, poslovi i zadaci koji se u njima obavljaju, način upravljanja tim jedinicama te okvirni broj potrebnih državnih službenika i namještenika DZIV-a uređuju se **Uredbom o unutarnjem ustrojstvu Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo** ("Narodne novine", br. 70/01., dalje - **Uredba**). DZIV korisnicima pruža i niz **usluga** koje su svezi sa zaštitom prava iz područja industrijskog vlasništva.⁶⁰

2.2. Protiv odluka koje donosi DZIV nije dopuštena žalba, ali se može pokrenuti upravni spor (ZZPRIS, čl. 6. st. 2.).

Na temelju odredaba čl. 3. st. 2. Pariške konvencije, svaka država članica Unije ovlaštena je svojim zakonodavstvom urediti sudski i upravni postupak, te razgraničiti djelokrug organa koji će voditi te postupke. DZIV, u okviru svoje nadležnosti, sukladno odredbama općih propisa i ZZPRIS-a, donosi upravne akte koji

⁵⁹ Zanimljivo je napomenuti da registriranje topografija integriranih sklopova u SAD-u vrši Ured za autorska prava, u Japanu je nadležan Ministar za međunarodnu trgovinu i industriju, u Nizozemskoj je to Ured za industrijsko vlasništvo, u Finskoj je to Finski nacionalni upravni ured za patente i registriranje, dok je u Španjolskoj za to predviđen Zavod za patente. Podatak kod BESAROVIĆ, V. - ŽARKOVIĆ, B., o. c., str. 143.

⁶⁰ DZIV je 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.). Tako DZIV izdaje stručne publikacije, pruža usluge pretrage patentne i druge dokumentacije, izrade fotokopija, organizira i provodi polaganje stručnog ispita za (patentne) zastupnike, vodi registar zastupnika i dr. Pri DZIV-u radi Informacijsko-dokumentacijski centar, InfoPat, kod kojega se mogu dobiti pouzdane i aktualne informacije iz područja intelektualnoga, a napose industrijskog vlasništva. U prostorijama InfoPata moguće je učinkovito i komforno pretraživanje CD-ROM baza podataka, online-dostup do baza podataka te konzultiranje relevantnih stručnih periodičkih i monografskih publikacija. Na Internetu se WWW informacijske stranice DZIV-a mogu naći na adresi: <http://pubwww.srce.hr/patent>. U šest godina svojega postojanja DZIV se razvio u modernu instituciju s respektabilnim kadrovskim, tehnološkim i informacijskim resursima, kompatibilnim svjetskim trendovima na području intelektualnog vlasništva. 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.). Usp. ŠANTAK, M. - BUBANKO-ŽIGER, K., *Informatizacija postupovnog procesa u Državnom zavodu za patente Republike Hrvatske*, "Hrvatski patentni glasnik", 1, 1994., br. 5-6, str. 559.-566.; 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. i BIHAR, Ž., *Vještina pretraživanja patentnih informacija*, "Hrvatski patentni glasnik", 3, 1996, br. 5, str. 1371.-1376.

predstavljaju autoritativno odlučivanje i kojima se odlučuje o subjektivnim pravima, o obvezama ili pravnim interesima pojedinih subjekata u svezi s topografijom. Upravni akt u području topografskog prava karakterizira njegova autoritativnost, jednostranost, konkretnost, pravni učinak i pravna vezanost.⁶¹

Vidjeli smo, prema odredbama čl. 6. st. 2. ZZPRIS-a, protiv upravnih akata koje donosi DZIV nije dopuštena žalba. Prema tome, nije predviđen višestupanjski postupak povodom upravne zaštite topografije pred DZIV-om, što je iznimka od općeg pravila o dvostupanjskom upravnom postupku, neovisno da li o žalbi odlučuje isti prvostupanjski ili hijerarhijski viši organ. Upravni postupak pred DZIV n je, dakle, isključivo prvostupanjski postupak, a konačnost upravnog akta kojeg donosi DZIV nastupa nakon završetka prvostupanjskog postupka, odnosno nakon donošenja, publiciranja ili dostavljanja prvostupanjskog rješenja. Ipak, s konačnošću rješenje ne postaje istodobno i pravomoćno, jer se može pokrenuti upravni spor. Problematika upravnih sporova uređena je u Republici Hrvatskoj odredbama Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", br. 53/91., 9/92. i 77/92., dalje: ZUS). Naime, radi osiguranja sudske zaštite prava određenih legitimiranih subjekata te radi osiguranja zakonitosti, sudovi u upravnim sporovima odlučuju o zakonitosti akata kojima, između ostalih, i DZIV rješava o pravima i obvezama u svezi s topografijama u upravnim stvarima (čl. 1. ZUS-a). Pravo pokretanja upravnog spora ima pojedinac ili pravna osoba ako smatra da joj je upravnim aktom povrijeđeno kakvo pravo ili neposredni osobni interes utemeljen na zakonu (čl. 2. st. 1. ZUS-a). Upravni spor može se voditi samo protiv upravnog akta (čl. 6. st. 1. ZUS-a). Odredbe čl. 6. st. 2. ZZPRIS-a u svezi su s odredbama čl. 7. st. 2. ZUS-a, prema kojima se upravni spor može pokrenuti načelno protiv drugostupanjskog upravnog akta, ali i protiv prvostupanjskog upravnog akta protiv kojega nema mjesta žalbi u upravnom postupku. Naime, prema čl. 11. st. 1. Zakona o općem upravnom postupku ("Narodne novine", br. 53/91., dalje: ZUP) protiv rješenja donesenoga u prvom stupnju stranka ima pravo žalbe, osim ako zakonom nije propisano da žalba u pojedinim upravnim stvarima nije dopuštena, i to ako je na drugi način osigurana zaštita prava i zakonitosti. ZZPRIS je iskoristio mogućnost koju predviđa ZUP, te je isključio mogućnost žalbe osiguravajući mogućnost pokretanja upravnog spora. Prema odredbama čl. 21. Zakona o sudovima, Upravni sud Republike Hrvatske, između ostalih nadležnosti, odlučuje i o tužbama protiv konačnih upravnih akata (upravni sporovi).

3. Postupak za priznanje topografije pokreće se podneskom koji sadržava zahtjev za priznanje topografije i druge bitne sastojke propisane ZZPRIS-om (u daljnjem tekstu: **prijava topografije**). Postupak po prijavi topografije je u načelu jednostranački postupak (*extra partes*), jer osim DZIV-a u njemu sudjeluje samo podnositelj prijave. Osobe koje nisu podnositelji prijave mogu samo tijekom postupka dostavljati obavještenja DZIV-u i ne mogu razgledati predmet prijave. Prijava topografije podnosi se u jednom primjerku, neposredno ili poštom (Pravilnik

⁶¹ Potanje o upravnom aktu kod BORKOVIĆ, I., *Upravno pravo*, Informator, Zagreb, 1981., str. 292.

o planovima rasporeda integriranih sklopova, čl. 2. st. 1.). Jednom prijavom može se zahtijevati zaštita samo za jednu topografiju, što znači da je prihvaćeno načelo odvojenih prijava temeljem kojega podnositelj prijave topografije ne može jednom prijavom zahtijevati zaštitu za više integriranih sklopova za koje se traži topografska zaštita. Prijava je posebna i u odnosu na podnositelja, što znači da prijavu topografije može podnijeti samo jedna fizička ili pravna osoba.

Prijava se ne može podnijeti nakon isteka roka od dvije godine od datuma početka prvoga gospodarskoga iskorištavanja topografije (ZZPRIS, čl. 21.). Odredbom ovoga čl. 21. ZZPRIS-a *de facto* je onemogućena retroaktivna primjena odredaba ZZPRIS-a na topografije koje su prvi put komercijalno uporabljene prije njegova stupanja na snagu. U suprotnom bi, primjerice, nositelj topografije mogao tražiti naknadu štete za neovlašteno korištenje topografije koja je komercijalno uporabljena u roku od 2 godine prije stupanja na snagu ZZPRIS-a.

Prema odredbama čl. 7. ZZPRIS-a, prijava topografije treba sadržavati: a) zahtjev za priznanje topografije,⁶² b) podatke dostatne za utvrđivanje tko je podnositelj prijave, c) podatke dostatne za uspostavu veze s podnositeljem prijave ili njegovim zastupnikom, ako ga ima, poštom, d) pisanu izjavu o datumu prve gospodarske uporabe ako je taj datum nastupio prije datuma podnošenja prijave, e) kratak opis obilježja elektroničke funkcije ili funkcija integriranog sklopa proizvedenog na temelju dotične topografije, f) podatke i priloge koji identificiraju topografiju propisane u članku 8. ZZPRIS-a.⁶³

⁶² Zahtjev za priznanje topografije sadržava: 1. izričitu naznaku da se zahtijeva priznanje topografije, 2. naziv i/ili oznaku topografije, 3. podatke o podnositelju prijave, prezime, ime i prebivalište ako je riječ o fizičkoj osobi, odnosno tvrtku i sjedište, ako je riječ o pravnoj osobi, 4. podatke o tvorcu, prezime, ime i prebivalište, 5. podatke o zastupniku, prezime, ime i prebivalište ako je riječ o fizičkoj osobi, odnosno tvrtku i sjedište ako je riječ o pravnoj osobi, 6. adresu za dopisivanje, koja je u pravilu prebivalište podnositelja prijave ili njegovog zastupnika, odnosno adresu zajedničkog predstavnika, ako ima više podnositelja, uz navođenje telefonskog broja, broja telefaksa i e-mail adrese, 7. naznaku o priloženoj izjavi (o zajedničkom predstavniku, kada ima više podnositelja prijave koji nemaju zastupnika, pri čemu se u rubrici za dopisivanje napiše njegovu adresu; o datumu početka prvog gospodarskog iskorištavanja, ako je topografija bila gospodarski iskorištavana prije podnošenja prijave), 8. naznaku da se dijelovi prijave topografije smatraju poslovnom tajnom, u skladu s člankom 8. stavkom 3. Zakona o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova, 9. naznaku o bitnim sastojcima i priložima uz zahtjev za priznanje topografije (o broju stranica kratkog opisa svojstvenih obilježja elektroničke funkcije ili funkcija integriranoga sklopa proizvedenoga prema predmetnoj topografiji prema članku 7. stavku 2. Zakona; o vrsti i količini materijala u svrhu identificiranja ili zornog predočivanja predmetne topografije prema članku 8. stavku 1. Zakona; o broju uzoraka integriranoga sklopa proizvedenih prema predmetnoj topografiji prema članku 8. stavku 2. Zakona; o vrsti nosača podataka o topografiji - magnetski, optički ili drugi - prema članku 8. stavku 2. Zakona; o tiskanom ispisu podataka o topografiji prema članku 8. stavku 2. Zakona; o potankom opisu topografije prema članku 8. stavku 2. Zakona), 10. naznaku o priložima (o potvrdi o uplaćenju upravnoj pristojbi i naknadi troškova za priznanje topografije, objavu podataka iz registra zaštićenih topografija i održavanje prava na snazi; o priloženoj punomoći zastupnika; o priloženim dodatnim listovima s podacima o drugim podnositeljima prijave; o priloženim dodatnim listovima s podacima o drugim tvorcima; o drugim priložima), 11. potpis ili pečat podnositelja prijave ili potpis ili pečat njegova zastupnika, ako ga ima.

⁶³ Materijal koji treba priložiti prijavi sukladno članku 7. stavku 2. točki f) ovoga Zakona, u svrhu

4. Posebnost postupka zaštite topografije u odnosu na druga prava iz područja industrijskog vlasništva jest u tome da je podnositelj prijave ovlašten zatražiti da se određeni dijelovi grafičkog ili drugog prikaza topografije službeno ne objavljuju, odnosno da ostanu njegova poslovna tajna.⁶⁴ Dakle, podnositelj prijave ima pravo neki od potrebnih materijala ili neki njegov dio označiti kao **poslovnu tajnu**, u kojem će se slučaju ti dijelovi dati na uvid samo u postupku pred sudom povodom tužbe podnesene glede vrijednosti zaštićene topografije ili povrede te zaštite. Iako to nije nigdje izričito navedeno, držimo da podnositelj prijave topografije mora, ipak, i one dijelove grafičkog prikaza topografije koji predstavljaju poslovnu tajnu dostaviti DZIV-u kao obvezan prilog prijavi, jer da bi neka topografija bila registrirana, mora biti osigurana potpunost svih podataka o njoj. Drugim riječima, onaj dio prikaza koji se može objaviti mora biti dovoljan za identifikaciju topografije. Svakako, podnositelj može dostaviti DZIV-u, radi davanja na uvid javnosti, i primjerke prijave u kojima su dijelovi koji se odnose na poslovnu informaciju učinjeni nečitljivim (ZZPRIS, čl. 8. st. 3.). Ako podnositelj prijave topografije neke od priloženih materijala ili neke njihove dijelove smatra poslovnom tajnom, DZIV bi morao s podnositeljem u pisanom obliku precizirati način na koji će podnositelj te dijelove prijave učiniti nerazpoznatljivima (v. Pravilnik o planovima rasporeda integriranih sklopova, čl. 3. st. 2.). Smisao ove odredbe jest u tome da se javnosti, a prije svega mogućim konkurentima, onemogući da saznaju sadržaj topografije u cijelosti, kako ga ne bi mogli faktično primijeniti.⁶⁵ Treba napomenuti da se na području industrijskog/intelektualnog vlasništva događaju i najveće krađe dokumentacije, ideja i gotovih rješenja. Gospodarska špijunaža najrazvijenija je upravo na ovom području.⁶⁶

identificiranja topografije sastoji se od: a) nacрта ili fotografija prikaza za izradbu integriranoga sklopa, ili b) nacрта ili fotografija maski ili njihovih dijelova za izradbu integriranoga sklopa, ili c) nacрта ili fotografija pojedinačnih slojeva integriranoga sklopa.

Materijalu se mogu priložiti: nosači podataka, njihovi ispisi, integrirani sklop za čiju topografiju je zaštita zahtijevana, ili potanak opis (ZZPRIS, čl. 8.).

Materijali koji se prilažu u svrhu identificiranja topografije moraju očigledno i s dovoljnom razlučivošću prikazivati pojedine slojeve topografije kao i njihov redoslijed. Svi slikovni prikazi, koji tvore pojedinu cjelinu, moraju biti u jednakom mjerilu (Pravilnik o planovima rasporeda integriranih sklopova, čl. 3. st. 1.).

⁶⁴ O poslovnoj tajni šire kod ZLATOVIĆ, D., *Zaštita i čuvanja poslovne tajne*, Računovodstvo i financije, god. XLIII., br.3., 1997., 80.-84.

⁶⁵ Usp. MARKOVIĆ, M. S., o. c., str. 184.

⁶⁶ Tajno znanje o poslovnom konkurentu, kao i ekskluzivna, točna i dakako promptna informacija - najskuplja su roba. BAZDAN, Z., *Robne burze i gospodarske obavještajne službe*, "Hrvatska gospodarska revija", 1998., br. 12, str. 104. Brojne tvrtke, kompanije ili korporacije koje imaju nacionalne, a posebice multinacionalne pretenzije, već duže vremena imaju utemeljen centar za obavještavanje, koji je u funkciji centra za donošenje strateških odluka, koji predstavlja "sivu materiju" svake takve kompanije. Obavještavanje postaje i globalni business, jer se predviđa da će do konca ovoga stoljeća i to na međunarodnom planu sakupljanje, analiziranje i distribucija podataka biti vrijedna cca 70 milijardi USD. Podatak prema *Key role for business intelligence*, "Financial Times", (*Information Technology*), April, 1, 1998., p. 1.

Poslovna tajna je informacija koja je tajna ili nije općepoznata, a svome vlasniku daje prednost pred konkurencijom. Zaštita poslovnom tajnom može ponekad potisnuti u drugi plan pravno, ali ne uvijek i ekonomski učinkovitiju zaštitu koju pruža pravo industrijskog vlasništva.⁶⁷ Zaštita poslovnom tajnom ne ostvaruje se u upravnom postupku pred DZIV-om, odnosno ne registrira se poput drugih oblika industrijskog vlasništva. Zaštita poslovnom tajnom i zaštita nekim od oblika industrijskog vlasništva međusobno se ne isključuju. Držimo kako pojam "poslovna tajna", kao širi, sadržajno obuhvaća tzv. "industrijsku tajnu", "proizvodnu tajnu", "komercijalnu tajnu", "trgovačku tajnu", "obrtničku tajnu", kao sadržajno uže pojmove za povjerljive podatke i dokumente u poduzećima. Primjerice i u poredbenom pravu, pored uobičajenog "*trade secrets*",⁶⁸ susrećemo i izraze "*commercial secrets*", "*confidential information*" i sl.

5. Povodom podnesene prijave DZIV ispituje sadržava li prijava sve propisane sastojke. Ako prijava ne sadržava sve propisane sastojke, smatra se neurednom, te DZIV treba pozvati podnositelja prijave da ukloni nedostatke u roku koji ne može biti kraći od jednoga mjeseca niti duži od tri mjeseca. U suprotnom, prijava će se zaključkom odbaciti. Ako, pak, podnositelj prijave u propisanom roku ukloni nedostatke, datum primitka uređene prijave smatrat će se datumom podnošenja prijave (ZZPRIS, čl. 9.).

6. Ako prijava sadržava sve propisane sastojke, DZIV podnositelju prijave kao nositelju zaštićenoga prava izdaje rješenje o priznanju prava na topografiju, zaštićenu topografiju upisuje u registar topografija koji vodi DZIV, te podatke iz registra objavljuje u službenom glasilu DZIV-a (ZZPRIS, čl. 10.). Kao i kod zaštite ostalih prava iz područja industrijskog vlasništva, propisana je dužnost objavljivanja rješenja kako bi se javnost upoznala sa sadržajem zaštićene topografije, da bi se omogućilo eventualno pribavljanje licencijske ili isticanje prigovora u pogledu uvjeta za zaštitu (postupak za proglašavanje rješenja ništavim, v. čl. 13. ZZPRIS-a).

U registar zaštićenih topografija upisuju se sljedeći podaci za svaku topografiju: a) registarski broj zaštićene topografije, b) datum podnošenja prijave, c) datum i broj rješenja o upisu u registar, d) naziv topografije, e) podaci o prijavitelju: prezime i ime te prebivalište, državljanstvo prijavitelja, ako je riječ o fizičkoj osobi, odnosno naziv i sjedište prijavitelja, ako je riječ o pravnoj osobi, pri čemu podaci za pravne osobe moraju biti suglasni s podacima iz sudskoga registra, f) podaci o

⁶⁷ ZABEL, B. *Poslovna tajna*, Beograd, 1970., str. 98. Usp. i PUHARIĆ, K., *Poslovna tajna u arbitražnom postupku*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 37, 1998., br. 1, str. 67.

⁶⁸ "*Trade secrets*" je povjerljiva informacija o poslodavčevu poslu koja je poznata zaposleniku. Poslodavac prema zaposleniku ima na raspolaganju nekoliko sredstava za zaštitu svoje poslovne tajne, među ostalim može, prilikom zaključenja ugovora o radu, u ugovor o radu predvidjeti klauzulu ili dati na potpis zaposleniku posebnu izjavu sljedećeg sadržaja: "During and after such employment, I will disclose to you and will not divulge or appropriate to my own use or to the use of other, except as you authorize or direct in writing, any secret or confidential information or knowledge obtained by me during such employment". *The Prentice-Hall Encyclopedic Dictionary of Business Law*, Prentice-Hall, Inc., 1961., str. 548. O "trade secrets" vidi potanje kod JAGER, M. F., *Trade Secrets Law*, CBC, 1987.

tvorcu: prezime i ime te naziv, pri čemu je dovoljan navod mjesta i države, g) datum prvoga gospodarskoga iskorištavanja topografije, ako je topografija gospodarski već iskorištavana, h) podaci o možebitnom zastupniku, i) podaci o promjenama koje se odnose na: prijenos prava, licenciju, poništaj, prestanak zaštite i druge promjene koje su bitne za pravni položaj zaštićene topografije (ZZPRIS, čl. 11.).

Na vođenje registra zaštićenih topografija na odgovarajući način primjenjuju se odredbe Pravilnika o patentima (arg. iz Pravilnik o planovima rasporeda integriranih sklopova, čl. 4.).

Registri su javne knjige koje vodi DZIV. Registre imaju i sve inozemne patentne uprave. Vođenje registra je, s obzirom na pravna djelovanja koja izaziva, obvezno i zakonom propisano. Registar je posebna knjiga s točno utvrđenim rubrikama u koje se upisuju brojni podaci. U registar se upisuju sve kasnije promjene koje se odnose na nositelja prava i na samo pravo (prenošenje prava, ugovorna licencija, obvezna licencija, zalog, proglašavanje rješenja ništavim, prestanak prava i dr.). Za vođenje registra propisan je posebni postupak kojim se predviđa način vođenja, redoslijed upisa podataka i dokumentacija koja se traži za upis bilo kakvog podatka. Nije dopušteno brisanje bilo kojeg podatka. Nakon obavljenog upisa prava u odgovarajući registar, nositelju prava izdaje se isprava koja sadrži podatke o priznatom pravu, nositelju prava, pravu prvenstva, upisu u registar, objavi rješenja o priznanju prava i izdavanju isprave te druge propisane podatke. Podaci o pravu kojim se štiti topografija, koje je upisano u registar, objavljuju se u službenom glasilu DZIV-a. Prava iz područja industrijskog vlasništva primjenjuju se prema trećim osobama tek od trenutka upisa u registar. Pravo prvenstva koje se stječe u svezi s nekim od prava iz područja industrijskog vlasništva određuje se po redu prijama pisanog zahtjeva za njihov upis. Usmeni zahtjevi su isključeni. Međutim, ako su zahtjevi podneseni istovremeno, imaju isti red prvenstva. Za činjenice i prava koja nisu upisana u odgovarajući registar, vrijedi pretpostavka da i ne postoje (negativni publicitet).⁶⁹

7. Za postupke u upravnom postupku zaštite kao i za održavanje prava na snazi plaćaju se **upravne pristojbe i naknade troškova** upravnog postupka u skladu s posebnim propisima. Upravne pristojbe su naknade za određene usluge državnih organa i ustanova koje su izvršene na zahtjev fizičkih i pravnih osoba te predstavljaju jedan od izvora državnih prihoda.

Sabor Republike Hrvatske na sjednici 27. lipnja 2000. godine donio je za područje prava intelektualnog vlasništva novi **Zakon o upravnim pristojbama u području prava intelektualnog vlasništva** (Nar. nov., br. 64/00.). Zakonom o upravnim pristojbama u području prava intelektualnog vlasništva koji je, zajedno s pripadajućom **Traifom upravnih pristojbi**, stupio na snagu dana 13. srpnja 2000. godine, pobliže su uređena sljedeća pitanja: određenje pristojbenih obveza,

⁶⁹ U tom smislu i detaljnije vidi kod ZLATOVIĆ, D., *Registri po Zakonu o žigu, Pravo i porezi*, god. IX., br. 4., 2000., str. 44.-45.

oslobađanja od plaćanja pristojbi, povrat pristojbe, zastara povrata pristojbe, način plaćanja pristojbe, pripadnost prihoda od pristojbi, te reguliranje plaćanja pristojbi u prijelaznim slučajevima.⁷⁰

Ako propisane upravne pristojbe i naknade troškova upravnog postupka nisu uplaćene u propisanom roku, prijava se smatra povučenom, odnosno priznato pravo prestaje vrijediti (ZZPRIS, čl. 12.).⁷¹

VI. Proglašavanje rješenja o priznanju prava na topografiju ništavnim

Rješenje o priznanju prava na topografiju **proglasit će se ništavnim** ako se utvrdi: a) da topografija nije izvorna, b) da je prijava podnesena od strane fizičke ili pravne osobe koja nema pravo na zaštitu, c) da prijava nije podnesena u propisanim rokovima, d) da na temelju prikaza koji se odnose na zaštićenu topografiju nije moguća njezina identifikacija (ZZPRIS, čl. 13. st. 1.).

Postupak za proglašavanje ništavnim rješenja o priznanju prava na topografiju može, zbog postojanja nekog od navedenih razloga, pokrenuti DZIV po službenoj dužnosti ili na prijedlog svake fizičke ili pravne osobe ili državnog odvjetnika za cijelo vrijeme trajanja zaštite (ZZPRIS, čl. 13. st. 2.). Postupak poništenja žiga zbog svih mogućih razloga može se, dakle, pokrenuti po službenoj dužnosti (*ex officio*) ili na prijedlog državnog odvjetnika, koji ne treba dokazivati postojanje pravnog interesa jer ga zakon izravno ovlašćuje na poduzimanje radnji glede iniciranja postupka proglašenja rješenja ništavnim. Zakonodavac je, utvrđujući ovaj krug ovlaštenika, polazio od općeg interesa da se iz pravnog prometa isključi topografija stečena *contra legem*. Međutim i ovakova odredba nije precizno uređena jer se ne propisuje kada se postupak može pokrenuti po službenoj dužnosti, a kada po državnom odvjetniku. Držimo da bi omogućavanje ovakvog neselektivnog pokretanja postupka poništenja topografije u svim slučajevima bilo protivno samoj prirodi i funkciji topografije, te bi dovodilo do sukoba javnog i privatnog interesa.

Na odredbe o postupku proglašavanja ništavnim rješenja o priznanju prava na topografiju primjenjuju se odgovarajuće odredbe Zakona o patentima (dalje - ZP, v. čl. 66. - 70. ZP-a). Sam postupak radi poništaja rješenja smatramo dvostranačkim. U ovom postupku mogu sudjelovati samo dvije stranke, nositelji suprotnih pravnih interesa, subjekti među kojima postoji prijemor u pogledu valjanosti i pravilne registracije određene topografije ili njezine kolizije s drugom topografijom, pa radi pravne sigurnosti u svakom slučaju treba uključiti u postupak nositelja topografije za koju se traži proglašavanje ništavom. Stranke, sukladno općim pravilima upravnog

⁷⁰ Primjerice, prema Tarifnom broju 51, za podnošenje zahtjeva za priznanje topografije potrebno je platiti pristojbu u iznosu od 250, 00 kuna.

⁷¹ O tome detaljnije kod ZLATOVIĆ, D., *Upravne pristojbe u području intelektualnog vlasništva*, Slobodno poduzetništvo, god. VII., br. 19., 2000., str. 141.-146. i ZLATOVIĆ, D., *Posebni troškovi u postupku upravnopravne zaštite prava intelektualnog vlasništva*, Pravo i porezi, god. X., br. 6., 2001., str. 68.-70.

postupka i praksi DZIV-a, iznose svoje zahtjeve, navode i prijedloge, predlažu dokaze i razmjenjuju putem DZIV-a podneske koji se tiču same pravne stvari.

Postupak za proglašavanje ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju pokreće se podnošenjem prijedloga DZIV-u (arg. iz čl. 67. st. 1. ZP-a).

Opća pravila za proglašavanje ništavim rješenja u upravnom postupku, kao i učinci ništavosti, uređeni su u ZUP-u, dok ZZPRIS, odnosno ZP na koji ZZPRIS upućuje, kao *lex specialis*, utvrđuju posebne razloge za proglašavanje rješenja o priznanju topografije ništavom, kao i određene specifičnosti o učincima ništavosti. U skladu s dominantnim stajalištima domaćih autora, ništavost podrazumijeva najviši stupanj nezakonitosti rješenja donesenih u upravnom postupku, pa se zato na ništavost pazi po službenoj dužnosti, bez obzira na to da li se i kako ističe postojanje ništavosti, što podrazumijeva i pokretanje postupka po službenoj dužnosti radi proglašavanja rješenja ništavim.⁷² To sve ukazuje na zaključak da u našem pravnom sustavu pretežu razlozi zaštite javnog interesa kod pitanja ništavosti rješenja, iako to ne isključuje i mogućnost intervencije u tom cilju i osobe koja ima neposredan interes za poništenje rješenja.⁷³ Prema tome, prvostupanjski postupak za proglašavanje rješenja o priznanju prava na topografiju ništavom vodi se pred DZIV-om, po službenoj dužnosti ili na prijedlog ovlaštenika, dok u drugom stupnju o proglašenju rješenja o priznanju prava na topografiju ništavom odlučuje Upravni sud Republike Hrvatske u upravnom sporu koji tužbom može inicirati stranka nezadovoljna prvostupanjskom odlukom DZIV-a.⁷⁴

Postupak proglašavanja ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju može se pokrenuti u svako doba, ali samo tijekom trajanja zaštite topografije. *A fortiori*, ne samo što se postupak poništenja mora pokrenuti unutar vremena trajanja zaštite topografije, nego se on mora unutar tog vremena i okončati. Drugim riječima, kada topografija prestane vrijediti *ex nunc* zbog bilo kojeg razloga, prestaje ne samo mogućnost pokretanja postupka za proglašenje ništavim rješenja o njezinom priznanju, već se i eventualno započeti postupak proglašenja rješenja ništavim ne može više okončati, pa se postupak obustavlja. Ovakvo rješenje može izazvati brojne praktične probleme jer može predstavljati mogućnost manipulacije i izigravanja propisa zbog dugotrajnosti postupka, odnosno ostaviti bez sankcije dugotrajnu uporabu nezakonito stečene topografije sa svim implikacijama u imovinskopravnoj sferi zainteresiranih strana. Ipak, ovakva odredba je u skladu s općeprihvaćenim stajalištem po kojem se postupak proglašenja rješenja ništavim vodi pretežito u javnom interesu, jer ne postoji više javni interes za poništavanjem topografije koja je prestala vrijediti. Ovim su zanemareni interesi osoba pogođenih uporabom takve,

⁷² Usp. BORKOVIĆ, I., *o. c.*, str. 384.

⁷³ *A contrario*, u pravnim sustavima (npr., talijanskom) u kojima se rješenje o priznanju žiga proglašava ništavim u sudskom postupku, dominira privatni interes osobe da se usvoji tužbeni zahtjev u odnosu na tuženoga i poništi sporno rješenje. Usp. SENA, G., *Il nuovo Diritto Dei Marchi*, sec. ed., Giuffrè Editore, Milano, 1998., str. 169. – 185.

⁷⁴ Naime, ovdje se radi o upravnom aktu DZIV-a protiv kojeg nije dopuštena žalba, već se može samo pokrenuti upravni spor.

potencijalno nezakonito priznate topografije. To je, primjerice, slučaj kada egzistira parnica radi povrede topografije u kojoj tužena strana kao prethodno pitanje postavlja zakonitost stjecanja topografije, ali kako je ista topografija međuvremenu prestala vrijediti, zbog čega više ne postoji mogućnost njezina poništenja, sud više nije vezan za to prethodno pitanje, pa postoji vjerovatnost da tuženik bude osuđen na naknadu štete zbog povrede topografije, neovisno što bi isti uspio u postupku za poništenje da je moguće bilo pokrenuti odgovarajući postupak.⁷⁵

Držimo da u sporovima povodom povrede topografije sud ne bi mogao prekinuti postupak i pokrenuti po službenoj dužnosti postupak poništavanja rješenja o priznanju prava na topografiju jer nije za to, sukladno odredbama čl. 13. st. 2. ZZPRIS-a, aktivno legitimiran, niti bi on sam mogao donijeti odluku o poništenju topografije jer je to isključivo u ovlasti DZIV-a.⁷⁶ Ukoliko do poništenja rješenja o priznanju prava na spornu topografiju dođe nakon pravomoćnosti presude kojom se rješavalo pitanje zaštite iste topografije, stranka koja ima pravni interes može zatražiti ponavljanje sudskog postupka, ali do tada, imajući na umu da se ne mora usvojiti prijedlog za poništenje topografije, ista topografija uživa zaštitu prema odredbama ZZPRIS-a.⁷⁷

Prijedlog za proglašavanje ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju mora sadržavati podatke o podnositelju prijedloga, nositelju topografije, broj rješenja i registarski broj topografije, razloge zbog kojih se predlaže proglašavanje ništavim rješenja s potrebnim dokazima te obrazloženi pravni interes podnositelja prijedloga (arg. iz čl. 67. st. 2. PZ-a).

Može se zaključiti da stranka mora obrazložiti i dokazati pravni interes za pokretanje ovog postupka, čime se sužava ranija *actio popularis*. To znači da predlagatelj mora dokazati da se konačno rješenje ovog postupka za proglašenje ništavim topografije može reflektirati u određenoj sferi njegovih prava, odnosno da će to za njega predstavljati ostvarenje određene pravne koristi koju bez poništenja ne

⁷⁵ Autori s područja bivše Jugoslavije zastupali su stajalište da se poništenje prava industrijskog vlasništva može tražiti i poslije prestanka njegove važnosti. Tako MIRKOVIĆ, *Poništenje prava industrijske svojine može se tražiti i poslije prestanka njegove važnosti*, "Hrvatska privreda", XIII., 1938., br. 5/6, str. 88. Autor tako u prilog svog stajališta navodi primjer spora u kojem se tuženik poslije prijema tužbe na odgovor, a prije održane usmene rasprave, odrekao svog prava na sporni žig, dok je tužitelj ustrajao u zahtjevu tražeći utvrđivanje sličnosti između žigova i poništenje žiga tuženika, kao i da tuženik snosi pranične troškove. Iako je prvostupanjski organ utvrdio da je tuženik odricanjem od žiga prije usmene rasprave prešutno priznao osnovanost tužbenog zahtjeva, sud je u drugoj instanci našao da ovdje nije bilo mjesta rješavanju o poništenju žiga, kojega se njegov vlasnik još prije sporne rasprave odrekao, jer samo pravo žiga u vrijeme odluke nije ni postojalo, te da se moglo raspravljati samo o zahtjevu tužbe o naknadi parničnih troškova, bez upuštanja u rješavanje po glavnom tužbenom zahtjevu koji se samim prestankom prava žiga ugasio.

⁷⁶ Drugačije je, primjerice, rješenje kod zaštite žiga EU, koji se može oglasiti ništavim i odlukom suda na osnovi protutužbe u postupku zbog povrede prava na žig. Usp. KRNETA, S., *Europsko pravo žiga*, "Hrvatski patentni glasnik", 1994., br. 2-3., str. 240.

⁷⁷ Vidi analogno za patente odluku VTSH, Pž- 1894/98. od 12. 1. 1999., "Informator", br. 4695., od 6. 3. 1999., str. 5.

bi mogao inače ostvariti. Najčešći slučaj postojanja pravnog interesa ogleda se u očuvanju, osiguranju ili obrani prava na slobodnu uporabu topografije, jer predlagatelj je u velikom broju slučajeva već uključen u određeni spor, i to pretežito u položaju tuženika, ili je izvjesno da će biti tužen zbog povrede topografije.

Zbog nepostojanja pravnog interesa, prijedlog za pokretanje postupka za proglašavanje ništavim ne može podnijeti nositelj topografije.

Eventualni izostanak pravnog interesa određene osobe, kao razlog koji je onemogućava da neposredno pokrene ovaj postupak, ipak ne predstavlja konačni izostanak zaštite, jer je DZIV, vidjeli smo, ovlašten samostalno pokrenuti postupak. Svaki prijedlog osobe koja ne može dokazati svoj pravni interes u ovoj stvari predstavlja za DZIV izvor informacija o razlozima ništavosti određene topografije, pa bi DZIV, ukoliko ih ocijeni ozbiljnima, sam trebao pokrenuti postupak. Također, to ne znači da zainteresirana osoba koja bi mogla sama pokrenuti postupak to mora i učiniti. Naime, ona može odlučiti da DZIV-u jedino preda podatke o spornosti priznanja određene topografije kojima raspolaže, što predstavlja činjenični temelj za pokretanje postupka od strane DZIV-a. Isto vrijedi i za odnos zainteresirane strane i državnog odvjetnika, pri čemu je ZZPRIS izravno ovlastio državnog odvjetnika da, kao eksponent javnih interesa, intervenira i pokrene postupak kada ima saznanja da nisu pravilno primijenjeni prisilni pravni propisi.

Ako prijedlog za proglašavanje ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju nije propisno sastavljen, odnosno ako ne sadrži podatke o podnositelju prijedloga, nositelju topografije, broj rješenja i registarski broj topografije, razloge zbog kojih se predlaže proglašavanje ništavim rješenja s potrebnim dokazima te obrazloženi pravni interes podnositelja prijedloga, ili ako nije plaćena upravna pristojba i naknada troška upravnoga postupka, DZIV treba pozvati podnositelja da u roku od 30 dana od dana primitka poziva otkloni nedostatke (arg. iz čl. 68. st. 1. ZP-a). Ako podnositelj ne uredi prijedlog u roku od 30 dana od dana primitka poziva da otkloni nedostatke, DZIV zaključkom odbacuje prijedlog. Navedeni rok DZIV može, na obrazloženi zahtjev, produljiti za vrijeme koje smatra opravdanim.

Uredan prijedlog za proglašavanje ništavim rješenja DZIV dostavlja nositelju topografije i poziva ga da u roku koji ne može biti kraći od 30 niti dulji od 60 dana od dana njegova primitka dostavi svoj odgovor. Navedeni rok DZIV može, na obrazloženi zahtjev, produljiti za vrijeme koje smatra opravdanim. U postupku za proglašavanje ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju DZIV poziva stranke onoliko puta koliko je potrebno da u roku, koji u pravilu ne može biti kraći od 30 niti dulji od 60 dana od dana njegova primitka, dostave svoje primjedbe na podneske druge stranke (arg. iz čl. 68. st. 3. i 4. PZ-a).

DZIV održava usmenu raspravu ako ocijeni da je održavanje usmene rasprave nužno za utvrđivanje činjenica bitnih za donošenje odluke o prijedlogu za proglašavanje ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju (arg. iz čl. 68. st. 5. ZP-a). Ukoliko vlasnik sporne topografije dostavi obrazloženi odgovor s navođenjem dokaza koji pobijaju tvrdnje iz prijedloga, DZIV bi morao zakazati usmenu raspravu na koju treba pozvati suprostavljene stranke u skladu s odredbama čl. 149.-158.

ZUP-a.⁷⁸ Naime, u upravnim stvarima u kojima sudjeluju dvije ili više stranaka s protivnim interesima, a postupci radi proglašenja ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju su zasigurno postupci *inter partes*, prema odredbi čl. 149. st. 1. t. 9. ZUP-a, DZIV mora odrediti usmenu raspravu.

Ako podnositelj prijedloga za proglašavanje ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju u tijeku postupka odustane od prijedloga, DZIV može nastaviti postupak po službenoj dužnosti (arg. iz čl. 69. PZ-a).

Na temelju rezultata provedenoga postupka DZIV donosi rješenje o proglašavanju ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju, u potpunosti ili djelomično, ili rješenje kojim se prijedlog odbija (arg. iz čl. 70. PZ-a).⁷⁹ Proglašavanje rješenja ništavim podrazumijeva da se poništavaju sva prava koja je nositelj topografije stekao osporavanim rješenjem. Ako je postupak pokrenut *ex officio*, DZIV može, pored rješenja o proglašenju rješenja o priznanju prava na topografiju ništavim, donijeti i zaključak o obustavi postupka, ukoliko tijekom postupka utvrdi da nema razloga za proglašavanje rješenja ništavim. Isti zaključak može se donijeti ako zainteresirana osoba ili državni odvjetnik kao podnositelji prijedloga odustanu od postupka, a sam DZIV ne nastavi postupak po službenoj dužnosti. Nezadovoljna stranka može protiv konačne odluke DZIV-a pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom, u roku od 30 dana od dana primitka te odluke.

VII. Prijenos i licencija prava na topografiju

Pravo na zaštitu topografije je **prenosivo** (ZZPRIS, čl. 4.). Na odredbe o prijenosu prava i licencijskim ugovorima primjenjuju se odgovarajuće odredbe ZP-a (arg. iz ZZPRIS, čl. 22.). Iz ove odredbe nije u potpunosti razvidno misli li se samo na odgovarajuću primjenu odredbi čl. 54. ZP-a, koje govore o ugovoru o licenciji i prijenosu prava, ili možda i na odredbe čl. 57. ZP-a, kojima je predviđena i uređena prisilna licencija patenta.⁸⁰

VIII. Početak i trajanje zaštite

Isključiva prava **počinju vrijediti** nastupom prvoga od sljedećih datuma:

- a) datuma podnošenja uredne prijave DZIV-u, ako topografija nije bila gospodarski iskorištavana, ili
- b) datuma prvoga gospodarskoga iskorištavanja topografije, bez obzira gdje u svijetu do njega dođe (ZZPRIS, čl. 19.).

⁷⁸ Potanje o tome CRNKOVIĆ- DUPELJ, *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Informator, Zagreb, 1986., str. 21. i dr.

⁷⁹ Usp. u tom smislu i ZLATOVIĆ, D., *Ništavost rješenja o priznanju žiga*, Informator, god. XLVIII., br. 4805., od 25.3.2000., str. 20.-22. i Informator, god. XLVIII., br. 4806., od 29.3.2000., str. 9.-10.

⁸⁰ O ugovorima o licenciji i prijenosu prava iz područja industrijskog vlasništva detaljnije kod PARAĆ, Z., *Ugovor o licenci i promjene u jugoslavenskom pravu industrijskog vlasništva*, "Privreda i

Isključiva prava **prestaju vrijediti** istekom roka od deset godina računajući od nastupa prvog od sljedećih datuma:

- a) kraja kalendarske godine u kojoj se topografija počela prvi put gospodarski iskorištavati bilo gdje u svijetu ili
- b) kraja kalendarske godine u kojoj je podnesena uredna prijava (ZZPRIS, čl. 20. st. 1.).

Drži se da je ovaj rok od 10 godina dovoljan da nositelj prava uporabom ili davanjem licencije za zaštićenu topografiju ostvari primjerenu naknadu za svoju topografiju, a, s druge strane, duži bi period bio suvišan jer su na području zaštite topografije integriranih sklopova promjene brze i rješenja zastarijevaju u kratkom vremenskom periodu.⁸¹

Isključiva prava prestaju i prije isteka navedenog roka od 10 godina ako nisu plaćene upravne pristojbe i naknade troškova upravnog postupka ili ako se nositelj prava u pisanom obliku odrekne prava. Iznimno, imajući u vidu da topografije koje nisu gospodarski iskorištavane mogu biti od značenja za nove buduće tehnologije, isključiva prava istječu nakon petnaest godina od nastanka topografije ako ona nije bila gospodarski iskorištavana (v. ZZPRIS, čl. 20. st. 2. i 3.). Držimo da bi se gospodarskim iskorištavanjem topografije mogla smatrati bilo kakva distribucija topografije ili integriranog sklopa u kojem je topografija sadržana, samostalno ili kao dio drugog proizvoda, svakako u komercijalne, a ne u privatne svrhe.

Za vrijeme trajanja isključivih prava, nositelj zaštićene topografije ima pravo označiti integrirani sklop velikim slovom "T" (ZZPRIS, čl. 20. st. 4.).

IX. Ograničenja mogućnosti zaštite topografije

Nositelj zaštićenog prava iz topografije je fizička ili pravna osoba kojoj je u postupku propisanim ZZPRIS-om priznato pravo na zaštitu topografije, ili njezini pravni sljednici. Nositelj prava na zaštićenu topografiju ima isključivo pravo njezina gospodarskoga iskorištavanja,⁸² uključujući pravo dopustiti ili zabraniti sljedeće

pravo", vol. 28., 1989., br. 7-8, str. 505.-520.; PARAC, Z., *Pravni režim ugovora o know-how - neke asocijacije*, "Privreda i pravo", 1982., br. 2.; PARAC, Z., *Patentirani izum i Know-How kao predmeti ugovora o licenci*, "Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu", god. 36., 1986., br. 3-4, str. 469.-491.; PARAC, Z., *Licencni ugovor i Zakon o vanjskotrgovinskom poslovanju*, "Informator", br. 3912-3913, 4. i 7.9.1991.; MATIJEVIĆ, N., *Ugovor o prijenosu tehnologije*, "Informator", br. 4510-4511, 28. i 31.5.1997., str. 20.-21.; ČIZMIĆ, J., *Ustupanje prava iz područja industrijskog vlasništva - ugovor o licenci žiga i ugovor o know howu*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", volumen 22, 2001., br. 1, str. 377.-406.; ČIZMIĆ, J., *Ogledi iz prava industrijskog vlasništva - knjiga druga*, Mostar, 1999.; ČIZMIĆ, J., *Licencija žiga*, "Slobodno poduzetništvo", god. VII., 2000., br. 10, str. 97.-106.; ČIZMIĆ, J., *Know - How*, "Hrvatska gospodarska revija", god. XLVIII, 1999., br. 3, str. 288.-294.; ČIZMIĆ, J., *Bitne značajke ugovora o Know-How*, "Slobodno poduzetništvo", god. VI., 1999., br. 19, str. 143.-151.

⁸¹ Tako BESAROVIĆ, V. - ŽARKOVIĆ, B., o. c., str. 146.

⁸² Gospodarsko iskorištavanje topografije znači proizvodnju, umnožavanje, uvoz, prodaju, davanje u zakup, iznajmljivanje ili nuđenje u bilo koju od tih svrha, ili bilo koji drugi način gospodarske uporabe topografije ili integriranoga sklopa proizvedenoga na temelju topografije (ZZPRIS, čl. 2.).

postupke: umnožavanje topografije; uvoz, prodaju ili druge oblike stavljanja u promet topografije ili integriranoga sklopa sa zaštićenom topografijom, kao i proizvoda u koje je ugrađen integrirani sklop sa zaštićenom topografijom.

Međutim, zbog posebnosti predmeta zaštite u svijetu su općeprihvaćena neka ograničenja mogućnosti traženja i ostvarenja sudske zaštite koja su sadržana i u odredbama čl. 15., 17. i 18. ZZPRIS-a, a koja i sud treba uzeti u obzir prilikom donošenja odluke.

- a) Tako se spomenuta **isključiva prava ne odnose** na koncepciju, postupak, sustav ili tehnologiju ostvarenja topografije, ili na bilo koju informaciju uskladištenu u integriranom sklopu, nego samo na topografiju kao takvu (ZZPRIS, čl. 14.).
- b) Usto, i **bez odobrenja nositelja prava topografije dopušteno je**: umnožavanje zaštićene topografije u gospodarske svrhe; umnožavanje zaštićene topografije radi raščlambe ili procjenjivanja koncepcija, postupaka, sustava i tehnologija sadržanih u topografiji, ili za potrebe obrazovanja ili istraživanja te gospodarsko iskorištavanje nove topografije koja je stvorena na temelju istraživanja i raščlambe zaštićene topografije, ali se smatra izvornom i rezultatom osobnoga stvaralačkoga napora njezina tvorca i nije poznata iz svakidašnje uporabe u industriji poluvodiča (ZZPRIS, čl. 15.). Time je određeno posebno ograničenje prava u slučaju tzv. **revirzibilnog inženjeringa** (*reverse engineering*),⁸³ koje ima za cilj stimulirati poboljšanje postojećih topografija na način da se postojeća topografija koristi bez plaćanja naknade nositelju prava na topografiju, što nije, primjerice, slučaj s korištenjem ranije zaštićenog patenta. Naime, u praksi je uobičajeno da proizvođači integriranih sklopova prije izrade novih sklopova pregledaju postojeće topografije integriranih sklopova poradi njihove analize i kreiranja novog sličnog integriranog sklopa.⁸⁴ Tako stvorena topografija integriranog sklopa nije kopija postojeće, već predstavlja poboljšanje karakteristika postojećeg integriranog sklopa (primjerice, povećanje odnosa signal/šum, smanjenje veličine integriranog sklopa, veće stabilnosti na temperaturne promjene i sl.).⁸⁵
- c) Među ostalim, osobi koja gospodarski iskorištava integrirani sklop sa zaštićenom topografijom i koja ne zna ili nije imala razloga vjerovati da je riječ o zaštićenoj topografiji (ili njezinom sljedniku), ne može se zabraniti gospodarsko iskorištavanje takva integriranoga sklopa. Nositelj prava na zaštićenu topografiju može u pisanom obliku zahtijevati od osobe koja

⁸³ Potanje o tome i pojmu "bitne sličnosti" (*substantial similarity*) vidi kod ABBOTT, F. - COTTIER, T. - GURRY, F., *The International Intellectual Property System*, Hague-London-Boston, 2000., str. 164.-165.

⁸⁴ Tako i detaljnije o tome vidi kod BESAROVIĆ, V. - ŽARKOVIĆ, B., o. c., str. 145.

⁸⁵ U tom smislu vidi i kod DUDIĆ, D., o. c., str. 1058.-1059.

gospodarski iskorištava integrirani sklop sa zaštićenom topografijom i koja ne zna ili nije imala razloga vjerovati da je riječ o zaštićenoj topografiji, naknadu štete za gospodarsko iskorištavanje zaštićene topografije, čiji iznos ovisi o opsegu njezina gospodarskoga iskorištavanja. Naknada štete može se zahtijevati od datuma kada je osoba koja gospodarski iskorištava integrirani sklop sa zaštićenom topografijom i koja ne zna ili nije imala razloga vjerovati da je riječ o zaštićenoj topografiji, saznala odnosno imala razloga vjerovati da je riječ o zaštićenoj topografiji. Naknadu štete za gospodarsko iskorištavanje zaštićene topografije sporazumno određuju nositelj zaštićene topografije i osoba koja gospodarski iskorištava integrirani sklop sa zaštićenom topografijom i koja ne zna ili nije imala razloga vjerovati da je riječ o zaštićenoj topografiji. Ako do sporazuma ne dođe, visinu naknade štete određuje nadležni sud. Pravo na gospodarsko iskorištavanje ograničeno je na uvoz, prodaju ili bilo koji drugi oblik stavljanja u promet proizvoda integriranih sklopova ili drugih proizvoda koji sadržavaju zaštićenu topografiju, i to se pravo odnosi na topografiju ili proizvode koji su bili dostupni u vrijeme kada je primljen zahtjev za naknadu štete za gospodarsko iskorištavanje zaštićene topografije (ZZPRIS, čl. 17.).

- d) Odredbama članka 18. ZZPRIS-a uveden je novi institut u području industrijskog vlasništva koji je oblikovala sudska praksa Suda Europske zajednice, tzv. **iscrpljenje prava**, a koji doktrinarno znači da nositelj prava gubi mogućnost zabraniti promet robe nakon što je zaštićeni proizvod nositelj prava stavio na tržište ili je stavljen uz njegovo izričito odobrenje.⁸⁶ Time se ne dopušta titularu prava intelektualnog vlasništva, dakle i topografije, da pozivom na svoje isključivo pravo spriječi daljnji promet robe koju je on sam stavio u promet,⁸⁷ jer je isključivo ovlaštenje nositelja prava na gospodarsku/komercijalnu uporabu topografije iscrpljeno glede te konkretne topografije.⁸⁸ Tako, nositelj zaštićene topografije ne može zabraniti nuđenje na prodaju, prodaju i uporabu proizvoda kad su zaštićena topografija, integrirani sklop koji sadržava zaštićenu topografiju ili proizvod u koji je ugrađen takav integrirani sklop stavljeni na tržište Republike Hrvatske od strane nositelja prava ili uz njegovo izričito odobrenje.⁸⁹

⁸⁶ Vidi o tome kod MALAGURSKI, B., *Industrijsko vlasništvo: iscrpljenje isključivih ovlaštenja nositelja patenta i nacrt prijedloga zakona o patentima*, "Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci", Vol.20, br. 2 (1999.), str. 789.-811.

⁸⁷ Podrobnije o teoriji iscrpljenja na području Europske unije vidi kod KRNETA, S., o. c., str. 17.-18.

⁸⁸ Usp. BESAROVIĆ, V. - ŽARKOVIĆ, B., o. c., str. 146.

⁸⁹ Tako u *Obrazloženju* Vladina Prijedloga zakona o zaštiti planova rasporeda integriranih sklopova, str. 2.

X. Sudska zaštita topografije

Registrirana topografija daje nositelju, pored isključivog prava (*exclusive right*) uporabe, i pravo na zakonsku zaštitu od svih koji ga u tome mogu ometati.⁹⁰

Značaj zaštite industrijskog vlasništva na svjetskim tržištima raste iz godine u godinu. Samo onaj tko može ponuditi učinkovit sustav zaštite može privući investitore da u njegovoj zemlji razviju određenu proizvodnju i time pridonesu blagostanju i priznanju u svijetu.⁹¹ U svakodnevnom gospodarskom prometu i suvremenim tržišnim uvjetima česte su povrede i neovlaštena uporaba pojedinih prava iz područja industrijskog vlasništva, a sve u svrhu ostvarivanja imovinske koristi na štetu ovlaštenika prava.⁹²

Pravna zaštita topografija može biti građanskopravna, kaznenopravna i upravnapravna.⁹³ Svi se oblici zaštite, u načelu, međusobno ne isključuju.⁹⁴ Titularu prava i drugim aktivno legitimiranim osobama, pored drugih vidova zaštite (upravnapravne, kaznenopravne), prvenstveno stoji na raspolaganju učinkoviti modalitet zaštite podnošenjem tužbe radi zaštite prava - građanskopravna zaštita.⁹⁵

1. Tužba zbog povrede prava iz zaštićene topografije

1.1. Građanskopravna zaštita ne provodi se *ex officio*, nego na inicijativu zainteresirane osobe (*nemo iudex sine actore*). Građanskopravna zaštita provodi se i utemeljena je na načelima građanskoga prava, trgovačkoga prava i parničnoga postupka. Zakonom o parničnom postupku (u daljnjem tekstu - **ZPP**) određuju se pravila postupka na temelju kojih sud raspravlja i odlučuje u sporovima iz

⁹⁰ *Registered Trade and Service Marks - Basic Facts*, London, 1992., str. 5.

⁹¹ HAUGG, N., *Zaštita industrijskog vlasništva danas. Značaj zaštite industrijskog vlasništva u Njemačkoj*, "Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva", 4, 1997., br. 6, str. 2082.

⁹² Usp. ZLATOVIĆ, D., *Imovinskopravna zaštita prava na žig u Republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", 3, 1996., br. 5, str. 1357.

⁹³ O upravnapravnoj zaštiti pojedinih prava iz područja industrijskog vlasništva pitanje kod: DOBRENIĆ-PRIMORAC, B., *Zaštita izuma u Republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", god. 1, 1994., br. 2-3, str. 251.-254.; MATEŠIĆ, S., *Zaštita žiga u Republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", god. 1, 1994., br. 2-3, str. 255.-258.; VEDRINA, D., *Zaštita modela i uzorka u Republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", god. 1, 1994., br. 2-3, str. 259.-262.; ČIZMIĆ, J., *Pariška konvencija za zaštitu industrijskog vlasništva*, "Pravo u gospodarstvu", god. 33, 1994., br. 9-10, str. 648.-658.; KANDARE, B. - ČIZMIĆ, J., *Pravo prvenstva s posebnim osvrtom na pravo sajamskog prvenstva*, "Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu", god. 32, 1995., br. 1-2.; O građansko-pravnoj zaštiti pitanje kod ČIZMIĆ, J., *Tužbe zbog povrede i osporavanja prava iz područja industrijskog vlasništva*, "Zbornik radova Pravnoga fakulteta u Splitu", god. 34, 1997., br. 45-46, str. 155.-173.

⁹⁴ O mogućnosti (međunarodne) trgovačke arbitraže kao medija za rješavanje sporova iz područja industrijskoga vlasništva i prijenosa tehnologije pogledati kod SINGER, M., *Trgovačka arbitraža i industrijsko vlasništvo*, "Odvjetnik", 69, 1996., br. 1-2, str. 63.-78. i OBULJEN, S., *Nove tendencije arbitražnog prava - WIPO*, "PUG", 35, 1996., br. 3-4, str. 423.-434.

⁹⁵ Usp. ZLATOVIĆ, D., *o. c.*, str. 1357.

imovinskih i drugih građanskopravnih odnosa fizičkih i pravnih osoba, gdje svakako spadaju i sporovi iz područja zaštite topografija (ZPP, čl. 1.). Zato ZZPRIS o ovoj problematici sadrži relativno malo odredaba.

Odredbama članka 16. ZZPRIS-a predviđena je mogućnost građanskopravne zaštite nositelja prava na topografiju integriranog sklopa.⁹⁶ Odredbe ovoga članka su oskudne pa se u pogledu režima rokova za podnošenje tužbe zbog povrede prava iz zaštićene topografije odredbama čl. 22. ZZPRIS-a upućuje na primjenu odgovarajućih odredbi ZP-a.⁹⁷ Iako bi se doslovnim tumačenjem ove odredbe čl. 22. ZZPRIS-a moglo zaključiti da se misli samo na primjenu odredaba čl. 80. ZP-a koje se odnose na zastaru roka za podnošenje tužbe zbog povrede prava, držimo kako se ova odredba iz čl. 22. ZZPRIS-a može analogno primijeniti i na ostale odredbe ZP-a o tužbama zbog povrede prava, odnosno na odredbe čl. 77.-81. ZP-a.

Osoba čija su prava iz zaštićene topografije povrijeđena, ili njezin pravni sljednik, može zahtijevati naknadu štete. Osoba koja povređuje prava koja proizlaze iz zaštićene topografije odgovorna je za nastalu štetu u skladu s općim načelima o naknadi štete.

Usto, osoba čija su prava iz zaštićene topografije povrijeđena, ili njezin pravni sljednik, može zahtijevati, uz naknadu štete, i poduzimanje mjera radi sprječavanja daljnjega povređivanja njegovih zaštićenih prava. U ZZPRIS-u se ne navodi izričito koje su to "mjere radi sprečavanja daljnjega povređivanja njegovih zaštićenih prava" koje se tužbom mogu zahtijevati, ali bi analognim pozivanjem na relevantne odredbe ZP-a mogli zaključiti da se radi o traženju utvrđivanja postojanja povrede, zahtjevu za zabranu radnji kojima se povređuje patent, oduzimanju i uništenju proizvoda koji su nastali ili pribavljeni povredom, objavljivanju presude o trošku tuženika. Svakako, tužitelj može zahtijevati da sud do pravomoćnosti presude odredi i neku privremenu mjeru predviđenu u čl. 79. ZP-a.

1.2. Povredom prava kojima se štiti topografija smatra se svaka neovlaštena uporaba zaštićene topografije ili neovlašteno raspolaganje topografijom u gospodarskom prometu. Oblici neovlaštene uporabe, odnosno raspolaganja u praksi mogu biti različiti. Zajedničko im je da se koriste u gospodarskom prometu i da je njihova uporaba neovlaštena. Neovlašteno raspolaganje može, primjerice, postojati u slučaju nedopuštenoga zaključivanja ugovora o licenci ili cesiji topografije, kada

⁹⁶ Opširnije o tome kod ČIZMIĆ, J., *Sudska (građanskopravna) zaštita topografije*, "Pravo u gospodarstvu", god. 40, 2001., br. 1, str. 101.-120.

⁹⁷ Zakon o patentima ("Narodne novine", br. 78/99) donesen je 30. lipnja 1999. godine a stupio je na snagu 31. srpnja 1999. godine. Primjenjivat će se od 1. siječnja 2000. godine. Danom početka primjene ovoga zakona, prestaje primjena odredaba Zakona o industrijskom vlasništvu (dalje - ZIV) u dijelu koji se odnosi na patente i tehnička unapređenja, osim odredaba o povjerljivim izumima (ZIV, čl. 104.-110.) i zastupanju (čl. 172a.), koje se primjenjuju do donošenja posebnog propisa (Zakon o patentima, čl. 95.). Zakonom o patentima uređuju se sljedeća temeljna pitanja: pojam patenta; predmet zaštite patentom, pravo na stjecanje patenta; postupak za priznanje patenta; učinci patenta; ograničenje učinka patenta; trajanje, održavanje i prestanak patenta; proglašavanje ništavim rješenja o priznanju patenta; građanskopravna zaštita prava; međunarodna prijava patenta; prekršaji u sustavu patentne zaštite.

osoba koja nije nositelj prava ili nije ovlaštena od nositelja prava, prenosi pravo vlasništva ili uporabe na treću osobu. Ako je treća osoba bila savjesna te smatrala da je zaključila ugovor s nositeljem prava, imat će pravo na naknadu štete od osobe koja je učinila povredu prava prema općim načelima građanskog prava.

Sukladno odredbama čl. 16. ZZPRIS-a, a u svezi s odredbama čl. 71.-78. ZP-a, nositelj topografije ili njegov pravni sljednik, a u nekim slučajevima i stjecatelj isključive licencijske, ako su im povrijeđena ili ugrožena isključiva prava, mogu tužbom zahtijevati od nadležnoga suda:

a) naknadu štete - Najvažnija građanskopravna sankcija za slučaj povrede tuđe topografije jest naknada štete prouzročene povredom. Tužitelj ima pravo na naknadu štete koja mu je počinjena od datuma objave prijave topografije.

Osoba koja povrijedi pravo iz prijavljene ili zaštićene topografije odgovara za štetu po općim pravilima za naknadu štete. Dakle, na pitanja u svezi s naknadom štete počinjene povredom topografije koja nisu uređena ZZPRIS-om, primjenjuju se odgovarajuće odredbe Zakona o obveznim odnosima (arg. iz čl. 78. ZP-a). Dosuđivanje i odmjeravanje naknade te štete vrši se po pravilima općeg prava o odgovornosti za krivnju, na temelju kojih je oštećeni dužan dokazati postojanje štete, krivnju počinitelja povrede i uzročnu vezu između štete i počiniteljeve štetne radnje.⁹⁸ Odmjeravanje visine štete koju je počinitelj dužan nadoknaditi ostvaruje se prema okolnostima svakog konkretnog slučaja. Šteta može biti stvarna i izgubljena dobit. Nadoknađuje se, dakle, ne samo obična šteta, već i izgubljena dobit, što je posljedica činjenice da se radi o odnosima u gospodarskom prometu. Temeljna pretpostavka za ulaganje tužbe za naknadu štete jest da je šteta nastala, i to u svezi s topografijom. Šteta može biti materijalna i nematerijalna (moralna).⁹⁹ Predmet spora mora biti individualiziran tako da se već iz same tužbe vidi što i na temelju čega tužitelj traži,¹⁰⁰ odnosno tužba mora sadržavati činjenice na kojima tužitelj zasniva tvrdnju

⁹⁸ Tko drugome uzrokuje štetu, dužan je nadoknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje (ZOO, čl. 154. st. 1.). Glede odgovornosti na temelju krivnje u našem je pravu prihvaćeno načelo presumirane krivnje. U tom smislu presuda Vs, Rev-845/83 od 03. studenoga 1983. Izv., podatak kod CRNIĆ, I., *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb, 1996., str. 143.

Po pravilima o presumiranoj krivnji, presumira se samo najblaži stupanj krivnje (obična nepažnja) učinitelja. Teži stupnjevi krivnje (gruba nepažnja i namjera) presumiraju se samo ako je takva presumpcija zakonskim pravilom izričito utvrđena, ili ako iz smisla odnosnoga zakonskog pravila to nedvojbeno proizlazi. Izvan tih slučajeva stupanj krivnje dokazuje se prema općim pravilima parničnog postupka. Tako CRNIĆ, I. - CRNIĆ, J., *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb, 1991., str. 98.-99.

Krivnja postoji kada je štetnik uzrokovao štetu namjerno ili nepažnjom (ZOO, čl. 158.). Usp. VEDRIŠ, M. - KLARIĆ, P., *Osnove imovinskog prava*, Zagreb, 1992., str. 411.-426.

⁹⁹ Šteta je umanjenje nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njezina povećanja (izmakla korist), a i nanošenje drugom fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta. ZOO, čl. 155.).

¹⁰⁰ Tužbeni zahtjev, dakle, ne bi mogao biti tako uopćen da se njime u apstraktnoj formi zabranjuje vrijeđanje tuđega prava, nego upravo *a fortiori* predmet istoga zahtjeva treba biti točno opisana određena tuženikova radnja čijim izvršenjem on povređuje ili ugrožava zaštićeno pravo tužitelja. ZLATOVIĆ, D., *Postupak u parnicama povodom zaštite prava na žig*, "Vladavina prava", II., 1998., br. 5, str. 138.

da mu pripada pravo na ovakvu sudsku zaštitu, uz navođenje dokaza kojima se provjerava istinitost činjeničnih navoda iz tužbe.¹⁰¹ Zabluda o nedopuštenosti i o činjenici da postoji zaštićeno pravo isključuje odgovornost za naknadu štete sve do trenutka objavljivanja registriranih prava u "Hrvatskom glasniku intelektualnog vlasništva" (u daljnjem tekstu - Glasnik);

b) utvrđivanje postojanja povrede - Nositelj topografije može istaknuti deklaratornu tužbu za utvrđenje kojom od nadležnog suda traži da utvrdi postojanje povrede njegove topografije;

c) zabranu radnji kojima se povređuje topografija - Zahtjev za zabranu daljnjeg obavljanja radnje kojom se čini povreda može se podnijeti protiv svakoga počinitelja, bez obzira na postojanje krivnje ili zablude. Naime, svatko ima pravo zahtijevati od drugoga da se suzdrži od djelatnosti od koje proizlazi uznemiravanje ili opasnost od štete, a sud će na zahtjev zainteresirane osobe narediti da se poduzmu odgovarajuće mjere za sprečavanje uznemiravanja ili da se ukloni izvor opasnosti, na trošak posjednika izvora opasnosti, ako ovaj to sam ne učini (ZOO, čl. 156.). Podnositelj prijave može ovaj zahtjev istaknuti i nezavisno od zahtjeva za naknadu štete, tim prije što se za naknadu štete odgovara prema načelu subjektivne odgovornosti, dok se tužba za zabranu daljnjeg obavljanja štetne radnje može uspješno istaknuti i protiv osobe u zabludi o nedopuštenosti njene radnje. U sustavu procesnog prava, prema sadržaju zaštite koja se traži, ova se tužba svrstava u tužbe za osudu na činidbu (kondemnatorne tužbe), bez obzira što se ta činidba treba iskazivati u nečinjenju, odnosno suzdržavanju. Kako se radi o kondemnatornoj tužbi, s pravomoćnošću presude u povodu te tužbe može se tražiti prisilna sudska ovrha presude;

d) oduzimanje i uništenje proizvoda koji su nastali ili pribavljeni povredom - Na zahtjev tužitelja sud može narediti oduzimanje ili uništenje predmeta koji su protupravno nastali ili pribavljeni povredom, a nalaze se u posjedu tuženika. Uništenje proizvoda koji su nastali ili pribavljeni povredom, kao sankcija za zaštitu prava na topografiju kod sudske zaštite, nije u ZZPRIS-u eksplicitno predviđena, ali se može primijeniti pozivom na analogne odredbe ZP-a, a takva je mjera predviđena i u TRIPS-u. Slična mjera predviđena je i u Kaznenom zakonu Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 110/97.). Hrvatsko pravo, kao i prava drugih zemalja, predviđa kaznenopravnu zaštitu za pojedina djela nedopuštenog ponašanja u svezi s povredom industrijskog vlasništva, pa time i topografije. Predmeti koji su bili namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje kaznenog djela ili su nastali počinjenjem ovoga kaznenog djela, oduzet će se i uništiti;

¹⁰¹ Tužbeni zahtjev mora biti konkretan i svestrano određen - u subjektivnom (u pogledu stranaka) i u objektivnom smislu (u pogledu predmeta spora). Tužitelj je dužan navesti sve činjenice na kojima zasniva svoje zahtjeve, te, po mogućnosti, sve dokaze potrebne radi provjeravanja istinitosti svojih navoda. Dokazi moraju biti određeni u dva smisla: potrebno je navesti za koje se činjenice nude određena dokazna sredstva i kojim se dokaznim sredstvima određena činjenica može dokazati. TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., str. 327.-329.

e) objavljivanje presude o trošku tuženika - Što se javnog objavljivanja pravomoćne presude tiče, ono predstavlja moralnu sankciju za tuženika, koja može imati i negativne materijalne učinke na njegovo gospodarsko poslovanje.

Očekivati je da će tužitelj **kumulativno** postaviti više ili sve predviđene zahtjeve, jer se jedino na taj način postiže učinkovita zaštita ugroženoga ili povrijeđenoga prava (objektivna kumulacija tužbenih zahtjeva - *cummulatio actionum*). Svakako da kumulacija tužbenih zahtjeva ovisi o dispoziciji tužitelja u svakom konkretnom slučaju.

1.3. Postupak povodom tužbe zbog povrede prava iz zaštićene topografije je **hitan**. S obzirom da se radi o sporovima iz gospodarskih odnosa, gdje je hitno rješavanje sporova jedan od preduvjeta učinkovitog odvijanja pravnog prometa, u tim se sporovima primjenjuju odredbe ZPP-a kojima su uređena posebna pravila za postupanje u trgovačkim sporovima (ZPP, glava XXXII). Na taj je način zakonodavac želio dodatno ojačati poziciju nositelja topografije.

1.4. Prema odredbama čl. 80. ZP-a, a u svezi s odredbom čl. 22. ZZPRIS-a, tužba zbog povrede prava iz zaštićene topografije može se podnijeti u **roku** od tri godine od dana kada je tužitelj saznao za povredu i učinitelja (subjektivni rok). Nakon proteka roka od pet godina od dana izvršene povrede tužba se ne može podnijeti (objektivni rok). Protek navedenih rokova isključuje mogućnost vlasnika da traži zaštitu prava, ali time vlasnik ne gubi i samo pravo, već samo nema više mogućnost sudske zaštite svoga prava. Navedeni rokovi su zastarni rokovi, a ne prekluzivni rokovi u kojima bi trebalo podići tužbu pod prijetnjom gubitka prava. Naime zastarom prestaje pravo zahtijevati ispunjenje obveze, ali se samo pravo ne gasi i ne prestaje postojati, već mu pravni poredak uskraćuje zaštitu jer je postalo neutoživo, a zastarjela obveza postaje tzv. *naturalna obveza*.¹⁰²

2. Privremene mjere

S obzirom na specifične posljedice povrede topografije u gospodarskom prometu privremene mjere mogu biti djelotvorno sredstvo za eliminiranje određenih štetnih posljedica povrede topografije i onemogućavanja daljnjega vršenja povrede do donošenja sudske odluke. Treba napomenuti kako cilj privremene mjere nije ostvarenje nego osiguranje tužbenog zahtjeva, pa se njome ne može u potpunosti obuhvatiti sadržaj tužiteljeva/predlagateljeva zahtjeva.

Ako nositelj topografije učini vjerojatnim da je njegovo pravo povrijeđeno ili da postoji opasnost od povrede zbog čega mu prijeti teško nadoknativa šteta, može od suda zahtijevati da sud do pravomoćnosti presude odredi privremenu mjeru:

a) prestanka obavljanja radnji kojima se povređuje topografija ili radnji kojima bi se mogla nanijeti povreda topografije;

¹⁰² ZLATOVIĆ, D., *Imovinskopravna zaštita prava na žig u republici Hrvatskoj*, "Hrvatski patentni glasnik", 3, 1996., br. 5, str. 1364.

b) oduzimanja odnosno isključivanja iz prometa proizvoda koji su nastali ili pribavljeni povredom topografije i predmeta (pribora i alata) pretežno upotrijebljenih u stvaranju proizvoda kojima se povređuje topografija. Ovdje treba ukazati na odredbe čl. 9. Pariške konvencije, koje obvezuje zemlje članice da kroz zakonodavstvo osiguraju mjeru zapljene svakog proizvoda koji bespravno nosi zaštitni znak pri uvozu ili da zabrane uvoz, ili da primijene mjeru zapljene u unutrašnjosti zemlje;

c) osiguranja dokaza o povredi topografije (arg. iz čl. 79. ZP-a).

Iznimno, prijedlog za određivanje privremene mjere može se podnijeti i prije podnošenja tužbe, pod uvjetom da se tužba podnese u roku od 15 dana od dana podnošenja prijedloga. Ako nositelj topografije u predviđenom roku ne podnese tužbu, sud može na temelju zahtjeva tuženika postupak obustaviti i ukinuti zahtijevane mjere. Usto, ako postoji opasnost od nastanka nenadoknadive štete ili opasnost da bi kasnije izvođenje dokaza o povredi prava moglo biti otežano ili onemogućeno, sud će odrediti privremenu mjeru, a da o tome prethodno ne obavijesti drugu stranku.

Na pitanja u svezi s određivanjem privremenih mjera koja nisu uređena ZZPRIS-om, odnosno ZP-om, primjenjuju se odgovarajuće odredbe Ovršnoga zakona.¹⁰³ Naime, tijekom postupka na prijedlog ovlaštene stranke sud može izricati privremene mjere osiguranja u skladu s propisima o ovršnom postupku. Tako, npr., sud bi mogao odrediti povlačenje iz prodaje svih količina proizvoda nastalih povredom zaštićene topografije. U svakom slučaju, vođenje ovršnog postupka ne bi smjelo predstavljati kočnicu u provedbi načela hitnosti postupanja u predmetima iz područja industrijskog vlasništva, odnosno topografije.

3. Procesna legitimacija

Hoće li neka pravna ili fizička osoba, koja inače ima i stranačku i parničnu sposobnost, u konkretnoj parnici biti parničnom strankom, zavisi i od toga ima li stvarnu legitimaciju (*legitimatio ad causam*), tj. je li ovlaštena u konkretnoj parnici biti tužitelj ili tuženik. Time stječu i ovlaštenje za vođenje konkretne parnice - procesnu legitimaciju (*legitimatio ad processum*).¹⁰⁴

Aktivna legitimacija u ovim vrstama sporova pripada osobama čije je pravo povrijeđeno, a koje su izričito navedene u ZZPRIS-u. Osoba čija su prava iz zaštićene topografije povrijeđena ili njezin pravni sljednik (arg. iz čl. 16. ZZPRIS-a) imaju pravo podnijeti tužbu kod nadležnoga suda protiv osobe koja neovlaštenim poduzimanjem bilo koje radnje povrijedi zaštićenu topografiju. Kako se odredbama čl. 22. ZZPRIS-a upućuje na primjenu odgovarajućih odredbi ZP-a o licencijskim ugovorima, držimo kako pravo na podnošenje tužbe zbog povrede prava iz zaštićene topografije, nakon priznanja topografije, pripada i stjecatelju isključive licencijske (arg.

¹⁰³ O tome pitanje kod ZLATOVIĆ, D., *Novo ovršno pravo i mjere osiguranja povodom povrede prava industrijskog vlasništva*, Hrvatska gospodarska revija, god. XLVII., br. 12., 1998., str. 74.-81.

¹⁰⁴ Usp. ŠEPAROVIĆ, V., *Stranke i sudjelovanje trećih osoba u parnici*, "Naša zakonitost", god. XLIII, 1989., br. 9-10, str. 1028.

iz čl. 77. ZP-a.). Pravo na tužbu priznato je i stjecateljima isključive licencije, bez posebne prethodne suglasnosti vlasnika, jer su i oni, pored nositelja izvornog prava, najneposrednije zainteresirani da se izvorno pravo ne povređuje. Isključiva licencija daje njezinom korisniku isključivo pravo iskorištavanja topografije za vrijeme trajanja ugovora i na teritoriju predviđenom ugovorom. Korisnik isključive licencije ima pravo zabraniti svim osobama, uključujući i davatelja licencije, iskorištavanje topografije za vrijeme trajanja ugovora o isključivoj licenciji. U tom smislu ovlašten je podizati tužbe i poduzimati ostale pravne radnje protiv svih osoba koje ometaju ostvarivanje njegova prava, s istim pravima i učinkom kao da ih je poduzeo nositelj prava, odnosno davatelj licencije. Kada je riječ o neisključivoj licenciji, stjecatelj takve licencije nema isključivo pravo iskorištavanja topografije, pa ni pravo na sudsku zaštitu topografije. To pravo i nadalje pripada davatelju neisključive licencije, jer i on i nadalje raspolaže topografijom. Cesionar se ne bi mogla priznati aktivna legitimacija za vođenje spora.

Tužitelj bi u svakom slučaju morao učiniti vjerojatnim da je upravo tuženik onaj protiv kojega je moguće voditi konkretnu parnicu, odnosno da na strani toga tuženika postoji pasivna procesna legitimacija.¹⁰⁵ Pasivna legitimacija je na strani osobe koja ugrozi ili povrijedi pravo iz (prijavljene ili) zaštićene topografije.

4. Postupovne odredbe

Pravni poredak svake zemlje određuje koja je vrsta državnih tijela ovlaštena donositi odluke o pojedinim vidovima zaštite industrijskog vlasništva, pa tako i o sudskoj zaštiti topografija, te istovremeno određuje i krug pitanja koja daje u **nadležnost** pojedinim tijelima, odnosno određuje njihovu stvarnu nadležnost. Tako trgovački sudovi rješavaju samo u onim predmetima koji su im zakonom stavljeni u djelokrug (Zakon o sudovima, čl. 16. t. 2.). Pravila o stvarnoj nadležnosti trgovačkih sudova, sadržana u odredbi čl. 19. Zakona o sudovima, u osnovi su strukturirana prema postupcima u kojima, odnosno u povodu kojih ti sudovi rješavaju određene pravne stvari.¹⁰⁶ U Republici Hrvatskoj rješavanje sporova iz područja topografija u stvarnoj je nadležnosti trgovačkih sudova. Stvarna nadležnost trgovačkih sudova u prvom stupnju je isključiva, bez obzira na svojstvo stranaka.¹⁰⁷ Tako po kauzalnom kriteriju trgovački sudovi u prvom stupnju sude u sporovima koji se odnose na zaštitu i uporabu izuma, znakova razlikovanja i tehničkih unapređenja.¹⁰⁸ Iako se, kao što vidimo, u ZS-u topografije izričito ne spominju, držimo kako je intencija zakonodavca bila da nabrojanjem pojedinih prava iz područja industrijskoga

¹⁰⁵ TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., o. c., str. 249.

¹⁰⁶ Detaljnije kod DIKA, M., *Stvarna nadležnost trgovačkih sudova u parničnom i izvršnom postupku*, "Pravo u gospodarstvu", vol. 33., 1994., br. 7-8, str. 542.-553.

¹⁰⁷ Usp. ERAKOVIĆ, A., *Stvarna nadležnost trgovačkih sudova*, "Informator", br. 4170, od 23. veljače 1994., str. 1.-3.

¹⁰⁸ Zakon o sudovima ("Narodne novine", br. 3/94., čl. 19. t. d).

vlasništva obuhvati cijelo (tada važeće) područje industrijskog vlasništva, pa se ove odredbe zacijelo mogu analogno primjenjivati i na topografije koje su također (novi) dio industrijskog vlasništva. Za rješavanje sporova koji se odnose na zaštitu industrijskog vlasništva određeni su trgovački sudovi u Osijeku, Rijeci, Splitu i Zagrebu (generalna delegacija mjesne nadležnosti).¹⁰⁹ Dakle, za rješavanje sporova iz područja topografija mjesno su nadležni trgovački spomenuti sudovi. Koji će od ovih sudova biti mjesno nadležan u konkretnoj parnici, utvrđuje se po pravilima ZPP-a.¹¹⁰

Stvarna nadležnost sudova u ovršnom postupku i postupku osiguranja uređena je Ovršnim zakonom.¹¹¹ Ovrha protiv pravne osobe koja obavlja djelatnost radi stjecanja dobiti može se na pravima iz područja topografija odrediti bez ograničenja (čl. 202.). Za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu i za provedbu ovrhe na topografijama mjesno je nadležan sud na čijem se području nalazi prebivalište/sjedište ovršenika, a ako ovršenik nema prebivalište u Republici Hrvatskoj, nadležan je sud na čijem se području nalazi boravište ovršenika (Ovršni zakon, čl. 199.).

Sporove iz topografijskog prava sudi u prvom stupnju **vijeće**, bez obzira na vrijednost predmeta spora (arg. iz ZPP-a, čl. 43. st. 5. i čl. 493.).¹¹² Dakle, ako bi umjesto vijeća sudio sudac pojedinac, sud bi bio sastavljen nepropisno, čime bi se počinila bitna povreda odredaba parničnog postupka.¹¹³

Protiv pravomoćnih presuda drugostupanjskih sudova koje se odnose na sporove o žigu stranke mogu izjaviti **reviziju** u roku od 30 dana od dana dostave prijepisa presude (ZPP, čl. 382.). Prema odredbama čl. 4. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", 112/99.), ukida se odredba članka 382. st. 4. t. 4. Zakona o parničnom postupku, prema kojima je revizija u sporovima koji su se odnosili na zaštitu i uprabu prava iz područja industrijskog vlasništva bila uvijek dopuštena, bez obzira na vrijednosni cenzus.¹¹⁴ Iako se u navedenoj točki 4. nabrajaju pojedina prava iz područja industrijskog vlasništva, a ne spominju se izrijekom topografije, držimo kako se ove odredbe analogijom odnose i na topografije

¹⁰⁹ Zakon o područjima i sjedištima sudova ("Narodne novine", br. 3/94., čl. 8.).

¹¹⁰ ZPP, čl. 15.-70. Usp. TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., o. c., str. 195.-230. i KANDARE, B. - ČIZMIĆ, J., o. c., str. 53.-78.

¹¹¹ Detaljnije kod DIKA, M., *Novo ovršno pravo - neki temeljni instituti*, Zbornik radova "Novo ovršno i stečajno pravo", Zagreb, 1996., str. 1.-36. i RUŽDJAK, M., *Privremene mjere*, Zbornik radova "Novo ovršno i stečajno pravo", Zagreb, 1996., str. 151.

¹¹² "Sporove iz autorskog prava i sporove koji se odnose na zaštitu industrijskog vlasništva sudi u prvom stupnju vijeće, bez obzira na vrijednost predmeta spora". Odluka Privrednog suda Hrvatske, PŽ-1129/93 od 11.5.1993.

¹¹³ ZPP, čl. 354. st. 2. t. 1. Usp. TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., o. c., str. 569.

¹¹⁴ Držalo se da bi u ovim sporovima vrijednosni negativni selektivni kriterij u velikom broju slučajeva spriječio reviziju. Kako se radi o sporovima od posebnog nacionalnoga i gospodarskog značaja, primjenom kauzalnog pozitivnog selektivnog kriterija, ZPP je uvijek dopuštao reviziju u sporovima iz prava industrijskog vlasništva.

koje u vrijeme donošenja odredbe iz t. 4. nisu bile inkorporirane u naš pravni sustav. Sada će revizija u navedenim sporovima biti dopuštena samo u parnicama u kojima vrijednost predmeta spora prelazi iznos od 100.000,00 kuna. Ova je odredba u svezi s člankom 7. kojim se ista rješenja predviđaju i za članak 497. ZPP-a u privrednim sporovima (vrijednosni cenzus sada 500.000, 00 kuna).

O reviziji odlučuje Vrhovni sud Republike Hrvatske (ZPP, čl. 383.).¹¹⁵

5. Zastupanje na području topografije

Prema odredbama čl. 22. ZZPRIS-a, na zastupanje na području topografija primjenjuju se odgovarajuće odredbe ZP-a. Prema izričitim odredbama ZP-a (čl. 95.), i dalje se, do donošenja posebnog zakona, primjenjuju odredbe prethodnog Zakona o industrijskom vlasništvu (dalje - ZIV) zastupanju.¹¹⁶ Možemo, dakle, zaključiti da se odredbe ZIV-a o zastupanju analogno primjenjuju i na području topografije.

Iako, u načelu, domaće pravne i fizičke osobe mogu same poduzimati aktivnosti za stjecanje i zaštitu prava s područja industrijskog vlasništva, uobičajeno je i korisno da za njih te radnje obavljaju ovlašteni patentni zastupnici. Pod pojmom "patentni zastupnik" misli se na osobu upisanu u registar zastupnika koji vodi DZIV,¹¹⁷ odnosno na pravnu osobu koja, u skladu s odredbama zakona, obavlja poslove patentnog zastupnika.¹¹⁸ 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. ZIV, u članku 172.a, određuje 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. Poslovima patentnog zastupnika mogu se baviti odvjetnici upisani u imenik hrvatske Odvjetničke komore i druge fizičke osobe, državljani Republike Hrvatske, koji imaju završen pravni fakultet ili fakultet iz različitih znanstvenih područja koja pripadaju prirodnim, tehničkim i biotehničkim znanstvenim oblastima, uz uvjet da te osobe imaju poseban stručni ispit položen pri DZIV-u.¹¹⁹ Važno je napomenuti da je, do donošenja pobližih propisa o patentnim

¹¹⁵ Usp. GRBIN, I., *Revizija u parničnom postupku*, objavljen u "Godišnjaku" 1/94, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Opatija, 1994., str. 167.-190.

¹¹⁶ O zastupanju na području industrijskog vlasništva potanje kod ČIZMIĆ, J., *Zastupanje na području zaštite industrijskog vlasništva*, "Informator", br. 4255, 17.12.1994., str. 6.-7. i ČIZMIĆ, J., *Patentni zastupnik*, "Privreda i pravo", 33, 1994., br. 1-2, str. 68.-80.

¹¹⁷ "Fizičke i pravne osobe koje se bave zastupanjem u postupku zaštite izuma i znakova razlikovanja moraju biti upisane u registar zastupnika koji vodi DZIV Republike Hrvatske". Zakon o industrijskom vlasništvu Republike Hrvatske, članak 172.a, stavak 1.

¹¹⁸ V. *Patent Act*, 1992., No 11, The Stationery Office, Dublin 1992, sec. 94/3.

¹¹⁹ Poblje propise o polaganju posebnog stručnog ispita trebala bi donijeti Vlada Republike Hrvatske. Osobama koje su do 8. listopada 1991. godine položile pred Saveznim zavodom za patente bivše SFRJ

zastupnicima,¹²⁰ omogućen privremeni upis u registar zastupnika koji vodi DZIV osobama koje su do 2. travnja 1992. godine četiri godine uzastopce radile na poslovima zaštite industrijskog vlasništva u poduzećima i drugim pravnim osobama, iako nisu položile poseban stručni ispit.¹²¹ Ovo je od osobita značenja stoga što inozemne fizičke i pravne osobe svoja prava iz područja industrijskog vlasništva mogu 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.¹²² Zastupanjem u predmetima stjecanja i održavanja prava na patent, žig, industrijsko obličje, a sada i topografiju, mogu se, kao osnovnom djelatnošću, baviti i samostalni uredi, odnosno pravne osobe sa sjedištem u Republici Hrvatskoj, uz uvjet da zapošljavaju najmanje jednu osobu upisanu u registar zastupnika koji vodi DZIV.¹²³ Sigurno bi bilo poželjno da takve pravne osobe imaju i više zaposlenih osoba koje raspoložu stručnim znanjima iz područja industrijskog vlasništva.¹²⁴

6. Kaznenopravna zaštita topografije

I naše pravo, kao i prava drugih zemalja, predviđa kaznenopravnu zaštitu za pojedina djela nedopuštenog ponašanja u svezi s uporabom prava iz područja industrijskog vlasništva. Povreda prava industrijskog vlasništva je nova inkriminacija u našem katalogu inkriminacija kojom se popunjava svojevrсна pravna praznina. Praksa je pokazala da su ponašanja sukladno zakonskom biću ovoga djela i u nas sve češća pojava, pa je bilo nužno i na ovaj način zaštititi kupce odnosno korisnike usluga. Treba istaknuti kako je riječ o najkvalitetnijem mogućem rješenju po kojemu je zaštita kompletnog industrijskog vlasništva normirana na jednom mjestu. Riječ je

poseban stručni ispit, taj se ispit priznaje kao ispit položen pred DZIV-om. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti izuma, tehničkih unapređenja i znakovi razlikovanja koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuje kao republički zakon (Narodne novine, br. 19/22.), članak 14.

¹²⁰ Misli se na 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.

¹²¹ 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.), članak 14., stavak 2.

¹²² Prema podacima DZIV-a, u proteklom razdoblju strane prijave za zaštitu prava iz područja industrijskog vlasništva brojnije su nego domaće i sudjeluju s gotovo dvije trećine zaprimljenih zahtjeva. Podatak u članku "Stranci dolaze", Vjesnik od 6. srpnja 1993., str. 11.

¹²³ Zakon o industrijskom vlasništvu Republike Hrvatske, članak 172.a, stavak 2., točka 3.

¹²⁴ Tako je i Zakon o industrijskom vlasništvu Republike Hrvatske, 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.

o cjelovitoj zaštiti kupaca, odnosno korisnika usluga kao i vlasnika licencnog prava.¹²⁵

Prema odredbama čl. 285. KZ-a, tko protivno propisima o industrijskom vlasništvu povrijedi tuđi žig, model ili uzorak, oznaku podrijetla proizvoda ili koje drugo pravo industrijskog vlasništva osim izuma (članak 232.), kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine.¹²⁶ Iako se u ovome članku topografije izričito ne spominju, jer u vrijeme donošenja ovih odredbi zasebna zaštita topografije i nije bila inkorporirana u naš sustav industrijskog vlasništva, svakako bismo je mogli podvesti pod generalnu klauzulu "koje drugo pravo industrijskog vlasništva". Sukladno tome, tko protivno propisima o industrijskom vlasništvu povrijedi tuđu zaštićenu topografiju, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine. Istom kaznom kaznit će se svatko tko neovlašteno izrađuje, uvozi, prenosi preko granične crte, nudi, stavlja u promet, skladišti ili rabi proizvod koji je predmet zaštićene topografije. Ako je pri tome počinitelj pribavio znatnu imovinsku korist ili je prouzročena znatna šteta, a počinitelj je postupao s ciljem pribavljanja takve imovinske koristi ili prouzročenja takve štete, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina. Predmeti namijenjeni ili uporabljeni za počinjenje kaznenog djela ili nastali počinjenjem ovoga kaznenog djela oduzet će se i uništiti.¹²⁷

XI. Zaključak

Iako se radi o relativno novoj disciplini prava intelektualnog vlasništva ("pravo topografija integriranih sklopova"), neprijeporno je njezino značenje kako u poredbenom, tako i u hrvatskom pravu. U tom bi smislu, primjerice, podsjetili da je donošenje ZZPRIS-a bilo jedan od temeljnih (pred)uvjeta za pristupanje Republike Hrvatske **TRIPS**-u, a time i **WTO**-u.

¹²⁵ Usp. HORVATIĆ, Ž., *Novo hrvatsko kazeno pravo*, Zagreb, 1997. str. 526.

¹²⁶ Potanje kod ZLATOVIĆ, D., *Kaznenopravne sankcije povrede žiga u gospodarskom prometu*, Hrvatska gospodarska revija, god. XLIX, br. 9, 2000., 87.-93.

¹²⁷ Žrtve krivotvorenih proizvoda imaju pravo inzistirati na uništenju imitata. Tako je presudio i Savezni sud u Njemačkoj (BGH), broj spisa I ZR 242/97. Radilo se konkretno o 10.461 pari krivotvorene sportske obuće marke "Converse Chucks". Trgovac kod koga je navedena obuća zaplijenjena smatra da je uništenje nedopustivo zbog "nerazmjernosti" pričinjene štete. On argumentira da je dovoljno da se s obuće skine prišivak s markom kako bi se zaštitila prava Converse. Suci su objasnili da bi uništenje bilo nerazmjerno kad bi se radilo samo o neznatnoj krivnji trgovca. U cijeloj je branši sportske obuće poznato da se Conversova obuća ekskluzivno prodaje. Trgovac se upravo zbog naočigled niske nabavne cijene morao zainteresirati za porijeklo robe. Budući da to nije uradio, mora sada snositi posljedice i pomiriti se s uništenjem cjelokupne obuće. Marke - robni žigovi zaštićeni su od identične reprodukcije kao i protiv sličnosti koje mogu dovesti do zamjene - primjer za to su imitati Adidasa sa četiri umjesto tri pruge. Presuda se isto tako odnosi i na patente, autorska prava i zaštićeni dizajn. Izvor: *Wirtschafts Woche*, br. 48/97., "Pravo i porezi", 6. lipanj 1998., str. 712.

Usto, usklađivanje hrvatskoga prava intelektualnog vlasništva, pa time i hrvatskog prava topografije integriranih sklopova, sa **Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju**, jedan je od preduvjeta za, nadamo se skoro, članstvo Republike Hrvatske u **Europskoj uniji**. Kako se, kad je u pitanju proces integracije u Europsku uniju, radi o složenom putu koji pretpostavlja i puno legislativno harmoniziranje domaćeg prava s europskim pravom,¹²⁸ to je i u našem slučaju nužno izvršiti cjelovite pripremne aktivnosti na gospodarsko-tržišnom i normativno-zakonodavnom planu.¹²⁹ Cijeli čl. 71. Sporazuma posvećen je upravo problematici "prava intelektualnog, industrijskog i trgovačkog vlasništva". Naime, upravo će cjelovit postupak harmonizacije početi od područja tržišnog natjecanja, intelektualnog i trgovačkog vlasništva, zaštite potrošača i normizacije. Tome treba pridodati odredbe Dodatka VIII. Sporazumu, kojima se akcentira važnost što se pridaje osiguranju odgovarajuće i učinkovite zaštite i provedbe prava intelektualnoga, industrijskoga i trgovačkoga vlasništva. Zajedničkom deklaracijom o čl. 71. Sporazuma stranke su, za potrebe Sporazuma, definirale područje intelektualnog, industrijskog i trgovačkog vlasništva, uključujući u njega osobito autorsko pravo, uključivo s autorskim pravom nad računalnim programima, i srodna prava, pravo koje se odnosi na baze podataka, patente, industrijsko obličje, robne i uslužne žigove, **topografije integriranih sklopova**, zemljopisne oznake, uključivo oznake podrijetla, te zaštitu od nepoštenog tržišnog natjecanja iz čl. 10.a. Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva te zaštitu neobjavljenih informacija o tehnološkom znanju i iskustvu (know-how). Ovdje se govori o pravu intelektualnog, industrijskog i trgovačkog vlasništva, iako držimo da se mogao koristiti termin "prava intelektualnog vlasništva" jer on u širem smislu pokriva i "pravo industrijskog i trgovačkog vlasništva".¹³⁰ Hrvatska se time obvezala poduzeti nužne mjere kako bi zajamčila razinu zaštite ovog vlasništva sličnu zaštiti koja postoji u Zajednici, uključujući učinkovita sredstva za provedbu tih prava. Preciziran je i rok za ovu provedbu, i to najkasnije tri godine od stupanja na snagu ovoga Sporazuma.¹³¹

¹²⁸ Usp. HARTLEY, *Temelji prava Europske zajednice*, Pravni fakultet u Rijeci & COLPI, Rijeka, 1999.

¹²⁹ Sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju nova su generacija strateških europskih sporazuma koji se nude zemljama jugoistočne Europe (Albanija, Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Makedonija i Savezna Republika Jugoslavija) u sklopu Procesa stabilizacije i pridruživanja iz 1999. godine, kao razvojnog postupka postojećeg Regionalnog pristupa Europske unije prema zemljama regije. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europske unije i Republike Hrvatske, parafiran 14. svibnja 2001. godine u Bruxellesu, potpisan u Luxembourghu 29. listopada 2001. godine, jest instrument koji će Republici Hrvatskoj omogućiti priključenje aktualnom procesu proširenja Europske unije na države koje sada imaju status kandidata, odnosno ostvarenju punopravnog članstva u Europskoj uniji. Hrvatski sabor potvrdio je Sporazum dana 5. prosinca 2001., dok je Europski parlament to učinio dana 12. prosinca 2001.

¹³⁰ Posebno je to karakteristično za angloamerički pravni sustav, gdje se ova materija proučava upravo pod zajedničkim skupnim nazivom prava intelektualnog vlasništva. Vidi CORNISH, W. R., W. R., *Intellectual Property*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 1.

¹³¹ Tako i podrobnije o tome kod ZLATOVIĆ, D., *Usklađivanje hrvatskog prava intelektualnog vlasništva sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju*, Informator, god. L., br. 4996., od 23.1.2002., str. 6-7.

Treba još jednom istaknuti da su odredbe ZZPRIS-a **u potpunosti usklađene** s TRIPS-om i Ugovorom o intelektualnom vlasništvu koji se odnosi na integrirane sklopove iz 1989. god.

Pored toga što se radi o novoj grani prava koja još nije u potpunosti zaživjela u našem gospodarskom životu, niti o njoj postoji značajnija sudska praksa, dodatne probleme u tumačenju i primjeni odredaba ZZPRIS-a moglo bi prouzročiti i to što je čitav niz zakona koji su posredni izvor topografskog prava (primjerice Ovršni zakon, Kazneni zakon, Zakon o radu, Zakon o parničnom postupku, Zakon o obveznim odnosima) donesen prije donošenja, stupanja na snagu i početka primjene ZZPRIS-a, pa u svojim odredbama nisu ni uzeli u obzir činjenicu postojanja ovoga prava. Usto, sam ZZPRIS u odredbama o zastupanju, o nositeljima zajedničkog prava, o postupku proglašavanja ništavim rješenja o priznanju prava na topografiju, o rokovima za podnošenje tužbe zbog povrede prava, o prijenosu prava, o licencijskim ugovorima (čl. 22.), upućuje na odgovarajuću primjenu odredaba ZP-a, što može izazvati dodatne probleme kod primjene ZZPRIS-a.

Summary

INTRODUCING LEGAL PROTECTION OF TOPOGRAPHY OF INTEGRATED CIRCUITS IN CROATIAN LAW

Topography of integrated circuits is a relatively new form of (industrial) property and until recently it was not legally regulated by positive Croatian legislation, nor did Croatia undertake any legal obligation on international level in relation to this field.

On June 30th, 1999 the Law on Integrated Circuit Layout Design Protection was enacted in the Republic of Croatia, it entered into force on July 31st, 1999 and is applied since January 1st, 2000. The Law on Integrated Circuit Layout Design Protection is intended to regulate this subject matter in accordance with the rules of European and international systems and paying due respect to the particularities and possibilities of the Republic of Croatia.

In this article the author, apart from defining of integrated circuits and topography, has tried to point out the following: international and national sources of the topography law in the Republic of Croatia, right to protection and particularities of protection procedure in the Croatian law, declaration of voidance of the recognized right to topography, transfer and licensing of the right to topography, beginning and duration of topography protection, limitations to the possibilities of topography protection, and modalities of civil and criminal law topography protection.

Key words: *topography, integrated circuit, masks-work, layout design, industrial property.*

Zusammenfassung

EINFÜHRUNG DES RECHTSSCHUTZES DER TOPOGRAPHIE INTEGRIERTER GEFÜGE IM KROATISCHEN RECHT

Die Topographie integrierter Gefüge ist eine relativ neue Art des (industriellen) Eigentums und war bis unlängst in der geltenden kroatischen Gesetzgebung weder reguliert noch hat Kroatien auf diesem Gebiet auf internationaler Ebene irgendwelche Verpflichtungen übernommen.

In der Republik Kroatien wurde am 30. Juni 1999 das Gesetz zum Schutz der Verteilungspläne integrierter Gefüge (weiterhin - ZZPRIS) verabschiedet, es trat am 31. Juli 1999 in Kraft und wird ab dem 1. Januar 2000 angewandt. Mit der Verabschiedung des Gesetzes zum Schutz der Verteilungspläne integrierter Gefüge wollte man die Regelung dieser Materie im Einklang mit den Rechten europäischer und internationaler Systeme unter Achtung der Besonderheiten und Möglichkeiten der Republik Kroatien erreichen.

In der Arbeit versucht der Autor neben der begrifflichen Bestimmung des integrierten Gefüges und der Topographie hinzuweisen auf: internationale und nationale Quellen topographischen Rechts in der Republik Kroatien, das Recht auf Schutz und die Besonderheiten des Verfahrens zum Schutze der Topographie im kroatischen Recht, die Verkündung der Nichtigkeit der Entscheidung über die Anerkennung des Rechts auf Topographie, Übertragung und Lizenz des Rechts auf Topographie, Anfang und Dauer des Schutzes der Topographie, begrenzte Möglichkeiten des Schutzes der Topographie sowie Modalitäten des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Schutzes der Topographie.

Schlüsselwörter: *Topographie, integriertes Gefüge, industrielles Eigentum.*

Sommario

INTRODUZIONE DELLA TUTELA LEGISLATIVA DELLA TOPOGRAFIA DI STRUTTURE INTEGRATE NEL DIRITTO CROATO

La topografia di sistemi integrati è una forma relativamente nuova di proprietà (industriale) e sino a poco tempo fa non era regolata giuridicamente nella legislazione croata, né la Croazia aveva assunto alcun obbligo a livello internazionale in questo campo.

Nella Repubblica di Croazia è stata approvata il 30 giugno 1999 la Legge sulla tutela dei piani di disposizione di strutture integrate (in seguito – ZZPRIS), entrata in vigore il 31 luglio 1999 e applicata dall'1 gennaio 2000. La Legge sulla tutela dei piani di disposizione di strutture integrate intende realizzare la regolamentazione di

questa materia in armonia con le regole dei sistemi europeo e internazionale e nel dovuto rispetto delle specificità e possibilità della Repubblica di Croazia.

Nel lavoro l'autore, a fianco della definizione di strutture integrate e topografia, ha cercato di accennare a: fonti internazionali e nazionali del diritto topografico nella Repubblica di Croazia, diritto alla tutela e particolarità della procedimento di tutela nel diritto croato, pubblicizzazione della decisione sul diritto riconosciuto alla topografia, cessione e licenza del diritto alla topografia, inizio e durata della tutela della topografia, limitazioni alle possibilità della tutela della topografia, e modalità di diritto civile e penale di tutela della topografia.

Parole chiave: *topografia, strutture integrate, proprietà industriale.*

NAČELO SAVJESNOSTI I POŠTENJA U TRGOVAČKIM UGOVORIMA S MEĐUNARODNIM OBILJEŽJEM

Dr. sc. Zvonimir Slakoper, docent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.441.62

347.74

341.94

Ur.: 28. studenog 2002.

Pr.: 16. siječnja 2003.

Pregledni znanstveni članak

Načelo savjesnosti i poštenja postoji među načelima građanskih zakonika čitavog niza zemalja i u značajnom broju tih zemalja predstavlja jedno od temeljnih načela ugovornog prava. Imajući u vidu takav položaj ovog načela u nacionalnim pravnim poretcima, ovaj rad istražuje njegovo postojanje i primjenu u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem. S obzirom na vrlo široki krug zemalja koje su strane Konvencije UN-a o međunarodnoj prodaji robe, postoji značajna vjerojatnost da će se u velikom broju stvarnih slučajeva međunarodne prodaje primijeniti upravo ta konvencija. Slijedom toga prikazano je načelo savjesnosti i poštenja u poredbenoj literaturi koja obrađuje ovo načelo u spomenutoj konvenciji, a također i pojavni oblici povrede ovog načela u sudskoj i arbitražnoj praksi. Kako elastična formulacija načela savjesnosti i poštenja u Konvenciji UN-a o međunarodnoj prodaji robe otvara prostor primjeni nacionalnih prava, načelo savjesnosti i poštenja dalje je prikazano iz perspektive hrvatskog, engleskog, njemačkog i švicarskog prava, kao i prava u SAD-u. Uočeno je kako zemlje civil lawa ovo načelo uzimaju kao temeljno ili jedno od temeljnih načela ugovornog prava, koje se primjenjuje već od pregovora, pa do konca ispunjenja ugovornih obveza, dok englesko pravo to načelo – kao općenito – ne poznaje. Pravo u SAD-u odstupa od ovog tradicionalnog pristupa common lawa i glede postupanja suugovaratelja nakon sklapanja ugovora, približava se civil lawu, ali glede ponašanja tijekom pregovora zadržava tradicionalnu poziciju common lawa. Tamo gdje postoji i primjenjuje se, ovo načelo unosi metajuridičke elemente u primjenu prava, odnosno otklanja formalističku primjenu propisa onda kad je ponašanje ugovorne strane protivno odgovarajućim etičkim shvaćanjima.

Ključne riječi: *načelo savjesnosti i poštenja, Treu und Glauben, Good faith, trgovački ugovori s međunarodnim obilježjem, Konvencija UN-a o međunarodnoj prodaji robe, hrvatsko pravo, englesko pravo, njemačko pravo, pravo u SAD-u, švicarsko pravo.*

Sadržaj: 1. Uvod. 2. Načelo savjesnosti i poštenja u ZOO-u i poredbenim propisima. 3. Načelo savjesnosti i poštenja u Bečkoj konvenciji; 3.1. Uvod, 3.2. Primjena BK u Hrvatskoj, 3.3. Općenito o odredbi, 3.4. Povijest odredbe, 3.5. Shvaćanja i tumačenja izražena u literaturi, 3.6. Sudska i arbitražna praksa. 4. Načelo savjesnosti i poštenja u pojedinim pravnim poretcima. 4.1. Načelo savjesnosti i poštenja u hrvatskom pravu; 4.1.1. Sadržaj načela, 4.1.2. Svrha i primjena; 4.1.3. Pojavni oblici i učinak povrede; 4.1.4. Vremenski doseg; 4.1.5. Razgraničenja od drugih načela; 4.1.6. Sudska praksa; 4.2. Načelo savjesnosti i poštenja u engleskom pravu; 4.3. Načelo savjesnosti i poštenja u pravu SAD-a; 4.4. Načelo savjesnosti i poštenja u njemačkom pravu; 4.5. Načelo savjesnosti i poštenja u švicarskom pravu. 5. Zaključci. Literatura.

1. Uvod

Pisati o bilo kojem načelu u pravu – a posebice o načelu savjesnosti i poštenja – zbog nužno sveobuhvatnijeg i sintetičnijeg pristupa veći je izazov od pisanja o nekoj podrobnije uređenoj i razrađenoj – strukturiranoj – pravnoj ustanovi. S jedne strane radi se o neobično zanimljivoj i zahvalnoj temi, a s druge o vrlo teškoj temi koja je vrlo blizu granice – ako ne i na samoj granici – između prava s jedne strane i mudroslovlja (filozofije) i etike s druge strane.

Obrada ovog načela “u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem” podrazumijeva prethodno definiranje pojmova trgovačkog ugovora i ugovora s međunarodnim obilježjem.

Za potrebe ovog rada trgovačkim ugovorima smatrat ćemo ugovore iz čl. 25. st. 2. Zakona o obveznim odnosima (dalje: ZOO), a to su “ugovori što ih... pravne osobe koje obavljaju privrednu djelatnost te imaoci radnji i drugi pojedinci koji u obliku registriranog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost sklapaju među sobom u obavljanju djelatnosti koje čine predmete njihova poslovanja ili su u vezi s tim djelatnostima”. S tim u vezi ipak treba napomenuti načelno jedinstvenu primjenu pravila ugovornog prava i na trgovačke i na ne-trgovačke ugovore, koja postoji u značajnom broju pravnih poredaka. Zbog toga se značajni dijelovi ovog rada odnose i na ugovore koji nemaju trgovački karakter.

Ugovorima s međunarodnim obilježjem, također za potrebe ovog rada, uzimat ćemo one ugovore za koje je, prema pravilima međunarodnog privatnog prava, redovito potrebno odrediti mjerodavno pravo zbog njihove subjektivne i/ili objektivne veze s više pravnih poredaka.¹

Široko prihvaćena pravila o određivanju mjerodavnog prava za ugovore na prvo mjesto pri određivanju mjerodavnog prava stavljaju suglasnu volju strana odnosno

¹ Za subjektivno i objektivno međunarodno obilježje v. Matić, Željko: Obveznopравни odnosi s međunarodnim, međurepubličkim i međupokrajinskim obilježjem u Obvezno pravo, prva knjiga, II izdanje, Zagreb 1979., s. 368. – 369.

načelo stranačke autonomije. Stoga trgovački ugovori s međunarodnim obilježjem često sadrže odredbu o pravu koje će biti mjerodavno za taj ugovor. No, također često suugovaratelji propuste ugovoriti mjerodavno pravo. Tada će na mjerodavno pravo uputiti podredna poveznica koju određuju pravila međunarodnog privatnog prava *legis fori*, i to će najčešće biti sjedište ili prebivalište onog suugovaratelja koji daje onu činidbu koja karakterizira ugovor.²

Kako, dakle, trgovački ugovori s međunarodnim obilježjem podrazumijevaju mogućnost da se na njih primjene pravila raznih pravnih poredaka, nužan je poredbeno-pravni pristup koji će uključiti prikaz načela savjesnosti i poštenja u više pravnih poredaka.

Ipak, u prvom je redu potrebno obraditi načelo savjesnosti i poštenja prema Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe (dalje: Bečka konvencija ili BK). Iako se ona odnosi samo na ugovore o prodaji robe, dvije okolnosti nalažu ne samo njeno uvrštenje u rad, nego dapače, vrlo podroban prikaz. Ugovori o prodaji statistički gledano daleko su najčešće sklapani ugovori, a Bečka konvencija prihvaćena je u 64 države,³ pa će se njene odredbe primijeniti uvijek kad pravila međunarodnog privatnog prava upute na primjenu supstancijalnog prava neke od tih država, uz uvjet da se radi o ugovoru o prodaji.

Unatoč neobično širokoj primjeni BK, primjena domaćeg prava nije isključena, pa će se načelo savjesnosti i poštenja prikazati i iz perspektive hrvatskog pravnog poretka i određenog broja drugih reprezentativnih pravnih poredaka. No, naprije će se grubo navesti odredbe nekih nacionalnih propisa koje utvrđuju obvezu postupanja u skladu s načelom savjesnosti i poštenja.

2. Načelo savjesnosti i poštenja u ZOO-u i poredbenim propisima

Načelo savjesnosti i poštenja prisutno je u temeljnim propisima građanskog, obveznog i trgovačkog ugovornog prava. S nomotehničkog stajališta mogu se uočiti značajne razlike u njegovu izričaju, smještaju odredbi koje ga predviđaju u strukturi propisa i učestalost njegovog spominjanja u propisima.

U hrvatskom ZOO-u savjesnost i poštenje⁴ spominje se među osnovnim načelima, ali i na više drugih mjesta, uz napomenu kako se na više mjesta spominje i samo izraz "savjesnost". Odredba koja je uvrstila savjesnost i poštenje među temeljna načela obveznih odnosa glasi: "U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja".⁵ Čitavu sintagmu "savjesnost i poštenje" ZOO spominje još

² Ibid.

³ Stanje 12. studeni 2002. prema www.uncitral.org

⁴ Njem. "Treu und Glauben", eng. "good faith", franc. "bonne foi", tal. "buona fede".

⁵ Čl. 12. ZOO.

u odredbama čl. 74. st. 4.,⁶ čl. 136.⁷ i čl. 264. st. 2.,⁸ a samo savjesnost još u odredbama čl. 54. st. 3., 55., 61., 65., 104., 135., 239., 253., 256., 262., 443. st. 2., 816., 817., 883., 932., 934., 965.

U njemačkom pravnom poretku ovo je načelo izrečeno u općem dijelu obveznog prava, a ne u općem dijelu građanskog prava, tj. u odredbi par. 242. BGB na vrlo jednostavan način: "Dužnik je dužan obaviti činidbu tako kako to zahtijevaju savjesnost i poštenje, uzimajući u obzir običaje u prometu",⁹ Ovaj tekst podrazumijeva prethodni nastanak obveze, ograničava primjenu promatranog načela na ispunjenje već postojeće obveze i ostavlja otvoreno – npr. – pitanje proteže li se istaknuta obveza i na vrijeme prije sklapanja ugovora ili ne. Dikcija odredbe također upućuje na zaključak kako je ispunjenje obveza u skladu s načelom savjesnosti i poštenja pravna obveza dužnika.

Na sličan način promatranom načelu pristupa i UCC SAD-a jer ga i on stavlja u kontekst ispunjenja i povezuje s trgovačkim običajima. To čini izričući kako "svaki ugovor ili dužnost u okviru ovog akta nameće obvezu savjesnosti i poštenja glede njegova ispunjenja ili provedbe", a u slučaju trgovaca savjesnost i poštenje znači "... i uvažavanje razumnih trgovačkih standarda poštenog trgovanja".¹⁰ Glede UCC-a također treba uočiti važnu činjenicu da on – za razliku od većine ostalih korištenih propisa – definira pojam savjesnosti i poštenja koje znači "časno u činjenicama u postupcima ili odgovarajućem poslu",¹¹ a kad se radi o trgovcima, onda kumulativno i uvažavanje već spomenutih standarda. Kalifornijski Trgovački zakon slijedi UCC,¹² a isto tako i Restatement 2nd of Contracts.¹³

⁶ (4) Smatra se da je uvjet ostvaren ako njegovo ostvarenje, protivno načelu savjesnosti i poštenja, spriječi strana na čiji je teret određen, a smatra se da nije ostvaren ako njegovo ostvarenje, protivno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje strana u čiju je korist određen.

⁷ Strane se mogu ugovorom unaprijed odreći pozivanja na određene promijenjene okolnosti, osim ako je to u opreci s načelom savjesnosti i poštenja.

⁸ (1) Ugovorom se može proširiti odgovornost dužnika i za slučaj za koji on inače odgovara. (2) Ali se ispunjenje ovakve ugovorne odredbe ne može zahtijevati ako bi to bilo u suprotnosti s načelom savjesnosti i poštenja.

⁹ "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

¹⁰ Par 1-203: "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement" i Par. 2-103 (1) (b) "Good faith" in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade".

¹¹ Par. 1-201 st. 1. Al. 19 "'Good faith' means honesty in fact in the conduct or transaction concerned."

¹² Čl. 1201. (19) 'Good faith' means honesty in fact in the conduct or transaction concerned. Čl. 1203. Every contract or duty within this code imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.

¹³ Section 205 "Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement" prema Farnsworth, Allan E., The concept of good faith in American Law.

Različito od njemačkog prava, švicarsko pravo smješta promatrano načelo u opći dio građanskog zakona, što bi značilo njegovo protezanje i izvan obveznog prava. Prema njemu "svatko mora postupati savjesno i pošteno u vršenju svojih prava i ispunjenju svojih obveza".¹⁴ Ova dikcija također upućuje na zaključak o protezanju obveze savjesnog i poštenog postupanja ne samo na dužnike nego i na vjerovnike, što treba promatrati u svezi s idućim st. čl. 2. ZGB-a koji naznačuje kako "zlouporaba prava nema pravnu zaštitu".¹⁵

Francuski Code Civil odredbu o savjesnosti i poštenju stavlja u još uži kontekst no što je to učinio BGB. Ona je uvrštena u temeljnu odredbu o učincima ugovora i kaže kako "oni moraju biti ispunjeni savjesno i pošteno."¹⁶

Talijanski Codice Civile u tri odredbe proširuje – u odnosu na BGB, UCC i franc. CC – doseg ovog načela s ispunjenja obveza i na razdoblje prije sklapanja ugovora, odnosno na pregovore i na tumačenje ugovora, nalažući savjesno i pošteno postupanje i pri sklapanju ugovora i određujući da ugovor treba tumačiti prema savjesnosti i poštenju.¹⁷

Građanski zakon Quebeca spominje savjesnost i poštenje u općem dijelu i u dijelu koji se odnosi na obveze. Najprije je "svaka osoba dužna vršiti svoja građanska prava savjesno i pošteno",¹⁸ a zatim "će se strane rukovoditi savjesnošću i poštenjem jednako u vrijeme stvaranja obveze i u vrijeme njenog ispunjenja ili prestanka".¹⁹ GZ Quebeca spominje savjesnost i poštenje još nekoliko puta, ali citirane su odredbe temeljne i najvažnije.

Strukturno slično GZ-u Quebeca je i GZ Filipina,²⁰ a u poljskom GZ-u samo se naznačuje presumpcija postojanja dobre vjere tako što se kaže da se dobra vjera pretpostavlja onda kad pravne posljedice zavise o dobroj ili zloj vjeri.²¹

Ovo načelo kao jedno od temeljnih uzima i Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe, a njegova raširenost je tolika da prema shvaćanju UNIDROIT-a ono

¹⁴ Čl. 2. ZGB-a, st. 1. "Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln".

¹⁵ Čl. 2. ZGB-a, st. 2. "Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz."

¹⁶ Čl. 1134. CC

¹⁷ Čl. 1375. "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede" Čl. 1337 "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede", Čl. 1366 "Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede."

¹⁸ Čl. 6. "Every person is bound to exercise his civil rights in good faith."

¹⁹ Čl. 1375. "The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished."

²⁰ Art. 19. "Every person must, in the exercise of his rights and in the performance of his duties, act with justice, give everyone his due, and observe honesty and good faith." Art. 1159. "Obligations arising from contracts have the force of law between the contracting parties and should be complied with in good faith."

²¹ Čl. 7. PGZ glasi: "If a law makes legal consequences dependent on good or bad faith, the existence of good faith is presumed."

predstavlja i jedno od načela međunarodnih trgovačkih ugovora.²² Zbog toga se može kazati da je načelo savjesnosti i poštenja jedno od općenito usvojenih načela trgovačkog ugovornog prava.

Iako svi ovi propisi traže i podrazumijevaju ponašanje, odnosno postupanje, u skladu s načelom savjesnosti i poštenja tj. nalažu savjesno i pošteno ponašanje, ni jedan od njih – izuzevši UCC – bliže ne određuje sadržaj ovog načela. Također, s obzirom na različitost pravnih tradicija pojedinih pravnih poredaka, postoje ne samo razlike u izričaju ovog načela nego i u shvaćanjima njegovih elemenata. Te razlike nisu beznačajne, ali nikako tolike da bi ugrozile općenito prihvaćeni glavni smisao i temeljne elemente ovog načela, nego su oni u bitnom istovjetni.

Kako između vrlo uopćenih odredbi o savjesnosti i poštenju, u kojima ovaj pojam nije definiran, i stajališta sudova i arbitraža o tome koji su konkretni postupci protivni ovom načelu, postoji velika praznina, pokušat ćemo uočiti detaljnija pravila i kriterije za ocjenu je li neki postupak sukladan ili protivan ovom imperativu. Drugim riječima, u mjeri u kojoj nam je to moguće, pokušat ćemo naznačiti detaljniji sadržaj i oblike povrede ovog načela.

Važno je spomenuti i pitanje vremenskog dosega primjene načela, jer bi iz teksta više odredbi proizlazilo da je ono ograničeno na ispunjenje, dakle, razdoblje nakon sklapanja ugovora, a to bi značilo njegovo isključenje u predugovornim aktivnostima.

3. Načelo savjesnosti i poštenja u Bečkoj konvenciji

3.1. Uvod

S obzirom na krug zemalja koje su strane ove konvencije – koji uključuje i Hrvatsku - i brojnost trgovačkih odnosa s tim zemljama,²³ te s obzirom na vrlo značajan udio ugovora o prodaji među trgovačkim ugovorima koji se sklapaju, držimo kako postoji najveća vjerojatnost primjene Bečke konvencije na trgovačke ugovore s međunarodnim obilježjem koje sklapaju trgovački subjekti sa sjedištem ili prebivalištem u Hrvatskoj. To je razlog što će načelo savjesnosti i poštenja prema BK prikazati čak i prije prikaza tog načela prema hrvatskom pravu.

3.2. Primjena Bečke konvencije u Hrvatskoj

Primjena konvencijskog prava općenito je ograničena odredbama samih konvencija koje određuju njihovo polje primjene. Tako je i slučaj s BK. Glede polja primjene *rationae materiae* odredba čl. 1. BK određuje njenu primjenu “na ugovore o prodaji robe, sklopljene između strana koje imaju svoja sjedišta na područjima

²² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

²³ Među državama stranama su – primjerice – Austrija, Bosna i Hercegovina, Francuska, Italija, Mađarska, Njemačka, Rusija, SAD, Slovenija, Španjolska.

različitih država: (a) kad su te države ugovornice; ili (b) kad pravila međunarodnog privatnog prava upućuju na primjenu prava jedne države ugovornice". Glede primjene *rationae materiae*, ovu odredbu nadopunjuje više daljnjih, među kojima je za ovaj rad najznačajnija odredba čl. 2. Ona primjenu konvencije isključuje onda kad se radi o ugovorima o prodaji robe kupljene za osobnu ili obiteljsku uporabu ili za potrebe domaćinstva, na javnoj dražbi, u ovršnom ili sličnom postupku, o prodaji vrijednosnih papira, novca, brodova, glisera na zračni jastuk, zrakoplova i električne energije. S druge strane prodajom se smatraju – i pod primjenu konvencije potpadaju i ugovori o djelu osim onih u kojima naručitelj dobavlja izvoditelju bitan dio materijala potrebnog za izradbu odnosno proizvodnju.²⁴ S obzirom na ovako određeno polje primjene, može se konstatirati kako će vrlo veliki broj trgovačkih ugovora o prodaji biti povrnut primjeni BK.

S tim u vezi treba naglasiti i okolnost da za primjenu BK suugovaratelji ne moraju imati svojstvo trgovaca, nego da je dostatno da se radi o ugovoru o prodaji koji nije isključen iz primjene prema čl. 2. BK. Ovaj zaključak proizlazi iz odredbe čl. 1. st. 3. prema kojem "ni državljanstvo strana kao ni građanski ili trgovački karakter strana ... ne uzimaju se u obzir pri primjeni ... konvencije". Dakle, ona će se primijeniti ne samo kad se radi o trgovačkoj prodaji nego i o svakoj prodaji osim prodaja spomenutih u čl. 2. BK.

U svezi s primjenom zanimljivo je i citirano rješenje prema kojem je za primjenu BK dostatno da pravila međunarodnog privatnog prava upute na primjenu prava države ugovornice, a nije nužno da oba suugovaratelja imaju sjedište u državama ugovornicama.

Republika Hrvatska notificirala je Glavnom tajniku UN-a – koji je prema čl. 89. BK depozitar konvencije – stupanje u članstvo na temelju sukcesije (jer je i nekadašnja SFRJ bila ugovornica) i postala ugovornicom, pri čemu se Hrvatska uzima državom ugovornicom od 8. listopada 1991., koji je dan postizanja njenog međunarodnopravnog subjektiviteta. Iako prvenstvo BK u primjeni pred unutrašnjim pravnim izvorima proizlazi iz neprijeporne doktrine međunarodnog prava i okolnosti što ona predstavlja *lex specialis*, treba reći kako je njeno – kao i drugih međunarodnih konvencija – prvenstvo u primjeni u Hrvatskoj proizlazi i iz izričite odredbe čl. 140. Ustava RH.²⁵

3.3. *Općenito o odredbi*

Međunarodne konvencije, a posebice one pri čijem stvaranju sudjeluje široki krug zemalja različitih pravnih tradicija, redovito su rezultat kompromisa između

²⁴ Čl. 3. st. 1. BK.

²⁵ Čl. 140. "Međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog 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."

različitih pravnih pogleda i tradicija. Takav je slučaj i s BK. Formulacija načela savjesnosti i poštenja u Bečkoj konvenciji za Eiselen²⁶ je jedan od primjera kompromisa između različitih pristupa *common law* i *civil law*, koji je doveo do privida unifikacije umjesto do stvarne unifikacije. Ta formulacija glasi: "U tumačenju konvencije treba uzeti u obzir njen međunarodni karakter i potrebu promidžbe jedinstvenosti u njoj primjeni i uvažavanje dobre vjere u međunarodnoj trgovini".²⁷

Na prvoj, jezičnoj, razini tumačenja moguće je uočiti kako ova odredba određuje način tumačenja konvencije, te kako ona određuje da pri tumačenju treba uzeti u obzir tri elementa, a jedan od tih elemenata je "uvažavanje dobre vjere u međunarodnoj trgovini".²⁸

3.4. Povijest odredbe

Dugotrajni rad na pripremi teksta BK podrazumijevao je više nacрта teksta ove konvencije. Za bolje razumijevanje citiranog rezultata tih priprema potrebno je uzeti u obzir razlike u pristupu promatranom načelu koje postoje u zemljama *civil law* s jedne strane i zemljama *common law* s druge. Dok se u potonjim pretežno radi o temeljnom načelu kroz čiju prizmu se promatraju postupanja suugovaratelja i koje se – pod određenim uvjetima – proteže i na predugovorne aktivnosti, u prvospomenutim – poglavito u engleskom pravu – ono ima vrlo ograničeni doseg i ne odnosi se na predugovorne aktivnosti.²⁹ Komentatori BK ističu kako su upravo te razlike dovele do odbijanja jednoga od ranijih mađarskih prijedloga – koji je bio dosljedan shvaćanjima *civil law*³⁰ i do unošenja konačnog neutralnog teksta prihvatljivog za obje pravne tradicije. Tako primjerice Eiselen iznosi tezu kako Bečka konvencija zapravo nema temeljnih načela – koju podržavaju i drugi autori³¹ – što je bilo rezultat straha anglo-američkih sudionika da bi *culpa in contrahendo* mogla biti unesena u međunarodne transakcije.³² Još izričitije od toga u literaturi se navodi i kako povijest

²⁶ Eiselen, Sieg: Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa, u 116 South African Law Journal, Part II (1996), s. 323-370.

²⁷ Čl. 7 st. 1. BK.

²⁸ Usp. Schlechtriem, Peter (ur.): Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1998., s. 63.

²⁹ V. podrobnije niže prikaze pojedinih pravnih poredaka.

³⁰ Mađarski prijedlog glasio je: "Tijekom nastanka ugovora strane moraju uzeti u obzir načela fair dealing i postupati u dobroj vjeri" (prema: Klein, John: Good Faith in International Transactions u 15 Liverpool Law Review (1993), s. 115 – 141.)

³¹ Arthur Rosett 'Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (1984) 45 Ohio State LJ 265 s. 269., Jeffrey Wool 'Rethinking the Notion of Uniformity in the Drafting of International Commercial Law: A Preliminary Proposal for the Development of a Policy-based Unification Model' (1997) 1 Uniform LR 46.

³² Usp. Klein, John, Good Faith in International Transactions u 15 Liverpool Law Review (1993) s. 115 – 141. i Bianca, C. M. – Bonell, M. J. : Commentary on the International Sales Law, 1987., s. 68. – 71.

pregovora o ovoj odredbi pokazuje kako je ona “čisti kompromis između onih kojih su htjeli da konvencija izrekne bitnu obvezu postupanja u dobroj vjeri i onih kojih su bili protiv toga”.³³

No, unatoč strahu da bi neutralna terminologija – koja nije vezana niti uz jedan nacionalni pravni poredak – mogla dovesti do pravne nesigurnosti, ta terminologija ipak ne predstavlja nepremostivu prepreku primjeni konvencije.

3.5. Shvaćanja i tumačenja izražena u literaturi

Prema Kleinu više odredbi BK implicitno sadrži načelo savjesnosti i poštenja, i te se odredbe mogu grupirati u nekoliko skupina: (1) one koje promiču potpunu i iskrenu razmjenu relevantnih obavijesti; (2) one koje sprečavaju strane da se okoriste poduzetim ponašanjem kako bi izigrale svoj ugovor; (3) one koje su upravljene na smanjivanje štete koja proizlazi iz propalih poslova uvijek onda kad je to moguće. Ovdje se dalje radi o tome da se iz pojedinih odredbi BK izvodi zaključak o postojanju načela savjesnosti i poštenja i upravo citiranim modalitetima u kojima se ono pojavljuje u konvenciji. No, cilj ovog rada nije izvođenje postojanja načela iz pojedinačnih odredbi određenih propisa, nego utvrđivanje postojanja, sadržaja i javnih oblika povrede ovog načela kao korektora u primjeni pojedinih propisa. U tom je svjetlu dostatna Kleinova podjela koju smo prikazali, a postupak izvođenja postojanja promatranog načela iz pojedinačnih odredbi BK ne znači da taj autor promatrano načelo doživljava kao opće korektivno načelo koje se može primijeniti tako da isključi primjenu bilo koje odredbe BK, čija bi primjena bila u suprotnosti s načelom savjesnosti i poštenja.

Usudili bismo se konstatirati kako su tumačenja ove odredbe “obojena” pripadnošću komentatora pojedinoj pravnoj tradiciji i kako tumačenja odredbe čl. 7. st. 1. katkad predstavljaju prvenstveno odraz njihova načina razmišljanja koji je proistekao iz njihove pravne kulture odnosno pravnog kruga, a tek potom rezultat neutralne raščlambe teksta odredbe i primjene poznatih i racionalnih načina tumačenja propisa. U tom bi se svjetlu moglo promotriti i stajalište koje odvaja način tumačenja i drugi dio čl. 7. st. 1. za koji se kaže da “ustanovljuje relevantnost koju... treba dati načelu savjesnosti i poštenja.”³⁴ Ovo shvaćanje uloge savjesnosti i poštenja u BK još bolje izražavaju daljnja stajališta kako savjesnost i poštenje “izražavaju opće načelo da etično postupanje (ovdje u trgovačkim poslovima) djeluje kao dopunjujući i korektivni element”³⁵ i kako “čl. 7. st. 1. sada potvrđuje da načela mogu biti utemeljena na pojmu savjesnosti i poštenja”.³⁶ Sažeto govoreći, ovo shvaćanje upućuje na to da bi načelo savjesnosti i poštenja bilo jedno od temeljnih

³³ Sim, Disa: *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2001.

³⁴ Bianca – Bonell, o.c., s. 72.

³⁵ Schlechtriem, o.c., s. 63.

³⁶ Schlechtriem, o.c., s. 66.

načela ili temeljno načelo BK. Od ovog shvaćanja, pa do shvaćanja kako to načelo može predstavljati i samostalan izvor prava i obveza, samo je jedan korak, što je razvidno iz citiranog navoda koji upućuje na dopunjujuće i korektivno djelovanje tog načela.

Posve suprotno, prema Magnusu³⁷ načelo savjesnosti i poštenja – sukladno dikciji čl. 7. st. 1. BK – primjenjivalo bi se samo na tumačenje odredbi BK, ali – uočava isti autor – pretežna većina komentatora uzima to načelo također i kao standard za tumačenje ugovora i za čitav njihov pravni odnos. Također postoji široka suglasnost da ta odredba sadrži barem zabranu zloporabe prava i zabranu *venire contra factum proprium*. Slično ovom je i tumačenje da opća načela koja se mogu izvesti iz konvencije predstavljaju samo određene manifestacije dobre vjere, ali da ona kao takva ne postoji kao temelj dodatnih prava i obveza. Prema tome bi samo određene manifestacije savjesnosti i poštenja – koje se mogu izvesti iz konvencije – služile pri tumačenju konvencije.

“Srednje” tumačenje uloge savjesnosti i poštenja u BK donekle prihvaća savjesnost i poštenje kao načelo, ali polazi od čl. 9. BK koji izriče vezanost strana uzancama i trgovačkim običajima koje su uspostavili sami ili koji su široko poznati u međunarodnoj trgovini i koje su znali ili trebali znati, a zatim u bitnom poistovjećuje uzance i običaje s načelom savjesnosti i poštenja.³⁸

Zanimljivo je uočiti kako su ova različita gledišta o ulozi savjesnosti i poštenja u BK u literaturi razgraničena i svrstana u više skupina. Tako Sim sveobuhvatno prikazuje i raščlanjuje ove pristupe i svrstava ih u sljedeće skupine:

- a) gledišta koja obvezu dobre vjere vide u ustanovljenoj praksi između strana ili/i u međunarodnim trgovačkim običajima;
- b) gledišta koja smatraju da je doktrina dobre vjere vodič za tumačenje BK;
- c) gledišta prema kojima je dobra vjera pretpostavka za vršenje prava i tužbe predviđene u BK;
- d) gledišta koja vide doktrinu dobre vjere kao temeljno načelo u rješavanju pitanja koja nisu izričito uređena u BK;
- e) gledišta za koja je doktrina dobre vjere izvor prava i obveza koji mogu proturječiti ili proširiti onima/one koji su u BK i
- f) gledišta za koja doktrina dobre vjere jedva služi kao vodič za tumačenje, jer opća načela sadrže samo neke manifestacije te doktrine.

O ovim gledištima i položaju savjesnosti i poštenja u BK potrebno je zauzeti vlastito stajalište. Pri njegovu zauzimanju valja uzeti u obzir uobičajene načine tumačenja odredbi propisa koji uključuju doslovno, povijesno i sustavno tumačenje. Također je potrebno zauzeti motrište iz kojeg se promatra BK, čime želimo ukazati na potrebu međunarodno privatno-pravne kvalifikacije tj. određivanja sadržaja pojma

³⁷ Magnus, Ulrich: *General Principles of UN-Sales Law* u *Rabels Zeitschrift fuer auslaendische und internationale Privatrecht*, Vol 59 (1995).

³⁸ Sim, Disa, o.c.

savjesnosti i poštenja. Ovu kvalifikaciju načelno je potrebno učiniti prema *legis fori* tj. prema pravu tijela koje primjenjuje BK, a to bi značilo - primjerice - da hrvatski sud određuje sadržaj tog pojma prema hrvatskom pravu.

U ovom slučaju, međutim, odredba čl. 7. st. 1. BK nalaže autonomno tumačenje, tj. nalaže da se pri tumačenju konvencije vodi računa o njenom međunarodnom karakteru i potrebi da se unaprijedi jednakost njene primjene. Dosljedno ovom tekstu komentatori ističu kako "uzimanje u obzir međunarodnog karaktera podrazumijeva nužnost tumačenja njenih izraza autonomno, tj. u kontekstu same konvencije, a ne pozivom na značenje koje bi im moglo biti pridodano unutar određenog domaćeg prava".³⁹ Pokušaj prihvaćanja takvog stajališta nailazi na poteškoće. Tumačiti znači primjenjivati postojeća postignuća pravne znanosti i sudske i arbitražne prakse, a to podrazumijeva određeni pravni kontekst odnosno okvir. Budući da, barem zasad, takav nadnacionalni kontekst odnosno okvir postoji samo u obliku određenog broja konvencija, koje uređuju određene segmente prava i koje nužno sadrže niz pravnih praznina, još se ne može govoriti o takvom tumačenju BK koje bi bilo posve autonomno, tj. koje ne bi uzimalo u obzir izgrađene cjelovite pravne poretke, a to su samo nacionalni pravni poretki. Osim toga citirano shvaćanje donekle proturječi izričitoj odredbi čl. 7. st. 2. BK, koja upućuje na popunjavanje pravnih praznina te konvencije pomoću, prvenstveno, općih načela na kojima se ona temelji i, podredno, pomoću (nacionalnog) prava koje je mjerodavno na temelju pravila međunarodnog privatnog prava. Također, tumačiti pojam savjesnosti i poštenja izvan konteksta nekog postojećeg sadržaja držimo protivnim imperativu pravne sigurnosti odnosno izvjesnosti i predvidivosti koje su nužne za očuvanje društvene funkcije prava.

No, vratimo se na značenje i ulogu savjesnosti i poštenja u BK.

Tijekom rada na pripremi teksta BK savjesnost i poštenje "pomaknuti su" od općeg načela u pravcu načina tumačenja konvencije i ugrađeni u odredbu o načinu tumačenja,⁴⁰ što je u dijelu literature prokomentirano predrastičnim navođenjem kako se radi o "smrti savjesnosti i poštenja" kroz "smrt pokušaja da se uključi istaknutije pozivanje na savjesnost i poštenje" i "smrt pokušaja da se stranama zabrani udaljavanje od obveze na savjesnost i poštenje".⁴¹ Upravo zbog ovakve geneze savjesnosti i poštenja u tekstu BK, a također imajući u vidu velike različitosti u shvaćanjima izraženim u literaturi, ne možemo bezuvjetno prihvatiti da bi načelo savjesnosti i poštenja bilo jedno od općih načela na kojima se temelji BK.

No ipak, objektivna je činjenica da je savjesnost i poštenje uvršteno u odredbu čl. 7. st. 1. BK o tumačenju ugovora i da je prema samom tekstu konvencije "uvažavanje"⁴² dobre vjere u međunarodnoj trgovini" jedan od tri elementa koje treba primijeniti pri tumačenju BK. Tumačenje nije samo apstraktno znanstveno razjašnja-

³⁹ Bianca-Bonell, o.c., s. 74.

⁴⁰ V. Npr. Bianca-Bonell, o.c., s. 65 – 71.

⁴¹ Sim, Disa, o.c.

⁴² U engl. tekstu "observance", a u službenom prijevodu na hrvatski "poštivanje".

vanje, nego i svaka primjena propisa ujedno predstavlja i njegovo tumačenje, a to znači da spomenuta tri elementa treba uzeti u obzir pri primjeni BK. Iako bi ovo gledište navodilo na pomisao da postupke strana treba promatrati u svjetlu pitanja "jesu li postupale savjesno i pošteno", ipak treba upozoriti na nesigurnost temelja eventualnog takvog zaključka. Ta nesigurnost proizlazi iz okolnosti što savjesnost i poštenje prema povijesnom i sustavnom tumačenju – u najmanju ruku ne bezuvjetno – ne predstavljaju načelo BK, a ne postoji druga odredba BK koja bi na općeniti način upućivala na savjesnost i poštenje kao branu formalnoj primjeni prava, tj. takvoj primjeni prava koja ne uzima u obzir način vršenja prava i izvanpravne elemente od kojih se sastoji načelo savjesnosti i poštenja.

S druge strane i u literaturi se stvaraju konstrukcije koje unose izvanpravne elemente kroz striktno pravne. Tako se naznačuje da "u kontekstu konvencije načelo savjesnosti i poštenja mora biti konstruirano u svjetlu posebnih uvjeta i zahtjeva međunarodne trgovine... (gdje)... je u slučaju posla između trgovaca opća obveza postupanja sa savjesnošću i poštenjem često shvaćena u smislu nametanja posebnih standarda, kao što je "uzimanje u obzir razumnih trgovačkih standarda *fair dealing*".⁴³ Slično i Schlechtriem navodi potrebu da tumačenje BK "promiče ponašanje koje je u suglasnosti s dobrom trgovačkom praksom", a kasnije da "načela... trebaju biti razvijena uz uporabu međunarodno priznatih načela časnog ponašanja..."⁴⁴

Uočene značajne različitosti u shvaćanju položaja savjesnosti i poštenja i dosadašnja nemogućnost točnijeg određivanja sadržaja, odnosno značenja i položaja ovog pojma, mogle bi biti povod konstataciji kako samo spominjanje savjesnosti i poštenja – bez bližeg određivanja sadržaja, predstavlja pravnu prazninu koju je potrebno popuniti. Kako je konvenciju potrebno primjenjivati i kako je imperativ pravne sigurnosti odnosno izvjesnosti jedan od neprijepornih temeljnih imperativa u pravu, založili bismo se za sljedeće tumačenje. Budući da je konvenciju potrebno tumačiti (primijeniti) tako da se vodi računa o njenom međunarodnom karakteru i potrebi promidžbe jedinstvenosti njene primjene, budući da postoji pravna praznina jer nema suglasnosti o sadržaju savjesnosti i poštenja, te budući da se "pitanja koja se tiču materije uređene... konvencijom, a nisu izričito riješena u njoj... (rješavaju) prema pravu mjerodavnom na temelju pravila međunarodnog privatnog prava",⁴⁵ na načelo savjesnosti i poštenja treba primijeniti pravila pravnog poretka mjerodavna prema pravilima međunarodnog privatnog prava u onoj mjeri u kojoj su ona spojiva s međunarodnim karakterom transakcije i potrebom promidžbe jedinstvene primjene BK.⁴⁶

⁴³ Bianca-Bonell, o.c., s. 87 "in the context of the Convention the principle of good faith must be construed in the light of the special conditions and requirements of international trade... in the case of a transaction between merchants the general obligation to act in good faith is often understood in the sense of imposing special standards, such as "the observance of reasonable commercial standards of fair dealing".

⁴⁴ Usp. Schlechtriem, Peter (ur.): *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 1998., s. 63.

⁴⁵ Čl. 7. st. 2. BK

⁴⁶ Slično Bianca-Bonell, o.c., s. 86 kažu da "national standards may be taken into account only to the extent that they prove to be commonly accepted at a comparative level".

Posebnu raznovrsnost gledišta o savjesnosti i poštenju pokazuju arbitražna i sudska praksa koje postoje u svezi s primjenom čl. 7. st. 1. BK. S obzirom na njihovo veliko značenje, neke odluke će se prikazati detaljnije.

3.6. Sudska i arbitražna praksa

U sporu njemačkog kupca kao tužitelja protiv austrijskog prodavatelja kao tuženika arbitražna odluka⁴⁷ razmatrala je činjenicu što je kupac sa zakašnjenjem obavijestio prodavatelja o nedostacima robe i ovaj prodavateljev prigovor u svezi s prodavateljevim ponašanjem nakon primitka (zakašnjele) obavijesti. Odluka je najprije uočila da se prodavatelj nakon primitka obavijesti o nedostacima ponašao na način koji je kupca (tužitelja) vodio u uvjerenje kako se prodavatelj neće protiviti kupčevim zahtjevima zbog nedostataka. Prodavatelj se, primjerice, raspitivao o prigovorima i stajalištima kupčeva kupca i pregovarao je u pravcu postizanja sporazuma. Kasnije istaknuti prigovor prodavatelja – da je kupac prekludiran zbog zakašnjenja s obaviješću o nedostacima – odluka nije prihvatila ističući kako taj kasniji prigovor predstavlja "*venire contra factum proprium*", čija zabrana predstavlja načelo Bečke konvencije.⁴⁸

Arbitražni sud Mađarske trgovačke i industrijske komore također je imao prigodu odlučivati o tome je li određeno postupanje sukladno ili protivno načelu savjesnosti i poštenja. Austrijski kupac bio je dužan pribaviti bankarsku garanciju s definiranim rokom valjanosti, i to do određenog dana, u korist mađarskog prodavatelja. Unatoč tome što garanciju nije primio, prodavatelj je – ne prigovarajući ovom propuštanju kupca – započeo sa sukcesivnim isporučivanjem robe. Budući da je kupac nije plaćao, prodavatelj je deklarirao ugovor raskinutim, ali je kasnije pristao nastaviti s isporučivanjem robe pod uvjetom da kupac pribavi garanciju. Kupac je garanciju i poslao, ali ona je sadržavala odredbu o isteku, prema kojoj je garancija već istekla i prestala biti valjana. Tim povodom odluka je izrazila stajalište kako je "izdavanje bankarske garancije koja je već istekla protivno načelu savjesnosti i poštenja", te kako je "uvažavanje načela savjesnosti i poštenja ne samo kriterij pri tumačenju Bečke konvencije nego također i standard koji trebaju uvažavati strane pri ispunjenju ugovora".⁴⁹

Treći arbitražni sud koji je primijenio načelo savjesnosti i poštenja bio je Arbitražni sud Međunarodne trgovačke komore u Parizu. Suprotno upravo citiranom stajalištu ova odluka⁵⁰ zauzela je stav kako se "načelo savjesnosti i poštenja iz čl. 7. st. 1. Bečke konvencije primjenjuje samo u tumačenju konvencije, i kako se na njega

⁴⁷ Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft – Wien, SCH-4318 od 15. lipnja 1994.

⁴⁸ "The arbitrator... held that estoppel ("*venire contra factum proprium*") is a general principle underlying CISG."

⁴⁹ Odluka Arbitražnog suda Mađarske trgovačke i industrijske komore VB/94124, od 17. studeni 1995.

⁵⁰ Odluka Arbitražnog suda Međunarodne trgovačke komore Paris 8611/HV/JK, od 23. siječnja 1997.

ne može pozivati kao na izvor stranačkih prava i obveza u svezi s ispunjenjem ugovora". Osim toga ona je naznačila kako se "prema njemačkom pravu, na temelju načela savjesnosti i poštenja, od masovnog proizvođača tehničke opreme općenito očekuje snabdijevanje rezervnim dijelovima", iz čega se može zaključiti kako bi prema tom pravu odgovarajuće propuštanje bilo protivno promatranom načelu.

Načelo savjesnosti i poštenja prema Bečkoj konvenciji primjenjivali su i sudovi više zemalja, a ovdje će se prikazati odluke francuskog, nizozemskog i njemačkog suda.

Žalbeni sud Grenoble⁵¹ uzeo je protivnom promatranom načelu kupčevu daljnju prodaju kupljene robe u Španjolsku umjesto u Južnu Ameriku kao što je bilo ugovoreno. Iz podnesenih dokaza sud je zaključio kako je daljnja prodaja u Južnu Ameriku za prodavatelja bila od bitne važnosti te kako je tu činjenicu kupac znao. Imajući to u vidu kupčeva povreda ugovora uzeta je kao bitna povreda koja je ovlastila prodavatelja da ugovor deklarira raskinutim.

Zanimljiva gledišta o promatranom načelu iznio je nizozemski sud u sporu francuskog prodavatelja ribe kao tužitelja protiv nizozemskog kupca kao tuženika u sporu radi isplate cijene. Sud je primijetio "da se francuski pojam savjesnosti i poštenja općenito shvaća u subjektivnom smislu i da nije toliko sveobuhvatan kao u međunarodnim konvencijama tj. čl. 7. Bečke konvencije ili u UNIDROIT-ovim Načelima za međunarodne trgovačke ugovore". Prema njegovom stajalištu "objektivni pojam obveze na savjesnost i poštenje u tim međunarodnim instrumentima daje veću težinu zaključku kako je u predmetnom slučaju kupac trebao pregledati ribu i otkriti nedostatke prije prodaje" svojim kupcima. Za razumijevanje ovog stajališta treba naznačiti okolnosti slučaja. U postupku je bilo utvrđeno da je kupac ribu filetirao i dalje prodavao, da je obavijest o nedostacima poslao prodavatelju tek nakon odgovarajućih obavijesti svojih kupaca, te da je izgubio prava zbog (eventualnih) nedostataka zato što nije pregledao primljenu robu kad mu je to bilo moguće i o nedostacima obavijestio prodavatelja u razumnom roku od kad je trebao pregledati robu.

Nakon isporuke i ugradnje opreme za sladoled, prodavatelj i kupac sklopili su sporazum kojim je kupac priznao ukupnu svotu cijene, ali istu nije platio pa je prodavatelj podigao tužbu radi isplate, a kupac je prigovorio navodeći postojanje nedostatka isporučenog. Prema Zemaljskom sudu Saarbruecken "kupčeva obavijest o nedostacima dana prodavatelju nakon potpisa sporazuma bila je protivna općoj obvezi na savjesnosti i poštenje predviđenoj čl. 7. Bečke konvencije".⁵²

S druge strane, prema načelu savjesnosti i poštenja kupac se mogao uzdati u to da će prodavatelj ponovno isporučiti opremu (što mu je vraćena zbog nedostataka) zato što su strane prethodno raspravile pitanje ranijih kupčevih plaćanja, pri čemu prodavatelj nije uvjetovao isporuku prethodnim plaćanjem kupčevih dugova i to

⁵¹ Odluka br. 53 od 22. veljače 1995.

⁵² Odluka Landgericht Saarbruecken 7 IV 75/95 od 26. ožujka 1996.

pitanje uopće nije spomenuo u sporazumu o modifikaciji i promptnoj ponovnoj isporuci.⁵³ Po mišljenju autora ovdje je otvoreno pitanje radi li se o kupčevom uzdanju u promatrano načelo ili prodavateljevoj povredi ovog načela prvobitnom šutnjom, a naknadnim isticanjem opisanih činjenica kao razloga za neispunjenje njegove obveze.

4. Načelo savjesnosti i poštenja u pojedinim pravnim poretcima

Kako smo naprijed ustanovili, unatoč postojanju BK, shvaćanja načela savjesnosti i poštenja u pojedinim pravnim poretcima nisu izgubila svoju važnost jer ona ne samo što, makar nesvjesno, opredjeljuju gledišta onoga tko primijenjuje BK, nego se, makar podredno, primjenjuju i onda kad se primjenjuje Bečka konvencija.

Zbog toga će se prikazati shvaćanja savjesnosti i poštenja u hrvatskom i nekim pravnim poretcima koje držimo reprezentativnim.

4.1. Načelo savjesnosti i poštenja u hrvatskom pravu

4.1.1. Sadržaj načela

Svoju analizu načela savjesnosti i poštenja Vizner započinje uočavanjem postojanja dva elementa odnosno pojma od kojih se sastoji ova sintagma. Prema njemu pojam savjesnosti odnosio bi se na "pouzdanost, otvorenost i iskrenost... spremnost da ugovorom preuzete obveze ispuni u potpunosti i na valjan način...", a pojam poštenja sastojao bi se "... u spremnosti suugovarača da sa svoje strane opravda poklonjeno mu povjerenje... kroz uzvratnu pripravnost pridržavanja svega onog što od njega zahtijeva konkretno nastali obveznopравни odnos..."⁵⁴ Iz toga proizlazi da se ovo načelo "temelji na međusobnim moralnim obvezama ugovornih strana",⁵⁵ odnosno još izričitiije "proizlazi da je kriterij za ocjenjivanje postojanja ili nepostojanja savjesnosti i poštenja vanpravni, društveni, etički kriterij..."⁵⁶

Način na koji je opisan sadržaj ovog načela ocijenili bismo poglavito kao metajuridički, ali takav opis sadržaja nije svojstven samo Vizneru nego i drugim autorima. Još izričitiije je Gorenc prema kojemu "u pojedinom slučaju često dolazi do raskola između postojeće norme i konkretnog slučaja, tj. primjenom norme može se učiniti nepravda. Zbog toga i postoje temeljna načela kojima se upotpunjuju pravne praznine, odnosno dopunjavaju ili ispravljaju nepravedna rješenja..."⁵⁷ No, s druge

⁵³ Odluka Oberlandesgericht Koeln 27 U 58/95 od 8. siječnja 1997.

⁵⁴ S. 69.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Vizner, Boris – Bukljaš, Ivan: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978., s. 71. a slično i na s. 75.

⁵⁷ S. 10–11.

strane – suglasno navodeći kako je “*bona fides*... istovremeno moralni i pravni standard” Goldštajn upozorava da “to nipošto nije propis o pravičnosti koji bi prosuđenje pravnog odnosa stavio izvan sfere nekog pozitivnog prava, već je to norma dodana pravnim propisima i kriterij za njihovu primjenu”.⁵⁸

Stoga se može reći kako načelo savjesnosti i poštenja unosi izvanpravne, etičke, norme u primjenu prava i nalaže stranama postupanje u skladu s tim normama.

4.1.2. Svrha i primjena

U hrvatskoj literaturi korektivna i dopunjujuća funkcija ovog načela uočene su kao glavne, odnosno temeljne: “Svrha je pravila... uperena protiv formalističke primjene prava.⁵⁹ *Bona fides* je glavni princip obligacionog prava... (i) postupci stranaka ocjenjivat će se polazeći od tog načela jer je to pravilo prinudno.”⁶⁰

No, držimo kako nije dostatno reći samo da je svrha uperena protiv formalističke primjene prava – što predstavlja negativnu definiciju - nego je potrebno pokušati na ovo pitanje odgovoriti na pozitivan način. Kakva je to “neformalistička” primjena prava? Sudeći prema stajalištima i zaključku o sadržaju ovog načela, mogli bismo reći kako je “neformalistička” primjena prava takva primjena koja će – kroz primjenu načela savjesnosti i poštenja – otkloniti mogućnost da određeno neetično ponašanje uživa pravnu zaštitu. Možda bi se moglo reći kako je ovo načelo svojevrсна dopuna pravila *fraus corruptit omnia*, koja *fraus* iz prethodne izreke mijenja i širi na svako ponašanje koje je protivno etičkim normama, a ne samo prijevarno ponašanje koje je po definiciji uže.

Glede vrste norme i njene primjene može se uočiti kako je već citirana tvrdnja Goldštajna o prinudnosti ovog načela, a tome se pridružuje i Vizner ističući kako “ovo načelo sud uzima u obzir i primjenjuje ga po službenoj dužnosti, pogotovo što se radi o generalnoj imperativnoj normi, čiju primjenu ugovorne strane ne mogu svojevoljno isključiti”.⁶¹ Prema tome, radi se o imperativnom načelu koje je sud dužan primijeniti po službenoj dužnosti.

Nadalje, “primjena i funkcija ovog načela ne odnosi se na zaštitu vjerovnikovih prava i dužnikovih obveza koja sama po sebi proizlaze iz obveznog ugovora ili zakona u vidu glavne, primarne obveze odnosno prava, već se to načelo odnosi i primjenjuje na utvrđivanje i pridržavanje onih prava i obveza koje savjesnost i poštenje nužno nameće izvan onog što je ugovorom utanačeno, odnosno zakonom propisano”.⁶² Dakle, ne radi se o isključenju normi koje odgovaraju na pitanje koje su obveze strana, nego načelo savjesnosti i poštenja dopunjava te norme odgovarajući na pitanje kako treba vršiti svoja prava i ispunjavati svoje obveze. Uz

⁵⁸ S. 50.

⁵⁹ Tako i Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, Zagreb, 1998., s. 13.

⁶⁰ Goldštajn, Aleksandar: Trgovačko ugovorno pravo, Zagreb, 1991., s. 191.

⁶¹ Vizner, o.c., s. 73.

⁶² Vizner, o.c., s. 73.

to, ono s etičkog stajališta korigira primjenu prava tako da otklanja primjenu određene norme onda kad bi učinak primjene – zbog povrede načela savjesnosti i poštenja – bio protivan tom istom načelu.

Ovakvu primjenu odredbe čl. 12. ZOO-a posredno potvrđuje i odredba čl. 3. bivših Općih uzanci za promet robom.

Ta odredba zanimljiva je ne samo zbog unošenja navoda kako su poštenje i savjesnost “osnovno načelo koga se stranke moraju pridržavati u poslovima...”,⁶³ nego – poglavito – zbog st. 2. koji glasi: “Stranke se ne mogu pozivati na neku od ovih uzanci, ako bi njena primjena u danom slučaju proizvela posljedice protivne tom načelu.”. Prema mišljenju autora dikcija ove odredbe posve neprijeporno upućuje na zaključak kako načelo savjesnosti i poštenja predstavlja prizmu ili korektiv kroz koji se treba promatrati primjena bilo koje uzance, čime predstavlja prepreku formalističkoj primjeni prava. U tom smislu ona ima svojevrsnu prednost u primjeni pred bilo kojom drugom odredbom uzanci. Dapače, smatrajući da upravo takav položaj treba imati i ima odredba čl. 12. ZOO-a, *de lege ferenda* zauzeli bismo se za unošenje ove odredbe kao dopune čl. 12. ZOO-a.

4.1.3. Pojavni oblici i učinak povrede

Kao dvije skupine slučajeva kad postoji povreda načela savjesnosti i poštenja – posebno u njemačkom pravu – Vizner⁶⁴ naznačuje “*Verwirkung*” i radnje kojim se “*venire contra factum proprium*”. U prvom slučaju radilo bi se o gubljenju subjektivnih prava zbog takvog načina njihovog nevršenja kojim se kod dužnika stvorio dojam da vjerovnik svoje pravo više ne želi vršiti, a u drugom o pokušaju ostvarivanja nekog svojeg prava koje je u proturječnosti s ranijim vjerovnikovim ponašanjem.

Učinak povrede promatranog načela sastoji se u oduzimanju pravne zaštite⁶⁵ osobi koja je povrijedila ovo načelo. Promatrano u svezi s korektivnom i nadopunjućom funkcijom ovog načela, to znači da osoba koja bi temeljem neke druge norme uživala pravnu zaštitu, zbog njene povrede ovog načela tu zaštitu neće uživati, odnosno da će se umjesto druge – za nju povoljne – norme, primijeniti ovo načelo.

4.1.4. Vremenski doseg

Glede pitanja vremenskog dosega ovog načela, u hrvatskom je pravu neprijeporno da se ono proteže i na predugovorne aktivnosti odnosno pregovore, jer odredba čl. 12. ZOO-a izrijekom kaže kako su se strane dužne držati tog načela i “u zasnivanju” obveznih odnosa, a ne samo u ostvarivanju prava, što je potvrđeno i u literaturi.⁶⁶

⁶³ Uz. br. 3. st. 1.

⁶⁴ Vizner, o.c., s. 78 i 79.

⁶⁵ Vizner, s. 77., Gorenc, s. 13.

⁶⁶ Vizner, o.c., s. 74.

4.1.5. Razgraničenja od drugih načela

Potrebu razgraničenja ovog načela od drugih načela obveznih odnosa lako je uočiti kad se uzmu u obzir – po mišljenju autora – nedovoljno jasni, a katkad i proturječni navodi literature o sadržaju promatranog načela.

Tako, uz već citirano, Goldštajn navodi kako su “dobri običaji (a ne savjesnost i poštenje – op. a.) sinonim za moral” a “poštenje i savjesnost upućuje na empiričku građu ponašanja među sudionicima u poslovnim transakcijama”, da bi potom rekao kako “se i “savjesnost” i “poštenje” ocjenjuju u skladu s moralom”, a onda da se “poštenje i savjesnost temelje... na empirijskoj osnovi, to je ono što se općenito prakticira”.⁶⁷ Ispreplitanje savjesnosti i poštenja, morala, pravičnosti i poslovnih običaja uočava i Vizner, te izlaže razlike. Pojam morala bio bi “širi i apsolutniji kriterij... jer se poštovanje pravila morala zahtijeva uvijek... kao i prema svakom pravnom subjektu, dok je savjesnost i poštenje više relativniji kriterij, čija primjena zahtijeva postojanje konkretno određenog... odnosa”.⁶⁸ Razlika između načela savjesnosti i poštenja i pravičnosti – slično kao kod Goldštajna – sastojala bi se u tome što se kod suđenja po pravičnosti (*ex aequo et bono*) isključuje primjena pravnih pravila, i glede ove razlike autor ne uočava nikakvih prijemnih točaka. Također ne uočava prijemnih točaka u razlikovanju poslovnih običaja – koji su izvor prava – i morala.⁶⁹

Držimo, međutim, da je razgraničenje pravila morala (etike)⁷⁰ od savjesnosti i poštenja u prvom redu proturječno drugim jasnim stajalištima spomenutih autora – gdje se ovi pojmovi poistovjećuju – u drugom redu nedostatno jasno, te na koncu i pogrešno. Dodatni problem ovdje predstavlja odredba čl. 21. st. 1. ZOO-a. Prema toj odredbi “sudionici u obveznim odnosima dužni su... postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima”, a prema odredbi st. 2. istog članka uzance će se primijeniti ako su strane njihovu primjenu ugovorile ili željele.

Prijepornost čl. 21. st. 1. ZOO-a rezultat je neobične sintagme “dobri poslovni običaji”. Dobri običaji su sinonim za moral (etičnost), a poslovni običaji su običaji koji postoje u poslovanju, pa je neizvjesno govori li odredba o jednom ili drugom. U toj situaciji hrvatska literatura pretežno zauzima stajalište kako citirani čl. 21. st. 1. nalaže ponašanje u skladu s poslovnim ili općim moralom,⁷¹ a ne s poslovnim običajima. Prema tome, i čl. 12. i čl. 21. st. 1. ZOO-a obvezivali bi sudionike obveznih odnosa na jedno te isto, što držimo nepotrebnim, jer je ova obveza dostatno utvrđena samo jednom odredbom. Imajući u vidu ovu dostatnost, te budući da čl. 12.

⁶⁷ Goldštajn, o.c., s. 4. i 5.

⁶⁸ Vizner, o.c., s. 75.

⁶⁹ Vizner, o.c., s. 75.

⁷⁰ Dalje će se rabiti izraz “etika” kako bi se izbjeglo – po mišljenju autora pogrešno – poistovjećivanje običaja i etike (morala), na koje upućuje i etimologija riječi moral (mos, moris – običaj).

⁷¹ Npr. Gorenc, o.c., s. 25.

rabi standardni – i poredbeno jasan – termin “savjesnost i poštenje”, držimo prihvatljivijim stajalište da bi se čl. 21. u cijelosti odnosio na poslovne običaje, te u st. 1. iznio postojanje obveze njihovog uvažavanja, a u st. 2. uvjete postojanja te obveze.

Također bismo iznijeli alternativu nekim stajalištima Viznera i Goldštajna.

Viznerovu distinkciju između morala i savjesnosti i poštenja ne možemo smatrati relevantnom jer se ne radi o kvalitativnom (sadržajnom) nego o kvantitativnom razlikovanju. Shvatili smo, naime, iz naprijed citiranog dijela, da bi se radilo samo o dijelu moralnih pravila koja se primjenjuju samo u određenoj situaciji, a takva razlika nipošto nije razlika u vrsti pravila. Ne bismo mogli prihvatiti ni to da se “poštenje i savjesnost temelje... na empirijskoj osnovi, to je ono što se općenito prakticira”⁷² i to zbog jednostavnog razloga što “ono što se općenito prakticira” ne mora nužno biti etično (moralno). Hoće li zbog buduće hipotetične redovitosti onih postupaka koji se danas uzimaju kao povreda načela savjesnosti i poštenja ti postupci postati etični i prestati predstavljati povredu načela savjesnosti i poštenja? Po mišljenju autora, to se ne bi smjelo dogoditi.

Time smo razgraničili odredbu čl. 12. od čl. 21. st. 2. ZOO-a.

Osim toga, u literaturi se promatrano načelo dovodi u svezu sa zahtjevom za određenom pozornošću: “... shvaćajući načelo savjesnosti i poštenja kao jedan pravni standard, čija se sadržina mijenja prema postojećim konkretnim okolnostima..., sa zahtjevom da se ugovorne strane moraju, odnosno da su se trebale, ponašati onako kako bi se u dotičnoj situaciji ponašao svaki drugi prosječan,... čovjek, odnosno dobar privrednik ili dobar domaćin...”.⁷³ Unatoč tome, načelo savjesnosti i poštenja potrebno je razlikovati od zahtjeva za odgovarajućim stupnjem pozornosti.

Ponašanje s potrebnom pozornošću znači da je svatko dužan primijeniti sve one radnje i postupke koji su u okviru njegove skupine – građani – privrednici – uobičajeni i potrebni da bi se osigurala ili povećala vjerojatnost urednog ispunjenja, odnosno isključila ili smanjila mogućnost nastanka štete, i to bilo za jednu ili za drugu stranu, dok propuštanje savjesnosti i poštenja prvenstveno stvara mogućnost ugrožavanja prava i interesa druge strane. Nepostupanje sa zahtjevanom pažnjom može biti posljedica nedostatnog znanja – koje se opravdano očekuje od privrednika odnosno stručnjaka – ili nedostatne ozbiljnosti, odnosno olakog, neprofesionalnog, nedovoljno razumnog držanja zbog karakternih osobina neke fizičke osobe. Takvo propuštanje zahtijevane pažnje ne bismo mogli okvalificirati kao povredu promatranog načela, jer ona – po mišljenju autora – kao ključnu crtu razlikovanja, uvijek podrazumijeva određeni stupanj zle namjere koja pri povredi zahtjeva za određenom pozornošću uopće ne mora postojati.

I na koncu, katkad se načelo savjesnosti i poštenja nedostatno diferencira od zabrane zlorabe prava. Na primjer u literaturi se navodi da je “svrha... ovoga

⁷² Goldštajn, o.c., s. 4. i 5.

⁷³ Vizner, o.c., s. 71.

pravila da se spriječi zloupotreba subjektivnog prava... koja nastaje kada titular ne izvršava svoje pravo u skladu s njegovom svrhom” a “vršenje prava protivno načelu poštenja i savjesnosti... nije vršenje prava, već predstavlja zloupotrebu”.⁷⁴

S ovom tvrdnjom mogli bismo se – za hrvatsko pravo - suglasiti kad ZOO ne bi sadržavao odredbu čl. 13. – također uvrštenu u osnovna načela - prema kojoj “zabranjeno je vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato”. Budući da ova odredba sadrži izričitu zabranu zlorabe prava, očito je sprečavanje zlorabe prava svrha te odredbe. Zbog toga istu tu svrhu ne možemo pripisati odredbi čl. 12. ZOO-a koja sadrži načelo savjesnosti i poštenja. Poradi istog razloga priklonili bismo se stajalištu kako je svrha ove odredbe zaštita povjerenja odnosno zaštita od zlorabe povjerenja, koje je izneseno još 1939. godine.⁷⁵ Iz toga proizlazi da je pravozaštitni interes – sprečavanje zlorabe prava odnosno zlorabe povjerenja – crta razgraničenja između promatranog načela i zabrane zlorabe prava iz čl. 13. ZOO-a.

4.1.6. Sudska praksa

Hrvatski sudovi u obrazloženjima odluka u više navrata izrijekom su naznačili da je odluka donesena na temelju primjene načela savjesnosti i poštenja, bilo kao samostalnog ili jednog od pravnih temelja. Ove odluke prikazat će se i prokomentirati uz opis činjeničnog stanja kakvo smo mogli zaključiti da postoji prema objavljenim dijelovima odluka.

Po mišljenju autora dvojbeno je da li Vrhovni sud Hrvatske uopće trebao spominjati načelo savjesnosti i poštenja u odluci Rev-1633/84 od 14. prosinca 1984.⁷⁶ Prema toj odluci naručitelju radova odgovara za štetu “ovlašteni zanatlija kao izvođač radova popravka automobila koji je dopustio da osoba koja nije njegov radnik upravlja vozilom prilikom preuzimanja”. Nesavjesnost tuženika ovdje bi se mogla sastojati u tome što je ispunjenje dijela svojih obveza povjerio osobi koja uopće nije kod njega zaposlena, nego se slučajno nalazila na odgovarajućem mjestu. No sa stajališta odlučivanja o meritumu nepotrebnost spominjanja ovog načela proizlazi iz toga što izvoditelj odgovara naručitelju “za izvršenje posla i kad posao ne obavi osobno”,⁷⁷ a i “za osobe koje su po njegovu nalogu radile na poslu koji je preuzeo da izvrši, kao da ga je sam izvršio”,⁷⁸ i to prema izričitim odredbama ZOO-a, koje kao bliže i posve određene isključuju potrebu pozivanja na načelo.

Ugovor o prodaji sadržavao je indeksnu klauzulu koja je novčanu obvezu tužene – čini se imateljice frizerskog salona – “vezala uz vrijednost frizerske usluge,

⁷⁴ Goldštajn, o.c., s. 191.

⁷⁵ Buergi, W.: Ursprung und Bedeutung der Begriffe “Treu und Glauben” und “Billigkeit” im schweizerischen Zivilrecht, Bern, 1939., s. 102.

⁷⁶ Pregled sudske prakse Naše zakonitosti br. 26, odluka br. 69., s. 79.

⁷⁷ Čl. 610. st. 2. ZOO-a.

⁷⁸ Čl. 611. ZOO-a.

što je po svojoj suštini jednako vezivanju novčane obveze uz vrijednost neke robe, zlata, deviza ili uz primjenu indeksa”.⁷⁹ Sud je najprije ustanovio kako su postojale pretpostavke valjanog ugovaranja indeksne klauzule iz čl. 396. ZOO-a, a zatim i kako je “takva ugovorna odredba u skladu... s načelom savjesnosti i poštenja iz... čl. 12. Zakona o obveznim odnosima”. Sa stajališta odlučivanja o meritumu spora, ovu odluku možemo prokomentirati kao i prethodnu: kad postoji izričita i određena odredba propisa koju se primjenjuje, nije potrebno pozivanje na načelo. No, istodobno bi se moglo reći i to da je sud pronašao ne samo to da je prijeporna ugovorna odredba u skladu s čl. 396. ZOO-a, nego i to da je ugovorna obveza – uzimajući u obzir sve činjenične okolnosti konkretnog slučaja – bila u skladu s načelom savjesnosti i poštenja. To bi moglo značiti da je ovdje implicite otvoren put primjeni – a možda i prvenstvu - ovog načela u onim slučajevima kad bi primjena konkretne norme upućivala na jedan zaključak, a primjena načela s obzirom na konkretne okolnosti slučaja, na suprotan zaključak.

Kupac kao tužitelj tužbom je zahtijevao od prodavatelja kao tuženika naknadu štete koja bi se sastojala u tome što je tuženik platio prekršajnu kaznu i što mu je televizor oduzet od strane carinskih vlasti zbog toga što pri uvozu nije bila plaćena carina. VSH je našao “da su nižestepeni sudovi... pogrešno primijenili materijalno pravo kad su prihvatili zahtjev tužitelja” jer bi se u konkretnom slučaju “eventualno radilo o odgovornosti tuženog... za pravne nedostatke stvari. Međutim, uvjet za prodavaočevu odgovornost... jest da kupac nije bio obaviješten... o postojanju prava trećih osoba”, a “u ovom slučaju, pak, utvrđeno je da su tužitelj i tuženi znali da... televizor nije ocarinjen i tužitelj kao kupac pristao je kupiti takav televizor”.⁸⁰ Zbog toga tuženi ne odgovara, a tužitelj neosnovano traži naknadu štete. Ovim zaključcima VSH prethodilo je stajalište prvostupanskog suda koji “smatra da je primjenom... načela savjesnosti i poštenja koje uzima u obzir po službenoj dužnosti tuženi ipak odgovoran tužitelju za štetu po principu krivnje.” Prema mišljenju autora upravo je prodavatelj pri sklapanju ugovora postupao u skladu s načelom savjesnosti i poštenja time što je kupca obavijestio o postojanju prava trećeg na prodanoj stvari. Budući da – k tome – kad postoji ugovorni odnos, dužnik odgovara za štetu zbog zakašnjenja, neispunjenja i postojanja nedostataka stvari – a nerazumljivo je što bi prvostupanskom sudu značilo to da je “tuženi ipak odgovoran tužitelju za štetu po principu krivnje” – držimo da bi upravo održanjem prvostupanske odluke bilo zapostavljeno tuženikovo postupanje u skladu s načelom savjesnosti i poštenja i honorirano tužiteljevo suprotno postupanje.

Dužnik je izdao i predao vjerovniku akceptni nalog, kojim dopušta vjerovniku da ovaj naloži organizaciji platnog prometa prijenos svote iz akceptnog naloga s računa dužnika na račun vjerovnika. Potom je dužnik, proizlazi iz objavljenog dijela

⁷⁹ Odluke VSH Rev-1770/89 od 27. prosinca 1989. i Rev 17/89 od 26. travnja 1989. u Pregled sudske prakse Naše zakonitosti br. 47., s. 57.-58.

⁸⁰ Odluka VSH Rev-848/88 od 27. rujna 1989. U PSP NZ br. 51, s. 94.-95.

odluke, zahtijevao "da sud zabrani vjerovniku da ga podnese na naplatu organizaciji za platni promet zbog bojazni da će vjerovnik postupiti protupravno".⁸¹ Iz obrazloženja dalje proizlazi da je ovaj zahtjev sud odbio jer, između ostalog, "uručenjem akceptnog naloga vjerovniku dužnik je na sebe preuzeo rizik da bi vjerovnik mogao postupiti protivno... osnovnim načelima obveznog prava tj. načelu savjesnosti i poštenja..." pa "... prema shvaćanju... suda, slijedi da dužnik ne može osnovano zahtijevati da sud, zbog eventualnog protupravnog postupanja vjerovnika zabrani vjerovniku da... nadležnoj organizaciji... podnese akceptni nalog jer do tada niti je vjerovnik podnio akceptni nalog na naplatu, niti je dužnik pretrpio štetu. Dužnik bi mogao svoje pravo zaštititi u sudskom postupku u slučaju da je vjerovnik protivno ugovoru naplatio svote..."

U svezi s ovom odlukom prvo bismo konstatirali kako rizik postupanja protivno načelu savjesnosti i poštenja uvijek postoji, samo što je u nekim slučajevima – npr. prikazanom – veći s obzirom na konkretne okolnosti. Sud je rekao kako jedna strana nema pravo na preventivnu zaštitu od povrede ovog načela zato što je sama pristala izložiti se povećanom riziku povrede tog načela uručenjem akceptnog naloga, a naše stajalište ne možemo iznijeti zato što nam nisu poznate potankosti slučaja. Npr., ako bi ugovor strana izrijekom ovlastio vjerovnika na podnošenje akceptnog naloga na naplatu pod uvjetom uredne isporuke, a dužnik dokazao da već obavljena isporuka nije bila uredna, onda se nikako ne bismo mogli prikloniti stajalištu suda. No, ovdje se postavlja i pitanje radi li se o načelu savjesnosti i poštenja ili zabrani zlouporabe prava.⁸²

Slučaj se odnosi na spor komisionara i komitenta u kojem je bilo otvoreno pitanje je li komisionar postupao s pažnjom dobrog privrednika. Komisionar je kupcu isporučio robu sa zakašnjenjem zato što mu komitent nije pravodobno platio dužni avans, i to suglasno imperativnim uputama komitenta danim usprkos odgovarajućih komisionarevih ograda i upozorenja. Kupac je zbog zakašnjenja protiv komisionara kao prodavatelja podigao tužbu pred arbitražom, gdje je potom sklopljena nagodba koju je komisionar sklopio zato "... da otkloni veću štetu, koja je bila prijetila, bila izvjesna... Prema tome" komisionar je postupao "u skladu s načelom poštenja i savjesnosti..."⁸³ i drugim načelima i odredbama ZOO-a spomenutim u odluci.

Čini se da je postupanjem u skladu s načelom savjesnosti i poštenja ovdje sud oglasio dvoje: obavještanje komitenta o rizicima i ekonomski racionalno postupanje.

Katkad se i stranke pozivaju na načelo savjesnosti i poštenja, a sud – više ili manje izričito – prihvaćajući ili odbijajući njihove zahtjeve pokazuje svoje stajalište

⁸¹ Odluka Privrednog suda Hrvatske Pž-541/92 od 14. travnja 1992. u PIM br. 1, s. 94.

⁸² Čl. 13. ZOO: "Zabranjeno je vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato".

⁸³ Odluka PSH Pž-2083/91 od 26. svibnja 1992. u PIM 1, s. 81.–82.

o tome ima li mjesta primjeni načela i o tome je li to načelo povrijeđeno. Upravo je tako bilo u sporu što je proistekao iz ugovora o prodaji gdje je kupac dao kaparu, gdje je bilo izričito ugovoreno da kupac prvi treba ispuniti svoju obvezu plaćanja i gdje ni jedna od strana nije ispunila ni jednu svoju obvezu (izuzevši davanje kapare). Predmet spora bio je kupčev zahtjev za vraćanje dvostruke kapare i on je odbijen jer "kad prema ugovoru o prodaji jedna ugovorna strana treba ispuniti svoju obvezu... tek pošto druga strana ispuni svoju... tada je u slučaju da ni jedna od njih nije ispunila obvezu za neispunjenje ugovora kriva ona strana koja je svoju obvezu trebala prvo ispuniti".⁸⁴ Prema odluci, imajući to u vidu, "svojom odlukom sudovi nisu povrijedili načela istovremenog ispunjenja ugovornih obveza kako se to ističe u reviziji, niti načelo jednakosti i ravnopravnosti sudionika u obveznom odnosu (čl. 12. i 122. Zakona o obveznim odnosima)".

Visina ugovorne kamate kao predmet odlučivanja promatrana je u svezi s načelom savjesnosti i poštenja u odluci Županijskog suda u Bjelovaru.⁸⁵ Za zaključiti je kako je tužitelj štedno kreditna zadruga koja je podnijela tužbu radi isplate glavnice i ugovorenih kamata. Prema stajalištu suda "štedno kreditna zadruga... slobodno ugovara visinu kamate i samo ako je kamatna stopa ugovorena protivno osnovnim načelima obveznih odnosa iz čl. 10., 11., 12. ... sud može na zahtjev oštećene ugovorne strane smanjiti kamatu na pravičan iznos". Iz odluke dalje proizlazi kako je već prvostupanjski sud ugovorenu kamatu smanjio, kako je tuženik uložio žalbu – pretpostavljamo želeći postići daljnje smanjenje ugovorene kamate, te kako je tu žalbu drugostupanjski sud odbio i prihvatio odluku prvostupanjskog suda o smanjenju ugovorene kamate.

Objavljeni dijelovi odluke upućuju nas na pomisao da ni ovdje nema mjesta spominjanju čl. 12. nego načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja iz čl. 15. ZOO-a, koje je dalje razrađeno u odredbama o prekomjernom oštećenju, zelenaškom ugovoru, promijenjenim okolnostima. S druge strane, ako bi – primjerice - pri ugovaranju visine kamatne stope ugovorene kamate jedan od suugovaratelja postupao na način koji se ne može kvalificirati kao prijevara, ali koji bi doveo drugoga u neskrivljeno uvjerenje da je ugovorena kamatna stopa niža ili njeno plaćanje povoljnije no što smatra prvi suugovaratelj, držimo da bi tada trebalo razmotriti i pitanje savjesnosti i poštenja prvog suugovaratelja.

4.2. Načelo savjesnosti i poštenja u engleskom pravu

Načelu savjesnosti i poštenja, odnosno problematici *good faith*, u engleskoj se literaturi i sudskoj praksi ne posvećuje veća pozornost, što je posljedica okolnosti što je u "engleskom ugovornom pravu dobra vjera u principu irelevantna".⁸⁶ To pravo se

⁸⁴ Odluka VSRH Rev-3311/95 od 25. svibnja 1995. U Izbor odluka VSRH 2/99, s. 25.–26.

⁸⁵ Odluka Gž-2397/00 od 11. prosinca 2000. U Vrhovni sud Republike Hrvatske – izbor odluka br. 1/2001. s. 14.

⁸⁶ Chitty on Contracts, 37. izdanje, s. 13.

nije "obvezalo na takvo dominantno načelo nego je razvilo djelomična rješenja kao odgovor na izražene probleme *ne-fair* ponašanja".⁸⁷ Ovo stajalište posljedica je "nizbrdice" na kojoj se englesko pravo glede općeg uvažavanja *good faith* nalazi poslije 1766. godine kad je donesena presuda u kojoj je naznačeno kako je *good faith* "rukovodeće načelo... koje se primjenjuje na sve ugovore i sporazume".⁸⁸ Osim ovih stajališta o ulozi *good faith*, u engleskoj sudskoj praksi moguće je pronaći i definicije *good faith*. Prema jednoj od njih ona je "vjerovanje da je učinjeno regularno i primjereno".⁸⁹ Uz vlastita shvaćanja o *good faith*, izloženo je i stajalište o tome kako na *good faith* gledaju sustavi kodificiranog prava. U njima – prema mišljenju jedne odluke – postupanje u skladu s *good faith* "ne znači jednostavno da oni ne smiju varati jedna drugu. Njen učinak je možda najvjekšije vođen takvim metaforičkim kolokvijalizmima kao što su igrati fair, biti čist ili igrati otvorenih karata...".⁹⁰

Unatoč ovoj načelnoj odbojnosti prema priznanju načela savjesnosti i poštenja kao općenitog imperativa,⁹¹ pojedini propisi ovaj imperativ ipak spominju. Najvažnije za ovaj rad je spominjanje *good faith* među odredbama o tumačenju pojedinih izraza uporabljenih u Sale of Goods Act, tj. u odredbi čl. 61 (3) tog propisa. Prema ovoj odredbi "stvar se smatra učinjenom u dobroj vjeri... kad je u stvari učinjena časno, bez obzira je li učinjena nepozorno ili ne".⁹² Ovaj smisao – da se radi o časnom ponašanju – potvrđuje i literatura.⁹³

Zasebno pitanje je pitanje postoji li obveza na postupanje u dobroj vjeri prije sklapanja ugovora, odnosno tijekom pregovora, koje je moguće uočiti i u onim sustavima kodificiranog prava čije definicije upućuju na obvezu savjesnosti i poštenja pri ispunjenju obveza.⁹⁴ Dosljedno općim stajalištima, engleska sudska praksa odbija priznati obvezu pregovaranja u dobroj vjeri,⁹⁵ a izraženo je čak i stajalište da je "koncept dužnosti vođenja pregovora u dobroj vjeri u unutrašnjoj

⁸⁷ "Committed itself to no such overriding principle, but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness" Interfoto Picture Library Ltd. V. Stilleto Visual Programmes Ltd. (1989) 1 Q.B. 433, 439. prema Chitty on Contracts.

⁸⁸ Carter v. Boehm (1766), prema Farnsworth, E. Allan: Good Faith in Contract Performance u Beatson, Jack – Friedmann, Daniel (ur.): Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, 1997., s. 154.

⁸⁹ Mogridge v. Clapp (1892) 3 Ch. 382, 391, prema Bridge, o.c., s. 447.

⁹⁰ "Its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as playing fair, coming clean or putting one's cards face upwards on the table...", Interfoto Picture Library Ltd. V. Stilleto Visual Programmes Ltd. (1989) 1 Q.B. 433, 439. prema Chitty on Contracts, s. 13.

⁹¹ Suprotno tvrdi Goldštajn, o.c., s. 97 pozivajući se na O'Connor: Good Faith in English Law, London, 1990.

⁹² "A thing is deemed to be done in good faith... when it is in fact done honestly, whether it is done negligently or not."

⁹³ Bridge, Michael G.: The Sale of Goods, Oxford, 1997., s. 447.

⁹⁴ V. naprijed.

⁹⁵ Courtney & Fairbairn Ltd v Tolani Brothers (Hotels) Ltd (1975) 1 All ER 716, prema Furmston – Norisada – Poole: Contract Formation and Letters of Intent, 1998., s. 249.

suprotnosti sa suprotstavljenim položajem strana koje pregovaraju”.⁹⁶ K tome “dužnost pregovaranja u dobroj vjeri jednako je neprovediva u praksi kao što je sama po sebi nespojiva s položajem pregovaratelja... svaka strana je ovlaštena povući se iz pregovora u svako doba i iz bilo kojeg razloga. Stoga ne može postojati obveza za produženjem pregovaranja...”.⁹⁷ S tim u vezi – a polazeći od nepostojanja opće obveze postupanja u dobroj vjeri – u literaturi je iznesen i jedan metajuridički argument protiv obveze na dobru vjeru tijekom pregovora, a to je da bi uključivanje *good faith* u pregovore zahtijevalo od pregovaratelja da se odreknu svojih pregovaračkih prednosti.⁹⁸

Na koncu prikaza stajališta engleskog prava potrebno je naglasiti kako se ovdje radi samo o stajalištima upravo tog pravnog poretka, te kako drugi pravni poretci precedentnog prava ne stoje nužno na identičnim stajalištima, nego se individualno razvijaju i zauzimaju gledišta koja se uvijek ne podudaraju s gledištima engleskog prava. Tako je – primjerice – u pravu SAD-a, čiji prikaz slijedi.

4.3. *Načelo savjesnosti i poštenja u pravu u SAD*

Iako izvorno pripada krugu precedentnih sustava, pravo u SAD ne stoji na identičnim stajalištima glede pitanja postoji li opća obveza na savjesnost i poštenje. Za razliku od engleskog, koje pojam dobre vjere sadrži samo u vrlo ograničenom kontekstu u okviru Sale of Goods Act, propisi prava u SAD-u⁹⁹ sadrže izričite i općenite odredbe koje nalažu postupanje u skladu s načelom savjesnosti i poštenja u ispunjavanju obveza iz bilo koje vrste ugovora.¹⁰⁰

Prvo ćemo prikazati općenitu odredbu UCC-a kojom je utvrđena opća obveza postupanja u dobroj vjeri. Prema službenom komentaru odredba - prema kojoj “svaki ugovor ili dužnost iz ovog zakona nameće obvezu dobre vjere u njenom ispunjenju ili provedbi” - “postavlja temeljno načelo koje se proteže kroz zakon”.¹⁰¹ Osim što UCC dalje sadrži više odredbi gdje za pojedine situacije naglašava obvezu postupanja u dobroj vjeri, koncept dobre vjere “je širi od tih ilustracija i primjenjuje se općenito na ispunjenje ili provedbu svakog ugovora ili dužnosti”. Doktrina dobre vjere “usmjerava sud prema tumačenju ugovora u okviru komercijalnog konteksta i

⁹⁶ “Inherently repugnant to adversial position of the parties when involved in negotiations” Walford v. Miles (1992) 2 AC 128 prema Furmston-Norisada-Poole: Contract formation and Letters of Intent, 1998., s. 269.

⁹⁷ Walford v. Miles (1992) 1 All ER 453, prema Furmston-Norisada-Poole: Contract formation and Letters of Intent, 1998., s. 250.

⁹⁸ Cohen, Nili: Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate u Beatson, Jack – Friedmann, Daniel (ur.): Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, 1997., s. 28.

⁹⁹ O pravu “u SAD-u” umjesto o pravu “SAD-a” potrebno je govoriti zato što SAD nisu jedinstveno pravno područje, pa – primjerice – Kalifornija ima vlastiti Građanski i Trgovački zakon.

¹⁰⁰ V. naprijed.

¹⁰¹ UCC West s. 42.

ne stvara zasebnu obvezu *fair* i razumnog postupanja koja se može zasebno povrijediti” pa prikazana odredba “ne predstavlja temelj za zasebnu tužbu zbog propuštanja dobre vjere... nego znači da propuštanje ispunjenja određene obveze u dobroj vjeri predstavlja povredu ugovora”.

Kratko rečeno, dakle, službeni komentar UCC ne vidi načelo savjesnosti i poštenja kao zasebnu obvezu odnosno pravni temelj tužbe, nego kao prizmu ili motrište ili kut iz kojeg treba promatrati ispunjenje obveza.

Što se značenja izraza *good faith* tiče – kao što je već spomenuto – UCC sadrži definiciju prema kojoj *good faith* znači “časno glede činjenica u postupcima ili odgovarajućem poslu”. Iako bi – s jedne strane – mogli reći da definiranje olakšava utvrđivanje sadržaja, s druge strane reći kako savjesnost i poštenje znače čast posve sigurno ne doprinosi bližem određivanju sadržaja ovog pojma. Tome bolje doprinosi sudska praksa.

Zanimljivu ilustraciju shvaćanja dobre vjere predstavlja odluka u predmetu Dalton v. Educational Testing Service.¹⁰² Ugovor o testiranju pridržavao je pravo tuženika da otkáže svaki rezultat testa ako vjeruje da postoji sumnja u valjanost rezultata. Tužitelj je dva puta pristupio testu i drugi put je njegov rezultat bio skoro dvostruko bolji nego prvi. Usporedbom rukopisa od strane tuženika, tuženik je zaključio da test nije pisala ista osoba i odbio prihvatiti rezultat testa. S druge strane, tužitelj je raspolagao dokazima da je upravo on pisao test, a da je pri prvom pristupanju bio bolestan. Unatoč tome tuženik je odbio rezultate, a tužitelj podigao tužbu. Prema odluci “u slučaju dvije međusobno isključive činjenične pretpostavke... ETS je arbitrarno odlučio uzdati se samo na usporedbu rukopisa... a propuštanjem da učini makar rudimentarne napore da provjeri tužiteljeve dokaze, ... ETS je svoju ugovornu obvezu ograničio na formu koju je pretpostavio sadržaju”. Time je propustio postupati u dobroj vjeri, a upravo je ova odluka dala povod literaturi da zaključi kako u mnogo slučajeva upravo načelo savjesnosti i poštenja oduzima pravo na diskreciono odlučivanje koje je ugovoreno.¹⁰³

Osim ovoga, u sudskoj praksi izloženo je više zanimljivih stajališta. U jednom slučaju načelo savjesnosti i poštenja uzeto je kao sredstvo popunjavanja pravne praznine u ugovoru,¹⁰⁴ a u drugom je istaknuto kako će “sud... čitati prešutni sporazum na dobru vjeru i *fair dealing* u ugovoru da osigura kako nijedna strana ne oduzme drugoj plodove sporazuma”.¹⁰⁵ Posebno je, pak, zanimljiva odluka u kojoj je rečeno kako je dužnost dobre vjere “jednostavno rekristijanizacija temeljnih načela ugovornog prava”.¹⁰⁶

¹⁰² 588 NYS 2nd 741 prema Farnsworth u Good Faith and Fault in Contract Law, s. 153.-154.

¹⁰³ Farnsworth u Good Faith and Fault in Contract Law, s. 159.

¹⁰⁴ Kham & Nate's Shoes No 2 V. First Bank 908 F 2nd 1351 prema Farnsworth u Good Faith and Fault, s. 168.

¹⁰⁵ Metropolitan Life Ins Co v RJR Nabisco Inc 716 F Supp 1504, prema Farnsworth u Good Faith and Fault, s. 166.

¹⁰⁶ “Simply a rechristening of fundamental principles of contract law” Tymshare Inc v. Covell 727 F 2d 1145 (DC Cir 1984) prema Farnsworth u Good Faith and Fault, s. 161.

Kako načelo savjesnosti i poštenja nema svoje korijene u precedentnim sustavima – iz kojih je proizašlo i pravo u SAD-u, a time i način razmišljanja tamošnjih pravnih pisaca – razumljiva su različita gledišta i dvojbe tamošnje literature. Među najodređenija gledišta uvrstili bismo stajališta Summersa izložena još 1968. godine.¹⁰⁷ On je naznačio “isključujući” karakter ovog načela odnosno nepostojanje pozitivnog značenja, nego samo negativnog. Njegova lista “isključenog” skoro je doslovno prenesena u komentar odredbe o dobroj vjeri Restatementa 2nd: “Cjelovit katalog tipova *malae fidei* je nemoguć, ali slijedeći su među onima koji su priznati u odlukama sudova: rušenje duha sporazuma, nedostatak pozornosti, svjesno davanje nepotpunog ispunjenja, zlouporaba ovlasti da se specificiraju ugovorne odredbe i uplitanje ispunjenje druge strane odnosno propuštanje suradnje pri ispunjenju”.¹⁰⁸

Ovaj popis radnji kojima se vrijeđa načelo savjesnosti i poštenja pokazuje postojanje ne samo obveze suzdržavanja od postupaka protivnih ovom načelu, nego i afirmativnih (pozitivnih) obveza odnosno obveza na određeno postupanje, među koje se uvrštava obveza suradnje s drugom stranom u postizanju ciljeva sklopljenog ugovora. U ovome kontekstu – primjerice - sudska praksa je smatrala protivnim ovom načelu propuštanje izdavača da autoru dostavi uredničke komentare na prvu verziju ugovorenog teksta.¹⁰⁹

Postupanje protivno imperativu dobre vjere u pravu SAD-a katkad može dovesti i do promjene opsega odnosno vrste štete koju je dužnik dužan naknaditi. Jedan od oblika naknade štete su i *punitive damages*, čija svrha nije naknada štete nego kažnjavanje zlonamjernog ponašanja.¹¹⁰ Upravo je takva “kaznena odšteta” naložena osiguravajućim društvima zbog *malae fidei* odbijanja da isplati osiguranu svotu osiguranicima¹¹¹.

Kao i u engleskom pravu, ni u pravu SAD-a ne postoji dužnost postupanja u dobroj vjeri u predugovornim odnosima odnosno pregovorima.¹¹²

4.4. Načelo savjesnosti i poštenja u njemačkom pravu

Načelo savjesnosti i poštenja u njemačkom pravu ima svoj temelj u naprijed citiranoj odredbi par. 242 BGB-a. Značenje te odredbe u ovom pravnom poretku je

¹⁰⁷ Summers, Robert S.: Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code u Va L. Rev 1968, Vol 54., s. 195., 200.

¹⁰⁸ “Evasion of the spirit of the bargain, lack of diligence and slacking off, willful rendering of imperfect performance, abuse of a power to specify terms, and interference with or failure to cooperate in the other party's performance” Restatement 2nd Contracts, par. 205, komentar.

¹⁰⁹ Doubleday & Co Inc v Curtis 763 F 2d 495 (2nd Cir 1985), prema Farnsworth u Good Faith and Fault in Contract Law, s. 160.

¹¹⁰ Calamari, John D. – Perillo, Joseph M.: Contracts, 3. izdanje., s. 589.

¹¹¹ Gruenberg v. Aetna Ins. Co., 9 Cal. 3d 566, 108 i Smith v. American Family Mut. Ins. Co., 294 N.W. 2d 751 prema Calamari – Perillo, s. 590.

¹¹² Farnsworth: The Concept of “Good Faith” in American Law.

toliko da o njoj postoji iznimno bogata literatura i sudska praksa. Ilustraciju ogromne važnosti ovog načela za ugovore na koje će se primijeniti njemačko pravo svakako predstavlja konstatacija kako su sudska praksa i pravna znanost ovo načelo uzeli kao vladajući temelj čitavog pravnog života,¹¹³ što svakako predstavlja drastičnu razliku u odnosu prema pogledima engleskog prava, a vrlo značajnu u odnosu prema položaju ovog načela u pravu SAD-a. Ovo načelo počiva na misli da su svakom pravu imanentne društveno etičke granice i ono obvezuje na društveno primjereno vršenje prava. Sadržajno se pod pojmom savjesnosti i poštenja podrazumijevaju izvanpravne društvene obveze i etička načela koja nisu ili su sporadično uobličena u pravne norme, ali leže u temeljima čitavog pravnog poretka.¹¹⁴ Ipak, prema tekstu odredbe pri procjeni je li ova obveza povrijeđena treba uzeti u obzir običaje u prometu.¹¹⁵

Kad se promatra tekst odredbe, proizlazilo bi da je to samo obveza dužnika, što bi moglo isključiti vjerovnika i – uz to – podrazumijevati nepostojanje ove obveze u predugovornim aktivnostima. No, razrada sadržaja i pojavnih oblika odnosno konkretizacija ovog načela – poglavito u sudskoj praksi – pokazuje kako načelo savjesnosti i poštenja obvezuje ne samo dužnika nego i vjerovnika, i to – pod određenim pretpostavkama – i prije nastanka ugovora. Upravo stoga literatura kao pretpostavku primjene ovog načela navodi postojanje ne ugovora nego “posebne pravne veze” odnosno “kvalificiranog socijalnog kontakta”.¹¹⁶

Konkretizacija i funkcije ovog načela u njemačkom se pravu sistematiziraju u sljedeće skupine:¹¹⁷

1. utvrđivanje odnosno određivanje načina ispunjenja obveza,
2. stvaranje dodatnih obveza,
3. ograničenje ili isključenje odnosno modifikacija sadržaja postojećeg prava zabranom zlouporabe prava, i
4. korekcija sadržaja ugovora.

U okviru posljednjeg pojma njemačka literatura razmatra problematiku utjecaja promijenjenih okolnosti na temelj pravnog posla, što upućuje na ustanovu *clausulae rebus sic stantibus* hrvatskog prava, a u okviru pretposljednje problematiku zlouporabe prava, čija zabrana je u hrvatskom pravu naznačena kao zasebno načelo obveznih odnosa.¹¹⁸ Stoga bi – iz perspektive autora – razmatranje njemačke primjene ovih ustanova prelazilo okvire ovog rada. Također treba spomenuti kako se, naprijed već naznačena, ustanova *Verwirkung* razmatra u okviru zabrane zlouporabe prava, pa će i ona ovdje biti izostavljena.

¹¹³ Palandt, s. 193.

¹¹⁴ Muenchener Kommentar BGB, Bd. 2., 4. izdanje, 2000., (dalje: MK) s. 69.

¹¹⁵ “mit Ruecksicht auf”.

¹¹⁶ “einer rechtlichen Sonderverbindung” “qualifizierten sozialen Kontakt” MK, s. 80 i 81.

¹¹⁷ Palandt, s. 193., MK, s. 63. i 78.

¹¹⁸ Čl. 13. i čl. 133. – 136. ZOO.

Usredotočit ćemo se, dakle, na način ispunjenja obveza, a naročito na uzgredne obveze koje načelo savjesnosti i poštenja stvara u njemačkom pravu i u svezi s kojima postoji bogata sudska praksa.

Neprijeporno je da odredba par. 242. ne govori o tome koje su obveze strana, nego kako strane trebaju ispunjavati svoje obveze i utoliko ona dopunjava druge odredbe BGB-a. Ona zahtijeva od dužnika, ali i vjerovnika, takav način postupanja kakav odgovara svrsi njihovog postojećeg obveznog odnosa, a to znači kako je pri ispunjenju dužne činidbe dužnik obavezan voditi računa o interesima vjerovnika. Primjerice, dužan je voditi računa o tome da svoju obvezu ne ispunjava u nevrijeme. S druge strane, vjerovnik i pri zahtijevanju i pri primanju ispunjenja treba voditi računa o interesima dužnika, a kao primjer se navodi dužnost primanja djelomičnog ispunjenja onda kad je ono – prema okolnostima slučaja – primjereno uzimajući u obzir interese obje strane.¹¹⁹

Dodatne obveze njemačka literatura vrlo je detaljno strukturirala, odnosno podijelila u tri glavne skupine: one kojima se osigurava ispunjenje, obveze suradnje i obveze razjašnjenja.

Dodatne obveze kojima se osigurava ispunjenje dalje su podijeljene na obveze čuvanja i zaštite predmeta duga (obveze), obvezu vjernosti ugovora, zabranu ugrožavanja ili oduzimanja vrijednosti činidbi, aktivno osiguranje interesa druge strane i njenu zaštitu od trećih i naknadno osiguranje ispunjene obveze.

Obveza čuvanja i zaštita predmeta obveze manifestira se tako što “dužnik mora – kao posljedica obveze na činidbu koja se sama podrazumijeva – propustiti sve što onemogućuje uspjeh činidbe i pozitivno činiti sve što je potrebno za njeno postizanje”¹²⁰. Kao pojedinačni primjeri ovih dužnikovih obveza u njemačkoj sudskoj praksi naznačene su – primjerice – obveza dužnika da i prije predaje dopusti osiguranje stvari koja je predmet ugovora¹²¹, obveza željeznice da uredno čuva prevezenu robu i u slučaju kad je primatelj nije pravovremeno preuzeo,¹²² obveza dužnika plaćanja – koji zbog deviznih propisa nije mogao transferirati dužnu svotu – da dužnu svotu deponira tako da na nju teku kamate,¹²³ obveza zakupoprimaljca da zakupljenu stvar čuva tako da ona bude upotrebljiva i ima odgovarajuću vrijednost i nakon isteka ugovora, što se zasebno odnosi i na zakup poduzeća (pogona).¹²⁴

Nevjernost ugovoru može se pojaviti u više oblika. Pri očitovanom udaljavanju od ugovora radi se o tome da jedan suugovaratelj – izrijeком ili konkludentno – pravno nevaljano odnosno bespravno očituje da se više ne želi pridržavati dane

¹¹⁹ Čl. 13. i čl. 133. – 136. ZOO.

¹²⁰ MK, s. 103.: “sonst muss der Schuldner als selbstverständliche Folge seiner Leistungspflicht alles unterlassen, was den Leistungserfolg vereitelt, positiv alles tun, was zu seiner Erzielung erforderlich ist”.

¹²¹ RGZ 50, 169 prema MK, s. 103.

¹²² RGZ 108, 341, 343 prema MK, s. 104.

¹²³ BGHZ 26, 7, 9 prema *ibid*.

¹²⁴ RGZ 138, 192, 197 i dalje prema *ibid*.

obveze i ugovorenih uvjeta; primjerice onaj tko osporava postojanje valjanog ugovora¹²⁵ ili bez temelja očituje da poništava ugovor,¹²⁶ a još konkretnije, u takvo postupanje učvršćuje se nalogodavateljevo neopravdano i bez otkaznog roka otkazivanje zastupničkog ugovora trgovačkom zastupniku.¹²⁷ Osim toga nevjernost ugovoru može se sastojati i u ometanju nužnog zajedničkog rada koji je kadkad nužan kako bi suugovaratelj mogli uredno ispuniti svoje obveze.

Primjeri za ugrožavanje ili oduzimanje vrijednosti činidbi nalaze se u području nelojalne utakmice i industrijskog vlasništva. Njemačka sudska praksa smatra da je zakupodavatelj (prostora koji ima gospodarsku namjenu) i bez izričitog sporazuma sa zakupoprimaljem dužan suzdržati se od davanja drugih takvih prostora zakupoprimaljevim konkurentima ili ih sam koristiti u svrhu koja konkurira zakupoprimaljevoj gospodarskoj djelatnosti.¹²⁸ Sudska praksa također smatra da tužbu radi ništavosti patenta ne smije podići onaj tko se nalazi u posebnoj vezi s imateljem patenta, kao što je veza na temelju ugovora o prodaji, ugovora o licenci ili društvenog ugovora.¹²⁹

Aktivna zaštita interesa suugovaratelja i potpora u njegovim odnosima s trećim osobama sljedeći je pojavni oblik uzgrednih obveza. Ove obveze u stvarnom životu mogu se sastojati, npr., u obvezi primatelja osiguranja da stvar - koju prime kao osiguranje svojih tražbina - koriste pozorno i u najboljem interesu davatelja osiguranja.¹³⁰ Kod fiducijarnog ustupanja potraživanja, a također i u slučaju ustupanja umjesto ispunjenja ili ustupanja radi naplate, cesionar je dužan štiti interese cedenta i raniya cedentova prava prema cesusu koristiti na najbolji način.¹³¹ S druge strane, i davatelj osiguranja koji je ostao u posjedu stvari dane kao osiguranje dužan je tu stvar čuvati u interesu primatelja osiguranja, te – primjerice – obavijestiti primatelja osiguranja u slučaju provedbe ovrhe na svojoj imovini, koja bi mogla utjecati na njihov odnos.¹³² Glede, pak, potpore suugovaratelja u njegovim odnosima s trećim, sudska praksa navodi da je primatelj oštećenog vrijednosnog pisma dužan brinuti za to da pošiljatelj ne izgubi svoja prava prema pošti.¹³³

Naknadno osiguranje dane činidbe predstavlja također jedan od oblika uzgrednih obveza u koji se uvrštava dužnost cedenta da odbije ispunjenje koje mu nudi cesus zato što još nije obaviješten o obavljenju cesiji.¹³⁴

¹²⁵ RGZ 96, 292, 294 prema *ibid.*

¹²⁶ RGZ 57, 106, 113 prema *ibid.*

¹²⁷ BGHZ 53, 150 prema *ibid.*

¹²⁸ RGZ 119, 353, 355 prema MK, s. 105.

¹²⁹ Odluka BGH u GRUR 1955, 535, 537 prema MK, s. 106.

¹³⁰ Odluka BGH u NJW 1966, 2009 prema *ibid.*

¹³¹ RGZ 111, 298, 303 i 65, 79, 81 prema *ibid.*

¹³² Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsuebertragung, Bd. II 1965, s. 64. i dalje.

¹³³ OLG Colmar Eisenbe 29, 408 prema MK, s. 107.

¹³⁴ RGZ 11, 298, 303 prema MK, s. 107.

Obveza suradnje kronološki najprije se očituje pri stvaranju ugovora, što dokazuje protezanje načela savjesnosti i poštenja i na predugovorne aktivnosti stranaka odnosno na mogućnost postojanja *culpa in contrahendo*, što predstavlja još jednu značajnu razliku između njemačkog prava i *common lawa*. Iako u pravilu pregovori ne stvaraju obveze između pregovaratelja, ipak i u ovom stadiju nastanka ugovora mogu nastati obveze, a sudska praksa u pojedinim je prijepornim slučajevima priznala ne samo postojanje negativnog nego i pozitivnog interesa pregovaratelja,¹³⁵ ali samo u obliku novčane naknade, a ne prirodne restitucije koja bi se u tom slučaju sastojala u proizvodnji predmeta ispunjenja.¹³⁶ U trgovačkom pravu valjanost ugovora u nekim slučajevima znade zavisiti od pribavljanja odgovarajućeg odobrenja upravnih organa, a dobivanje takvih odobrenja često ovisi ne samo o radnjama jednog suugovaratelja nego i o suradnji drugog. Može se raditi o odobrenju kao uvjetu stupanja ugovora na snagu ili odobrenju kao pretpostavci zakonitog ispunjenja ugovornih obveza. Iako se u prvom slučaju još ne može govoriti o postojanju ugovornih obveza, ipak su i tada oba suugovaratelja dužna, primjerice, dati odgovarajuća očitovanja u postupku koji prethodi odobrenju,¹³⁷ i ta obveza izvire iz promatranog načela. Isto vrijedi i nakon što ugovor postane valjan, ako je za ispunjenje obveza jedne strane potrebno neko odobrenje, npr. devizno, no sad se radi o načelu savjesnosti i poštenja u okviru ispunjenja ugovornih obveza, a ne prije nastanka ugovora.

Pretpostavka postojanja obveze razjašnjenja¹³⁸ je situacija u kojoj suugovaratelj na temelju savjesnosti i poštenja i poštenog postupanja u prometu smije očekivati davanje određenih obavijesti odnosno savjeta. Ona postoji pri posebnim vrstama ugovora koje se sklapaju i koje podrazumijevaju posebno međusobno povjerenje suugovaratelja, kao što su društveni ugovori ili trajni obveznopravni odnosi,¹³⁹ a posebno je važna u bankarskim ugovorima. Iako takva općenita obveza banke ne postoji,¹⁴⁰ ipak posebne okolnosti slučaja mogu dovesti do nastanka obveze banke da upozori svog suugovaratelja na rizike i opasnosti pri sklapanju, primjerice, ugovora o kreditu s drugim bančnim klijentom. To će biti slučaj kad je banci poznato da je prospektivni primatelj kredita obustavio plaćanja. Također primjerice, banka će biti dužna obavijestiti klijenta o deviznim zabranama za koje može pretpostaviti da su nepoznate klijentu.¹⁴¹

¹³⁵ Odluka BGH u NJW 1965, 812, 814 prema MK, s. 110.

¹³⁶ Odluka BGH u WPM 1968, 1402 prema *ibid*.

¹³⁷ Odluka RG u JW 1926, 1427 prema MK, s. 111.

¹³⁸ Aufklärungspflichten bismo doslovno preveli kao obvezu razjašnjenja, no ona se zapravo sastoji u obvezi davanja savjeta drugoj strani MK, s. 123.

¹³⁹ BGH LM par 276 prema MK, s. 124.

¹⁴⁰ MK, s. 127.

¹⁴¹ BGHZ 23, 222, 227 prema MK, s. 128.

4.5. Načelo savjesnosti i poštenja u švicarskom pravu

Kao i u njemačkom, i u švicarskom pravu načelo savjesnosti i poštenja ima vrlo značajnu i važnu ulogu, posebno je analizirano u literaturi i često primijenjeno u sudskoj praksi.

Obveza savjesnosti i poštenja postoji već u predugovornom stadiju, tijekom pregovora, jer švicarsko pravo uzima odnos pregovaratelja kao "pravni odnos u kojem je konkretizirana opća obveza postupanja u skladu s načelom savjesnosti i poštenja".¹⁴² Tijekom pregovora ova obveza strana sastoji se od više konkretnih obveza, među kojima se posebno ističu obveza poštenog pregovaranja, obveza poduzimanja mjera koje su potrebne da tijekom pregovora ne budu oštećena pravna dobra druge strane i – što je posebno zanimljivo – obveza uzimanja u obzir interesa druge strane koja biva povrijeđena onda kad jedna strana iskorištava slabosti druge strane tako da si sklapanjem ugovora priskrbi pretjerane prednosti na trošak druge strane.¹⁴³

Iz naprijed citiranog navoda također proizlazi kako načelo savjesnosti i poštenja postoji kao opća obveza postupanja strana. Ta obveza posebno je naglašena pri ispunjavanju ugovornih obveza gdje dio dodatnih obveza – čije ispunjenje nije utuživo - u svezi s predmetom ispunjenja proizlazi upravo iz načela savjesnosti i poštenja. Osim općenito, ovo načelo obvezuje i u čitavom nizu konkretnih slučajeva gdje odgovor na pitanje je li strana povrijedila obvezu postupanja prema tom načelu ili nije, bitno utječe na njen pravni položaj odnosno mogućnost ostvarenja subjektivnih prava. Iz njega proizlazi obveza razjašnjenja, ono se primjenjuje pri sudskom tumačenju ugovora, kod uvjetnih poslova, u svezi sa zabudom i u drugim slučajevima.

I švicarski sudovi promatrali su više postupanja stranaka kroz prizmu načela savjesnosti i poštenja, a ovdje će se izložiti recentna stajališta dostupnih odluka švicarskog Saveznog suda.

Glede općenitog značenja i uloge ovog načela švicarski Savezni sud stoji na stajalištu koje je dijametralno suprotno gledištu engleskih sudova. Za njega "Obveza savjesnosti i poštenja u poslovnom prometu, koja predstavlja izričaj istog temelja kao i zabrana zlouporabe prava, pripada u krug univerzalno priznatih pravnih dobara čijoj zaštiti služi javni poredak".¹⁴⁴

Glede konkretizacije ovog načela švicarska sudska praksa približava se njemačkoj u svezi s obvezama razjašnjenja koje su manifestacija načela savjesnosti i poštenja. To je izraženo navođenjem kako "... načelo savjesnosti i poštenja pri poduzimanju pregovora obvezuje strane na obostrano ispravno razjašnjenje o značajnim činjenicama koje druga strana ne zna niti treba znati, ali koje mogu

¹⁴² Gauch – Schluep – Schmid – Rey: Schweizerisches obligationenrecht Allgemeiner teil, 7. izdanje, 1998., Bd. 1., s. 192.

¹⁴³ Ibid., s. 193. – 194.

¹⁴⁴ 4C.36/2000/otd od 21. Januar 2002.

utjecati na njenu odluku od sklapanju ugovora ili njegovim uvjetima”.¹⁴⁵ U ovoj odluci potrebno je uočiti i vremenski doseg načela savjesnosti i poštenja koje se – ponovno suprotno nego u *common lawu* – proteže i na razdoblje prije sklapanja ugovora, tj. na predugovorne aktivnosti.

Savjesnost i poštenje značajni su i onda kad druga strana određenim propuštanjem u odgovarajućem kontekstu navede prvu – koja postupa savjesno i pošteno – na opravdano uvjerenje o tome da propuštanje predstavlja konkludentnu radnju s odgovarajućom posljedicom. Primjer toga je navod da “Kao priznanje duga vrijedi svako držanje dužnika koje vjerovnik uz načelo savjesnosti i poštenja smije uzeti kao potvrdu (postojanja- op. a.) pravne obveze”, pri čemu treba naglasiti kako se u ovom slučaju radilo se o “sporazumu... u kojem nije bilo potvrđeno ništa drugo osim provedbe raskida ugovora, (pa je propuštanje uvrštenja pitanja duga u sporazum) tužitelj mogao u dobroj vjeri razumjeti kao priznanje duga”.¹⁴⁶

5. Zaključci

S obzirom na broj država ugovornica i veliki udio ugovora o prodaji u ukupnom broju trgovačkih ugovora s međunarodnim obilježjem, na vrlo značajan broj trgovačkih ugovora s međunarodnim obilježjem, primijenit će se Konvencija UN-a o međunarodnoj prodaji robe.

Savjesnost i poštenje u Konvenciji UN-a o međunarodnoj prodaji robe spomenuti su u čl. 7. st. 1. kao jedan od elemenata koje se mora biti uzeti u obzir pri tumačenju konvencije, a ne kao načelo konvencije. S obzirom na različita shvaćanja literature i sudske i arbitražne prakse glede sadržaja, značenja i uloge savjesnosti i poštenja prema ovoj konvenciji, postoji nedostatna sigurnost odnosno izvjesnost glede dosega primjene načela savjesnosti i poštenja u primjeni ove konvencije. S obzirom na odredbe konvencije koje nalažu tumačenje konvencije u skladu s njenim međunarodnim karakterom i potrebom njene ujednačne primjene s jedne strane i nedostatnu izvjesnost glede bitnih elemenata pojma savjesnosti i poštenja u konvenciji, ove pravne praznine potrebno je – i moguće temeljem čl. 7. st. 2. te konvencije – popuniti odgovarajućom primjenom pravila onog pravnog poretka čije pravo je mjerodavno za ugovor na temelju pravila međunarodnog privatnog prava.

Shvaćanje i značenje načela savjesnosti i poštenja razlikuje se u pojedinim pravnim poretcima, ali se oni mogu grubo podijeliti u dvije skupine. U prvu skupinu – u koju bi se uvrstilo hrvatsko, njemačko i švicarsko pravo – uvrstili bi se pravni poretki u kojima načelo savjesnosti i poštenja predstavlja jedan od temelja ugovornog prava koji u primjenu pravnih normi unosi izvanpravne elemente (etičke) tako što dopunjava ili korigira primjenu pravnih pravila. U drugu skupinu – u koju bi se uvrstilo englesko pravo – uvrstili bi se pravni poretki koji načelo savjesnosti i

¹⁴⁵ 4C.192/1998/rnd od 19. April 2000.

¹⁴⁶ 4C.60/2002 /rnd od 16. Mai 2002.

poštenja ne poznaju kao općenito načelo ugovornog prava u upravo spomenutom smislu.

Onda kad se pravo nekog pravnog poretka primjenjuje uz Konvenciju UN-a o međunarodnoj prodaji robe, shvaćanja tog pravnog poretka značajno će utjecati na primjenu odredbe te konvencije o savjesnosti i poštenju zato što vrlo elastična formulacija odredbe čl. 7. st. 2. te konvencije otvara prostor primjeni nacionalnih shvaćanja načela savjesnosti i poštenja. Zbog toga će podredna primjena – primjerice, hrvatskog, njemačkog i švicarskog prava – značiti davanje značajno veće pozornosti pitanju jesu li strane postupale u skladu s načelom savjesnosti i poštenja, no što će to biti slučaj pri podrednoj primjeni engleskog prava.

Literatura

1. Andersen, Camilla Baasch: Uniformity in the CISG in the first decade of its application u Fletcher – Mistelis – Cremona: Foundations and Perspectives of International Trade Law, 2001.
2. Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe u Gorenc, Vilim – Schwank, Friedrich – Slakoper, Zvonimir: Međunarodna pravila za kupoprodaje, plaćanja i arbitraže, 1996.
3. Bianca, C.M. – Bonell, M.J.: Commentary on the International Sales Law, 1987.
4. Bridge, Michael G.: The Sale of Goods, 1997.
5. Buerger, W.: Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und "Billigkeit" im schweizerischen Zivilrecht, Bern, 1939.
6. Calamari, John D. – Perillo, Joseph M.: Contracts, 3. izdanje.
7. Chitty on Contracts, 27. izdanje, 1994.
8. Codice Civile u I Codici commentati, Piacenza, 1997.
9. Code Civile, Dalloz, 2001.
10. Eiselen, Sieg : Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa, u 116 South African Law Journal, Part II (1996)
11. Farnsworth, Allan E.: Good Faith in Contract Performance u Beatson, Jack – Friedmann, Daniel (ur.): Good Faith and Fault in Contract Law, 1997.
12. Farnsworth, Allan E.: The Concept of "Good Faith" in American Law, 1993.
13. Furmston, Michael – Norisada, Takao – Poole, Jill : Contract Formation and Letters of intent, 1997.
14. Gauch – Schluep – Schmid – Rey: Schweizerisches obligationenrecht Allgemeiner teil, 7. izdanje, 1998., Bd. 1.
15. Goldštajn, Aleksandar: Trgovačko ugovorno pravo, 1991.
16. Good faith and fault in contract law Beatson, Jack – Friedmann, Daniel (ed.), 1997.
17. Gorenc, Vilim: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, 1998.
18. Hiroshi Oda: Japanese Law, 2. izdanje, 2001.
19. Izbor odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske br.2/1996., br. 2/1999. i br. 1/2001.
20. Klein, John: Good Faith in International Transactions, 15 Liverpool Law Review (1993)
21. Magnus, Ulrich: General Principles of UN-Sales Law, www.cnr.it/CRDS/b_date.htm
22. Matić, Željko: Obveznopравни odnosi s međunarodnim, međurepubličkim i međupokrajinskim obilježjem u Obvezno pravo, prva knjiga, II izdanje, Zagreb 1979.
23. Muenchener Kommentar BGB, Bd. 2, 4. izdanje, 2000.

24. Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61. izdanje, 2000.
25. Poljski Građanski zakonik (engl. tekst), Polish Academy of Sciences, Institute of State and Law, Warszawa, 1981.
26. *Praxis Iuridica Mercatoria* br. 1
27. Pregled sudske prakse Naše zakonitosti br. 26, 34, 45, 47, 51 i 53.
28. Rosett, Arthur: 'Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (1984) 45 *Ohio State Law Journal*
29. Rummel, Peter (ur.): *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1990.
30. Schlechtriem, Peter (ur.): *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 1998.
31. Schlechtriem, Peter: *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*, Rim, 1997.
32. *Schweizerische Zivilgesetzbuch*.
33. *Selected Commercial Statutes*, West 1995.
34. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsuebertragung*, Bd. II 1965.
35. Sim, Disa: *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2001.
36. Summers, Robert S.: *Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code u Va L. Rev* 1968, Vol 54
37. *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, 1994.
38. *UNILEX*, release 3.0, 1999.
39. Vedriš, Martin – Klarić, Petar: *Građansko pravo*, 4. izdanje, 2000.
40. Vizner, Boris – Bukljaš, Ivan: *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, 1978.
41. Wool, Jeffrey 'Rethinking the Notion of Uniformity in the Drafting of International Commercial Law: A Preliminary Proposal for the Development of a Policy-based Unification Model' (1997) 1 *Uniform LR* 46

Summary

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN COMMERCIAL CONTRACTS WITH INTERNATIONAL ELEMENT

In a great number of countries basic principles of civil law include the principle of good faith and in a significant number of these countries it is a fundamental principle of contract law. Having in mind position of the principle of good faith in national legal orders, this article explores its existence and application in commercial contracts with international element. Since the UN Convention on International Sale of Goods is binding for a wide range of countries, there is a significant probability that in a large number of actual cases of international trade the Convention will be applied. Thus, the article presents the principle of good faith in comparative literature related to this principle contained in the Convention, as well as the concrete violations of this principle in case-law and decisions of arbitration. Since the flexible formulation of principle of good faith in the Convention enables application of

national laws, the principle of good faith is further discussed in the perspective of Croatian, English, German, Swiss and US law. It is noticed that in *civil law* countries this principle is considered to be a fundamental, or one of the fundamental principles, of contract law applied already in the phase of negotiating through the final execution of all the contractual obligations, while the English law does not recognize this principle in general terms. Law in the USA deviates from the traditional *common law* standpoint; in regulating relations of the contracting parties after entering into contract it adopts solutions that are closer to the *civil law* countries, while in the negotiation phase it retains the traditional *common law* position. In the area of its existence and application, this principle introduces metajuridical elements in law enforcement and prevents formalistic application of regulations when behavior of a contracting party contravenes relevant ethical principles.

Key words: *principle of good faith, Treu und Glauben, Good faith, commercial contracts with international element, UN Convention on International Sale of Goods, Croatian law, English law, German law, law in the US, Swiss law.*

Zusammenfassung

DAS PRINZIP TREU UND GLAUBEN IN HANDELSVERTRÄGEN INTERNATIONALEN CHARAKTERS

Das Prinzip Treu und Glauben besteht in einer Reihe von Ländern unter den Prinzipien des bürgerlichen Gesetzbuches, und in einer bedeutenden Zahl dieser Länder ist es eines der Grundprinzipien des Vertragsrechts. Unter Berücksichtigung der Stellung dieses Prinzips innerhalb der nationalen Rechtsordnungen wird in vorliegender Arbeit Bestehen und Anwendung dieses Prinzips in Handelsverträgen mit internationalem Charakter untersucht. Hinsichtlich der vielen Länder, die zum weiten Kreis der Partei der Konvention der UN über internationalen Kauf gehören, besteht die Wahrscheinlichkeit, dass für eine große Zahl realer Fälle des internationalen Kaufs gerade diese Konvention angewandt wird. Infolgedessen wird das Prinzip in der vergleichenden Literatur aufgezeigt, die sich gerade mit diesem Prinzip der erwähnten Konvention beschäftigt sowie die Erscheinungsformen der Durchführung dieses Prinzips "Treu und Glauben" in der Rechtsprechung. Als elastische Formel öffnet das Prinzip "Treu und Glauben" in der Konvention der UN über internationalen Kauf den Raum für die Anwendung nationaler Rechte. Das Prinzip "Treu und Glauben" wird außerdem aus der Sicht des kroatischen, englischen, deutschen und schweizerischen Rechts dargestellt sowie im Recht der USA. Auffällig ist, dass die Länder des *civil law* dieses Prinzip als Grundprinzip oder eines der grundlegenden Prinzipien des Vertragsrechts auffassen, das bereits ab der

Verhandlung bis zu den schließlich erfüllten Vertragsverpflichtungen angewandt wird, während das englische Recht dieses Prinzip – als allgemeines – nicht kennt. Das Recht der USA weicht von diesem traditionellen Ansatz des common law ab und hinsichtlich der Abweichung des Vertragspartners nach der Schließung des Vertrags nähert es sich dem civil law an. Doch hinsichtlich des Verhaltens im Lauf der Verhandlung behält es die traditionelle Position des common law bei. Dort wo es besteht und angewandt wird, trägt dieses Prinzip metajuridische Elemente in die Rechtsanwendung hinein bzw. beseitigt die formalistische Anwendung von Vorschriften, wenn das Verhalten der Vertragspartner den entsprechenden ethischen Auffassungen widerspricht.

Schlüsselwörter: *Treu und Glauben, Good faith, Handelsverträge internationalen Charakters, Konvention der UN über internationalen Kauf, kroatisches Recht, englisches Recht, deutsches Recht, Recht der USA, schweizerisches Recht.*

Sommario

PRINCIPIO DI COSCIENZA E ONESTÀ NEI CONTRATTI COMMERCIALI CON CARATTERE INTERNAZIONALE

In un grande numero di paesi i principi fondamentali del diritto civile contemplano il principio di coscienza e onestà e in un numero significativo di questi paesi esso è un principio fondamentale del diritto contrattuale. Avendo presente la posizione di questo principio negli ordinamenti giuridici nazionali, questo lavoro esplora la sua esistenza e applicazione nei contratti commerciali con carattere internazionale. Poiché la Convenzione ONU sulla vendita internazionale di beni è vincolante per una vasta serie di paesi, c'è una grande probabilità che la Convenzione sia applicata in un ampio numero di casi attuali di commercio internazionale. Così è presentato il principio di coscienza e onestà nella letteratura comparata in relazione a questo principio contenuto nella citata Convenzione, così come le concrete violazioni di questo principio nel diritto giurisprudenziale e nelle decisioni arbitrali. Siccome la formulazione elastica del principio di coscienza e onestà nella Convenzione ONU sulla vendita internazionale di beni apre uno spazio all'applicazione dei diritti nazionali, il principio di coscienza e onestà è discusso altresì nella prospettiva del diritto croato, inglese, tedesco e svizzero, come nel diritto negli USA. È osservato che nei paesi di civil law questo principio è considerato essere il fondamentale o uno dei fondamentali principi del diritto contrattuale, che si applica già nella fase della negoziazione, sino all'esecuzione finale delle obbligazioni contrattuali, mentre il diritto inglese non riconosce questo principio in generale. Il diritto negli USA si allontana da questo orientamento tradizionale di common law e rispetto alla regolazione delle relazioni delle parti contrattuali dopo

la formazione del contratto si avvicina al civil law, ma nella fase della negoziazione mantiene la posizione tradizionale di common law. Nel luogo della sua esistenza e applicazione, questo principio introduce elementi metagiuridici nell'attuazione del diritto e previene la formalistica implementazione di regole quando il comportamento di una parte contrattuale è contrario ad adeguati principi etici.

Parole chiave: *principio di coscienza e onestà (buona fede), Treu und Glauben, Good faith, contratti commerciali con carattere internazionale, Convenzione ONU sulla vendita internazionale di beni, diritto croato, diritto inglese, diritto tedesco, diritto negli USA, diritto svizzero.*

REFORMA NJEMAČKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA S POSEBNIM OSVRTOM NA EUROPSKE ASPEKTE TE REFORME

Dr. Stefan Pürner, odvjetnik
Nürnberg

UDK: 366.5::061.1EU(430)
347.4/.5::061.1EU(430)
Ur.: 20. siječnja 2003.
Pr.: 19. veljače 2003.
Pregledni znanstveni članak

Članak daje prikaz nedavne reforme njemačkog Građanskog zakonika (BGB-a). U prvom dijelu članak predstavlja povijest te reforme, koja se sastoji iz dva dijela: ostvarenja već dugo planiranih izmjena i dopuna odredaba BGB-a i implementacije zahtjeva određenih smjernica Europske zajednice o zaštiti potrošača instrumentima obveznog prava. Spomenuta implementacija dokazuje da su nacionalni zakonodavci država članica izgubili jedan dio svog suvereniteta. Osim toga, ona je primjer za činjenicu da europsko pravo postaje sve važnije i za civiliste, pa i kada se oni bave samo nacionalnim obveznim pravom. Stoga svaki pravnik neke države članice treba znati i posebnosti europskog prava, odnosno onih odredaba nacionalnog prava koje su donijete implementacijom smjernice (posebice načelo tumačenja takvih odredaba u skladu sa smjernicom, koje predstavlja jednu dodatnu metodu tumačenja normi "s europskim korjenima"). Isto vrijedi i za pravnike u ovim državama koje tek namjeravaju postati države članice. Međutim, europeizacija obveznog prava radi zaštite potrošača dosadašnjim smjernicama je tek početak jedne šire europeizacije obveznog prava. Naime, u pripremi je jedan jedinstveni europski kodeks ugovornog prava, koji će, ovisno o rezultatu rada, ili u cjelini nadomjestiti nacionalna ugovorna prava ili, što se čini vjerojatnije, dopustiti državama članicama još prostora za dodatno reguliranje ugovornog prava.

Ključne riječi: *pravo europske zajednice, njemačko pravo, harmonizacija nacionalnog prava, reforma obveznog prava, smjernice/direktive, zaštita potrošača, ugovor o prodaji, zastara.*

A. Uvod

I. Cilj ovog referata

Njemački Građanski zakonik (BGB)¹, koji je stupio na snagu 1. siječnja 1900., nije samo najvažniji zakon u svakodnevnom njemačkom pravnom životu, nego i jedan od najuspješnijih njemačkih "izvoznih proizvoda", jer je služio kao uzor za niz drugih građanskih zakonika i zakona o obveznim odnosima (Japan, Grčka, Bugarska). Naravno, tijekom prošlog stoljeća, BGB je više puta mijenjan i dopunjavan. Međutim, 1. siječnja 2002. stupila je na snagu najveća dosadašnja reforma BGB-a.² Koji su bili razlozi za tu reformu? Na kojim područjima i kako se BGB reformom promijenio? Kakvu je ulogu u ovoj reformi igralo europsko pravo ili, bolje rečeno, harmonizacija pravnih propisa iz područja obveznog prava? I konačno, što se može s gledišta hrvatskog prava, odnosno hrvatskog pravnika, zaključiti iz nedavne reforme njemačkog BGB-a? U ovom ćemo radu pokušati dati odgovor na ta pitanja.

II. Razlozi i povodi za reformu BGB-a

U vezi s pripremom reforme moramo razlikovati razloge i povode. Naime, povod reforme je bila obveza SR Njemačke da do 1. siječnja 2002. promijeni i prilagodi određene dijelove svog obveznog prava u skladu sa zahtjevima određenih smjernica Europske zajednice iz područja zaštite potrošača. Međutim, reforma se nije iscrpila u ispunjenju zahtjeva tih smjernica, nego je išla znatno dalje.

III. Nedostaci BGB-a³

BGB je u vrijeme svog donošenja bio moderan zakon. Slijedio je koncepciju da bi građanin na sva pravna pitanja iz civilnog prava koja ga se mogu osobno ticati trebao pronaći odgovore u jednom jedinstvenom zakoniku. Zato BGB nije samo zakon o obveznim odnosima, nego sadrži i odredbe koje su u drugim pravnim sustavima sadržane u različitim drugim zakonima, npr. obiteljskom zakonu, zakonu o stvarnopravnim odnosima, zakonu o nasljeđivanju.

¹ *Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, Reichsgesetzblatt (RGBl.) 1896., str. 195.* na dalje, sa zadnjim izmjenama i dopunama iz *Gesetz über die Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001., Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 2001., str. 3138.*

² Istovremeno, reforma je bila i jedan od najspornijih zakonodavnih projekata, usp. *Daniel Zimmer* Das neue Recht der Leistungsstörung, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2002., str. 1., *Herta Däubler-Gmelin*, Die Entscheidung für die sogenannte große Lösung bei der Schuldrechtsreform – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001., str. 2281. na dalje (str. 2286.) i zajednička deklaracija 258 sveučilišnih docenata obveznog prava na www.uni-passau.de/altmeppen.

³ Prikaziv svih nedostataka i pravnih instituta koji su postali neprimjerenim prelazilo bi okvire ovoga referata. Zato navodimo samo primjere.

1. Norme bez velikog praktičnog značenja

Međutim, vremenom se, primjenjivanjem BGB-a pokazalo da neka rješenja nisu bila baš najbolja. Neke norme nisu imale baš veliko praktično značenje ili su ga kasnije izgubile (npr. izričito utvrđeno pravo vlasnika roja pčela da u pratnji bježećeg roja smije i pristupiti na tuđe nekretnine, i norme o stvarnopravnim odnosima nad rojevima pčela različitih vlasnika nakon spajanja tih rojeva, bivši članci 961. do 964.⁴).

2. Norme koje nisu bile prilagođene praksi

Niz normi BGB-a nije bio prilagođen potrebama dnevne pravne prakse. Pravo nedostatka činidbi (*Leistungsstörungsrecht*) je imalo više mana. Težište zakonskih odredbi (bivši članci 323. do 325., bivši članak 306.) je bilo na nemogućnosti izvršenja činidbe (*Unmöglichkeit*), što je u praksi rijetkost. Za razliku od toga, neuredno izvršenje, koje je u praksi najčešći slučaj nedostatka činidbe, u općem obveznom pravu uopće nije regulirano, a u posebnom dijelu samo djelomično.⁵ Neke su odredbe, zbog svoje prekomplikiranosti predstavljale prave "zasjede za vjerovnika" (*Gläubigerfallen*). Naime, prema ranijoj koncepciji BGB-a (točnije: prema starom članku 326. st. 1., 2. rečenica), vjerovnik bi izgubio pravo na ispunjenje prvobitne činidbe čim bi rok za naknadno ispunjenje, koji je on dao dužniku, protekao bez rezultata. Dakle, u praksi su mnogi vjerovnici koji su zbog nepoznavanja tih pravnih posljedica svojim dužnicima davali takve rokove (a koji su još uvijek željeli ispunjenje prvobitne činidbe) izgubili to pravo. Slična situacija postojala je u vezi s raskidom (*Rücktritt*) dvostranog ugovora. Ranije je raskid od strane vjerovnika isključivao pravo vjerovnika da zatraži naknadu štete prema općim odredbama BGB-a. Stupanjem na snagu novih članaka 281. st. 4. odnosno 325., te su za vjerovnika štetne pravne posljedice davanja roka za naknadno ispunjenje, odnosno raskida, otklonjene.⁶ Pravni tretman ugovora o prodaji sadržavao je niz posebnosti koje nisu bile u skladu s načelima UN-ova kupoprodajnog prava.⁷ Primjerice, materijalne nedostatke stvari (*Sachmangel*) tretiralo se drugačije nego pravne nedostatke stvari (*Rechtsmangel*⁸).

3. (Pre)komplikiran sustav zastare

Treći problem predstavljale su odredbe koje su bez praktične potrebe suviše komplicirale primjenu prava. Primjer za to bile su odredbe o zastari koje su izričito

⁴ Svi citirani članci su članci BGB-a, ukoliko naslov zakona nije izričito naveden.

⁵ Däubler-Gmelin, op. cit., str. 2283.

⁶ U vezi s time usp. primjerice, Andreas Eickhoff, Schuldrechtsreform: Änderungen im allgemeinen Schuldrecht, Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAB-Mitteilungen) 2001., s. 267. na dalje str. 267.

⁷ Däubler-Gmelin, op. cit., str. 2289. upozorava na to da je smanjivanje spomenutih nacionalnih posebnosti u korist njemačkog gospodarstva.

⁸ V. primjerice Däubler-Gmelin, op. cit., str. 2285.

regulirale zastaru (i odredile poseban rok zastare) za potraživanja određenih zahtjeva (bivši čl. 196.) na različit način. To je vodilo do toga da je rok zastare, ovisno od naravi pravnog zahtjeva, mogao iznositi između 6 mjeseci i 30 godina.

4. Nekodificirane pravne institucije (“šutnja BGB-a”)

Četvrti su problem bili neki opći pravni instituti, koji su se u praksi (za razliku od problema iz spomenutog područja “pčelarskog prava”) češće javljali, ali nisu bili predviđeni BGB-om. Primjeri za to su *culpa in contrahendo* (c.i.c. ili *Verschulden bei Vertragsschluss*) i tzv. pozitivno kršenje ugovora (*positive Vertragsverletzung*). To su bile povrede ugovornih obveza koje nisu bile spomenute u BGB-u i za koje, dakle, nisu bile predviđene pravne posljedice kao ni rok zastare za zahtjeve nastale na tom temelju.

Problem primjene tih, u zakonu nesadržanih, pravnih instituta sudska je praksa relativno lako mogla riješiti njihovim uvođenjem putem analogije prava i zakona. Međutim, u svezi sa zastarom su se opet pojavili problemi i nastali ponekad teško razumljivi (ako ne i apsurdni) rezultati. Naime, njemačka sudska praksa mogla je “izmisliti” te nedostajuće institute. Međutim, kad se postavilo pitanje koji rokovi zastare vrijede za te institute, sudska je praksa bila prinuđena “podvesti” te institute u sustav postojećih propisa o zastari. Njemački BGB je predvidio redovni rok za zastaru od 30 godina. Drugi rokovi zastare za određene u BGB-u izričito predviđene institute bili su u nekim slučajevima samo dvije ili četiri godine. S obzirom da za pravne institute koji su bili stvoreni tek sudskom praksom (naravno) nije bio predviđen neki kraći rok u BGB-u, moralo se za njih koristiti već spomenuti opći rok od 30 godina.

To je izazivalo dosta proturječnosti i zahtijevalo dosta “intelektualne gimnastike” da bi ih se izbjeglo. Primjerice, rok odgovornosti prodavatelja za nedostatke stvari bio je samo 6 mjeseci. (Ovaj je rok, u međunarodnoj usporedbi, bio više nego kratak i nije bio baš u skladu s općim imageom njemačkih kvalitetnih proizvoda.) Dakle, prodavatelj koji je prodao neku stvar s nedostatkom je nakon šest mjeseci bio oslobođen od odgovornosti, jer su pravne posljedice prodaje robe s nedostatkom i rok zastare bili izričito predviđeni u BGB-u (bivši članak 477. st. 1.). Prodavatelju koji je, međutim, prodao stvar bez nedostatka, ali je povrijedio neku drugu obvezu iz ugovora o prodaji rok zastare bio je 60 (!) puta duži. Primjerice, prodavatelj koji je pogrešno savjetovao kupca prilikom kupnje neke određene stvari učinio je pozitivnu povredu ugovora (*positive Vertragsverletzung* odnosno *positive Forderungsverletzung*). S obzirom da takva povreda “prešutne” obveze iz ugovora nije bila izričito spomenuta u BGB-u, na taj se slučaj moglo samo primijeniti opći rok zastare od 30 godina iz bivšeg člana 195.

B. Priprema reformi BGB-a i promjene njemačkog obveznog prava u fazi do reforme BGB-a

I. Stari planovi za reformu BGB-a

Pravnici iz drugih zemalja često misle da u Njemačkoj stvari idu znatno brže nego drugdje. Za razliku od nekih drugih stvari,⁹ to nije bilo tako s reformom BGB-a, koja je desetljećima bila samo plan, i koja bi bez “europskih faktora” vjerojatno još danas bila samo zakonodavni projekt. Naime, inicijativu za reformu BGB-a pokrenuo je savezni ministar pravosuđa Hans Jochen Vogel već davne 1978. godine. Komisija za izradu prijedloga reforme, osnovana 1992. godine, predstavila je prijedlog 1994. godine na 60. *Juristentag*-u (znanstveni skup pravnika bez formalne uloge u zakonodavnom postupku).

Komisija je smatrala da su potrebne promjene u sljedećim područjima:

- pravo zastare potraživanja (*Verjährungsrecht*)
- pravo nedostataka činiidbi (*Leistungsstörungenrecht*) i
- pravo odstupanja od ugovora/raskidanja ugovora zbog određenih razloga (*Rücktrittsrecht*)
- pravo ugovora o prodaji (*Kaufvertragsrecht*)
- pravo ugovora o djelu (*Werkvertragsrecht*).

Juristentag je pozdravio prijedlog većinom glasova. Međutim, zakonodavac nije proveo reformu. Trebalo je da “netko izvana pokuca na vrata” da bi se reforma, konačno, ozakonila.

II. Implementacija europskih smjernica dopunila je njemačko obvezno pravo i dovela do stvaranja posebnih zakona obveznopravnog karaktera pored BGB-a

Prije tog “kucanja na vratima” njemačko obvezno pravo je doživjelo niz promjena. Posljedica je činjenica da je SR Njemačka član Europske unije i time je prenijela dio svog zakonodavnog suvereniteta na različite europske zajednice.¹⁰ Tijekom godina su, pored BGB-a, doneseni zakoni koji su regulirali određene specifičnosti pravnih pitanja koja su inače bila regulirana BGB-om, primjerice:

⁹ Primjerice, prosječan parnični postupak kod *Amtsgericht* (prvostupajski sud u sporovima u kojima vrijednost spora iznosi do 5.000 eura) traje samo 4,5 mjeseci. Kod *Landgericht* (prvostupajski sud u sporovima u kojima vrijednost spora iznosi više do 5.000 eura) isti postupak prosječno traje 6 mjeseci, v. *Stellungnahme des Ausschusses “Justizreform” des deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses “(ZPO-RG)*, objavljen u *Sonderheft zum Anwaltsblatt* 5/2000.

¹⁰ Razlikovanje pojmova “Europske unije” i europskih zajednica (posebice Europske zajednice, bivše Europske gospodarske odnosno ekonomske zajednice) često stvara zablude. Za detalje vidi udžbenik *Matthiasa Herdegena*, *Europarecht*, 4. prerađeno i prošireno izdanje, München 2002, str. 37. (rubni broj 40), str. 39. (rubni broj 43) i str. 51. na dalje (rubni broj 64) na dalje. (Za lakše pronalaženje određenog djela teksta u različitim izdanjima, glave knjige nisu samo podijeljene po stranama, nego i po “rubnim

- Zakon o potrošačkim kreditima (*Verbraucherkreditgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29.6.2000, BGBl. I, S. 941*)
- Zakon o općim uvjetima poslovanja (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. I 1976, 3317*, posljednji put mijenjan putem *Gesetz zur Änderung des ABG-Gesetzes und der Insolvenzordnung vom 19.7. 1996, BGBl. I 1996, 1013*, skraćeno AGBG)¹¹
- Zakon o opozivanju poslova sklopljenih na kućnim vratima (*Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16.01.1986 (BGBl. 1986 I, 122)*, sa zadnjim izmjenama putem *Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtsgesetz- TzWrG) vom 20.12. 1996, BGBl. 1996 I, 2154*, skraćeno *Haustürwiderrufsgesetz*).

Ovi su zakoni doneseni implementiranjem odnosnih smjernica u njemačko pravo (ili su im smjernice bile uzor¹²). Za pravnog praktičara to je značilo da je koncept BGB-a kao jedinstvenog zakonika, u kojem se na jednom mjestu može naći odgovore na mnoštvo pitanja iz dnevnog života, bio postepeno napušten. Umjesto toga, niz “pratećih zakona” skupilo se oko BGB-a kao “sateliti” koji kruže oko nekog planeta.

Dakle, u ovim pravnim područjima Njemačka je “ugradila” smjernice u svoje pravo donošenjem novih zakona, pored BGB-a. Primjerice, propisi koji su doneseni pri prilagođavanju njemačkog prava sa smjernicom o potrošačkim kreditima nisu postali dio BGB-a (npr. u okviru propisa o ugovoru u zajmu), nego su doneseni u okviru posebnog zakona o potrošačkim kreditima. Opći uvjeti poslovanja isto tako nisu se našli u BGB-u nego u posebnom zakonu o takvim uvjetima. Slična je bila situacija sa smjernicom 85/1577/EWG o zaštiti potrošača u slučaju sklapanja ugovora izvan poslovnih prostorija. Ta smjernica zahtijeva, opet radi zaštite potrošača, posebne zaštitne mehanizme (posebno pravo na opoziv ugovora u određenom roku nakon

brojevima”, koji se ne mijenjaju i kada se u novom izdanju mijenja broj strane. Ovdje navedene strane odnose se na njemačko izdanje knjige.) Prijevod tog udžbenika na hrvatski pripremaju Doc. dr. sc. Nada Bodiroga Vukobrat i Edita Čulinović Herc. Autor se nada da će taj prijevod, koji bi predstavljao znatan korak u stvaranju pravne literature o pravu europske unije i zajednice na hrvatskom, uskoro biti objavljen.

¹¹ Taj njemački zakon i odnosna smjernica se manje ili više bave slučajevima kada su klauzule u općim uvjetima poslovanja ništave zbog iskorištavanja dominirajućeg položaja poduzeća koje se služi takvim uvjetima. Smjernica (kao i njemački zakon i sudska praksa o tom pitanju) mogu služiti kao “pomoćna mjerila” za tumačenje čl. 142. i 143. hrvatskog Zakona o obveznim odnosima. Iz ovoga se vidi da bavljenje “europskim pravom” odnosno bolje rečeno pravom Europske zajednice nije “stvar budućnosti” nego već danas korisno za pravnika praktičara u Republici Hrvatskoj koji ne želi izmisliti toplu vodu, nego se služiti komparativnim pravom, ili bolje rečeno, budućim nacionalnim pravom, kao dodatnim izvorom za tumačenje domaćih zakona.

¹² U vezi s time treba upozoriti na to da ne samo da Europska zajednica svojim smjernicama utječe na nacionalna prava država članica, nego da se neke smjernice baziraju na zakonskim rješenjima pojedinih država članica koja su bila uzor za kasnije smjernice. Dakle, nije tako da “viši nivo” (zajednica) samo utječe na “niži nivo” (država-članica), nego su u nekim slučajevima države članice svojim vlastitim zakonskim rješenjima i povod za harmonizaciju prava svih država članica u nekom određenom smjeru.

sklapanja, dužnost druge ugovorne strane da na to upozori potrošača i dr.) za potrošače koji sklapaju neki ugovor u situaciji u kojoj oni, zbog momenta iznenađenja, nisu mogli dovoljno razmišljati o sklapanju tog ugovora. Premda ta pitanja sistematski pripadaju općim pravilima o sklapanju i opozivanju dvostranih pravnih poslova, ona nisu bila regulirana u BGB-u, nego ponovo u posebnom zakonu (s malo čudnim nazivom *Haustörwiderrufsgesetz*, što u doslovnom prijevodu znači “Zakon o opozivanju poslova sklopljenih na kućnim vratima”).

Zbog toga je pravnik koji se bavio, na primjer, slučajem u kojem je potrošač dobio kredit, morao istovremeno konzultirati i odredbe BGB-a o ugovoru o zajmu (glede općih pitanja ugovora o zajmu) i Zakon o potrošačkim kreditima (koji je, radi uspostavljanja posebne zaštite potrošača, sadržavao određene modifikacije tih općih načela i dodatne odredbe). Pravnik koji bi osporio valjanost odredbe nekog ugovora sklopljenog na temelju općih uvjeta poslovanja morao je konzultirati i opće odredbe BGB-a o sklapanju ugovora i Zakon o općim uvjetima poslovanja (koji je, između ostalog, sadržavao i odredbe o načinu kako takvi uvjeti postaju sastavni dio nekog ugovora i odredbe koje u takvim uvjetima nisu valjane).

Takvom metodom harmonizacije, tj. prilagođavanja njemačkog obveznog prava zahtjevima europskih smjernica, BGB je izgubio osobinu jedinstvenog zakona u kojem je građanin mogao pronaći na jednom mjestu odgovor na pravna pitanja koja ga najviše zanimaju. S obzirom da građanin pretežno sklapa ugovore kao potrošač i da su spomenute smjernice (pa sukladno tome i spomenuti zakoni izvan BGB-a) donijele posebne zaštitne mjere za potrošače, BGB čak nije više sadržavao odredbe koje su od najvećeg interesa za potrošača. Njemačko obvezno pravo se tom tehnikom “atomiziralo”. BGB je sve više postao “planet” oko kojeg putuje sve više “mjesečeva” (drugi zakoni) što sadrže odredbe koje bi građanin očekivao u BGB-u i koje bi sistemski i pripale BGB-u.

III. Potreba za implementacijom dodatnih smjernica do 1.1.2002.

Europska zajednica (EZ) se sve više bavi zaštitom potrošača u državama članicama obveznopravnim sredstvima. Kao instrumentom, EZ se služi smjernicama (*Richtlinie*, ponekad prevedene i kao direktive) iz članka 249. Ugovora o osnivanju Europske zajednice. Te smjernice, za razliku od uredbi (*Verordnungen*, ponekad i, prema mišljenjima autora, više nego pogrešno prevedene kao “propis”) načelno nemaju izravan učinak u državama članicama, nego (samo) obvezuju države članice glede cilja normiranja koji se njima želi ostvariti.¹³ Dakle, države članice imaju obvezu postići ciljeve dane u smjernici vlastitim normama, koje treba donijeti u roku koji se odredi u smjernici. Izbor forme i metode kako pojedina država članica namjerava postići taj cilj je, međutim, prepušten njima.

¹³ O tome v. *Matthias Herdegen*, op. cit., str. 144. na dalje (rubni brojevi 177 na dalje) i *Tamara Čapeta*, Sudovi Europske unije – Nacionalni sudovi kao europski sudovi, Zagreb 2002., str. 41. na dalje, koja posebice naglašava ulogu nacionalnih sudaca.

1. siječnja 2002. godine istekao je rok za implementaciju niza takvih smjernica:
 - Smjernica o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama (*Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterverkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter*)¹⁴
 - Smjernica o borbi protiv zakašnjenja s ispunjenjem novčanih tražbina u poslovnom prometu (*Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr* 2000/35/EG)
 - Smjernica o elektroničkoj trgovini (*Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr* 2000/31/EG, ponekad i zvana *e-commerce-Richtlinie*)
 - izmjene Smjernice o tužbama s ciljem odustanka od daljnjeg izvršenja određenih radnji (*Unterlassungsklagenrichtlinie*).

IV. Reforma je spojila “novi put” implementacije europskih smjernica u njemačko obvezno pravo s “velikim rješenjem”

Kada bi se i u ovom slučaju postupilo kao ranije (stvaranje novih, dodatnih zakona obveznopravnog karaktera pored BGB-a), onda bi koncept BGB-a, kao “glavnog središta” najvažnijih pravnih regulativa koje su od interesa za običnog građanina, bio konačno napušten. Posebice zato jer su smjernice iz područja zaštite potrošača od posebnog značenja za građanina koji pretežno sklapa pravne poslove u svojstvu potrošača. Zato je odlučeno da se smjernice više neće implementirati donošenjem novih posebnih zakona, nego putem novih odredbi koje će naći svoje mjesto neposredno u BGB-u. Time je Njemačka napustila staru metodu (“stari put”) implementacije europskih smjernica u području obveznog prava, koristeći se novom metodom integracije potrebnih novih normi u BGB (tzv. “novi put”).

Tom su prigodom gore spomenuti stariji zakoni “s europskim korijenima” (primjerice materijalni dio Zakona o općim uvjetima poslovanja i Zakona o potrošačkim kreditima) prebačeni u BGB. Tako da je BGB, koji je radi ranije tehnike implementiranja smjernica Europske zajednice sve više gubio obilježje sveobuhvatnog zakona, opet postao takav zakon implementiranjem europskih smjernica u njegov korpus.

Reforma se, međutim, nije iscrpila samo u implementaciji starih i novih europskih smjernica neposredno u BGB. U to vrijeme SR Njemačka je imala ambicioznu ministricu pravde Hertu Däubler-Gmelin (inače profesoricu na pravnom fakultetu). Zato se (prema izreci: “kada već mijenjamo BGB u mnogim dijelovima, onda možemo iskoristiti priliku za daljnje, već dugo raspravljane promjene”) moderniziralo i druge dijelove BGB-a, uzimajući u obzir prijedloge komisije za promjenu obveznog prava na *Juristentag*-u 1994. (spajanje obvezne implementacije europskih smjernica do 1. siječnja 2003. godine s reformom BGB-a u drugim dijelovima naziva se i “veliko rješenje”).¹⁵

¹⁴ Smjernica je donesena na temelju čl. 249. Ugovora o osnivanju EZ. Cilj te smjernice je zaštita potrošača u slučaju kupovine stvari.

¹⁵ Za daljnje detalje v. *Däubler-Gmelin*, op. cit., str. 2281. na dalje.

C. Opseg reformi BGB-a u pregledu

Novela BGB-a je imala tri glavna zadatka:¹⁶

1. Integraciju ranijih posebnih zakona njemačkog nacionalnog prava u BGB-u
2. Ostvarivanje prijedloga komisije za reformu obveznog prava u "EU-kompatibilnoj formi"
3. Implementaciju novih europskih smjernica iz područja zaštite potrošača u državama članicama.

I. Integracija ranijih posebnih zakona njemačkog nacionalnog prava

Bivši "sateliti" BGB-a (posebni zakoni obveznog prava doneseni implementacijom europskih smjernica) od 1. siječnja 2002. stavljeni su izvan snage. Njihove odredbe se (ponekad u modificiranom obliku) sada nalaze u BGB-u.

Riječ je o sljedećim, ranije samostalnim zakonima:

- Zakon o općim uvjetima poslovanja
- Zakon o sklapanju ugovora na daljinu (*Fernabsatzgesetz*)
- Zakon o opozivanju poslova sklopljenih na kućnim vratima
- Zakon o vremenski ograničenom pravu korištenja stana (*Teilzeit-Wohnrechtsgesetz*) i
- Zakon o potrošačkim kreditima (*Verbraucherkreditgesetz*).

Ovo može lako zbuniti one koji su radili po ranijim njemačkim propisima. Zato ističemo da činjenica da zakoni nisu više na snazi, ne znači da njihove odredbe više ne važe. Za one koji su već ranije radili s propisima njemačkog obveznog prava preporuča se sada pratiti višestupanjski postupak rada s BGB-om:

1. Prvi korak treba biti pronalaženje odredbi ranijih posebnih zakona u reformiranom BGB-u. Kao primjere navodimo:

Bivši samostalni zakon, donesen implementacijom smjernice	Današnji članci BGB-a
Materijalne odredbe Zakona o općim uvjetima poslovanja (<i>Gesetz betreffend die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-G</i>)	305. do 310.
Zakon o opozivanju poslova sklopljenih na kućnim vratima (<i>Haustürwiderrufsgesetz</i>)	312., 312a., 355. na dalje
Zakon o vremenski ograničenom pravu korištenja stana (<i>Teilzeit-Wohnrechtsgesetz</i>)	481. na dalje, 355. na dalje
Zakon o potrošačkim kreditima (<i>Verbraucherkreditgesetz</i>)	491. na dalje
Zakon o sklapanju ugovora na daljinu (<i>Fernabsatzgesetz</i>)	312b. na dalje, 355. na dalje

¹⁶ Razvrstavanje slijedi prikaz *Claudius Marx/Georg Wenglorz Schuldrechtsreform 2002 – Das neue Vertragsrecht*, Freiburg (Breisgau), Berlin, München, 2001., str. 17.

Posebne poteškoće može izazvati bivši Zakon o općim uvjetima poslovanja. Materijalnopravne odredbe tog bivšeg zakona se sada nalaze u novim člancima 305. do 310. BGB. Međutim, tamo, za razliku od bivšeg zakona, nema riječi o posebnim sudskim postupcima radi korištenja nedopuštenih ugovornih klauzula. To, međutim, ne znači da takve odredbe više ne postoje. S obzirom da se radi o postupovnim odredbama, njihovo *sedes materiae* nije bilo u BGB-u, te su odredbe sada sadržane u novom posebnom zakonu: *Gesetz über die Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, Unterlassungsklagengesetz (UKlaG)*, što u prijevodu otprilike znači Zakon o tužbama zbog zlorabna prava potrošača i drugih kršenja prava.

2. U drugom stupnju treba ispitati da li su odnosne odredbe "prebacivanjem" u BGB promijenjene. U vezi s tim treba istaknuti da su promjene tih bivših posebnih zakona male i ponekad jedva "kozmetičkog karaktera". (Što kod čitatelja kojima njemački nije materinji jezik ipak može izazvati određene poteškoće. Primjerice, potrošački kredit u ranijem njemačkom zakonskom tekstu bio je nazvan *Verbraucherkredit*. U sadašnjem BGB-u isti se zove *Verbaucherdarlehen*, premda se radi o istom pravnom institutu.) Odredbe Zakona o općim uvjetima poslovanja prijenosom u BGB doživjele su i neke male, ali ipak značajne promjene.¹⁷ Naime, za razliku od ranijeg rješenja, zakon sada izričito kaže da se odredbe o općim uvjetima poslovanja primjenjuju i na ugovore o radu, s time da se pri njihovu primjenjivanju treba uzeti u obzir posebnosti radnog prava (*"Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen"*). Smisao i područje primjene te odredbe još nije jasno definirano u njemačkoj pravnoj teoriji. Osim toga, niz odredbi njemačkog prava koje su se bavile pitanjima kamatnih stopa stavljene su izvan snage.

II. Ostvarivanje prijedloga komisije za reformu obveznog prava u "EU-kompatibilnoj formi" - Promjene BGB-a u "ne-europskim" dijelovima

1. Uvodne napomene

Prikazivanje svih promjena BGB-a u onim dijelovima koji nisu vezani za implementaciju europskih smjernica prelazilo bi okvire ovoga rada. Primjera radi navest ćemo neke od tih promjena, bez nastojanja da prikaz bude sveobuhvatan.

2. Unifikacija odgovornosti zbog nedostataka u ispunjenju ugovora (*Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts*)

BGB je do 1. siječnja 2002. godine u svom općem dijelu¹⁸ regulirao dvije vrste nedostataka činidbe (*Leistungsstörung*), nemogućnost izvršenja činidbe

¹⁷ Pitanjima novog njemačkog prava općih uvjeta poslovanja bavi se *Friedrich Graf v. Westphalen*, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002., str. 12. na dalje.

¹⁸ Naravno, pored toga u posebnom dijelu su se nalazile odredbe o specifičnim povredama ugovornog odnosa, kao primjerice mane prodane stvari kod kupoprodajnog ugovora.

(*Unmöglichkeit*; bivši čl. 275.) i zakašnjenje (*Verzug*, bivši čl. 284.). Druge vrste nedostataka činidbe u obveznom odnosu nisu bile izričito spomenute u općem djelu. Ovu prazninu je sudska praksa morala dopuniti uvođenjem općih nekodificiranih pravnih instituta kao što su predugovorna odgovornost (*culpa in contrahendo/Verschulden bei Vertragsschluß*) ili promjena okolnosti koje su u vrijeme sklapanja ugovora ugovorne strane pretpostavljale (*clausula rebus sic stantibus/Änderung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

Nemogućnost izvršenja činidbe i zakašnjenje i dalje postoje u novom BGB-u, ali samo kao posebni slučajevi općeg instituta "povreda obveze" (*Pflichtverletzung*, novi čl. 280. st. 1., 1. rečenica). Kada dužnik odgovara za takvu povredu, onda on odgovara i za naknadu štete (novi čl. 280.). Za njemačko pravo novi pojam "povreda obveze" obuhvaća sve vrste nedostataka činidbe, dakle, povredu kako glavnih, tako i sporednih obveza u zakonskim i u ugovornim obveznopравnim odnosima.¹⁹

Sada u općem dijelu BGB-a postoji jedinstveni pravni institut "povreda obveze" za sve ugovore, čime se pojednostavilo zakonske norme o nedostacima činidbe kod različitih ugovora, koji su izričito regulirani u posebnom dijelu BGB-a. Za razliku od ranije, primjerice, kod ugovora o kupoprodaji, danas postoje samo posebne odredbe o sniženju cijene zbog nedostataka (novi čl. 414., tzv. *Minderung* koji je već ranije postojao) i, kao novi pravni institut, pravo (i dužnost) zahtijevati naknadno ispunjenje obveze (novi čl. 439., tzv. *Nacherfüllungsanspruch*). Za sva ostala pitanja u svezi s nedostacima činidbe prodavatelja kao dužnika u kupoprodajnom odnosu sada se primjenjuju opće odredbe o povredi obveze sadržane u općem djelu BGB-a.

Spomenuti zahtjev za naknadno ispunjenje obveze je novo opće načelo u njemačkom obveznom pravu. Dužnik koji ne ispuni, ne ispuni pravovremeno ili neuredno ispuni svoje obveze, ima svoju "drugu šansu" za naknadno ispunjenje svoje obveze. S gledišta vjerovnika to znači da on, načelno, može tek onda zatražiti naknadu štete ili raskidanje ugovora, kada je prije toga od dužnika neuspješno zatražio naknadno ispunjenje u primjerenom dodatnom roku.²⁰

3. Pojednostavljenje zastare potraživanja

Jedan dio reforme odnosi se na zakonske norme o zastari potraživanja. Dosadašnje njemačko pravo imalo je niz nedostataka: postojalo je mnoštvo različitih rokova zastare koji nisu bili međusobno usklađeni,²¹ počevši od šest tjedana do 30 godina. Najveći broj ugovornih novčanih tražbina zastarijevaio je u roku od 2 ili 4 godine. Naime, prema starom članu 196. u roku od 2 godine zastarijevale su, između ostalog, tražbine trgovaca, "kada je činidba bila izvršena u korist poslovanja dužnika". Tražbine istih vjerovnika su, međutim, zastarijevale u roku od 4 godine

¹⁹ Za detalje usporedi *Eickhoff*, op. cit., str. 268.

²⁰ Primjerice, v. čl. 281. st. 1., 1. rečenica, 286. st. 1., 323. st. 1., 1. rečenica.

²¹ Bivša ministrica pravosuđa *Däubler-Gmelin*, op. cit., str. 2282., navodi da je, otprilike, 130 normi reguliralo različite rokove zastare, s time da su bili predviđeni različiti rokovi zastare za slične situacije.

ako vjerovnikova činidba nije bila izvršena u spomenutu svrhu.²² Rok od 30 godina (bivši čl. 195.) bio je tzv. redoviti rok zastare (*Regelverjährungsfrist*), što znači da je, ukoliko ništa drugačije nije bilo određeno, tražbina zastarijevala u tom roku. Osim toga, sve više se smatralo da je rok od 30 godine predug.

S druge strane, neki od tih rokova bili su prekratki. Osim toga, neki su rezultati bivšeg sustava zastare bili teško razumljivi.²³ Primjerice, kod ugovora o djelu prema bivšem članku 638. pravo na naknadu štete je zastarijevalo u roku od šest mjeseci od kada se zatražilo naknadu štete koja je nastala zbog nekog nedostatka naručenog djela na samom tom djelu (tzv. *naher Mangelfolgeschaden*). Kada je šteta, međutim, nastala na drugim pravnim dobrima naručitelja (*entfernter Mangelfolgeschaden*), onda je rok zastare iznosio 30 godina. (Zato što nije bio predviđen poseban zastarni rok za takav zahtjev, pa se moralo primjenjivati opći zastarni rok iz čl. 195. BGB-a.) Zastarni je rok, dakle, često ovisio od slučajnih tehničkih okolnosti.

Sada je sustav zastare pojednostavljen.²⁴ Prema novom čl. 195. redovni rok zastare iznosi 3 godine. Taj rok, za razliku od starog pravnog režima, načelno se primjenjuje na tražbine na zakonskoj ili ugovornoj osnovi, kao i na sve tražbine iz delikta, odgovornosti radi ugrožavanja tuđih pravnih dobara (*Gefährungshaftung*), posloводства bez naloga (*Geschäftsführung ohne Auftrag*) i stjecanja bez osnove (*ungerechtfertigte Bereicherung*). Novost za njemačko pravo je da početak zastare ovisi od vjerovnikovog saznanja ili njegove mogućnosti saznanja o osobi dužnika i činjenicama na kojima se vjerovnikova tražbina temelji (novi čl. 190.). Ovaj je subjektivni moment za početak zastare obveznopravne tražbine novina za njemački BGB.²⁵ Kao i prema ranijim propisima, zastara započinje teći ne danom u kojem spomenute pretpostavke prvi puta kumulativno postoje, već na kraju kalendarske godine kada su te pretpostavke nastale.²⁶ Dakle, zastara uvijek nastupa 1. siječnja, nakon isteka zastarnog roka. Drugi rokovi zastare se, međutim, primjenjuju npr. na slučajeve odgovornosti zbog nedostatka prodanih stvari (vidi dolje pod III. 2.) ili zahtjeva za povratom vlasništva i tražbine iz pravomoćnih odluka. Za te slučajeve prema novom čl. 197. vrijedi rok zastare od 30 godina. Na kraju ovog dijela treba upozoriti na to da u ovom dijelu spomenute izmjene BGB-a u većini slučajeva nemaju veze sa zadacima njemačkog zakonodavca iz europskih smjernica,²⁷ nego se

²² Uglavnom su to bila potraživanja poduzetnika zbog naplate od privatnih osoba.

²³ V. i Däubler-Gmelin, op. cit., str. 2283.

²⁴ V. *Heinz-Peter Mansel*, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2002, str. 89. na dalje, kao i *Christian Dahns*, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK-Mitteilungen) 2001., str. 272. na dalje.

²⁵ Takav subjektivni moment je, međutim, već ranije postojao glede deliktnopravnih potraživanja (deliktsrechtliche Ansprüche/Ansprüche aus unerlaubter Handlung), v. novi i stari čl. 853.

²⁶ V. *Heinz-Peter Mansel*, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2002., str. 90.

²⁷ Drugačije je kod zastare potraživanja potrošača iz kupoprodajnog ugovora. Naime, stari rok njemačkog prava (6 mjeseci) nije udovoljavao zahtjeve europske smjernice o kupoprodajnim ugovorima kod kojih je kupac potrošač.

odnose na dijelove obveznog prava koji su na slobodnom raspolaganju nacionalnog zakonodavca.

III. Implementacija novih europskih smjernica iz oblasti zaštite potrošača u državama članicama na primjeru implementacije Smjernice o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama

a) Uvod

Primjera radi ukazat ćemo na neke izmjene BGB-a do kojih je došlo u vezi s ugovorom o kupoprodaji, dakle na području kojim se bavi Smjernica o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama. To je razlog zašto se težište ovih nedavnih promjena BGB-a, do kojih je došlo implementacijom novih europskih smjernica, nalazi u području prava iz ugovora o kupoprodaji. Nisu sve promjene u odnosu na pravo ugovora o kupoprodaji izvršene zbog implementacije te smjernice, već je Njemačka prilikom njene implementacije i reformirala svoje pravo kupoprodaje. Nedavne su izmjene odredbi BGB-a o ugovoru o kupoprodaji, dakle, djelomično "interna njemačka stvar", a djelomično dužnost iz članstva u Europskoj uniji.

b) Prošireni pojam "nedostatak prodane stvari"

Kao posljedica opće promjene koncepcije o nedostacima činidbe, pravne posljedice nedostatka prodane pokretne stvari nisu više u svim detaljima regulirane u glavi BGB-a o ugovoru o kupoprodaji, nego predstavljaju poseban slučaj povrede ugovorne obveze, na koji se primjenjuju uglavnom odredbe općeg dijela o povredi obveze. Istovremeno, pojam "nedostatak prodane stvari" je proširen. Naime, za razliku od ranije, i podaci iz reklamnih sredstava sada predstavljaju ugovoreno svojstvo prodanih stvari (novi čl. 434. st. 3. rečenica). Time je njemački zakonodavac ispunio zahtjev iz čl. 2. st. 2. d) spomenute smjernice, prema kojoj se za utvrđivanje ugovorenog svojstva "u danom slučaju može uzeti u obzir i posebne javne izjave koje su prodavatelj, proizvođač ili njegov zastupnik dali u reklami ili na etiketama". Isto tako i neuredna uputa za montažu prodane stvari sada predstavlja nedostatak te stvari.²⁸ I isporuka pogrešne stvari (*aliud*) ili premale količine sada se tretira kao nedostatak stvari.

c) Promjene glede pravnih posljedica nedostataka i zastare

Sukladno zahtjevima smjernice, rok zastare prava zbog isporuke stvari koja nema ugovorena svojstva, a koji je ranije iznosio samo 6 mjeseci, sada je produžen. Rok sada iznosi 2 godine (čl. 439. st. 1. cif. 3.). Zaštiti potrošača služe članovi 474. do 479. pod naslovom "Prodaja stvari potrošačima", koji dopunjuju opće odredbe o prodaji u slučaju kada poduzetnik proda pokretne stvari nekom potrošaču. Naime, čl. 475., između ostalog, zabranjuje svaki dogovor kojim bi se skratio navedeni rok

²⁸ Ranije to je bilo tretirano kao slučaj pozitivnog kršenja ugovora (*positive Vertragsverletzung*).

zastare za prodaju novoproduktirane stvari. (Pri prodaji rabljenih stvari taj se rok može skratiti, ali ne ispod godinu dana). Glede tereta dokaza čl. 476. sada predviđa diferencirano rješenje. Naime, kada se nedostatak pojavi u roku od šest mjeseci od predaje, onda se pretpostavlja da je nedostatak već postojao u trenutku te predaje. Znači da potrošač (ova se odredba ne primjenjuje kod prodaje stvari drugim osobama, posebice poduzetnicima) ne mora dokazivati da je nedostatak već onda postojao, nego da prodavatelj treba dokazivati da nedostatak nije postojao. Time se “prebacuje” teret dokaza s kupca kao vjerovnika zahtjeva zbog nedostatka na stvari na prodavatelja kao dužnika. Kada se nedostatak pojavi kasnije, onda kupac snosi teret dokaza. “Prebacivanje tereta dokaza” (*Beweislastumkehr*) je izričit zahtjev iz navedene smjernice (čl. 5. st. 5.). Čl. 5. st. 5. smjernice je tipičan primjer za to da smjernice sve češće naređuju nacionalnim zakonodavcima donošenje neke već u svim detaljima predviđene norme, nego što njima samo propisuju postizanje nekog cilja.

Jezgra novih odredbi BGB-a o ugovoru o kupoprodaji su odredbe o pravima kupca. Ugovor o kupoprodaji se time približava ugovoru o djelu.²⁹ To se vidi iz sljedećeg: ranije je kupac, u slučaju da je prodana stvar imala neki nedostatak, po zakonu imao pravo izbora između povrata stvari uz povrat cijene (*Wandlung*, bivši članci 462., 465. do 471.), sniženja cijene (*Minderung*, bivši članci 462., 465. do 472.), ili – kada je prodana stvar pripadala određenoj kategoriji stvari tako da se kupoprodajni ugovor moglo ispuniti i isporukom neke druge stvari istih svojstava (*Gattungskauf*, bivši članak 480.) – isporuke neke druge stvari iste vrste. Prema novim zakonskim odredbama ovo se u biti promijenilo. Naime, prema čl. 3. st. 3. navedene smjernice, članci 437., 439. sada predviđaju da kupac mora dati prodavatelju drugu priliku, tj. mora od prodavatelja zahtijevati naknadno ispunjenje ugovora (*Nacherfüllung*³⁰). Prodavatelj može naknadno ispuniti ugovor ili popravkom prodane stvari ili isporukom druge stvari istih svojstava. Tek kada naknadno ispunjenje ugovora ne uspije, kupac može raskinuti ugovor (*Rücktritt*) i/ili zahtijevati naknadu štete ili sniženje cijene. Ranije se kupac morao odlučiti da li će zatražiti naknadu štete ili raskinuti ugovor. Sada, prema novom čl. 325. kupac može koristiti oba prava kumulativno. Mada smjernica to ne zahtijeva, njemački zakonodavac se odlučio za ovo novo rješenje.³¹ Iz ovoga se ponovo vidi da je novo njemačko pravo prodaje sve više “pleteni tepih” koji sadrži i “originalne njemačke konce” i “europske konce”.

²⁹ O daljnjim detaljima v. *Claudius Marx/Georg Wenglorz*, *Schuldrechtsreform 2002. – Das neue Vertragsrecht*, Freiburg (Breidgau)/Berlin/München, 2001., str. 43. na dalje.

³⁰ *Nacherfüllung* je novi pojam za njemačko pravo. Radi se o zajedničkom pojmu za naknadno ispunjenje kod kupoprodajnog ugovora i kod ugovora o djelu. Kod ugovora o djelu se ranije koristilo pojam *Nachbesserung*.

³¹ Usp. i *Marx/Wenglorz*, op. cit., str. 45.

D. Tehnika implementiranja smjernica Europske zajednice u BGB prilikom reforme BGB-a 2002.

I. Opće napomene

U vezi s harmonizacijom nacionalnog prava pojavljuje se i niz nomotehničkih pitanja. Primjerice, postavlja se pitanje na kojim će se mjestima nacionalnog prava izvršiti tu harmonizaciju. Postoje dva različita pristupa: harmonizacija putem donošenja posebnih zakona ili putem integracije propisa koji udovoljavaju zahtjevima neke smjernice u postojeće zakone. Njemačka je promijenila svoj dosadašnji pristup. Zato je koristan jedan kratak pogled na nomotehniku harmonizacije u reformiranom BGB-u. Tehnički, spajanje prvobitnih normi BGB-a s novim odredbama nužnim radi implementiranja spomenutih smjernica s ciljem zaštite potrošača obveznopравnim zaštitnim mehanizmima izvodio se na način da se kod određivanja pojedinih pravnih pitanja ili vrste ugovora stvorio jedan opći dio (primjerice: opće odredbe o zajmu) koji sadrži sve norme općeg karaktera (za kupoprodajni ugovor, primjerice, obveze ugovornih stranaka, opći rok u kojem prodavatelj mora garantirati da je prodana stvar bez nedostatka), kojeg slijedi poseban dio koji sadrži modifikacije radi zaštite potrošača (kod ugovora o kupoprodaji, primjerice, odredbu koja izričito zabranjuje ugovorno skraćenje roka garancije za nedostatke). Tako se može reći da danas BGB, pored "općeg općeg" dijela, prije posebnog dijela u kojem regulira pojedine tipove ugovora, ima i opće i posebne dijelove u posebnom dijelu, u glavama o pojedinim tipovima ugovora.

II. Pitanja vezana s opisanom tehnikom

Na početku su mnogi pozdravili opisanu novu tehniku implementiranja smjernica. To zato što je time, barem u najznačajnijim područjima prava, okončana atomizacija njemačkog obveznog prava. Međutim, ima i autora koji upozoravaju na probleme koji se mogu pojaviti baš zbog te tehnike. To zbog razloga koji proizlazi iz specifičnosti prava europske zajednice. Naime, zakone koji su doneseni implementacijom neke smjernice treba tumačiti u skladu s tom smjernicom (v. i pod E I). Ranije se u Njemačkoj, barem u području obveznog prava, u većini slučajeva odmah znalo koji zakon je donesen s tim ciljem, jer je svakoj smjernici odgovarao jedan poseban zakon, koji je već po naslovu (što je često bio veoma sličan nazivu odnosne smjernice) bio prepoznatljiv kao zakon koji je donesen implementacijom neke smjernice. Integracijom tih zakona u BGB postalo je znatno teže odrediti koja je pojedina odredba donesena implementacijom i na koju se, zbog toga, treba primjenjivati metoda tumačenja u skladu sa smjernicom.³² Ova poteškoća se još povećava time što je njemački zakonodavac u nekim slučajevima u jednu odredbu

³² Tako i *Ulrich Magnus*, *Die Auslegung des neuen Schuldrechts*, *Zeitschrift für das Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2002., broj 10, 1. stranica.

BGB-a implementirao zahtjeve iz više smjernica. Primjerice, član 358.³³, koji se bavi pravnim posljedicama opozivanja jednog od više povezanih ugovora, sada u jednoj zakonskoj odredbi spaja odredbe koje su ranije bile sadržane u tri različita zakona i koje dotiču pitanja iz tri različite smjernice. To znači da njemački pravnik sada mora kod svake odredbe BGB-a koja bi mogla biti donesena implementacijom neke smjernice razmišljati da li je zaista tako. (Tome, pored različitih komentara BGB-a, pomaže i poznavanje prava Europske zajednice, naročito znanje u kojim su pravnim područjima države članice prenijele Zajednici nadležnost za donošenje normi, a u kojim to nisu.)

Zbog toga se može reći da potpuna integracija smjernice u postojeće zakone, na jednoj strani, pojednostavljuje primjenu prava izbjegavanjem spomenute atomizacije obveznog prava a, na drugoj strani, istovremeno stvara dodatne poteškoće jer "europska pozadina" jedne odredbe sadržane u BGB-u ili drugom zakonu nije više tako lako prepoznatljiva kao kod ranijih odredaba u posebnim zakonima sa sličnim naslovima kao odnosna smjernica. Zato, i to je od posebne važnosti za svakog zakonodavca koji tek počinje s harmonizacijom svog nacionalnog prava - treba prije početka integracije smjernica izvagati prednosti i štete obje alternative tehničke implementacije smjernice. U vezi s time treba pratiti njemačko iskustvo s novom tehnikom. Budući da je svako bavljenje nacionalnim zakonima bez upozoravanja na europsku pozadinu tih zakona, odnosno njihovih pojedinačnih odredbi, nepotpuno, to vrijedi ne samo za zakonodavca, nego i za autore stručne literature, posebice komentara.³⁴

E. Zaključak

Koji se zaključak može dati iz reforme njemačkog BGB-a, posebice u ovom "europskom" dijelu? Je li tema samo od interesa za njemačke pravnike ili i za hrvatske pravnike? Da li je tema samo od interesa za pravnike koji se bave njemačkim pravom? Ako je tema od interesa za pravnike koji se bave nacionalnim hrvatskim pravom: odnosi li se to samo na pravnike teoretičare ili i na pravnike praktičare? Odgovor je veoma jednostavan: tema je od posebne važnosti za svakog hrvatskog pravnika koji se bavi civilnim pravom.

Za one koji se bave njemačkim pravom kao nacionalnim pravom jedne druge države (kao znanstvenici poredbenog prava, ali i kao odvjetnici koji daju savjete

³³ Za detalje usp. *Helmut Heinrichs*, Komentar uz čl. 358. u *Palandt Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 61. izdanje, München, 2002.

³⁴ Smatramo da bi komentari za svaku odredbu nekog zakona posebice, najbolje u uvodnom dijelu komentara pojedinačnih članaka, trebali upozoriti na smjernicu koja je dala povod za neko određeno zakonsko rješenje. Pored toga, uz tekst zakona trebalo bi čitateljima dati i tekst smjernice. (Što, naravno, ponovo pretpostavlja da postoji prijevod te smjernice). Nažalost, to nije slučaj ni kod svih njemačkih komentara. Spomenuti komentar od *Palandt*a, koji je inače najčitaniji komentar BGB-a u Njemačkoj, primjerice upozorava na smjernice koje su bile povod neke odredbe. Međutim, tekstova tih smjernica tamo nema.

svojim klijentima glede njemačkog prava ili kao suci koji u određenim slučajevima trebaju primjenjivati njemačko pravo), reforma je od interesa u svim svojim dijelovima. Tom prilikom oni će, pored ostalog, primijetiti da stara pravna izreka: "Jedan potez zakonodavca može učiniti čitave biblioteke beskorisnim" još uvijek ima svoju opravdanost.³⁵

Ali, nedavna reforma njemačkog BGB-a, odnosno njen "europski dio", od značenja je i za sve one hrvatske pravnike koji se bave samo hrvatskim pravom, koje se sada nalazi u fazi postupne harmonizacije s pravom europske unije, posebice pravom europske zajednice.³⁶

Iz povijesti reforme vidi se da akti nacionalnih zakonodavaca u Europskoj uniji više nisu samo stvar njihove volje, nego ponekad i "naređeni iz Bruxellesa". Reforma je isto tako primjer da se u nacionalnim zakonima sve više miješaju akti nacionalnog zakonodavca s inicijativama Europske zajednice. Nacionalni zakoni dakle sve više postaju «miks» između domaćih i europskih inicijativa. S gledišta nacionalnih zakonodavaca, to sigurno znači gubitak suvereniteta i autoriteta. S gledišta građana to, međutim, znači više pravne sigurnosti u drugim državama članicama. Primjerice, implementacijom Smjernice o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama svaki građanin bilo koje države članice može biti siguran da je na sličan način zaštićen kao potrošač u bilo kojoj drugoj državi članici.

Za pravnog praktičara ta reforma dokazuje i da za razumijevanje vlastitih nacionalnih zakona nije više dovoljno poznavanje nacionalnih pravnih izvora, nego je potrebno i određeno znanje europskog prava. I to sve više jer europske smjernice, koje naređuju nacionalnim zakonodavcima postizanje određenih ciljeva donošenjem nacionalnih pravnih normi, imaju niz specifičnosti.

Naime, prema članu 249. Ugovora o osnivanju EZ adresati smjernica su (samo) države članice, a ne i individualne pravne ili fizičke osobe u državama članicama. Državama-članicama smjernicom se naređuje postizanje određenog cilja sadržanog u smjernici (primjerice, osigurati određeni stupanj zaštite potrošača u određenim situacijama) donošenjem vlastitih pravnih normi u danom roku, koji se isto tako određuje u svakoj smjernici posebice. Države članice imaju načelno slobodu izbora kojim pravnim normama i tehnikama će one postići taj cilj. Drugim riječima: smjernice su načelno pravne norme koje se odnose na države članice. Te države

³⁵ Naravno, za određeni prijelazni period, stari će propisi još imati svoje značenje u rješavanju starih slučajeva. O sadržaju prijelaznih odredbi informira *Burkhard Heß*, *Das neue Schuldrecht – In-Kraft-Treten und Übergangsregelungen*, NJW 2002., str. 253. na dalje.

³⁶ *Hans- Jürgen Rabe*, *Die Europäisierung der Rechtsordnung*, NJW 1997., str. 2631. na dalje (str. 2631.) kaže o tome: "Ako se radi o donošenju pravnih normi u Europskoj uniji, onda je riječ o Europskoj zajednici (ranije: Europska gospodarska zajednica). Monetarna unija... može se više karakterizirati kao upravna zajednica... Slično je s Europskom zajednicom za atomsku energiju... Za razliku od toga, Europska zajednica je zajednica koja obuhvaća i donošenje pravnih normi, zajednica koja ostvaruje svoje ciljeve donošenjem pravnih akata u tijelima zajednice". Spomenuti članak daje jedan kratak i informativan pregled harmoniziranih pravnih područja u državama članicama. Iz njega se može vidjeti i opseg potrebne harmonizacije u budućim državama članicama.

članice tek trebaju dosjeti vlastite norme na temelju smjernice. Radi se, dakle, o dvostupanjskom postupku donošenja pravnih normi. Nacionalni pravnik se susreće sa smjericama obično u obliku nacionalnog propisa koji je donesen “izvršenjem europskog naloga” od svog nacionalnog zakonodavca.

To međutim, ne znači da smjernice nemaju učinke i za nacionalnog pravnika. Naime, u određenim slučajevima smjernica, koja nije u roku implementirana u nacionalno pravo, može imati izravan učinak. U ovim slučajevima, pod dodatnim uvjetima (primjerice da je smjernica dovoljno jasna da je se može primjenjivati izravno), može se, i mora, smjernica primjenjivati kao da je norma nacionalnog zakonodavca.³⁷ Osim toga, neimplementacija jedne smjernice može dati i pravo pojedincu na naknadu štete protiv svoje države članice koja nije implementirala odnosnu smjernicu.³⁸

Svi do sada ukratko spomenuti slučajevi odnose se na situaciju kada smjernica nije bila implementirana u predviđenom roku. Za nacionalnog pravnika možda je još važnije da smjernica ima i svoje posebnosti i onda kada je implementirana, znači kad je zakonodavac donio neke pravne norme s kojima se implementiralo smjernicu u nacionalno pravo. Naime, smjernica u tom slučaju ima svoje značenje za tumačenje tih normi nacionalnog prava koje su donesene na temelju te smjernice.³⁹ To stoga što norme nacionalnog prava treba tumačiti u skladu sa smjericama. Ako nacionalni propis dopušta više načina tumačenja, onda treba preispitati koji od tih načina odgovara smjernici. Dakle, smjernice su novi i vrlo važan kriterij za tumačenje tih (sve češćih) normi nacionalnog prava donesenih povodom neke smjernice.⁴⁰ To znači da, pored već poznatih metoda tumačenja pravnih normi, sada postoji nova metoda koju svaki pravnik treba znati.

Ali to još nije sve: ova metoda dolazi u obzir samo glede pravnih pitanja o kojima postoje smjernice. Iz toga slijedi i to da pravnik kod primjenjivanja nacionalnog prava treba znati i u kojim područjima postoje smjernice. Za pravnika jedne zemlje koja već danas harmonizira svoje pravo, ali koja još nije država članica (i čiji jezik zbog toga još nije službeni jezik Europske zajednice) javlja se i dodatni problem: većina smjernica još nije prevedena na jezike tih zemalja. Zato i dobro poznavanja jednog službenog jezika Europske zajednice postaje nužna pretpostavka za tumačenje onog dijela nacionalnog prava koji je nastao prethodnom harmonizacijom nacionalnog prava. (Drugim riječima: početkom spomenute

³⁷ O tome v. primjerice *Herdegen*, op. cit., str. 148. na dalje (rubni broj 183).

³⁸ V. *Herdegen*, op. cit., str. 187. (rubni broj 233).

³⁹ O tome v. primjerice *Herdegen*, op. cit., str. 147. (rubni broj 182).

⁴⁰ Njemačka sudska praksa ide čak i dalje. Naime, njemački *Bundesgerichtshof* (BGH) (Vrhovni sud SR Njemačke) priznaje smjericama “prethodni učinak”. Prema tome, smjernicu treba kod tumačenja nacionalnih normi već onda uzeti u obzir kada rok za implementaciju još nije istekao. V. o tome *Herdegen*, op. cit., str. 147. (rubni broj 182) i (još detaljnije) *Stefan Leible/Olaf Sosnitza*, *Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung*, NJW 1998., str. 2507. na dalje.

harmonizacije, pravnik iz zemlje “kandidata za kandidaturu”, koji zna samo svoj materinji jezik, nije više u stanju sam tumačiti sve norme svog domaćeg prava, sve dok ne budu prevedene sve relevantne norme Europske zajednice.)

Osim toga, čim je neka zakonska odredba donesena s ciljem harmonizacije nacionalnog prava sa zahtjevima neke europske smjernice, primjena te odredbe može dodirnuti i pitanja tumačenja i primjene prava Europske zajednice. O pitanjima tumačenja i primjene prava Europske zajednice, međutim, konačno odlučuje Europski sud pravde, temeljem čl. 234. Ugovora o osnivanju Europske zajednice. Sudovi država članica imaju u takvim slučajevima mogućnost, a ponekad čak i dužnost, uputiti prethodna pitanja u svezi s tumačenjem i primjenom primarnog i sekundarnog europskog prava Europskom sudu pravde (tzv. preliminarni postupak⁴¹). To znači da suci tih država članica trebaju znati i ovaj poseban postupak suradnje između Europskog suda pravde i nacionalnih sudova. Ali i već prije pristupa Hrvatske Europskoj uniji ti preliminarni postupci i izreke Europskog suda pravde donesene u tim postupcima od velikog su značenja za pravnike u budućim državama članicama, koje već danas harmoniziraju svoje pravo donošenjem novih ili izmjenom već postojećih zakona. Naime, i te nacionalne zakone bi već trebalo tumačiti u skladu s pravom Europske zajednice, posebice sa smjernicama. To znači da već danas sudska praksa Europskog suda pravde može služiti kao mjerilo za tumačenje nacionalnog prava. Zato i pravnici tih država moraju poznavati tu praksu.

Rezimirajući, može se reći da je nedavna reforma njemačkog BGB-a “ogledni primjer” za najvažnije aspekte, ali i probleme i pitanja europeizacije obveznog prava u državama članicama.

Spomenuta europeizacija obveznog prava počela je kroz mala vrata zaštite potrošača. Međutim, već danas može se očekivati da će europsko pravo u pravnom području obveznog prava postati još važnije.⁴² Naime, trenutno su Komisija, Vijeće i Europski parlament pokrenuli inicijativu za donošenje europskog kodeksa o europskom ugovornom pravu⁴³. Izrada nacrtu za takav kodeks je tek počela. Dakle, još se ne zna da li će ovaj kodeks donijeti jedinstveno ugovorno pravo za sve države članice (koje bi onda zamijenilo nacionalna ugovorna prava) ili kodifikaciju ugovornog prava koja bi još dopuštala konkurirajuće nacionalno ugovorno pravo.⁴⁴ Jedno je, međutim, sasvim sigurno: europsko će pravo postati jedno od najvažnijih pravnih područja i za civiliste.

⁴¹ O tome v. Čapeta, op. cit., str. 179. na dalje.

⁴² Jürgen Sacker već je 1993. godine nabrojio više od 70 uredbi i smjernica koje utječu na nacionalno obvezno pravo, v. Jürgen Sacker, Einleitung zum Münchener Kommentar rubni broj 167, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, München 1993. (Pored toga europsko pravo posebice utječe i na pravo konkurencije i na pravo trgovačkih društava.).

⁴³ V. o tome Stefan Grundmann, Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System des Vertragsrechte, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2002., str. 393. na dalje.

⁴⁴ Grundmann, op. cit., str. 396.

Summary

A REFORM OF GERMAN CIVIL CODE WITH THE SPECIAL REGARD TO ITS EUROPEAN ASPECTS

The article presents a recent reform of the German Civil Code BGB. The first part of the article presents a history of the reform consisting of two parts: realization of modifications to the BGB envisaged a long time ago, and transformation and incorporation of certain European directives on consumer protection into law on obligations. Described implementation proves a loss of part of sovereignty by national legislatures of member states. Moreover, it demonstrates that the European law becomes ever more important for civil lawyers even when they deal only with the national law on obligations. Therefore every lawyer in a member state needs to be familiar with specialties of European law, i.e., with provisions that have been introduced in national laws for the implementation of directives (especially with the principle of interpretation of such provision in accordance with the directives, a principle that presents itself as an additional interpretational method in relation to provision “with European roots”). The same is applicable to lawyers in countries that intend to become EU members. However, European unification of law on obligations relating to consumer protection by current directives is only the beginning of a wider unification of law on obligations. Namely, a uniform European code on contractual law is being prepared, a code that should – depending on the result of preparatory work on the code – either substitute national contractual laws in whole, or – which is more likely – enable member states a margin for additional regulation of this field.

Key words: *European Community law, German law, harmonization of national law, reform of law on obligations, directives, consumer protection, contract on sale, statute of limitations.*

Zusammenfassung

REFORM DES DEUTSCHEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES IN BEZUG AUF DIE EUROPÄISCHEN ASPEKTE DIESER REFORMEN

Der Artikel stellt die Hintergründe und den Umfang der Schuldrechtsreform 2002 in Deutschland vor. Hierbei wird herausgestellt, daß in dieser Reform sowohl ältere deutsche Reformvorschläge und die Notwendigkeit zur Anpassung des deutschen Schuldrechts an europäische Richtlinien gebündelt wurden. Weiterhin werden Beispiele für die Bereiche, in denen die Reform Änderungen brachte, gegeben (Leistungsstörungenrecht, Verjährungsrecht, Kodifizierung bisher richterrechtlich geregelter Rechtsinstitute, Änderungen in verbraucherrechtlich relevanten Bereichen).

In besonderer Weise wird auf diejenigen Regelungsbereiche des alten und des neuen BGBs eingegangen, die Bereiche betreffen, in denen auch Richtlinien der EG zum Verbraucherschutz ergangen sind. In diesem Zusammenhang wird auch dargestellt, daß der deutsche Gesetzgeber mit der Reform seine Technik der Harmonisierung geändert hat, indem er an Stelle richtlinienumsetzender Sondergesetze nun die Integration der entsprechenden Vorschriften in das BGB wählte. Diesbezüglich wird darauf hingewiesen, daß dies eine Frage ist, der sich auch Kroatien, das mit der Harmonisierung seines Rechtssystems im Hinblick auf eine zukünftige EU-Mitgliedschaft begonnen hat, stellen muß. Außerdem wird darauf verwiesen, daß mit dieser Europäisierung wesentlicher Teile des Schuldrechts auch in den Ländern, die erst zukünftig der EU beitreten wollen, bereits heute europäische Aspekte der Rechtsanwendung und -auslegung (beispielsweise die richtlinienkonforme Auslegung) praktische Bedeutung gewinnen. Dies wirft im Falle Kroatiens besondere Probleme auf, da sowohl das Primär- und Sekundärrecht noch nicht in die Landessprache übersetzt sind. Dies führt nach Auffassung des Autors dazu, daß kroatische Juristen, die nicht einer Amtssprache der EU mächtig sind, genau besehen gar nicht mehr in der Lage sind, ihr eigenes Recht unter Nutzung aller erforderlichen Quellen auszulegen.

Zusammenfassend wird festgestellt, daß die deutsche Schuldrechtsreform auch ein Anschauungsbeispiel für die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf einen der klassischen Kernbereiche der zunehmend "denationalisierten" nationalen Rechte ist. Im Ausblick wird darauf hingewiesen, daß die Europäisierung des Schuldrechts zwar über das Verbraucherschutzrecht quasi "durch den Seiteneingang" begonnen hat, daß aber u.a. die jüngsten Initiativen für einen europäischen Vertragsrechtskodex erwarten lassen, daß das Gemeinschaftsrecht in Zukunft auch für "Zivilisten" zu einer der wichtigsten Rechstmaterien werden wird.

Schlüsselwörter: *europäisches Gemeinschaftsrecht, deutsches Recht, Harmonisierung nationalen Rechts, Schuldrechtsreform, Richtlinien, Verbraucherschutz, Kaufvertrag, Verjährung.*

Sommario

RIFORMA DEL CODICE CIVILE TEDESCO CON PARTICOLARE RIGUARDO AGLI ASPETTI EUROPEI DELLA RIFORMA

L'articolo descrive la recente riforma del Codice civile tedesco (BGB). La prima parte dell'articolo presenta la storia della riforma consistente di due parti: realizzazione delle modifiche al BGB ideate da molto tempo e trasformazione e assimilazione di determinate direttive europee sulla tutela dei consumatori nel diritto delle obbligazioni. L'accennata implementazione dimostra la perdita di parte della sovranità del potere legislativo degli stati membri. Inoltre essa dimostra che il diritto

europeo diventa sempre più importante per i civilisti, anche quando riguardano solo il diritto sulle obbligazioni nazionale. Perciò in uno stato membro qualsiasi giurista necessita di essere in confidenza con le specificità del diritto europeo, cioè con le disposizioni che sono state introdotte nei diritti nazionali nell'attuazione di direttive (particolarmente con il principio di interpretazione di tali disposizioni in osservanza delle direttive, un principio che si presenta come un metodo interpretativo integrativo in relazione alle disposizioni "con origine europea"). Ciò è applicabile ai giuristi nei paesi che intendono diventare membri dell'Unione Europea. Tuttavia l'unificazione europea del diritto delle obbligazioni a tutela dei consumatori da parte delle direttive attuali è solo il principio di una più ampia unificazione del diritto delle obbligazioni. Vale a dire che è in preparazione un codice europeo comune sul diritto contrattuale, un codice che dovrebbe – in dipendenza dai risultati del lavoro preparatorio sul codice – anche sostituire i diritti contrattuali nazionali nel suo insieme, ovvero – ciò che è più probabile – consentire agli stati membri un margine per la disciplina integrativa in questo campo.

Parole chiave: *diritto della Comunità Europea, diritto tedesco, armonizzazione dei diritti nazionali, riforma del diritto sulle obbligazioni, direttive tutela dei consumatori, contratto sulla vendita, precrizione.*

NAČELO SAVJESNOSTI I POŠTENJA U OBVEZNOM PRAVU

Mr. sc. Marko Baretić, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.441.62
Ur.: 13. siječnja 2003.
Pr.: 5. veljače 2003.
Pregledni znanstveni članak

Autor analizira pravnu narav, pojam, odnos prema sličnim institutima, funkcije, sadržaj, pravne posljedice i područje djelovanja načela savjesnosti i poštenja u našem pravu. Pritom se služi povijesnopравnom i usporednopравnom metodom. Autor pristaje uz uvriježeno mišljenje da je to načelo pravni standard kojim se konkretizira glavna činidba u obveznopравnom odnosu, kojim se stranama u tom odnosu nameću neke dopunske obveze te kojim se subjekte ograničava u izvršavanju njihovih prava. Izražava, međutim, određene rezerve u pogledu djelovanja tog načela nakon prestanka ugovornog odnosa te u pogledu stava da se tim načelom korigiraju nepravilna rješenja koja proizlaze iz promijenjenih okolnosti. Temeljem analize funkcija tog načela te analize etimologije izraza koji se koriste u stranim pravnim porecima za označavanje tog načela, zaključuje da bi to načelo bilo primjerenije nazivati načelo poštenja i povjerenja.

Ključne riječi: *načelo savjesnosti i poštenja, načela obveznog prava, dobra vjera.*

1. Uvod

Načelo savjesnosti i poštenja jedno je od osnovnih načela našeg obveznopравnog poretka. Sudionici obveznopравnih odnosa dužni su prilikom njihova zasnivanja kao i prilikom izvršavanja prava i ispunjavanja obveza iz tog odnosa pridržavati se tog načela. No, možda čak i više od ostalih načela, ovo načelo postavlja pred sudionike obveznopравnih odnosa prilično neodređeni zahtjev. Opravdano je upitati se što to znači ponašati se u skladu s načelom savjesnosti i poštenja?

Da bi se ovaj složeni institut obveznog prava shvatio u potpunosti, potrebno je otvoriti niz pitanja, poput pitanja koja je pravna narav načela savjesnosti i poštenja, u kakvom je odnosu to načelo prema nekim drugim, na prvi pogled, sličnim institutima, koje su mu funkcije, što je sadržaj ponašanja u skladu s tim načelom, koje su pravne posljedice nepridržavanja tog načela, te konačno, koje je područje primjene tog načela?

Tražeci odgovore na ova pitanja, poslužiti će se dvjema metodama; povijesno-pravnom i poredbenopravnom metodom. Povijesnopravna analiza omogućit će da proniknemo u korijene tog načela te da provjerimo je li, od svog nastanka do danas, ono sadržajno evoluiralo. Poredbenopravna metoda pružit će nam uvid u odgovore koje na gore postavljena pitanja nudi sudska praksa i pravna književnost u stranim pravnim porecima. Budući da već sada mogu ustvrditi da je u sudskoj praksi i pravnoj književnosti nekih stranih pravnih poredaka ovom načelu posvećeno kud i kamo više prostora nego li je to slučaj kod nas, poredbenopravna metoda bit će značajan oslonac ovog rada. Naravno, pritom će podjednaka pozornost biti posvećena stavovima zauzetim o ovom načelu u pravnoj književnosti i sudskoj praksi vezanoj uz Zakon o obveznim odnosima.

2. Povijesni pregled

Načelo savjesnosti i poštenja jedan je od onih pravnih instituta koji svoje postojanje u modernom pravu duguju rimskom pravu. Terminološki i funkcionalni ekvivalent načela savjesnosti i poštenja u rimskom je pravu bila *bona fides*, koja se oslanja na stari rimski pojam *fides*.¹ *Fides* je tipični rimski pojam koji nema uzora u grčkoj filozofiji i književnosti, a kojem se mogu pripisati dva osnovna značenja: 1. vjernost i držanje dane riječi te 2. vjerovanje u istinitost nečega.² U republikansko doba *fides* je značio samo jamstvo, obećanje, pouzdanost, vjerodostojnost. Dakle, taj je pojam u početku imao samo objektivno značenje, a tek u Ciceronovo doba dobiva i moralni karakter.³ Vremenom se pojmu *fides* počinje dodavavati pridjev *bona*, i to u okviru procesne formule jedne skupine akcija *in personam*. Kada se i kako pojmu *fides* počeo dodavati pridjev *bona*, ostaje do danas nejasno.⁴ Unatoč pokušajima stvaranja distinkcije glede funkcije i značenja pojmova *fides* i *fides bona*, izgleda da se dodavanjem pridjeva *bona*, pojam *fides* nije u bitnome izmijenio.⁵

¹ Horvat M.: *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb, 1939., str. 21.

² Horvat, *Bona fides...*, o.c., str. 21.-22.

³ Horvat, *Bona fides...*, o.c., str. 22.

⁴ Schermaier M. J.: *Bona fides in Roman contract law*, u ediciji Zimmermann R.-Whittaker S.: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000., str. 77.

⁵ Takvo je mišljenje zastupao Horvat, *Bona fides...*, o.c., str. 30.-31., suprotno, Stojanović D.: *Savjest i poštenje*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom treći, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, 1978., str. 105., te Schermaier, o.c., str. 78. Stojanović prihvaća starije shvaćanje prema kojem pojam *fides* može imati pozitivno (*bona fides*) i negativno (*mala fides*) značenje. Schermaier, s druge strane, smatra da pojam *fides* treba shvatiti kao držanje dane riječi, dakle kao obezda da se učini ono što je obećano, dok se pojam *bona fides* uporabljao kako bi se utvrdio sadržaj ugovora. Horvat iznosi uvjerljive argumente suprotne tvrdnjama koje zastupaju dva potonja autora. U tom smislu, on navodi da za negativno određenje pojma *fides* nema argumenata u rimskim tekstovima što je, smatra Horvat, i shvatljivo jer, budući da pojam potječe od božanstva, za rimske pravnike i pisce on nikako nije mogao imati negativno značenje. S druge strane, argumentira stav da se već i u najranije doba, kada je taj institut značio samo vjernost i držanje dane riječi, koriste oba termina, i *fides* i *bona fides*.

Porijeklo *bona fides* treba tražiti i u međusobnim odnosima rimskih građana i u njihovim odnosima sa strancima.⁶ *Bona fides* shvaćena kao moralna kategorija, kao moralna norma, stajala je, glede njezine obvezatne snage, u opreci prema pravnoj normi, prema *ius*,⁷ te kao takva, u najranije doba njegova razvoja, nije predstavljala dio rimskog prava. No, u to najranije doba mnoga su područja javnog i privatnog života rimskih građana bila uređena samo moralnim normama, poput primjerice odnosa patrona prema klijentu, patrona prema oslobođenom robu, odnosa prema gostu, odnosa nalogodavca i nalogoprimca, odnosa između prijatelja i sl.⁸ Isto tako, pravni promet između stranaca međusobno te između stranaca i rimskih građana bili su prepušteni *fidei*.⁹ Da bi se ovo u potpunosti shvatilo, potrebno je, barem sumarno, podsjetiti se nekih karakteristika rimskog prava.

Ugovori starog rimskog prava (*ius civile Quiritum*) bili su vezani uz strogi oblik. Budući da nije bilo moguće unaprijed odrediti poseban oblik za svaki ugovor, broj obveznopravnih ugovora u starom je rimskom pravu bio ograničen.¹⁰ Ti su ugovori bili *negotia stricti iuris*.¹¹ Pritom je važno naglasiti da je za klasifikaciju pojedinih subjektivnih prava bio odsudan njihov postupovni izričaj. Svako pojedinoj tužbi (*actio*) odgovaralo je pojedino subjektivno pravo.¹² Stoga, ona subjektivna prava koja nisu imala svoj postupovni izričaj, svoju tužbu, nisu bila utuživa. Neutuživa su bila sva ona subjektivna prava koja su u međusobnim odnosima rimskih građana izlazila iz područja *iuris* i temeljila se na *fidei*. No, budući da je, temeljem načela personaliteta, rimsko pravo vrijedilo samo za rimske građane, neutuživa su bila i sva ona subjektivna prava temeljena na pravnim poslovima između rimskih građana i stranaca te između stranaca međusobno, pa su se i njihovi međusobni odnosi temeljili na povjerenju, *fidei*.¹³ Razvojem prometa između rimskih građana i stranaca takvo je stanje postalo neodrživo. Stoga se postupno stvara *ius gentium*, koje je predstavljao skup običaja i normi zajedničkih svim narodima.¹⁴ Jedno od osnovnih prirodnih shvaćanja svih naroda bilo je pravilo da obećanja, pa time i ugovore, treba ispunjavati, što se kod Rimljana izražavalo terminom *fides*.¹⁵ No kako *fides* rimskog građana nije morala, smatralo se u to vrijeme, odgovarati *fidei* jednog stranca, utuživost neformalnih ugovora uvedena je od strane peregrinskih pretora radi zaštite rimskih građana. Vremenom i *preator*

⁶ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 27.-29., 52.-58.; Stojanović, o.c., str. 105.; Schermaier, o.c., str. 77.

⁷ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 27.

⁸ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 27.-28.; Schermaier, o.c., str. 77.-78.

⁹ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 52.

¹⁰ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 39.

¹¹ Horvat M: Rimsko pravo, Pravni fakultet Zagreb, 2002., str. 289.; Stojanović, o.c., str. 105.

¹² Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 31.-32.; slično Schermaier, o.c., str. 72.-73.

¹³ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 52.-53.; Stojanović, o.c., str. 105.

¹⁴ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 53.

¹⁵ Horvat, *Bona fides*..., o.c., str. 53.; Stojanović, o.c., str. 105.

urbanus prilikom rješavanja sporova između rimskih građana preuzima izričito pozivanje na *fidem bonam*, te se na taj način ovaj termin iz *iuris gentium* recipira u *ius civile*.¹⁶

U klasičnom se pravu, dakle, *bona fides* razumijevala samo u smislu držanja dane riječi.¹⁷ Ta je formula omogućavala utuživost neformalnih pravnih poslova, dakle onih pravnih poslova koji su izlazili iz kruga *negotium stricti iuris*. Vremenom ona poprima drugo značenje, te u razvijenom klasičnom rimskom pravu *bona fides* više ne znači dužnost držanja dane riječi i samostalnu osnovu obveze, već ovlaštenje suca da sadržaj i opseg tuženikove obveze utvrdi po svom slobodnom nahođenju, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja i običaje poštenog prometa bez obzira na norme starog civilnog prava i doslovno značenje izraza upotrijebljenih u ugovoru.¹⁸ Ta se promjena značenja pojma *bona fides* temeljila na uvjerenju da ona može obvezivati isto kao i *lex*.¹⁹ Na temelju tog novog načina odlučivanja suca, razlikuju se dvije skupine akcija *in personam*: *iudicia stricta* (*iudicia stricti iuris*) i *iudicia bonae fidei*. I dok je u *iudicia stricta* sudac ograničen na utvrđivanje postojanja tražbine i strogo vezan na uputu u formuli i doslovni sadržaj ugovora, u *iudicia bonae fidei*, sudac ima određenu slobodu odlučivanja.²⁰ Valja, međutim, naglasiti da tu podjelu *actiones in personam* klasični rimski pravници nisu poznavali, već je ona uvedena u rimsko pravo tek Justinijanovom kompilacijom.²¹

Unatoč relativnoj slobodi koju je *iudicia bonae fidei* davala sucu, *bona fides* bio je već i u rimskom pravu prilično određen termin s jasnim objektivnim granicama.²² Tako je prilikom utvrđivanja prava i obveza strana, a kako bi utvrdio njihovu pravu volju, sudac mogao, odlučujući po *bona fides*, uzimati u obzir i šutnjom preuzete obveze, neformalne uzgredne odredbe (*pacta adiecta*), mjesne običaje i običaje u prometu. Povrh toga, odlučivanjem po *bona fides*, sudac je mogao uzeti u obzir prijevarno ili nepošteno ponašanje jedne od strana (*dolus*), kao i protupravnu prinudu (*vis metusve*) jedne strane. Nadalje, sudac je mogao izvršiti prijeboj tražbina stranaka te uvažiti platež duga izvršen nakon litiskontestacije. Konačno, sudac je, pozivajući se na *fidem bonam*, mogao slobodno prosuđivati potrebu pažnje i odgovornost prilikom ispunjenja obveze, te nalogati naknadu štete prouzročene neizvršenjem tih

¹⁶ Horvat, *Bona fides...*, o.c., str. 54.-55.; Schermaier, o.c., str. 74.-75. Potonji autor (Schermaier, o.c., str. 77.) naglašava da je *bona fides* ugrađena u pretorsko pravo vjerojatno u drugom stoljeću prije Krista. Isti autor, nadalje, smatra da, unatoč činjenici da je pojam *bona fides* predstavljao izvor obveza po *ius gentium*, nije opravdano nastanak *bonae fidei iudicia* vezati uz sudske postupke peregrina, budući da je *bona fides* jednako tako koncept rimskog prava kao i koncept *iuris gentii*.

¹⁷ Horvat, *Bona fides...* o.c., str. 38.; Stojanović, o.c., str. 105.

¹⁸ Horvat, *Bona fides...*, o.c., str. 36.-37.; Stojanović, o.c., str. 105.; Romac A.: *Rimsko pravo*, Narodne novine, 1989., str. 261.-262.

¹⁹ Stojanović, o.c., str. 105.

²⁰ Horvat, *Rimsko pravo*, o.c., str. 287.-288.; Schermaier, o.c., str. 83.-84.; Romac, o.c., str. 261.-262.

²¹ Horvat, *Bona fides...*, o.c., str. 32.; Schermaier, o.c., str. 71.; Stojanović, o.c., str. 105.

²² Stojanović, o.c., str. 105.

dužnosti.²³ Opisanim djelovanjem suca, *bona fides* postaje institut kojim se određuje način na koji su se ugovorne strane dužne ponašati jedna prema drugoj, a koji sucu daje mogućnost odlučiti temeljem onoga što se smatra poštenim i razumnim.²⁴

Daljnji razvoj pojma *bona fides* u klasičnom rimskom pravu donio je grananje, do tada, jedinstvenog pojma u dva pravca: na *bona fides* u objektivnom smislu te *bona fides* u subjektivnom smislu. *Bona fides* u objektivnom smislu značila je zahtjev za postupanjem u pravnom prometu u skladu s poštenjem i povjerenjem. Ona je, dakle, predstavljala moralni zahtjev. To je značenje *bona fides* imala u obveznom pravu. S druge strane, pojavljuje se *bona fides* u subjektivnom smislu, pojam koji ne predstavlja moralnu normu, ne predstavlja zahtjev za određenim ponašanjem, već se njome označava intelektualno-psihološko stanje osobe koja stječe vlasništvo neke stvari dosjelošću. U tom drugom značenju *bona fides* predstavlja odsutnost zablude glede vanjskih okolnosti koje određena osoba smatra istinitima, iako one to nisu, iz čega ta osoba može postići određenu korist. U potonjem značenju *bona fides* pojavljuje se u stvarnom pravu, kod stjecanja vlasništva dosjelošću, zaštite vlasništva publicijanskim tužbama, kod rješavanja pitanja naknade plodova i troškova. Sadržajna razlika tih dvaju instituta na terminološkoj se razini očituje u razlikovanju termina *bona fides praestare* (u obveznom pravu) i *bona fides possidere* (u stvarnom pravu).^{25,26}

3. Pravna narav i pojam načela savjesnosti i poštenja

3.1. Pravna narav

Iz Justinijanove kompilacije *bona fides* kao pravno načelo ulazi u moderne kodifikacije građanskog prava.²⁷ To načelo, primjerice, predviđaju njemački Građanski zakonik – Bürgerliches Gesetzbuch (dalje: BGB) (§§ 157. i 242.),²⁸ francuski Građanski zakonik – Code civil (dalje: CC) (članak 1134.),²⁹ talijanski

²³ Horvat, Rimsko pravo, o.c., str. 288.; Romic, o.c., str. 262.; Stojanović, o.c., str. 105.; Schermaier, o.c., str. 84.-85.; Whittaker S.- Zimmermann R.: Good faith in European contract law: surveying the legal landscape, u ediciji Zimmermann-Whittaker: Good Faith in European Contract Law, str. 17.-18.

²⁴ Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 16.

²⁵ Horvat, Bona fides..., o.c., str. 17.-20.; Stojanović, o.c., str. 105.-106.

²⁶ O razlici između načela savjesnosti i poštenja u obveznom pravu i dobre vjere u stvarnom pravu, vidi u točki 3.4.3. ovog rada.

²⁷ Horvat, Bona fides..., o.c., str. 17.; Schermaier, o.c., str. 88.

²⁸ Odredba § 157. BGB-a glasi: (*Auslegung von Verträgen*) *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.* Odredba § 242. BGB-a glasi: (*Leistung nach Treu und Glauben*) *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

²⁹ Članak 1134. CC-a glasi: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

Građanski zakonik – Codice civile (članci 1337., 1366. 1375.).³⁰ Kao jedno od osnovnih načela obveznog prava, pod nazivom načelo savjesnosti i poštenja, taj institut ulazi i u Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO).^{31,32} Člankom 12. ZOO-a određeno je: “U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa učesnici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja.”

Odredba članka 12. ZOO-a, isto kao i odredbe spomenutih građanskih zakonika Njemačke, Francuske i Italije, predstavlja pravni standard ili opću odredbu (generalnu klauzulu).³³ Kao pravni standard ili opća odredba ta odredba ne predstavlja “normalno” strukturirano pravno pravilo pod koje je supsumirano sasvim određeno činjenično stanje, te koje predviđa sasvim određenu pravnu posljedicu koja slijedi iz tog činjeničnog stanja.³⁴ Umjesto toga, ta odredba predstavlja otvoreno pravno pravilo, orijentacijsko pravno pravilo, koje samo načelno određuje na koji bi se način subjekti u određenom obveznopравnom odnosu morali ponašati.³⁵ U tom smislu, ta odredba predstavlja pravno pravilo ponašanja (*Verhaltensnorm*).^{36,37} To je neke navelo da zaključe kako pravna pravila poput, primjerice onog iz § 242. BGB-a ili, u našem slučaju, onog iz članka 12. ZOO-a, sama po sebi nemaju nikakvo

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

³⁰ Članak 1337. Codice civile glasi: *Trattative e responsabilità precontrattuale*. – *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*. Članak 1366. Codice civile glasi: *Interpretazione di buona fede*. – *Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*. Članak 1375. Codice civile glasi: *Esecuzione di buona fede*. – *Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*.

³¹ Narodne novine 53/91.; 73/91.; 111/93.; 3/94.; 107/95.; 7/96.; 91/96.; 112/99.; 88/2001.

³² Prije stupanja na snagu ZOO-a, načelo savjesnosti i poštenja u našem je obveznom pravu bilo uređeno općim uzancama za promet robom. Uzanca 3. glasila je: Poštenje i savjesnost je osnovno načelo koga se stranke moraju pridržavati u poslovima prometa robom. Stranke se ne mogu pozivati na neku od ovih uzanca, ako bi njena primjena u datom slučaju proizvela posljedice protivne tome načelu. (Goldštajn A.: Privredno ugovorno pravo, Informator, 1980., str. 64.).

³³ Isto, Vedriš M.-Klarić P.: Građansko pravo, Narodne novine, 2002., str. 368.; Gorenc V.: Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRiF, 1998.; str. 11., Stojanović, o.c., str. 106.-107.; Blagojević B.T.-Kruj V.: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga I., Savremena administracija, 1980., str. 57.; Perović S.-Stojanović D.: Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac, Pravni fakultet Kragujevac, 1980., str.107.-108.; Schmidt J., u J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites buch. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff; 241-243, Sellier-de Gruyter, 1995., str 273.; Roth G. H. u Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeinter Teil, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2001., str. 113.-114.; Heinrichs H., u Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1999., str. 227.

³⁴ Roth, o.c., str. 113.; Heinrichs, o.c., str. 227.; Gorenc, o.c., str. 11.

³⁵ Schmidt, o.c., str. 272; Roth, o.c., str. 113.; Heinrichs, o.c., str. 227.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 31.

³⁶ Schmidt, o.c., str. 272.

³⁷ Osim dominantnog stava o općoj odredbi ili pravnom standardu, u književnosti se može naići i na nešto drukčija razmišljanja o pravnoj naravi načela savjesnosti i poštenja. Tako neki shvaćaju savjesnost

značenje.³⁸ Naravno, ovu tvrdnju ne bi trebalo shvatiti doslovno. Ona samo ukazuje na potrebu da se pravo značenje i doseg jedne opće odredbe traži kroz simultano djelovanje sudske prakse i pravne znanosti. Upravo je zadatak znanosti, ali i sudske prakse, da jedno otvoreno pravno pravilo ponašanja preradi u konkretna pravna pravila.³⁹

Šira primjena općih odredaba ili pravnih standarda započinje velikim nacionalnim kodifikacijama građanskog prava s kraja 19. i početka 20. stoljeća. Kao i *equity* sustav u *common law*, sustav općih odredaba u građanskopravnim zakonima kontinentaleuropskog pravnog kruga nastao je kao reakcija na strogi formalizam koji je do tada vladao u judikaturi te kao pokušaj ublažavanja nepravednosti koje su proizlazile iz tog formalizma.⁴⁰ Posizanje za općim odredbama ili pravnim standardima posljedica je razvijenog pravnog prometa i s tim povezane nemogućnosti da se unaprijed predvidi mnoštvo najrazličitijih situacija koje bi se u praksi mogle dogoditi.⁴¹ Stoga, umjesto da pokuša (unaprijed neuspješno) zakonski urediti sve konkretne slučajeve, zakonodavac postavlja opću odredbu, pravni standard koji omogućava sudu procijeniti je li u konkretnom slučaju ponašanje nekog pravnog subjekta primjereno pravnom poretku. Time se omogućava sudu da, u situacijama u kojima bi primjena pojedinačne pravne norme dovodila do nepodnošljivog rezultata, konkretan slučaj presudi u skladu s duhom zakona.⁴² Isto tako, uporabom pravnih standarda omogućava se da relativno statičan zakon prati dinamiku društvenog razvoja. Gotovo da nije potrebno spominjati koliku opasnost po pravnu sigurnost donosi takva primjena prava. Prednosti koje donosi sustav općih odredaba bile bi u potpunosti zasjenjene negativnim posljedicama koje bi donijela

i poštenje kao institucionalnu odredbu. Tom se odredbom ne uređuje prirodno ponašanje pravnih subjekata na način da s tim ponašanjem povezuje neke deontološke modalitete (poput primjerice, dopuštenje ili zabranu), već se tom odredbom ponašanju subjekata daje neki institucionalni smisao. Nadalje, zastupa se mišljenje prema kojem je savjesnost i poštenje načelo koje zahtijeva da se ponašanje inkorporirano u tim terminima mora u konkretnom slučaju ostvariti u najvećoj mogućoj mjeri koju dopuštaju okolnosti, a ta se mjera određuje međudjelovanjem ostalih načela i pravnih pravila. Neki pak smatraju da se u tom načelu krije ideja o "ispravnom pravu", koju sud mora konkretizirati sukladno nekim zajedničkim vrijednostima. Neovisno o normativnom izričaju, javlja se mišljenje prema kojem je načelo savjesnosti i poštenja institut s apelirajućim djelovanjem. Tim načelom apelira se na ispravno i pošteno postupanje. Važno je, međutim, naglasiti da se niti jedno od navedenih objašnjenja načela savjesnosti i poštenja ne može kvalificirati kao jedino ispravno, i to stoga što ta razmišljanja, svako na svoj način, ukazuju na pojedine značajke tog složenog načela. Međutim, važnost različitih razmišljanja o načelu savjesnosti i poštenja od velike je važnosti prilikom definiranja modaliteta praktične primjene tog načela. Vidi, Schmidt, o.c., str. 272.-274.

³⁸ Tako, Roth, o.c., str. 115.; Schmidt, o.c., str. 275.

³⁹ Schmidt, o.c., str. 272.

⁴⁰ Slično, Schermaier, o.c., str. 63.-64.

⁴¹ Slično, Blagojević-Krulj, o.c., str. 57.

⁴² O ublažavanju krutosti zakonskog formalizma uvođenjem moralnih zahtjeva kao kriterija tumačenja ugovora ideološki zastarjelo, ali pravno korektno piše Vuković M.: *Obvezno pravo*, knjiga II., Školska knjiga, 1964., str. 66.-71.

pravna nesigurnost kada bi, umjesto po pravu, sudovi počeli suditi po pravičnosti ili svrsishodnosti.⁴³ Da bi se u primjeni načela savjesnosti i poštenja izbjegle te negativnosti, sudovi bi, rješavajući konkretan slučaj, trebali izbjegavati uopćeno pozivanje na to načelo te donositi prosudbu o tome je li ponašanje nekog subjekta u skladu s tim načelom na temelju objektivnih kriterija. A da bi u tome uspio, sudac mora proniknuti u sadržaj tog načela.⁴⁴

Dakle, osnovna uloga načela savjesnosti i poštenja bila bi odrediti način na koji su se sudionici obveznog pravnog odnosa dužni ponašati. Neki autori, pritom, navode da uloga tog načela nikako ne može biti stvaranje samostalnih pravnih instituta, stvaranje novih pravnih pravila.⁴⁵ No, velik broj autora pridaje pravnim standardima, pa tako i načelu savjesnosti i poštenja, iznimnu važnost upravo kao sredstvu stvaranja novih pravnih pravila.⁴⁶ Tvrdnju da je načelo savjesnosti i poštenja izvor novih pravnih pravila možda se najbolje može dokazati na primjeru ZOO-a. Kao relativno novi zakon, ZOO je predvidio niz pravnih pravila kojima su uređeni pravni instituti čiji nastanak možemo pripisati načelu savjesnosti i poštenja. Spomenimo samo neke. Načelo zabrane zloupotrebe prava (članak 13. ZOO-a), zabrana proturječnog ponašanja (*venire contra factum proprium*), predviđena, primjerice odredbom stavka 1. članka 500. ZOO-a, predugovorna odgovornost (stavci 2. i 3. članka 30. ZOO-a), raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti (članci 133.-136. ZOO-a),⁴⁷ neki su od instituta koji, primjerice, u njemačkom pravu postoje samo kao pravna pravila koja su sudskom praksom deducirana iz načela savjesnosti i poštenja.⁴⁸ Očito je, dakle, da su redaktori našeg ZOO-a u njega ugradili neke institute koji su razvijeni upravo kao pojavni oblici načela savjesnosti i poštenja.

Načelom savjesnosti i poštenja nisu vezani samo sudovi koji bi to načelo trebali konkretnizirati. Primarni adresati odredbe članka 12. ZOO-a jesu sudionici obveznog pravnog odnosa. Budući da se radi o jednom od osnovnih načela na kojima počiva naše obvezno pravo, proizlazi da je pravilo iz članka 12. ZOO-a imperativno pravilo (*ius strictum*), čiju primjenu na svoj obveznopravni odnos strane ne bi mogle sporazumom isključiti ni ograničiti, a na koji bi sud morao paziti po službenoj dužnosti.⁴⁹ Nadalje, načelo savjesnosti i poštenja vrijedi u pravnom prometu općenito.⁵⁰ Iz odredbe članka 12. ZOO-a može se zaključiti da načelo savjesnosti i poštenja obvezuje strane bilo kojeg obveznopravnog odnosa. ZOO, međutim, u

⁴³ Isto, Stojanović, o.c., str. 106.-107.; Blagojević-Krulj, o.c., str. 57.

⁴⁴ Stojanović, o.c., 107.

⁴⁵ Stojanović, o.c., str. 107.

⁴⁶ Roth, o.c., str. 118.-119.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 18.-32.; Detaljnije, Schmidt, o.c., str. 294.-310.

⁴⁷ Vidi, međutim, točku 4.3. ovog rada.

⁴⁸ Vidi, općenito, Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 22.-30.; detaljnije, Roth, o.c.; Schmidt, o.c.

⁴⁹ Isto, Vizner B.: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978., str. 73.

⁵⁰ Isto, Heinrichs, o.c., str. 229.

određenim slučajevima posebno apostrofira dužnost strana da postupaju sukladno tom načelu.⁵¹ S druge strane, dužnost ponašanja u skladu s tim načelom ponekad je implicirana u pojedinim odredbama ZOO-a.⁵² No, to ne znači da to načelo obvezuje strane samo u tim pojedinačno navedenim slučajevima. Ta bi pojedinačna navođenja načela savjesnosti i poštenja trebalo shvatiti samo kao podsjetnik stranama na ono što ih, temeljem odredbe članka 12. ZOO-a, obvezuje u svakom obveznopravnom odnosu.

ZOO ne sadrži odredbu, poput na primjer odredbe § 157. BGB-a ili članka 1366. Codice civile, kojom bi bilo predviđeno da se ugovori tumače u skladu s načelom savjesnosti i poštenja. Iz toga, međutim, ne bi trebalo zaključiti da sudovi nisu dužni tumačiti ugovore u skladu s tim načelom. Upravo suprotno. Ako su sudionici nekog obveznopravnog odnosa dužni poštovati to načelo, onda je opravdano zahtijevati od sudova da prilikom tumačenja ugovora vode računa o tom načelu.

Temeljem navedenog, u ovom bi se stadiju analize načela savjesnosti i poštenja moglo zaključiti da članak 12. ZOO-a sadrži pravni standard koji ima dvojaku ulogu; s jedne strane, njime se propisuje način ponašanja strana u obveznopravnom odnosu te, s druge strane, to načelo predstavlja jedan od kriterija koje sud uzima u obzir prilikom tumačenja ugovora te općenito, utvrđivanja prava i obveza strana u obveznopravnom odnosu.

3.2. Pojam

Termin koji je za institut *bona fides* uporabljen u našem pravu – načelo savjesnosti i poštenja, sastoji se, kao i njemačka složenica *Treu und Glauben*, od dva elementa; savjesnosti i poštenja. Zato se, prilikom tumačenja pojmova “savjesnost” i “poštenje”, komentatori ZOO-a uglavnom oslanjaju na značenja koja se u njemačkoj književnosti pridaju izrazima *Treu* i *Glauben*. Unatoč tome što neki navode da je te izraze lakše osjetiti nego definirati,⁵³ te da su, barem u njemačkom jeziku, ti pojmovi sinonimi,⁵⁴ moguće je dati određena uopćena značenja obaju termina. Savjesnost bi, kao i izraz *Treu* u njemačkom jeziku, značila pouzdanost, odanost, otvorenost, privrženost, obzirnost, iskrenost, nesebičnu pripravnost držanja obećanog.⁵⁵ Tim se terminom označava unutrašnje i vanjsko držanje određenog subjekta.⁵⁶ Radi se, dakle, o terminu, koji s jedne strane, ocrtava neke unutrašnje, moralne i duhovne kvalitete određenog subjekta, no isto tako, taj termin implicira

⁵¹ Primjerice, u stavku 4. članka 74., članku 136., stavku 2. članka 264. ZOO-a.

⁵² Primjerice, u članku 134., članku 268., članku 333., članku 532., članku 677. ZOO-a.

⁵³ Schmidt, o.c., str. 274.

⁵⁴ Roth, o.c., str. 115.

⁵⁵ Stojanović, o.c., str. 106.; Gorenc, o.c., str. 12.; Vizner, o.c., str. 69.; Schmidt, o.c., str. 275.; Roth, o.c., str. 115.

⁵⁶ Schmidt, o.c., str. 275.; Gorenc, o.c., str. 12.;

potrebu da se te kvalitete odraze u ponašanju, u očitovanjima tog subjekta. Pojam "poštenje" u književnosti se poistovjećuje s njemačim terminom *Glauben*,⁵⁷ koji se definira kao čestitost, poklanjanje vjere, povjerenje.⁵⁸ Međudjelovanjem ovih dvaju termina ili, preciznije rečeno, ljudskih kvaliteta koje stoje iza tih termina, stvara se između strana jedan socijalni odnos kojeg karakterizira međusobno poštenje i povjerenje. Te kvalitete zahtijevaju od subjekata da se ponašaju pošteno, no istovremeno zahtijevaju od njih da vjeruju u poštenje druge strane, da pristupaju drugoj strani s povjerenjem, kako se već pristupa nekome koga smatramo poštenim.⁵⁹

Nema sumnje da su savjesnost i poštenje općeljudske, moralne kvalitete, pa bi se moglo zaključiti da su člankom 12. ZOO-a, u pravni poredak inkorporirane moralne norme⁶⁰ kojima se omogućava moralizacija i humanizacija obveznih odnosa.⁶¹ Uvođenjem pravila morala u pravni poredak pravnim standardom, omogućava se da relativno statičan zakon prati dinamiku društvenih odnosa. Moral, naime, kao ni bilo koja druga sociološka kategorija, nije nepromjenjiv. Evolucijom društva mijenjaju se i njegovi kriteriji moralnosti. Zato pravni standard kojim se samo općenito poziva na dužnost postupanja u skladu s moralnim načelima, dopušta da se ta moralna načela shvaćaju na način koji odgovara razvojnem stadiju društva.

U relativnosti moralnih vrijednosti leži i najveća opasnost glede primjene načela savjesnosti i poštenja. Moralni su kriteriji vrlo često sasvim individualni, ali često i prilično fluidni. Stoga, kada bi se prava i obveze strana u obveznopravnom odnosu tumačili prema osobnim moralnim kriterijima, bilo strana bilo suca koji tumači ugovor, pravna sigurnost bila bi značajno narušena.^{62,63} Upravo kako bi se izbjegla arbitrarnost u njenoj primjeni, načelo savjesnosti i poštenja već je u rimskom pravu predstavljalo objektivni koncept.⁶⁴ U modernom je pravu također potrebno načelo savjesnosti i poštenja tumačiti objektivno. Sud koji tumači to načelo

⁵⁷ Tako, Stojanović, o.c., str. 106.

⁵⁸ Gorenc, o.c., str. 12.; Schmidt, o.c., str. 275.; Roth, o.c., str. 115.

⁵⁹ Slično, Stojanović, o.c., str. 106.

⁶⁰ Isto, Vizner, o.c., str. 69.; Stojanović, o.c., str. 107.; Schmidt, o.c., str. 275.; Cigoj S: Obligacijska razmerja – Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, 1978., str. 12.

⁶¹ Vedriš-Klarić, o.c., str. 368.

⁶² Perović-Stojanović, o.c., str. 110.; Stojanović, o.c., str. 107.; Vizner, o.c., str. 71.; Heinrichs, o.c., str. 227.; Blagojević-Krulj, o.c., str. 57.

⁶³ Ta neizvjesnost u primjeni prava koju rađa obvezivanje strana nekim neodređenim obvezama, poput djelovanja u skladu s načelom savjesnosti i poštenja, glavni je razlog zašto se pravnici u *common law* sustavu opiru široj primjeni tog načela. Kako je lord Ackner u presudi House of Lords, u slučaju *Walford v. Miles* izjavio: "A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party" (citirano prema Cohen N.: *Precontractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, u ediciji: *Beatson-Friedman: Good Faith and Fault in Contract Law*, Claredon Press Oxford, 1997., str. 37.).

⁶⁴ Stojanović, o.c., str. 105.

nije ovlašten odlučivati temeljem svoje subjektivne ocjene, već prema određenom i objektivnom kriteriju savjesnosti i poštenja.⁶⁵ U njemačkom je BGB-u određeno da je dužnik dužan ispuniti činidbu onako kako to zahtijeva savjesnost i poštenje s obzirom na običaje u prometu. Dakle, u njemačkom je pravu jasno određeno da savjesnost i poštenje nisu neke općenito primjenljive moralne norme. Načelo savjesnosti i poštenja ne bi trebalo shvatiti kao neko metafizičko i apstraktno moralno načelo, već kao zahtjev za djelovanjem u skladu s onim što se u pravnom prometu smatra općeprihvaćenim pravilima ponašanja.⁶⁶ Ponašanje subjekta u obveznopravnom odnosu treba ocjenjivati s obzirom na ono što se u pravnom prometu smatra savjesnim i poštenim, a ne s obzirom na ono što općenito predstavlja sadržaj savjesnog i poštenog postupanja.⁶⁷ Stoga bi, prilikom ocjene je li određeni subjekt postupao u skladu s tim načelom, trebalo utvrditi koji su to konkretni modaliteti ponašanja za koje se u pravnom prometu smatra da proizlaze iz načela savjesnosti i poštenja. Potrebno je, međutim, naglasiti još jednu važnu činjenicu. Pravni promet toliko je širok pojam da bi bilo gotovo nemoguće uopćeno govoriti o ponašanju koje načelo savjesnosti i poštenja zahtijeva od subjekata u pravnom prometu. To načelo ne djeluje jednako u svim obveznopравnim odnosima.⁶⁸ Njegovo djelovanje (kako u pogledu broja i vrsta dužnosti kojima su strane temeljem tog načela vezane, tako i u pogledu jačine djelovanja tih dužnosti) ovisi o vrsti obveznogopravnog odnosa u kojem se strane nalaze, ovisi o utjecaju koji obveznopравni odnosi imaju na život osoba koje u njih ulaze.⁶⁹

ZOO ne predviđa izričito da se sadržaj načela iz članka 12. treba konkretizirati s obzirom na ono što se smatra savjesnim i poštenim u pravnom prometu. Treba li to značiti da se pod tim načelom u našem pravu razumijevaju neki općeniti moralni zahtjevi? Čini se da bi odgovor trebao biti negativan. Savjesnost i poštenje i u našem su društvu (barem deklarativno) pravila ponašanja kojih bi se ljudi trebali držati u svakom socijalnom odnosu. Ta bi pravila ponašanja, stoga, trebala vrijediti i u obveznopравnim odnosima, i to bez obzira obvezuje li zakon strane na takvo ponašanje. No, budući da ZOO izričito poziva strane u obveznopравnim odnosima na postupanje u skladu s tim načelom, izgleda da je opravdano zaključiti da se pod načelom savjesnosti i poštenja iz članka 12. ZOO-a razumijevaju pravila ponašanja koja se smatraju prihvatljivima u pravnom prometu, u konkretnim obveznopравnim

⁶⁵ Stojanović, o.c., str. 105.; Gorenc, o.c., str. 12.; Vizner, o.c., str. 71.; Schmidt, o.c., str. 275.-276.; Heinrichs, o.c., str. 227.

⁶⁶ Autori koji zagovaraju primjenu načela savjesnosti i poštenja u *common law* sustavu apostrofiraju upravo činjenicu da se u pravnim poretcima koji ga priznaju to načelo tumači objektivno, pa je time, utvrđivanjem što se smatra poštenim u pravnom prometu, relativno lako proniknuti u njegovo značenje. Vidi, Brown I.: *The Contract to Negotiate, A Thing Writ in Water?*, *Journal of Business Law*, 1992., str. 359.-363.

⁶⁷ Slično, Cigoj, o.c., str. 12.

⁶⁸ Schmidt, o.c., str. 276.

⁶⁹ Schmidt, o.c., str. 276.; Brown, o.c., str. 360.

odnosima. Kao što će u nastavku biti prikazano, pojedinačne obveze koje proizlaze iz tog načela, kao i intenzitet tih obveza, ovise o vrsti obveznopравnih odnosa u kojem se strane nalaze. Zato bi se moglo zaključiti da su moralne norme – savjesnost i poštenje, izričitim zakonskim uređenjem postale pravni standard čije značenje treba tražiti u okviru pravila ponašanja koja vrijede u pravnom prometu, te da stoga značenje savjesnosti i poštenja u obveznopравnim odnosima ne mora nužno korespondirati njihovu značenju u svakodnevnom, izvanpravnim socijalnim odnosima.

Budući da su savjesnost i poštenje moralne kategorije, a svakoga se smatra moralnim, jednako kao poštenje u stvarnom pravu,⁷⁰ i savjesnost i poštenje u obveznom se pravu predmnijeva.⁷¹ Stoga, ona strana koja tvrdi da se suprotna strana ponaša suprotno tom načelu, dužna je to i dokazati.

3.3. (Ne)primjerenost termina savjesnost i poštenje

ZOO, dakle, koristi termin načelo savjesnosti i poštenja. Kako se taj termin sastoji od dvaju pojmova, može se zaključiti da je prilikom jezičnog definiranja tog načela kao uzor poslužio njemački termin *Treu und Glauben*. Ova konstatacija može naći potvrdu u našoj pravnoj književnosti iz koje je razvidno da se autori koji su pisali o tom načelu, prilikom definiranja pojma “savjesnost i poštenje”, uglavnom oslanjaju na značenje koje se izrazima *Treu* i *Glauben* pridaje u njemačkoj pravnoj književnosti.⁷² No, možda bi trebalo preispitati opravdanost takvog pristupa. Iako su oba izraza, i *Treu* i *Glauben* u njemačkom jeziku višeznačna, mislim da se s priličnom sigurnošću može reći da hrvatska riječ savjesnost ne odgovara njemačkoj riječi *Treu*, ni hrvatska riječ poštenje njemačkoj riječi *Glauben*. Prvenstveno je upitno poistovjećivanje termina poštenje s terminom *Glauben*. Riječ *Glauben* prevodi se kao vjera, povjerenje.⁷³ Pritom valja naglasiti da neki autori, očito svjesni ove etimološke razlike između njemačke riječi *Glauben* i hrvatske riječi poštenje, navode kako bi se izraz poštenje trebalo poistovjetiti s izrazom povjerenje.⁷⁴ Čini se, međutim, da bi takvo poistovjećivanje bilo pretjerano, budući da povjerenje i poštenje određuju dvije sasvim različite ljudske kvalitete. Poštenje određuje način kako neka osoba postupa prema drugima. Povjerenje određuje način kako neka osoba pristupa drugima.⁷⁵ I upravo u nedostatku termina “povjerenje” očituje se

⁷⁰ Vidi, primjerice, stavak 5. članka 18. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., (dalje: ZV).

⁷¹ Isto, Goldštajn, o.c., str. 68.

⁷² Vizner, o.c., str. 69.; Gorenc, o.c., str. 12.; Stojanović, o.c., str. 106.; Blagojević-Krulj, o.c., str. 60. Potonja dva autora čak izričito navode da su izrazi savjesnost i poštenje prijevod njemačkih izraza *Treu* i *Glauben*.

⁷³ Uroić M.-Hurm A. Njemačko-hrvatski rječnik, 2. izdanje, Školska knjiga 1994., str. 310.

⁷⁴ Stojanović, o.c., str. 106.

⁷⁵ Poštenje predstavlja častan i ispravan odnos prema drugome, njegovoj imovini i interesima. S druge strane, povjerenje označava odnos u kojem se vjeruje, u kojem jedna strana drugoj ili dvije ili više

neadekvatnost jezičnog izričaja načela iz članka 12. ZOO-a. Naime, latinski termin (*bona fides*), francuski termin (*bonne foi*), talijanski termin (*buona fede*), njemački termin (*Treu und Glauben*), engleski termin (*good faith*), svi oni naglašavaju vjeru, odnosno povjerenje između strana u obveznopravnom odnosu. Savjesnost i poštenje svakako ulaze u krug ljudskih kvaliteta na koje apelira načelo iz članka 12. ZOO-a. No, upravo je povjerenje njegov stožerni element. U nastavku će biti objašnjeno da se različite obveze koje izviru iz načela savjesnosti i poštenja temelje upravo na povjerenju koje je stvoreno između sudionika obveznopravnog odnosa. Stoga bi, čini se, bilo ispravnije da se ZOO-om prihvatilo termin koje se uporabljao u našoj starijoj pravnoj književnosti – načelo poštenja i povjerenja.⁷⁶ Isticanjem povjerenja, to bi načelo i terminološki upućivalo na ljudsku osobinu koja je, sudeći po komentarima tog načela u našoj pravnoj književnosti, ionako inkorporirana u njegov sadržaj. S druge strane, tim terminom bile bi obuhvaćene obje ljudske osobine na koje upućuje sadašnji termin. Iako ljudske osobine koje stoje iza dvaju termina, savjesnost i poštenje, nisu identične, one su komplementarne, jer postupati pošteno, implicira biti savjestan. Savjest ili savjesnost prethodi poštenju. Da bismo prema nekome bili poštenji, potrebno je imati savjesti koja nas tjera da razmišljamo o drugima, o njihovim potrebama i njihovim interesima.

3.4. Odnos prema sličnim institutima

Kako bi se odredio doseg djelovanja načela savjesnosti i poštenja, potrebno je povući jasnu razdjelnicu između tog načela i nekih instituta koji su mu funkcionalno i terminološki prisposodobivi. Pritom, prevenstveno mislim na institute pravičnosti, javnog morala, te dobre vjere ili poštenja u stvarnom pravu. Utvrđivanje razlika između potonjih instituta s jedne, i načela savjesnosti i poštenja s druge strane, nije samo teorijski zanimljivo, već ima i sasvim konkretnu svrhu. Naime, primjena jednog otvorenog pravnog pravila, poput načela savjesnosti i poštenja, krije u sebi latentnu opasnost po pravnu sigurnost. Ta je opasnost još veća ukoliko se upadne u zamku poistovjećivanja tog načela s navedenim institutima. Stoga je prilikom tumačenja načela savjesnosti i poštenja uvijek potrebno imati na umu da je to načelo funkcionalno različito od pravičnosti, javnog morala te dobre vjere ili poštenja u stvarnom pravu.

3.4.1. Odnos načela savjesnosti i poštenja i pravičnosti

Načelo savjesnosti i poštenja i pravičnost (*aequitas*) do određene su mjere slični pojmovi. Oba su termina moralne norme, inkorporirane u pravo. Isto tako načelo savjesnosti i poštenja u početku svoga razvoja u rimskom pravu imalo je za cilj uspostaviti ravnotežu u situacijama u kojima je striktna primjena prava dovođila

osoba međusobno prihvaćaju kao istinito ono što se tvrdi, prihvaćaju kao ispravan postupak drugoga bez provjeravanja unaprijed. Vidi, Anić V.: Rječnik hrvatskoga jezika, Novi liber, 1998., str. 827., 836.

⁷⁶ Tim se terminom, primjerice, služi Horvat, *Bona fides...*, o.c.

do nepravičnih ili nepravедnih rješenja.⁷⁷ No, tu prestaje svaka sličnost. Već do kraja klasičnog razdoblja rimskog prava, načelo savjesnosti i poštenja izgubilo je, do tada čvrstu, vezu s pravičnošću.⁷⁸ Već je u rimskom pravu, za razliku od subjektivnog pojma pravičnosti, načelo savjesnosti i poštenja postao pojam s objektivnim granicama koje sucu nisu dopuštale suditi u skladu sa svojim subjektivnim osjećajem pravde ili pravičnosti, već su mu nalogale da sudi u skladu s objektivnim, općeprihvaćenim kriterijima poštenog ponašanja u pravnom prometu.⁷⁹ Ta se razlika zadržala i u modernom pravu. Načelo savjesnosti i poštenja ima za cilj osigurati da se subjekti u pravnom prometu ponašaju u skladu s nekim općeprihvaćenim pravilima ponašanja, a ne osigurati da ishod svakog obveznog pravnog odnosa bude pravičan. Cilj tog načela nije, kako to jedan njemački autor lijepo kaže, ukinuti sav jad ovog svijeta.⁸⁰ Ponekad će, naime, ishod nekog obveznog pravnog odnosa biti nepravičan. Ta bi nepravičnost mogla proizlaziti iz same primjene prava ili pak iz činjenice da je jedna od strana bolje iskoristila svoje sposobnosti ili svoje znanje. Ako su, unatoč nepravičnom krajnjem ishodu, strane u obveznom pravnom odnosu postupale u skladu s onim što se u takvom obveznom pravnom odnosu od subjekata uobičajeno zahtijeva, sudac ne bi smio ispravljati tu nepravičnost pozivanjem na načelo savjesnosti i poštenja.⁸¹ Naravno, to nikako ne znači da je pravni poredak indiferentan prema nepravičnosti. U određenim situacijama ZOO dopušta sudu da utemelji svoju odluku na pravičnosti.⁸²

Iz funkcionalne različitosti načela savjesnosti i poštenja i pravičnosti proizlazi i različita pravna narav ovih dvaju instituta. Načelo savjesnosti i poštenja u mnogim je obveznim pravnim sustavima, uključujući i naš, podignuto na razinu općeg pravila.⁸³ Pravičnost je, s druge strane, posebno pravilo.⁸⁴ Načelo savjesnosti i poštenja primjenjuje se na svaki obvezni pravni odnos, bez obzira poziva li se zakon posebnom odredbom na to načelo. Donošenje odluke po pravičnosti, s druge strane, dopušteno je iznimno, samo u slučajevima u kojima to zakon izričito predviđa.⁸⁵

⁷⁷ Schermaier, o.c., str. 64.-65.

⁷⁸ Schermaier, o.c., str. 89.

⁷⁹ Vidi naprijed poglavlje 2. ovog rada.

⁸⁰ Lehmann H., citirano prema Stojanoviću, o.c., str. 107.

⁸¹ Slično, Blagojević-Krulj, o.c., str. 63.

⁸² Vidi, primjerice, stavke 1. i 5. članka 133., stavak 2. članka 143., članak 169., stavak 3. članka 178, stavak 2. članka 182., stavak 3. članka 208., stavke 4. i 6. članka 634., članak 761. ZOO-a.

⁸³ Vidi točku 3.1. ovog rada.

⁸⁴ Isto, Vizner, o.c., str. 76.; Suprotno, Gorenc, o.c., str. 13., smatra da je pravičnost, isto tako kao i načelo savjesnosti i poštenja, opće pravno načelo. No, usprkos tome, smatra da je primjena pravičnosti dopuštena samo onda kada zakon to izričito predviđa.

⁸⁵ Isto, Vizner, o.c., str. 75.-76.; Gorenc, o.c. str. 13.

3.4.2. Odnos načela savjesnosti i poštenja i javnog morala

Iako je načelo savjesnosti i poštenja moralna kategorija, postoje bitne razlike između tog načela i javnog morala. Javni moral predstavljao bi skup, relativno malobrojnih, pravila koja uistinu žive u svijesti članova određene zajednice, a svijest o obvezatnosti tih pravila toliko je jaka da se ona pojavljuju kao apsolutno i opće mjerilo ponašanja svakog pojedinca u zajednici, u svakoj situaciji, u bilo kojem socijalnom odnosu.⁸⁶ Pravila javnog morala predstavljaju osnovne moralne vrijednosti neke zajednice koje vrijede za sve njezine članove. S druge strane, načelo savjesnosti i poštenja predstavlja relativno mjerilo usmjereno na uređenje odnosa između subjekata sasvim određenog obveznog pravnog odnosa.⁸⁷ Kako se načelo savjesnosti i poštenja primjenjuje na odnose u kojima je socijalni kontakt puno intenzivniji nego u svakodnevnim odnosima, jasno je da su zahtjevi koje to načelo postavlja stranama u obveznom pravnom odnosu značajno veći od onih koje pred pojedince u svakom drugom socijalnom odnosu postavlja javni moral. Stoga, moguće je da određeno ponašanje bude u skladu s javnim moralom, no istodobno da bude suprotno načelu savjesnosti i poštenja.^{88,89} U tom smislu, moglo bi se tvrditi da pravila javnog morala predstavljaju etički minimum jednog pravnog poretka, a načelo savjesnosti i poštenja njegov etički maksimum.⁹⁰

3.4.3. Odnos načela savjesnosti i poštenja u obveznom pravu i dobre vjere ili poštenja u stvarnom pravu

ZV nizom odredaba spominje dobru vjeru ili poštenje.^{91,92} Opravdano je upitati se postoji li razlika između tih instituta stvarnog prava i obveznog pravnog načela savjesnosti i poštenja. Već je u rimskom pravu, nekoć jedinstveni institut – *bona fides*, podijeljen na dva instituta; *bona fides praestare* i *bona fides possidere*.⁹³ Pritom je prethodni postao termin obveznog prava a potonji, termin stvarnog prava. Razlika između tih instituta zadržala se do danas. Načelo savjesnosti i poštenja predstavlja, u pravnom prometu općeprihvaćena pravila ponašanja kojih su se

⁸⁶ Blagojević-Krulj, o.c., str. 63.

⁸⁷ Blagojević-Krulj, o.c., str. 63.; Vizner, o.c., str. 75.

⁸⁸ Isto, Blagojević-Krulj, o.c., str. 63.; Vizner, o.c., str. 75.

⁸⁹ Tako, primjerice, ne bi bilo u neskladu s javnim moralom ne obavijestiti svoga susjeda o nekim okolnostima koje bi ga se mogle ticati. S druge strane, kao što će iz nastavka biti razvidno, bit će suprotno načelu savjesnosti i poštenja ne obavijestiti suugovaratelja o nekim okolnostima koje su značajne za njegov položaj u tom obveznom pravnom odnosu.

⁹⁰ Blagojević-Krulj, o.c., str. 63.

⁹¹ Vidi, primjerice, stavak 3. članka 18., stavke 1. i 3. članka 118., članak 122., članak 123., članak 124., članak 164. ZV-a.

⁹² Iz, u prethodnoj bilješci, navedenih članaka moglo bi se zaključiti da se izrazi dobra vjera i poštenje u ZV-u koriste kao sinonimi.

⁹³ Vidi poglavlje 2. ovog rada.

subjekti u obveznompravnom odnosu dužni pridržavati. U tom smislu, to načelo predstavlja jedno objektivno mjerilo. Odluka o tome je li ponašanje nekog subjekta bilo u skladu s tim načelom ili nije, ne ovisi o tome što taj subjekt misli o svom ponašanju. Dobra vjera ili poštenje u stvarnom pravu predstavlja zabludu o nekim vanjskim okolnostima, iz čega subjekt može postići određene koristi.⁹⁴ U tom smislu je li netko bio u dobroj vjeri ili pošten, u stvarnom se pravu ocjenjuje prvenstveno po subjektivnom stavu konkretnog subjekta. To, međutim, ne znači da je njegovo ponašanje sasvim lišeno objektivne ocjene. Subjekt mora postupati s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva. Drugim riječima, postupat će s dobrom vjerom, odnosno pošteno, samo ako je bio u ispričivoj zabludi.⁹⁵ Stoga, dok je načelo savjesnosti i poštenja isključivo objektivna kategorija, dobra vjera i poštenje mogli bi se karakterizirati kao subjektivno-objektivne kategorije.⁹⁶ Dok načelo savjesnosti i poštenja postavlja pred subjekte niz dopunskih obveza, dobra vjera i poštenje zahtijeva od subjekta stvarnopravnog odnosa da postupi s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva.⁹⁷ Kako, dakle, institut obveznog prava i institut stvarnog prava nemaju istu funkciju, čini se ispravnim činiti između njih i terminološku razliku, kako je to učinjeno u našem pravu.

4. Funkcije načela savjesnosti i poštenja

U rasvjetljavanju značenja i djelovanja načela savjesnosti i poštenja u našem građanskopravnom poretku bilo je potrebno odrediti pravnu narav tog načela, njegov pojam i odnos prema nekim drugim, na prvi pogled, funkcionalno i terminološki sličnim institutima. No, općenito zaključiti da je to načelo pravni standard ili opća odredba koja obvezuje strane u obveznompravnom odnosu na postupanje koje se u pravnom prometu smatra primjerenim, neće biti od velike pomoći subjektu obveznopravnog odnosa koji želi znati ponaša li se u skladu s tim načelom, kao što

⁹⁴ Stojanović, o.c., str. 106.

⁹⁵ Tako, primjerice, stavak 3. članka 18. ZV-a određuje: "Posjed je pošten ako posjednik kad ga je stekao nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da mu ne pripada pravo na posjed, ali poštenje prestaje čin posjednik sazna da mu pravo na taj posjed ne pripada."

Stavak 3. članka 118. ZV-a određuje: "Stjecatelj je u dobroj vjeri ako u trenutku zaključenja posla, a ni u trenutku primanja neposrednog posjeda, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar pripada otuđitelju."

⁹⁶ U književnosti se može naći na stav da dobra vjera u stvarnom pravu predstavlja samo subjektivnu kategoriju. (Vidi, Horvat, *Bona fides...*, o.c., str. 17.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 30). No, čini se da bi taj institut stvarnog prava bilo pravilnije karakterizirati kao subjektivno-objektivnu kategoriju. Naime, dobra vjera stjecatelja ne ovisi samo o njegovom neznanju da mu ne pripada neko pravo. Odlučna je i činjenica je li njegovo neznanje ispričivo, dakle, je li stjecatelj uporabio pažnju koja se po objektivnim mjerilima smatra potrebnom da bi se steklo predodžbu o stvarnom stanju.

⁹⁷ Ta je funkcionalna i terminološka razlika između načela savjesnosti i poštenja s jedne, i načela dobre vjere s druge strane, prisutna i u njemačkom pravu. Na terminološkoj razini ona se očituje u razlikovanju termina *Treu und Glauben* i *guter Glaube*. Vidi Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 30.

neće biti od velike pomoći sucu koji bi trebao odrediti je li se neki subjekt ponašao u skladu s tim načelom. Da bi to načelo zaživjelo u pravnom poretku, potrebno ga je konkretizirati; odrediti njegove pojavne oblike i pravne posljedice ponašanja koje je suprotno tom načelu. Potrebno je neodređenu sintagmu "ponašati se u skladu s načelom savjesnosti i poštenja" supstancirati konkretnim zahtjevima koje pravni poredak postavlja pred sudionike obveznopravnog odnosa. Upravo u konkretizaciji načela savjesnosti i poštenja veliku bi ulogu trebala odigrati pravna znanost, a posebice sudska praksa. Nažalost, mora se konstatirati da se naša sudska praksa bavila konkretizacijom tog načela samo sporadično. Možda je uzrok tome upravo činjenica da pravni subjekti, neupućeni u sadržaj tog načela, sudsku zaštitu nisu niti tražili.

Stoga ću se u konkretizaciji načela savjesnosti i poštenja osloniti na rezultate do kojih je došla strana sudska praksa, poglavito njemačka, koja je nizom sudskih odluka izgradila sustav pojavnih oblika i pravnih posljedica načela savjesnosti i poštenja. A da bi se odgovorilo na pitanje što je konkretan sadržaj načela savjesnosti i poštenja te koje su pravne posljedice nepridržavanja tog načela, potrebno je utvrditi koje su funkcije tog načela. Upravo uopćavanjem bogate sudske prakse u njemačkoj je pravnoj književnosti stvoren unutrašnji sustav načela savjesnosti i poštenja (*Binnensystem*).⁹⁸ Taj sustav počiva na teoriji funkcionalnih krugova (*Funktionkreise-Theorie*), prema kojoj se, iz sudskih odluka donesenih temeljem § 242 BGB-a, mogu inducirati određene funkcije načela savjesnosti i poštenja.⁹⁹ Potrebno je, međutim, naglasiti da teorija funkcionalnih krugova nije nikakva jedinstvena i unisono prihvaćena teorija. Funkcionalni krugovi načela savjesnosti i poštenja predstavljaju sustav izgrađen na uopćavanju sudskih presuda kojima su se konkretizirale obveze koje za sudionike obveznopravnih odnosa proizlaze iz tog načela, te kojima su sudovi konkretizirali pravne posljedice povrede tog načela. U tom smislu različiti autori na različite načine klasificiraju funkcije načela savjesnosti i poštenja.¹⁰⁰

U književnosti je, međutim, dominantna tročlana klasifikacija funkcija načela savjesnosti i poštenja. Prema toj klasifikaciji, funkcije tog načela jesu: 1. regulativna funkcija, kojom se uređuje način na koji bi strane morale ispuniti svoje obveze te kojom se za strane stvaraju neke dopunske obveze, 2. ograničavajuća funkcija, kojom se zabranjuje stranama u obveznompravnim odnosu da zloupotrebljavaju svoja prava te 3. korigirajuća funkcija, kojom se mijenja sadržaj ugovora kako bi se prilagodio promijenjenim okolnostima.¹⁰¹

⁹⁸ Schmidt, o.c., str. 291.-293.

⁹⁹ Schmidt, o.c., str. 292.; Heinrichs, o.c., str. 228.

¹⁰⁰ Opširnije, Schmidt, o.c., str. 268.-271.

¹⁰¹ Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 24.-25.; Roth, o.c., str. 130.-131. i 147.-148.; Ebke W. E.-Steinhauer B. M.: *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, u ediciji Beatson-Friedmann: *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press Oxford, 1997., str. 171.-172.; Stojanović, o.c., str. 108.; Perović-Stojanović, o.c., str. 110.-111.; Blagojević-Krulj, o.c., str. 58.-59.; Heinrichs, o.c., str. 228., navodi četiri funkcije načela savjesnosti i poštenja: 1. funkciju konkretizacije, 2. funkciju

Može se primijetiti da sustav funkcionalnih krugova nije izgrađen na jedinstvenom kriteriju. Dok se regulativnom i ograničavajućom funkcijom konkretizira sadržaj ponašanja koje je u skladu s načelom savjesnosti i poštenja, korigirajućom se funkcijom konkretiziraju neke pravne posljedice ponašanja suprotnog tog načela. Potrebno je, također, naglasiti da nema čvrstih granica između pojedinih funkcija načela savjesnosti i poštenja. To je načelo višeznačan i višefunkcionalan pojam, a pojedine funkcije tog načela uobličila je pravna znanost tek radi sistematizacije mnoštva sudskih presuda o tom načelu te kao sredstvo kojim se olakšava konkretizacija tog načela. Mogući su, stoga, slučajevi u kojima će određena radnja subjekta biti zahvaćena djelovanjem nekoliko funkcija načela savjesnosti i poštenja.¹⁰²

4.1. Regulativna funkcija

Ova se funkcija načela savjesnosti i poštenja grana u dva smjera. Prvo, tim se načelom konkretizira način na koji dužnik mora ispuniti svoju činidbu. Njime se odgovara na pitanje "kako" (na koji način) dužnik treba izvršiti činidbu.¹⁰³ Drugo, tim se načelom stranama u obveznom pravnom odnosu nameću neke dopunske, sporedne obveze.¹⁰⁴ Teoriju o dopunskim ili sekundarnim obvezama (*Sekundärpflicht*) razvio je početkom 20. stoljeća Herman Staub kako bi se omogućilo oštećenoj ugovornoj strani da, temeljem pravila ugovorne odgovornosti, zahtijeva od svog suugovaratelja naknadu štete u slučajevima u kojima za to nije bilo izričite pravne osnove.¹⁰⁵ Po toj teoriji jedan se obveznom pravni odnos ne iscrpljuje u glavnoj obvezi,

nadopune, 3. funkciju ograničavanja te 4. funkciju korekture. Između njegove podjele i podjele ostalih autora nema, međutim, velike sadržajne razlike, budući da prve dvije funkcije koje Heinrichs navodi su kod ostalih autora objedinjene regulativnom funkcijom.

¹⁰² Tako, primjerice, iz regulativne funkcije načela savjesnosti i poštenja proizlazi dužnost propuštanja svega što bi moglo negativno utjecati na pravni položaj suprotne strane u obveznom pravnom odnosu. No, povreda te dužnosti propuštanja ujedno bi mogla predstavljati i zloupotrebu prava, te ulaziti u okvir ograničavajuće funkcije tog načela.

¹⁰³ Heinrichs, o.c., str. 229.; Roth, o.c., str. 147., 153.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 24.; Stojanović, o.c., str. 108.

¹⁰⁴ Heinrichs, o.c., str. 229.; Roth, o.c., str. 131., 153.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 24.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 174.; Stojanović, o.c., str. 108.

¹⁰⁵ Ebke-Steinhauer, o.c., str. 173. Naime, njemačkim BGB-om uređena su samo tri slučaja u kojima dolazi do ugovorne odgovornosti za štetu. To su: nemogućnost činidbe (*Unmöglichkeit*), zakašnjenje dužnika (*Schuldnerverzug*) te odgovornost za materijalne nedostatke ispunjenja (*Gewährleistung*). Staub je tvrdio da su pored primarnom ugovornom obvezom, a to je ispuniti dužnu činidbu, strane vezane i nizom dopunskih, sekundarnih obveza koje određuju način na koji primarnu obvezu treba ispuniti. Ako bi dužnik prekršio neku od tih dopunskih obveza, došlo bi do pozitivne povrede ugovora (*positives Vertragsverletzung*), pa bi vjerovnik mogao zahtijevati naknadu time počinjene štete. (Ebke-Steinhauer, o.c., str. 173.-175.; Markesinis B. S.: *The German Law of Obligations, Volume I – The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Clarendon Press Oxford, 1997., str. 402., 419., 424.)

već on stvara za sudionike niz dopunskih obveza kojima je cilj unapređenje ispunjenja te osiguranje glavne obveze.¹⁰⁶ Dopunske obveze mogle bi proizlaziti ili iz ugovora ili izričito iz zakona.¹⁰⁷ No, čak ako i ne bi bile ugovorene ili zakonom izričito predviđene, te bi obveze proizlazile iz načela savjesnosti i poštenja.¹⁰⁸ U tom smislu, članak 1135. francuskog *Code civil* određuje da obveznopravni ugovori ne obvezuju samo na ono što je u njihovom sadržaju izričito navedeno, već i na sve posljedice koje se prema pravičnosti, običajima u prometu ili zakonu pridaju obveznom odnosu prema njegovoj prirodi. Vremenom su se ustalile neke karakteristične dopunske obveze, poput primjerice, obveze pozornosti, obveze međusobnog obavještanja, obveze propuštanja, uzdržavanja od radnji kojima bi se moglo naštetiti suprotnoj strani, obveze međusobnog pomaganja, obveze objašnjavanja činjenica vezanih uz obveznopravni odnos, obveze zaštite.¹⁰⁹ Gotovo da nije potrebno naglašavati da navedene dopunske obveze ne predstavljaju zatvoreni krug. Pravilo iz članka 12. ZOO-a otvoreno je pravno pravilo koje dopušta da se, temeljem empirijske analize konkretnog obveznopravnog odnosa, stranama nametnu neke daljnje dopunske obveze.

Budući da su subjekti obveznopravnog odnosa vezani nekim obvezama koje nisu ugovorene niti su zakonom izričito predviđene, opravdano je upitati se otkuda izviru te obveze. Pravna teorija izvor tih dopunski obveza nalazi u posebnoj pravnposlovnoj i socijalnoj vezi koja nastaje između strana u obveznopravnom odnosu, a koja zahtijeva zaštitu u tom odnosu stvorenog, povjerenja.¹¹⁰ Ta posebna veza između subjekata omogućava da se njihov obveznopravni odnos promatra objektivno, kao organizam iz kojeg proizlazi čitav kompleks prava i obveza, te subjektivno, kao odnos povjerenja.¹¹¹ Povjerenje stvoreno u pravnom odnosu predstavlja temelj obvezivanja strana nekim dopunskim obvezama.^{112,113}

¹⁰⁶ Slično, Perović-Stojanović, o.c., str. 115.

¹⁰⁷ Tako ZOO, velikim brojem odredaba, nameće stranama neke dopunske obveze. Uglavnom se te odredbe odnose na obvezu obavještanja. Ta je obveza predviđena primjerice člankom 534., člankom 536., člankom 777., člankom 778., člankom 779. Dapače, ZOO u članku 268. sadrži opću odredbu o odgovornosti za štetu u slučaju propuštanja pravodobnog obavještanja o relevantnim činjenicama. Člankom 222. ZOO-a predviđena je, primjerice, obveza obzirnog postupanja prema interesima druge strane.

¹⁰⁸ Isto, Blagojević-Krulj, o.c., str. 64.; Vizner, o.c., str. 73.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 177.

¹⁰⁹ Stojanović, o.c., str. 113.; Perović-Stojanović, o.c., str. 115.-117.; Roth, o.c., str. 149.; Heinrichs, o.c., str. 229.-231.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 177.-178.

¹¹⁰ Roth, o.c., str. 153.-154.; Perović-Stojanović, o.c., str. 115.

¹¹¹ Perović-Stojanović, o.c., str. 115.

¹¹² Roth, o.c., str. 140.; Blagojević-Krulj, o.c., str. 61.-62.

¹¹³ Vuković, međutim, odbija mogućnost da dopunske obveze proizlaze iz načela savjesnosti i poštenja, ili kako on to načelo, služeći se terminologijom prije ZOO-a, naziva "prometnog poštenja", već navodi da te obveze proizlaze iz "prirode stvari". (Vuković M.: Opći dio građanskog prava, knjiga II., Školska knjiga, 1960., str. 157.158.)

4.2. Ograničavajuća funkcija

Člankom 13. ZOO-a određeno je da je zabranjeno vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato. Iako je zabrana zloupotrebe prava u ZOO-u izdvojena kao samostalno opće načelo, ona u stvari proizlazi iz načela savjesnosti i poštenja. Opravdanje ove zabrane nalazi se u ideji socijalnog ograničenja svakog subjektivnog prava.¹¹⁴ Svakom subjektivnom pravu imanentna su unutrašnja socijalno-etička ograničenja (*Innentheorie*) koja njegovog nositelja obvezuju na socijalno obazrivo izvršavanje prava.¹¹⁵ Zloupotrebom prava ne smatraju se samo slučajevi izvršavanja prava s isključivom namjerom nanošenja drugome štete (šikana), već i slučajevi u kojima je izvršavanje prava u neskladu s ranijim ponašanjem nositelja tog prava (*venire contra factum proprium*). Zloupotrebom prava vrijeđa se povjerenje koje je stvoreno između subjekata obveznog pravnog odnosa. Ona predstavlja povredu posebnog odnosa u kojem se subjekti nalaze.¹¹⁶ U tom smislu, zabrana zloupotrebe prava općenito, kao i pojedine pravne posljedice, rezultat su ograničavajućeg djelovanja načela savjesnosti i poštenja.

4.3. Korigirajuća funkcija

4.3.1. Većinsko stajalište

Ugovorni odnos jest odnos kojim subjekti, želeći ostvariti neke svoje interese, stvaraju jedan razuman poredak koji se temelji na razumnoj raspodjeli rizika.¹¹⁷ No, nakon sklapanja ugovora mogu se, sasvim neovisno od ponašanja subjekata, dogoditi određene neočekivane promjene koje toliko utječu na obveznog pravnog odnos da bi bilo nepravilno inzistirati na bezuvjetnom poštovanju načela *pacta sunt servanda*. Kako bi se izbjegla nepravda koja bi bila stvorena inzistiranjem na ispunjenju ugovora onako kako on glasi u uvjetima promijenjenih okolnosti, u njemačkoj se sudskoj praksi posegnulo za načelom savjesnosti i poštenja kao sredstvom korigiranja sadržaja ugovora i pravnog položaja subjekata.¹¹⁸ Inzistirati na ispunjenju ugovora u uvjetima promijenjenih okolnosti protivno je, smatra se, načelu savjesnosti i poštenja. Stoga, strana kojoj je ispunjenje činidbe znatno otežano zbog nepredviđenih okolnosti, ima pravo tražiti raskid ugovora.¹¹⁹ Tako je, kao jedan od javnih oblika načela savjesnosti i poštenja, u njemački pravni poredak uvedena *clausula rebus sic*

¹¹⁴ Heinrichs, o.c., str. 227.

¹¹⁵ Heinrichs, o.c., str. 772., 231.; Roth, o.c., str. 131.

¹¹⁶ Heinrichs, o.c., str. 231.

¹¹⁷ Stojanović, o.c., str. 116.

¹¹⁸ Roth, o.c., str. 284.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 25.-26.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 180.; Perović-Stojanović, o.c., str. 111.

¹¹⁹ Stojanović, o.c., str. 116.

stantibus, i to kao opće pravilo.¹²⁰ Njezinom se primjenom sanira poremećena ekonomija ugovora izazvana promijenjenim okolnostima.¹²¹ Kasnije je, simultanim djelovanjem pravne znanosti i sudske prakse, u Njemačkoj razvijen niz teorija i pravnih opravdanja korigirajuće funkcije načela savjesnosti i poštenja, a kojima se supstituirala i nadopunjavala primjena *clausulae rebus sic stantibus*.¹²² To su, prije svih, teorija o otpadanju osnove (temelja) ugovora (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), zatim teorija o poteškoćama koje prelaze granicu žrtve (*Opfergränze*), teorija gubitka svrhe ugovora (*Zweckstörung*), teorija o ugrožavanju egzistencije dužnika (*Existenzgefährdung*).¹²³

Potrebno je, međutim, naglasiti da je 1. siječnja 2002. godine u Njemačkoj stupio na snagu Zakon o modernizaciji obveznog prava,¹²⁴ kojim su izvršene značajne i vrlo opsežne promjene pojedinih zakona, a između ostalih, i BGB-a. Jedna od promjena BGB-a sastoji se upravo u unošenju u njega opće odredbe (izmijenjeni § 313. BGB-a) o usklađivanju ugovora promijenjenim okolnostima.¹²⁵ Iako taj paragraf nosi naslov "zapreke temelju pravnog posla",¹²⁶ sudeći po sadržaju te odredbe čini se da je njome u BGB unesena *clausula rebus sic stantibus* kao opće pravilo. To je, ujedno, jedan od zornih primjera kako se kroz primjenu načela savjesnosti i poštenja uobličavaju nova pravna pravila. Nažalost, još nisu dostupni komentari iz kojih bismo mogli doznati je li se od stupanja na snagu Zakona o modernizaciji obveznog prava u njemačkom pravu nešto promijenilo u percepciji *clausulae rebus sic stantibus*. Naročito bi bilo zanimljivo provjeriti hoće li se taj institut i dalje vezati uz korigirajuću funkciju načela savjesnosti i poštenja.

¹²⁰ Djelovanjem kanonista, *clausula rebus sic stantibus* postaje u njemačkoj jurisprudenciji 16. i 17. stoljeća opće pravno načelo. To pravno načelo ulazi u Opći zemaljski zakonik Prusije te Zakonik Maksimilijana Bavorskog. No, redaktori BGB-a odbili su uvrstiti tu klauzulu u Zakonik kao opće načelo, već su njezinu primjenu predvidjeli samo u pojedinim, Zakonikom izričito navedenim, slučajevima (primjerice, §§ 321., 610., 519., 605., 775./1. BGB-a). Vidi Stojanović, o.c., str. 116.-117.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 182.

¹²¹ Slično, Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 25.-26.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 181.-182.; Stojanović, o.c., str. 116.-117.

¹²² Stojanović, o.c., str. 116.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 182.-187.

¹²³ Stojanović, o.c., str. 116.

¹²⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundesgesetzblatt 3137. Nr. 61/2001. od 29.11.2001.

¹²⁵ Izmijenjeni paragraf 313. BGB-a (unesen u taj zakonik § 1. Zakona o modernizaciji obveznog prava) predviđa da ugovorna strana ima pravo tražiti usklađenje (*Anpassung*) ugovora promijenjenim okolnostima, ako su se okolnosti koje su predstavljale temelj ugovora dogodile nakon sklapanja ugovora, a ta je promjena tolika da bi, da su strane u trenutku sklapanja ugovora za nju znale, sklopile ugovor s izmijenjenim sadržajem ili ga uopće ne bi sklopile, te ako bi za jednu od strana ostanje pri neizmijenjenom ugovoru bilo osobito teško. Ako bi usklađenje ugovora promijenjenim okolnostima bilo nemoguće, strana kojoj je ispunjenje činidbe otežano, može se povući (*zurücktreten*) iz ugovora.

¹²⁶ U njemačkom izvorniku, "Störung der Geschäftsgrundlage".

4.3.2. Kritika većinskog stajališta

Nedavno učinjena promjena BGB-a naglašena je zato što smatram da bi trebalo biti suzdržan prema stavu da je korigiranje nepravednih ishoda koji proizlaze iz promijenjenih okolnosti rezultat djelovanja načela savjesnosti i poštenja. Prije svega, valja podsjetiti da je *clausula rebus sic stantibus* izričito predviđena u člancima 133.-136. ZOO-a. Prema tome, i po našem pravu strana kojoj je otežano ispunjenje obveze zbog okolnosti koje su se dogodile nakon sklapanja ugovora odnosno strana koja zbog tih okolnosti ne može ostvariti svrhu ugovora, ima pravo zahtijevati raskid ugovora. No, stav da to pravo na raskid proizlazi iz načela savjesnosti i poštenja moglo bi se dovesti u pitanje. Objektivno pravo, dakle, reagira na promijenjene okolnosti, propisivanjem načina otklanjanja negativnih posljedica koje iz toga proizlaze za jednu ugovornu stranu. No, to nije učinjeno zato jer bi inzistiranje na načelu *pacta sunt servanda* bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja, već zato jer bi inzistiranje na ispunjenju ugovora bilo protivno pravičnosti. Naime, prema stavku 1. članka 133. ZOO-a, jedna od pretpostavaka koja je potrebna da bi se ostvarilo pravo na raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti jest opća (objektivna) ocjena da bi bilo nepravilno neizmijenjeni ugovor održati na snazi. Iako će situacije koje zahvaća načelo savjesnosti i poštenja vrlo često u sebi sadržavati element nepravilnosti, trebalo bi, kao što je ranije navedeno,¹²⁷ jasno razlikovati pravičnost od načela savjesnosti i poštenja. Načelo savjesnosti i poštenja predstavlja model ponašanja sudionika u obveznopравnim odnosima, koje se u pravnom prometu smatra prihvatljivim. Svrha tog načela nije ispravljanje svake nepravde, već samo one koja proizlazi iz nesavjesnog i nepoštenog ponašanja subjekata. Poremećenu ravnotežu prava i obveza strana u obveznopравnom odnosu trebalo bi sankcionirati pozivanjem na načelo savjesnosti i poštenja samo u slučajevima u kojima je ona rezultat neprimjerenog ponašanja jedne od strana u tom odnosu.¹²⁸ No, čak ako se strane ponašaju sasvim u skladu s načelom savjesnosti i poštenja, krajnji ishod obveznopравnog odnosa ipak može biti nepravedan. Otežano ispunjenje ugovora ili gubitak njegove svrhe zbog promijenjenih okolnosti upravo je jedan takav slučaj. Tu nepravednost, međutim, ne bi trebalo ispravljati pozivanjem na načelo savjesnosti i poštenja, i to zato jer ona nije posljedica neprihvatljivog ponašanja suugovaratelja strane kojoj je otežano ispunjenje ugovora. Budući da je pravičnost iznimka, ona postaje relevantna samo onda kada zakon to izričito dopušta.

¹²⁷ Vidi točku 3.4.1. ovog rada.

¹²⁸ Takav je pristup, primjerice, prisutan u Smjernici Vijeća Europske Zajednice o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima (u engleskom izvorniku: Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Official Journal of European Communities No L 95/29 od 21.4.1993.) Prema stavku 1. članka 3. Smjernice, ugovorna je odredba nepoštena ako se o njoj nije individualno pregovaralo te ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obvezama strana na štetu potrošača. Prema Smjernici, dakle, neće se svaki slučaj neravnoteže u pravima i obvezama strana na štetu potrošača smatrati nepoštenim, već će to biti samo u slučajevima kada je ta neravnoteža rezultat ponašanja koje je suprotno načelu savjesnosti i poštenja.

A promijenjene su okolnosti upravo jedan od tih slučajeva. Stoga, čini se da pravne posljedice koje zakon predviđa u slučaju promijenjenih okolnosti, nisu rezultat djelovanja načela savjesnosti i poštenja, već rezultat djelovanja pravila pravičnosti čiju primjenu zakon u tom slučaju izričito dopušta.¹²⁹

Moglo bi se, dakle, zaključiti da načelo savjesnosti i poštenja nema funkciju korigiranja nepravedenih ishoda obveznopравnih odnosa prouzročenih promijenjenim okolnostima koje su se desile nakon sklapanja ugovora. No, to ne znači da načelo savjesnosti i poštenja nema nikakvu ulogu u korigiranju sadržaja ugovora. ZOO-om su predviđeni neki slučajevi u kojima će sadržaj pravnog posla ili njegov učinak biti izmijenjeni upravo djelovanjem tog načela. No, valja naglasiti da ta zakonska rješenja nisu predviđena zato što je krajnji ishod pravnog posla, sam po sebi, nepravičan, već zato što je do te nepravičnosti dovelo ponašanje jednog subjekta koje je bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja. Promjena sadržaja pravnog posla temeljena na načelu savjesnosti i poštenja predviđena je u odredbama ZOO-a o raskidu ugovora zbog promijenjenih okolnosti. *Clausula rebus sic stantibus* prirodni je sastojak pravnog posla. Dakle, njezino bi djelovanje strane mogle ugovorom isključiti. No to neće biti dopušteno ako bi odricanje od pozivanja na promijenjene okolnosti bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja (članak 136. ZOO-a). Ako bi strane (uglavnom u korist samo jedne od njih) isključile pozivanje na promijenjene okolnosti, sadržaj bi se ugovora promijenio utoliko što bi takva odredba bila ništava. Nadalje, ponekad će učinak pravnog posla biti izmijenjen zbog djelovanja načela savjesnosti i poštenja. ZOO-om je to predviđeno u materiji uvjeta. Stavak 4. članka 74. ZOO-a predviđa dvije fikcije; fikciju ostvarenja uvjeta i fikciju izjalovljenja uvjeta. Ako bi strana na čiji je teret uvjet određen, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, spriječila nastupanje uvjeta, učinak pravnog posla bit će izmijenjen utoliko što će se fingirati da je uvjet ipak nastupio. S druge strane, ako bi strana u čiju je korist uvjet određen, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokovala ostvarenje uvjeta, učinak pravnog posla bit će izmijenjen utoliko što će se fingirati da se uvjet nije ostvario. Ponekad će korigirajuća funkcija načela savjesnosti i poštenja djelovati i na samu opstojnost pravnog posla. Tako će, prema članku 141. ZOO-a zelenaški posao biti ništav, i to upravo zato što je prilikom njegova sklapanja jedna strana postupala suprotno savjesnosti i poštenja. No, kod zelenaških ugovora ZOO ostavlja oštećenoj strani mogućnost da ostavi ugovor na snazi, postavljanjem zahtjeva da se njezina obveza smanji na pravičan iznos (stavak 4. članka 141. ZOO-a). Dakle, u tom će slučaju ništav pravni posao konvalidirati, no njegov će sadržaj biti izmijenjen.¹³⁰

¹²⁹ U književnosti kojom se obrađuje načelo savjesnosti i poštenja u njemačkom pravu često se navodi da se korigirajućom funkcijom načela savjesnosti i poštenja nastoji izbjeći nepravičnost. Dakle, i u njemačkom se pravu uporabom te klauzule ispravljaju posljedice nepravičnosti, a ne posljedice nedopuštenog ponašanja subjekata. (Vidi Roth, o.c. str. 284.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 25.-26.; Ebke-Steinhauer, o.c., str. 180.; Stojanović, o.c., str. 108.) U tom smislu, opravdavanje prava na raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti načelom savjesnosti i poštenja, čini se neopravdanim.

¹³⁰ Kompleksnost načela savjesnosti i poštenja te međusobna determiniranost pojedinih funkcija tog načela zorno se može prikazati upravo navedenim slučajevima. Članci 74., 141. i 163. ZOO-a

5. Ponašanje u skladu s načelom savjesnosti i poštenja - sadržaj

Analiza funkcija načela savjesnosti i poštenja, upućuje na složenost sadržaja sintagme "ponašati se u skladu s načelom savjesnosti i poštenja". Ponašati se u skladu s tim načelom postavlja pred subjekte obveznog pravnog odnosa višestruke zahtjeve. Prvo, tim se načelom konkretizira način na koji dužnik treba ispuniti glavnu činidbu. Nadalje, njime se stranama u obveznom pravnom odnosu nameću neke dopunske obveze. Naposljetku, to načelo postavlja stranama u izvršavanju njihovih prava određena ograničenja.

5.1. Konkretizacija načina ispunjenja glavne činidbe

Osnovna obveza dužnika jest ispuniti glavnu obvezu. No, često samim ugovorom neće biti preciziran način njezina ispunjenja. Isto tako, često neće biti dovoljno da dužnik ispuni svoju obvezu, već će ju biti dužan ispuniti onako kako to zahtijeva cilj ugovora. Primjerice, u njemačkoj je sudskoj praksi zabilježen slučaj u kojemu je oglas kirurga da započinje s praksom izdavač objavio uz oglase pogrebnih poduzeća.¹³¹ Nema sumnje da je dužnik ispunio svoju obvezu. No, cilj ugovora između izdavača i kirurga, a to je privlačenje potencijalnih pacijenata, svakako nije bio ostvaren. Zato je takvo ispunjenje ugovora suprotno načelu savjesnosti i poštenja. U određenim će slučajevima, nadalje, biti potrebno slovo ugovora podrediti njegovu cilju ili smislu. Dužnik će biti obavezan ispuniti glavnu činidbu onako kako to zahtijeva cilj ili smisao, a ne slovo ugovora. Primjerice, ne bude li glavnu činidbu moguće ispuniti na ugovorenom mjestu, činidba se mora ispuniti na nekom drugom mjestu koje je vjerovniku podjednako pogodno.¹³² Sve su to slučajevi u kojima je način ispunjenja glavne činidbe određen primjenom načela savjesnosti i poštenja. Iz tih je slučajeva razvidno da načelo savjesnosti i poštenja zahtijeva od svakog sudionika obveznog pravnog odnosa da vodi računa o interesima suprotne strane te da ispunjenje svoje činidbe uskladi s tim interesima, ukoliko time ne pogoršava svoj položaj.

5.2. Dopunske obveze

Načelo savjesnosti i poštenja nameće stranama obveznog pravnog odnosa neke dopunske obveze. Nema, međutim, jednoznačnog i konačnog odgovora u pogledu vrste tih obveza, njihovog broja i pojavnih oblika. Sva ta obilježja ovise o sadržaju i

predviđaju pravne posljedice nepoštovanja savjesnosti i poštenja. Međutim, te su pravne posljedice rezultat povrede neke dopunske obveze strana u obveznom pravnom odnosu, primarno obveze zaštite interesa suprotne strane. Dakle, načelo savjesnosti i poštenja, korigirajućom funkcijom, određuje neke pravne posljedice nepoštovanja tog načela. No, pretpostavke potrebne za nastupanje tih pravnih posljedica, konkretizirane su također tim načelom, što predstavlja njegovu regulativnu funkciju.

¹³¹ Stojanović, o.c., str. 111.

¹³² Heinrichs, o.c., str. 229.; Gorenc, o.c., str. 11.

pravnoj naravi pojedinog obveznog odnosa.¹³³ No, jedno se može zaključiti sa sigurnošću; odgovor na pitanje koje to dopunske obveze vežu strane jednog obveznog odnosa te što je sadržaj tih obveza, mora biti rezultat empirijske analize obveznog odnosa u kojem se strane nalaze. Pritom taj odgovor mora biti kognitivno, a ne voluntaristički, utemeljen.¹³⁴ Sud koji u konkretnom slučaju precizira dopunske obveze koje proizlaze iz načela savjesnosti i poštenja dužan je prokurtiti u bit pojedinog obveznog odnosa i, temeljem spoznaje o tome koje su to dopunske obveze kojima su u pravnom prometu strane uobičajeno vezane kada stupe u obvezni odnos određene vrste, odlučiti o tome jesu li strane postupale u skladu s tim načelom.

Građanski zakonici ili obvezni zakoni svojim odredbama uređuju ispunjenje glavne činiidbe nekog obveznog odnosa, predviđajući pritom u pojedinačnim slučajevima i neke dopunske obveze.¹³⁵ Propisima je, međutim, nemoguće unaprijed odrediti sve dopunske obveze kojima bi strane mogle biti vezane u jednom obveznom odnosu. Upravo je konkretizacija tih dopunskih obveza jedna od osnovnih funkcija načela savjesnosti i poštenja. Upustiti se, međutim, u detaljnu analizu sadržaja, intenziteta djelovanja, javnih oblika i pravnih posljedica dopunskih obveza, prelazilo bi potrebe ovog rada.¹³⁶ No, neke glavne podjele i vrste tih dopunskih obveza, kao i njihove karakteristike, ipak je potrebno spomenuti.

5.2.1. Dopunske obveze s obzirom na sadržaj

Po sadržaju dopunske se obveze mogu podijeliti na četiri grupe: 1. obveze osiguranja glavne činiidbe (*leistungssichernde Nebenpflichten*, *Leistungstreuepflichten*), 2. obveze suradnje (*Mitwirkungspflichten*), 3. obveze zaštite (*Schutzpflichten*) te 4. obveze objašnjavanja i obavještanja (*Aufklärungspflichten*).¹³⁷

Obveze osiguranja obvezuju dužnika da učini sve što je potrebno kako bi pripremio ispunjenje činiidbe, kako bi činiidbu ispunio te sve što je potrebno kako bi ispunjenjem činiidbe ostvario cilj radi kojeg je vjerovnik sklopio pravni posao. Radi se, dakle, prvenstveno o obvezama pripremanja ispunjenja i skrbi oko predmeta činiidbe. U Njemačkoj je sudskom praksom konkretiziran niz dopunskih obveza ove vrste. Neka budu spomenute neke karakteristične. Dužnik ima obvezu skrbiti o predmetu činiidbe. Tako je, primjerice, obvezan hraniti životinju ili nadgledati stroj koji su predmet njegove činiidbe, čuvati predmet činiidbe ako vjerovnik padne u zakašnjenje. Nadalje, ova vrsta obveza usmjerena je na osiguranje ostvarivanja cilja koji se pravnim poslom želi ostvariti. Primjerice, prodavatelj poduzeća dužan je

¹³³ Heinrichs, o.c., str. 229.; Roth, o.c., str. 154.

¹³⁴ Roth, o.c., str. 117.

¹³⁵ Isto, Roth, o.c., str. 153.

¹³⁶ Detaljnije, Roth, o.c., str. 153.-206.

¹³⁷ Roth, o.c., str. 167.-206.; Heinrichs, o.c., str. 230.-231.

suzdržavati se od konkurencije kupcu. Građevinski poduzetnik dužan je upozoriti naručitelja o nedostacima materijala ili ranije izvedenih radova.¹³⁸ Najmodavac je dužan omogućiti najmoprimcu priključak za tehničke uređaje koji se uobičajeno koriste u stanovima. Ako se radi o zakupu poslovne prostorije, zakupodavac je dužan dopustiti zakupniku postavljanje svijetleće reklame na pročelje zgrade.¹³⁹ Nadalje, ova vrsta obveza nalaže dužniku da prikupi sve dokumente (potvrde, odobrenja i sl) potrebne za valjanost ugovora ili ispunjenje činidbe. Naposljetku, ova vrsta dopunskih obveza nalaže dužniku da pruža pomoć i potporu vjerovniku kako bi se ispunio cilj koji se želi ostvariti pravnim poslom. Primjerice, prodavatelj nekog tehničkog uređaja dužan je kupcu pružiti pomoć prilikom sastavljanja i stavljanja u funkciju tog uređaja. Naravno, obveze osiguranja glavne činidbe obvezuju i vjerovnika na suzdržavanje od svega onoga što bi moglo ugroziti ispunjenje glavne činidbe.¹⁴⁰ Iz navedenog proizlazi da se dužnosti osiguranja glavne činidbe protežu kroz vrijeme prije, za vrijeme i nakon ispunjenja glavne činidbe.¹⁴¹

Dopunske obveze suradnje obvezuju strane na zajedničko djelovanje kako bi se ispunio pravni posao te kako bi se ispunila njegova svrha. Ove su dužnosti posebno prisutne kod pravnih poslova čije ispunjenje zahtijeva određeno odobrenje. Strane su dužne učiniti sve što je potrebno da bi se priskrbila sva odobrenja potrebna ili za sklapanje ili za ispunjenje ugovora. Isto tako, strane su dužne suzdržavati se od svega što bi moglo negativno utjecati na priskrbljenje tih odobrenja.¹⁴²

Dopunske obveze zaštite obvezuju subjekte na zaštitu osobe, imovine ili drugih, pravom zaštićenih, dobara suprotne strane.¹⁴³ Ove su obveze neovisne od glavne obveze. One ne služe osiguranju ispunjenja glavne obveze, već općenito zaštitu suprotne strane od moguće štete. Tako je, primjerice, organizator neke priredbe dužan skrbiti se o sigurnosti posjetitelja.¹⁴⁴ Trgovac je dužan skrbiti se o sigurnosti kupaca.

Dopunskim obvezama objašnjavanja i obavješćavanja subjekti obveznog pravnog odnosa obvezani su međusobno se obavješćavati o svim okolnostima koje su značajne za donošenje odluke o tome hoće li se uopće sklopiti pravni posao, o svim okolnostima značajnim za ispunjenje ugovorene činidbe, te svim okolnostima značajnim za ispunjenje svrhe ugovora. Kako je ova dužnost iznimka od pravila da je svaka strana dužna sama prikupiti obavijesti relevantne za njezinu pravnu poziciju, dužnost objašnjavanja i obavješćavanja postoji samo u slučajevima u kojima, prema

¹³⁸ Heinrichs, o.c., str. 230.

¹³⁹ Stojanović, o.c., str. 111.

¹⁴⁰ Heinrichs, o.c., str. 230.

¹⁴¹ Isto, Stojanović, o.c., str. 112.

¹⁴² Heinrichs, o.c., str. 230.

¹⁴³ Heinrichs, o.c., str. 230.

¹⁴⁴ Stojanović, o.c., str. 112.

vladajućem shvaćanju u pravnom prometu, druga strana može opravdano očekivati određene obavijesti i određena objašnjenja.¹⁴⁵

5.2.2. *Dopunske obveze s obzirom na njihov odnos prema glavnoj činidbi*

Osim po sadržaju, dopunske se obveze mogu podijeliti i s obzirom na njihov odnos prema glavnoj činidbi. Tako pojedine dopunske obveze mogu biti u čvrstoj vezi s glavnom činidbom. One nemaju samostalnu svrhu, već postoje samo kako bi se njima omogućilo ispunjenje glavne činidbe. To su, dakle, nesamostalne dopunske obveze, kao, primjerice, dopunske obveze osiguranja glavne činidbe te dopunske obveze suradnje. S druge su strane dopunske obveze koje imaju svoju samostalnu svrhu, nezavisnu od glavne činidbe. To su samostalne dopunske obveze, kao, primjerice, dopunske obveze obavješćavanja te dopunske obveze zaštite.¹⁴⁶

5.2.3. *Dopunske obveze s obzirom na njihovu utuživost*

Pojedine vrste dopunskih obveza samostalno su utužive, dok druge to nisu. Dopunske obveze suradnje, posebice obveza pribavljanja potrebnih odobrenja, samostalno su utužive.¹⁴⁷ Jedna strana može zahtijevati od suda da drugoj strani naloži učiniti ono što je potrebno kako bi došlo do ispunjenja ugovora. S druge strane, dopunske obveze osiguranja glavne činidbe nisu samostalno utužive,¹⁴⁸ kao ni dopunske obveze obavješćavanja.¹⁴⁹ Na njihovu će se povredu subjekt moći pozvati tek u okviru tužbe za naknadu štete prouzročene povredom obveznog odnosa u kojemu su te obveze nastale, odnosno tek u okviru prigovora protiv tužbenog zahtjeva druge strane, ako mu je povredom tih dužnosti onemogućeno ili otežano ispunjenje njegove činidbe.¹⁵⁰ Jesu li dopunske obveze zaštite samostalno utužive, u teoriji nije sasvim jasno odgovoreno. No, prisposodobivost povrede ovih obveza s izvanugovornim uzrokovanjem štete govori u prilog stavu da bi ove obveze morale biti samostalno utužive.¹⁵¹

5.2.4. *Intenzitet pojedinih dopunskih obveza*

Od sadržaja i pravne naravi obveznog odnosa ponekad će ovisiti intenzitet pojedinih dopunskih obveza. To se, prije svih, odnosi da obvezu objašnjavanja i obavješćavanja. Kod obveznog odnosa koji traju duže vrijeme, zbog većeg povjerenja koje se u tim odnosima stvara između njih, strane će biti

¹⁴⁵ Heinrichs, o.c., str. 231.

¹⁴⁶ Heinrichs, o.c., str. 229.-230.; Stojanović, o.c., str. 112.

¹⁴⁷ Heinrichs, o.c., str. 230.; Roth, o.c., str. 176.

¹⁴⁸ Stojanović, o.c., str. 112.

¹⁴⁹ Heinrichs, o.c., str. 231.; Roth, o.c., str. 201.-202.

¹⁵⁰ Roth, o.c., str. 186., 201.-202.

¹⁵¹ Roth, o.c., str. 186.

obvezane više i potpunije se obavještavati nego li je to slučaj kod obveznopравnih odnosa koji traju kraće vrijeme.¹⁵² Nadalje, intenzitet obveze obavještavanja i objašnjavanja ovisi o osobinama subjekata. Tako će obveza obavještavanja biti jače izražena u poslovanju banaka, osiguravajućih društava, liječnika, arhitekata i sl.¹⁵³ Opravdanje jačeg intenziteta obveze obavještavanja u navedenim slučajevima objašnjava se činjenicom da je potreba za obavještavanjem jedne strane to veća što je veća intelektualna ili poslovna prevaga druge strane.¹⁵⁴ Općenito, moglo bi se reći da intenzitet dopunske obveze obavještavanja ovisi o potrebi jedne strane za određenim obavijestima i o njezinoj mogućnosti da do tih obavijesti dođe bez pomoći druge strane.

5.3. Zabrana zloupotrebe prava

Načelo savjesnosti i poštenja jednako djeluje i na dužnika i na vjerovnika. Vjerovnik je dužan suzdržavati se od svega što bi moglo ugroziti ispunjenje glavne obveze dužnika. To je, dakle, jedna od njegovih dopunskih obveza. No, povrh te dopunske obveze, vjerovnik ima opću obvezu suzdržavati se od zloupotrebe prava. Članak 13. ZOO-a određuje da je zabranjeno vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojeg je ono zakonom ustanovljeno ili priznato. Ovo pravilo, kao što je ranije navedeno,¹⁵⁵ proizlazi iz shvaćanja da su svakom subjektivnom pravu imanentna neka unutrašnja, socijalno-etička, ograničenja. Zabrana zloupotrebe prava opće je ograničenje.¹⁵⁶ Stoga nije potrebno da zakon opetovano, u pogledu svakog obveznog odnosa, to ograničenje izričito navodi. Ono obvezuje svakog subjekta u svakom obveznom odnosu. Objektivnim su pravom subjektima obveznih odnosa priznata neka subjektivna prava kako bi oni, ostvarivanjem tih prava, ostvarili neke interese i ciljeve. Ostvarivati subjektivno pravo znači ostvarivati ciljeve radi kojih je to pravo priznato. Ako bi se subjektivno pravo izvršavalo, ne zato da bi se ostvarili dopušteni ciljevi i interesi, već zato da bi se drugome štetilo ili da bi ga se uznemiravalo, radilo bi se o zloupotrebi prava,¹⁵⁷ što

¹⁵² Blagojević-Krulj, o.c., str. 62.; Roth, o.c., str. 157.; Emmerich V: u Rebman-Säcker: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2.: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994., str. 685.

¹⁵³ Roth, o.c., str. 202.-203.; Emmerich, o.c., str. 685.

¹⁵⁴ Emmerich, o.c., str. 685.

¹⁵⁵ Vidi točku 4.2. ovog rada.

¹⁵⁶ Perović (Perović: Obligaciono pravo, Novinsko izdavačla ustanova Službeni list SFRJ, 1986., str. 162.), svrstava načelo savjesnosti i poštenja u opća ograničenja slobode ugovaranja koja proizlaze iz pravnog poretka. Promatrajući to načelo samo kao sredstvo kojim se subjektima zabranjuje zlouporaba prava, ono doista predstavlja opće ograničenje. No, to je samo jedna od funkcija tog načela. Ono je, kao što je navedeno, višefunkcionalno načelo koje, osim radi ograničavanja subjekata u izvršavanju prava, ujedno služi kao sredstvo obvezivanja subjekata nekim dopunskim obvezama te kao sredstvo konkretizacije načina ispunjenja glavne činidbe. Nadalje, zabrana zlouporabe prava ne odnosi se samo na subjekte ugovornih odnosa, već na subjekte bilo kojeg obveznog odnosa.

bi bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja. Tako, primjerice, najmodavac ne bi mogao vršiti svoje pravo kontrole uporabe iznajmljenog stana od strane najmprimca ako bi cilj izvršavanja tog prava bio uznemiravanje najmprimca.

5.3.1. *Pretpostavke nastanka zloupotrebe prava*

Glede određivanja pretpostavaka potrebnih da bi neko izvršavanje prava bilo kvalificirano zlouporabom, u književnosti, ali i nacionalnim zakonodavstvima pojedinih zemalja, prisutna su dva koncepta; subjektivistički i objektivistički. Prema subjektivističkom konceptu, da bi neko izvršavanje prava predstavljalo zloupotrebu, potrebno je da se ispune dvije pretpostavke: 1. da se subjektivno pravo izvršava protivno svrsi radi koje je to pravo priznato te 2. namjera nositelja subjektivnog prava da se tom zloupotrebom drugome naškodi. Prema objektivističkom konceptu, da bi neko izvršavanje prava bilo kvalificirano kao zloupotreba, jedina pretpostavka koja se mora ostvariti jest da je subjektivno pravo izvršeno protivno svrsi radi koje je zakon to pravo priznao. Dakle, prema objektivističkoj koncepciji subjektivni stav nositelja subjektivnog prava glede toga zloupotrebljava li on svoje pravo ili ne, potpuno je irelevantan.¹⁵⁸ Sudeći prema odredbi članka 13. ZOO-a, naše pravo prihvaća objektivističku koncepciju zloupotrebe prava. Međutim, ako se zloupotreba prava sastoji u proturječnosti sadašnjeg ponašanja nositelja prava s njegovim ranijim ponašanjem (*venire contra factum proprium*), potreban je i subjektivni element, no na strani onoga protiv koga je zloupotreba usmjerena. Naime, do takve zloupotrebe prava dolaziti će jedino ako je ponašanjem vjerovnika povrijeđeno povjerenje dužnika. Da bi se ponašanje vjerovnika kvalificiralo zloupotrebom prava, biti će potrebno utvrditi da je, temeljem ranijeg ponašanja vjerovnika, dužnik opravdano mogao povjerovati da se vjerovnik više neće koristiti svojim pravom.¹⁵⁹

5.3.2. *Individualna i institucionalna zloupotreba prava*

Osim individualne zloupotrebe prava, kod koje se subjekt na nedopušteni način i u nedozvoljenu svrhu služi subjektivnim pravom, zloupotreba prava može biti i institucionalna, pri čemu se subjekt na nedozvoljeni način i u nedozvoljenu svrhu služi objektivnim pravom.¹⁶⁰ Naime, instituti i pravila objektivnog prava predviđaju pretpostavke nastanka nekog obveznog pravnog odnosa te pravne posljedice nastupanja određenih činjenica. Pozivanje na ta pravila u određenim bi slučajevima moglo

¹⁵⁷ U tom smislu, zabrana zloupotrebe subjektivnih obveznih prava prisposobiva je općim ograničenjima prava vlasništva.

¹⁵⁸ Isto, Đorđević Ž.-Stanković V.: *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, 1987., str. 456.-457.; Loza B.: *Obligaciono pravo*, opšti dio, Sarajevo, 1978., str. 166.-167.

¹⁵⁹ Roth, o.c., str. 252.

¹⁶⁰ Heinrichs, o.c., str. 231.; Roth, o.c., str. 209.; Vedriš-Klarić, o.c., str. 227., 552., također prihvaćaju podjelu zloupotrebe prava na individualnu i institucionalnu. No, pritom se njihovo shvaćanje institucionalne zloupotrebe prava ponešto razlikuje od onog koje je zastupljeno u ovom radu.

predstavljati zloupotrebu prava. Primjerice, u stavcima 2. i 3. članka 74. ZOO-a predviđene su pravne posljedice nastupanja odgodnog i raskidnog uvjeta. No, ostvarenje odnosno neostvarenje uvjeta može biti posljedica nedozvoljenog utjecaja strana na čiji je teret ili u čiju je korist uvjet određen. Pozivati se na pravne posljedice koje zakon predviđa u slučaju ispunjenja odnosno neispunjenja uvjeta, bilo bi, u tom slučaju, zloupotreba objektivnog prava. Kako bi se izbjegla takva zloupotreba, ZOO predviđa fikciju ostvarenja i fikciju izjalovljenja uvjeta. Zloupotreba objektivnog prava česta je pojava kod formularnih ugovora. Naime, zloupotrebljavajući načelo objektivnog obveznog prava o slobodi ugovaranja, ekonomski jači subjekti nameću svojim suugovarateljima nepoštene ugovorne odredbe.¹⁶¹ Zato su objektivnim pravom propisane sankcije protiv te zloupotrebe. Smjernica Vijeća Europske zajednice o nepoštenim ugovornim odredbama,¹⁶² primjerice, predviđa ništavost ugovornih odredbi kojima se, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, stvara značajna neravnoteža između stranačkih prava i obveza na štetu potrošača.¹⁶³

5.3.3. *Zabrana proturječnog ponašanja*

Izvršavanje subjektivnog prava moglo bi, nadalje, predstavljati zloupotrebu ako se iz ranijeg ponašanja njegovog nositelja osnovano moglo zaključiti da on to pravo neće izvršavati.¹⁶⁴ Ovo pravilo proizlazi iz načela zabrane proturječnog ponašanja (*venire contra factum proprium*).¹⁶⁵ Izvršavanje prava unatoč činjenici da se iz ranijeg ponašanja nositelja tog prava moglo zaključiti da on to pravo neće izvršavati, suprotno je načelu savjesnosti i poštenja. Takvim se ponašanjem vrijeđa povjerenje stvoreno između strana u jednom obveznopравnom odnosu.¹⁶⁶ Iako neki autori navode da kod ove vrste zloupotrebe subjektivno pravo prestaje,¹⁶⁷ čini se da bi ispravnije bilo reći da se u time slučajevima fingira da je subjektivno pravo

¹⁶¹ Heinrichs, o.c., str. 231.

¹⁶² Vidi bilješku br. 128.

¹⁶³ Institucionalnoj zloupotrebi prava prisposobiva je zloupotreba stajališta sudske prakse, koja se u našem pravu zorno može prikazati na primjeru stava sudske prakse glede početka tijeka zateznih kamata kod zahtjeva za pravičnom naknadom nematerijalne štete. Tako dužnici (štetnici) zloupotrebljavaju stav sudske prakse da zatezne kamate na pravičnu nakandu nematerijalne štete počinju teći od dana donošenja prvostupanjske presude, kako bi odugovlačili s isplatom dugovane satisfakcije te time prisilili vjerovnike da eventualno izvansudskim putem pristanu na niži iznos satisfakcije. (Više o tom stavu sudske prakse: Baretić M.: Početak tijeka zatezne kamate na naknadu nematerijalne štete, Hrvatska pravna revija br. 6., 2002., str. 137.-142.) U našem pravnom sustavu, sudska praksa ne predstavlja dio objektivnog prava. Utoliko, zloupotreba stavova sudske prakse ne bi predstavljala institucionalnu zloupotrebu prava. No, po metodama i po krajnjem rezultatu, prisposobiva joj je.

¹⁶⁴ Stojanović, o.c., str. 114.

¹⁶⁵ Stojanović, o.c., str. 113.-114.; Vizner, o.c., str. 78.; Heinrichs, o.c., str. 233.; Whittaker-Zimmermann, o.c., str. 24.-25.

¹⁶⁶ Heinrichs, o.c., str. 233.

¹⁶⁷ Vizner, o.c., str. 78.

prestalo.¹⁶⁸ No, krajnji će rezultat u oba slučaja biti isti; subjekt koji je svojim ranijim ponašanjem stvorio dojam da neće izvršavati svoje subjektivno pravo, naknadno neće moći postupiti suprotno.

Zabrana proturječnog ponašanja u ZOO-u nije podignuta na rang općeg načela. No, u nekim se odredbama ZOO-a može prepoznati njezino djelovanje. Stavkom 1. članka 30. ZOO-a određeno je da pregovori ne obvezuju i da svaka strana ima pravo prekinuti ih kad god to želi. No, daljnji stavci 2. i 3. istog članka obvezuju na naknadu štete stranu koja je vodila pregovore bez namjere sklapanja ugovora odnosno koja je odustala od te namjere bez opravdanog razloga. Svaki pregovarač, dakle, ima pravo prekinuti pregovore. No, ulaskom u pregovore, kod suprotne se strane pobuđuje opravdano očekivanje da će se pregovarati ozbiljno. Pregovarač koji je prekinuo pregovore zato jer uopće nije imao namjeru sklopiti ugovor odnosno pregovarač koji je prekinuo pregovore bez opravdanog razloga, došao bi u sukob sa svojim ranijim ponašanjem (*venire contra factum proprium*), a time bi, ujedno, iznevjerio opravdana očekivanja suprotne strane. Takvo bi ponašanje predstavljalo zloupotrebu prava na prekid pregovora,¹⁶⁹ te bi bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja. Nadalje, člankom 500. ZOO-a predviđeno je da se prava kupca stvari s materijalnim nedostatkom predviđena odredbama tog zakona gase u roku od godinu dana, računajući od dana odašiljanja obavijesti o nedostatku, izuzev ako je kupac prijevarom prodavatelja bio spriječen ta prava realizirati. Gledajući na ovo pravilo s pozicije prodavatelja, nakon godinu dana od kada je kupac odasla obavijest, prodavatelj ima pravo odbiti zahtjev kupca za otklanjanje nedostatka. No, prodavatelj se neće moći pozivati na to pravo ako kupac nije postavio zahtjev za otklanjanje nedostatka u roku zato što mu je prodavatelj, primjerice, obećao da će mu zahtjev ispuniti čak i nakon proteka roka od godinu dana. Isto bi se pravilo trebalo primjenjivati u slučajevima u kojima je pravo vjerovnika zastarjelo stoga što mu je dužnik obećao da se neće pozivati na zastaru. Takvim obećanjem dužnik bi kod vjerovnika stvorio uvjerenje da se odrekao od prava pozivanja na zastaru, pa bi njegovo naknadno pozivanje na zastaru predstavljalo zlouporabu prava.¹⁷⁰

U navedenim bi slučajevima vjerovnik kod dužnika izričito stvorio uvjerenje da neće izvršavati svoje pravo. No, o zloupotrebi prava radit će se i kada se iz vjerovnikova ponašanja može zaključiti da se neće koristiti pravom. Njegova se odluka da ne

¹⁶⁸ Sudska je praksa također zauzela stav da se u slučaju povrede zabrane proturječnog ponašanja fingira da je pravo prestalo. Tako je navedeno da ako tužitelj nije u razumnom roku obavijestio tuženog da traži izvršenje ugovora, odnosno nije tuženom u tu svrhu ostavio naknadni rok za izvršenje ugovora iako to proizlazi iz okolnosti konkretnog događaja, **ima se uzeti** (naglasio M.B.) da je nezainteresiranost ili neaktivnost stranke za duže vrijeme, zaključeni ugovor o kupoprodaji prešutno raskinut... (citirano prema Stojanoviću, o.c., str. 114.)

¹⁶⁹ Isto, Löwisch M., u J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch – Recht der Schuldverhältnisse, dreizehnte Bearbeitung, Sellier-de Gruyer, 1995., str. 193.; Emmerich, o.c., str. 706.-707.

¹⁷⁰ Heinrichs, o.c., str. 234.; Roth, o.c., str. 231.

vrši svoje pravo može, dakle, razaznati iz njegovih konkludentnih radnji ili iz njegove šutnje. Prema stavu sudske prakse, ako nakon proteka roka za reklamaciju proizvoda proizvođač pošalje svog predstavnika da provjeri opravdanost reklamacije, konkludentno se odrekao prava na pozivanje na zakašnjelost reklamacije.¹⁷¹

6. Pravne posljedice

Koje pravne posljedice proizvodi ponašanje suprotno načelu savjesnosti i poštenja, ovisi o činjeničnom stanju konkretnog obveznog pravnog odnosa. Sistematizacija pojedinih funkcija tog načela provedena je, između ostalog, kriterijem uočavanja i uopćavanja pravnih posljedica koje proizlaze iz ponašanja suprotnog zahtjevima tog načela. Kao što je navedeno, korigirajuća funkcija načela savjesnosti i poštenja temelji se upravo na uopćavanju pravnih posljedica djelovanja tog načela.

6.1. Nevaljanost pravnog posla

Oslanjanjem na načelo savjesnosti i poštenja pravni poredak reagira na nepravdičnost koja se javlja kao posljedica ponašanja jedne od strana u obveznom pravnom odnosu, a koje, s objektivnog stanovišta, nije primjereno pravilima ponašanja uobičajenim u pravnom prometu. Djelovanjem tog načela, a u svrhu saniranja tih nepravdičnih posljedica, sadržaj pravnog posla može biti promijenjen. Kao što je objašnjeno na primjeru ugovornog isključenja ili ograničenja djelovanja pravila ZOO-a o raskidu ugovora zbog promijenjenih okolnosti (članak 136. ZOO-a),¹⁷² ta bi se promjena sadržaja pravnog posla sastojala u njegovoj djelomičnoj ništavosti. Dakle, ugovorna odredba kojom bi se strane, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, unaprijed odrekle pozivanja na određene promijenjene okolnosti, bila bi ništava, a ugovor bi i dalje ostao na snazi, čak ako bi ta odredba predstavljala uvjet ili odlučujuću pobudu ugovora, jer je ništavost ugovorne odredbe iz članka 136. ZOO-a ustanovljena upravo kako bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje (stavak 2. članka 105. ZOO-a). Isto je pravilo predviđeno i u materiji ugovornog proširenja odgovornosti. Iako ZOO izričito ne spominje djelomičnu ništavost, čini se da odredba stavka 2. članka 264. ZOO-a previđa upravo tu pravnu posljedicu. Takav je pristup, nadalje, vidljiv i u Smjernici Vijeća Europske zajednice o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima.¹⁷³ Stavkom 1. članka 6. Smjernice nalaže se državama članicama Europske zajednice da u svojim nacionalnim zakonodavstvima

¹⁷¹ Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl. 4/62 od 15. 1. 1962. citirano prema Stojanoviću, o.c., str. 115.

¹⁷² Vidi točku 4.3. ovog rada.

¹⁷³ Vidi bilješku br. 128.

predvide rješenje prema kojem nepoštena ugovorna odredba ne obvezuje potrošača, a ugovor ostaje na snazi ako je to moguće bez nepoštene ugovorne odredbe. Kada bi se ovu pravno neutralnu definiciju iz Smjernice tumačilo u skladu s našim pravnim poretkom, moglo bi se reći da će pravna posljedica sklapanja ugovora koji sadrži nepoštene odredbe biti djelomična ništavost tog ugovora. Nadalje, kao što je prikazano na primjeru zelenaškog ugovora (članak 141. ZOO-a), ponašanje suprotno načelu savjesnosti i poštenja može dovesti i do ništavosti pravnog posla. Naposljetku, ponašanje suprotno tom načelu može uzrokovati pobožnost pravnog posla. To se zorno može vidjeti iz članka 65. ZOO-a, prema kojem strana u zabludi ima pravo raskinuti ugovor ako je u zabludu dovedena prijevarom suprotne strane. Pritom, čini se, ne bi trebalo sumnjati da je prijevara jedan od osnovnih pojavačkih oblika ponašanja suprotnog načelu savjesnosti i poštenja. Rezimirajući navedeno, može se zaključiti da je nevaljanost pravnog posla jedna od pravnih posljedica do koje može dovesti ponašanje suprotno načelu savjesnosti i poštenja.

6.2. Promjena činjeničnog stanja

Načelo savjesnosti i poštenja, nadalje, utječe na promjenu činjeničnog stanja, fingiranjem nečega što se uistinu nije dogodilo, čime se ujedno utječe i na pravne učinke pravnoga posla i pravni položaj strana u tom poslu. Primjer takvog djelovanja načela savjesnosti i poštenja nalazi se u odredbi stavka 4. članka 74. ZOO-a kojom su predviđene dvije fikcije; fikcija ispunjenja uvjeta, kojom se fingira da se uvjet ispunio, iako se u stvarnosti nije dogodila ona neizvjesna okolnost koja je postavljena kao uvjet, odnosno fikcija izjalovljenja uvjeta, kojom se fingira da se uvjet izjalovio, iako se u stvarnosti dogodila ona neizvjesna okolnost koja je postavljena kao uvjet.

6.3. Konstituiranje subjektivnih prava

Ponašanje suprotno načelu savjesnosti i poštenja jedne strane u obvezno-pravnom odnosu može dovesti do toga da se za onoga tko trpi štetne posljedice takvog ponašanja objektivnim pravom konstituiraju neka nova subjektivna prava. U već spomenutom slučaju zelenaškog ugovora, zakon predviđa pravo oštećenika da podnese zahtjev kojim traži smanjenje svoje obveze na pravični iznos (stavak 4. članka 141. ZOO-a). Pored tog izravnog puta njihova konstituiranja, nova prava za suprotnu stranu mogla bi biti konstituirana i neizravno, kao posljedica gubitka nekih prava na strani onoga tko se ponašao suprotno načelu savjesnosti i poštenja. Kao što će nešto niže biti detaljnije obrazloženo, ponašanje suprotno načelu savjesnosti i poštenja može dovesti do gubitka nekih subjektivnih prava osobe koja se tako ponašala. Ako bi jedna strana u obveznopravnom odnosu izvršavala neko svoje subjektivno pravo iako se iz njezinog dotadašnjeg ponašanja opravdano moglo zaključiti da ona to svoje pravo neće izvršavati, njezino bi ponašanje trebalo kvalificirati kao zloupotrebu prava koja bi dovodila do fikcije gubitka prava. Ako bi, primjerice, dužnik uvjeravao vjerovnika da se neće pozivati na zastaru i tako ga

odvraćao od podizanja tužbe na vrijeme, neće se kasnije, u postupku kojeg protiv njega podigne vjerovnik, moći pozivati na zastaru. Tuženikovu ukidajućem materijalnopравnom prigovoru zastare, tužitelj će suprotstaviti ukidajuć materijalnopравni prigovor nedopuštenog izvršavanja prava.¹⁷⁴ U takvom bi se slučaju fingiralo da se dužnik odrekao svog prigovora zastare. To će ujedno značiti da se za vjerovnika konstituira pravo zahtijevati ispunjenje dužnikove obveze sudskim putem, unatoč tome što mu je, toj obvezi korespondirajuće, subjektivno pravo zastarjelo.

6.4. Gubitak subjektivnih prava

Nedopušteno izvršavanje prava koje se sastoji u povredi zabrane proturječnog ponašanja (*venire contra factum proprium*) može rezultirati gubitkom prava strane koja je na taj način zloupotrebljavala svoje pravo, ili, čini se ispravnije, može rezultirati fingiranjem gubitka prava. Učenje o gubitku subjektivnog prava zbog njegova neizvršavanja (*Verwirkung*) razvijeno je kroz njemačku sudsku praksu.¹⁷⁵ Po tom učenju subjektivno pravo prestaje i prije proteka zastarnih ili prekluzivnih rokova.¹⁷⁶ Neće, međutim, svako neizvršavanje subjektivnog prava dovoditi do njegova gubitka. Da bi došlo do gubitka prava, moraju se ispuniti neke pretpostavke, odnosno moraju postojati neke izuzetne okolnosti.¹⁷⁷ Subjektivno pravo prestaje kada vjerovnik duže vremena ne izvršava svoje pravo, a dužnik, temeljem cjelovitog ponašanja vjerovnika u obveznomправnom odnosu opravdano može zaključiti da se pravo više neće izvršavati.¹⁷⁸ Takvo bi ponašanje vjerovnika predstavljalo zloupotrebu subjektivnog prava, a protivnost načelu savjesnosti i poštenja očitovala bi se u nelojalnom zakašnjenju u izvršavanju prava.¹⁷⁹ Iako gubitak subjektivnog prava zbog njegova nelojalna neizvršavanja ZOO nije predvidio, sudska je praksa u jednom slučaju, doduše prije stupanja na snagu ZOO-a, stala na stanovište da u određenim slučajevima neizvršavanje subjektivnog prava može dovesti do njegova gubitka unatoč tome što zastarni rok još nije protekao.¹⁸⁰

6.5. Utuživost dopunskih obveza

Budući da iz načela savjesnosti i poštenja za strane u obveznomправnom odnosu proizlaze neke dodatne obveze, opravdano je upitati se koje su pravne posljedice nepoštovanja tih dodatnih obveza. Odgovor ovisi o vrsti tih dodatnih obveza kao i o vrsti obveznomправnog odnosa u kojemu se strane nalaze. Dopunske obveze suradnje

¹⁷⁴ Isto, Perović-Stojanović, o.c., str. 111.

¹⁷⁵ Vizner, o.c., str. 79.

¹⁷⁶ Heinrichs, o.c., str. 237.; Vizner, o.c., str. 79.

¹⁷⁷ Vizner, o.c., str. 79.

¹⁷⁸ Heinrichs, o.c., str. 237.; Roth, o.c., str. 243.; Vizner, o.c., str. 79.

¹⁷⁹ Heinrichs, o.c., str. 237.; Roth, o.c., str. 243.

¹⁸⁰ Presuda Vrhovnog privrednog suda SI-639/62. citirano prema Vizneru, o.c., str. 79.-80.

te dopunske obveze zaštite samostalno su utužive.¹⁸¹ Suprotna bi strana mogla protiv osobe koja, primjerice, nepribavljanjem potrebnih odobrenja, ne surađuje u ispunjenju ugovora, podignuti tužbu i zahtijevati od suda da joj naloži prikupljanje potrebnih odobrenja. Isto tako, jedan od subjekata obveznog odnosa mogao bi zahtijevati od suda da naloži drugoj strani propuštanje radnji kojima bi mu se mogla prouzročiti šteta. Dopunske obveze osiguranja glavne činidbe te dopunske obveze obavljanja nisu samostalno utužive.¹⁸² Vjerovnik tih vrsta dopunskih obveza ne bi mogao zahtijevati njihovo ispunjenje sudskim putem, već bi se na neispunjenje tih obveza od suprotne strane mogao pozivati tek u okviru tužbe za naknadu štete prouzročene povredom obveznog odnosa u kojem su te obveze nastale.¹⁸³

6.6. *Naknada štete*

Konačno, ponašanjem suprotnim načelu savjesnosti i poštenja može se prouzročiti štetu, pa će strana koja je svojim ponašanjem povrijedila to načelo biti dužna tu štetu popraviti. O kojoj će vrsti odgovornosti za štetu biti riječ, ovisi o stadiju u kojem je šteta počinjena kao i o tome u čemu se sastoji povreda načela savjesnosti i poštenja. Ako bi šteta bila počinjena u stadiju sklapanja ugovora, radilo bi se o predugovornoj odgovornosti za štetu. Ako je šteta počinjena povredom načela savjesnosti i poštenja u ugovornom odnosu, naknada štete mogla bi se, ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, dosuđivati ili po pravilima ugovorne ili po pravilima izvanugovorne odgovornosti za štetu. O ugovornoj će se odgovornosti za štetu raditi u slučajevima u kojima dužnik ili nije ispunio činidbu ili je zakasnio s njezinim ispunjenjem (stavak 2. članka 262. ZOO-a).¹⁸⁴ Načelo savjesnosti i poštenja nameće stranama u obveznom odnosu (pa time i ugovornom odnosu) neke dopunske obveze te ih ograničava u vršenju njihovih subjektivnih prava. Kao što je navedeno, neke od tih dopunskih obveza nemaju svoju samostalnu svrhu, već se njihova svrha svodi na osiguranje i olakšanje ispunjenja glavne činidbe. Neizvršavanjem tih dopunskih obveza, dužnik ujedno biva spriječen ispuniti glavnu činidbu ili biva spriječen ispuniti je na vrijeme. Primjerice, zbog propasti predmeta činidbe prouzročene nepoštovanjem dopunske obveze njegova čuvanja dužnik nije u mogućnosti ispuniti glavnu činidbu. Štetu koju je time prouzročio vjerovniku bio bi dužan naknaditi po pravilima ugovorne odgovornosti. No, potrebno je naglasiti da naknada štete u tim slučajevima nije izravna posljedica nepoštovanja načela savjesnosti i poštenja, već neispunjenja ugovora. Štetnu radnju ne predstavlja neispunjenje neke dopunske obveze, već neispunjenje glavne činidbe.

¹⁸¹ Heinrichs, o.c., str. 230.; Roth, o.c., str. 176., 186.; Stojanović, o.c., str. 112.-113.

¹⁸² Heinrichs, o.c., str. 231.; Roth, o.c., str. 201.-202.; Stojanović, o.c., str. 112.

¹⁸³ Roth, o.c., str. 186.; 201.-202.

¹⁸⁴ Isto, Vedriš-Klarić, o.c., str. 566.

Neke dopunske obveze imaju samostalnu svrhu, neovisnu o glavnoj ugovornoj činidbi. Neispunjenjem tih obveza ne mora nužno doći u pitanje ispunjenje glavne činidbe, međutim, time se vjerovniku može počinuti određena šteta. Primjerice, organizator nekog koncerta ima, pored glavne obveze, a to je omogućiti vjerovniku prisustvovanje koncertu, i dopunsku obvezu zaštite koja mu nalaže da zaštiti od štete osobu, imovinu i druga pravno zaštićena dobra vjerovnika. Bude li, unatoč činjenici da je dužnik ispunio glavnu činidbu, vjerovniku počinjena šteta stoga što dužnik nije ispunio tu svoju dopunsku obvezu, naknadu bi trebalo određivati po pravilima izvanugovorne odgovornosti za štetu.

Ako bi se vjerovnik koristio svojim pravom s jedinim ciljem da dužniku šteti ili da ga uznemirava, takvo bi ponašanje bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja, a štetu koja bi dužniku bila prouzročena takvim ponašanjem, trebalo bi popravljati po pravilima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu.

Načelo savjesnosti i poštenja opće je načelo koje djeluje u svim vrstama obveznopравnih odnosa. Stoga bi štetu počinjenu nepoštovanjem tog načela u obveznopравnom odnosu kojemu izvor nije ugovor, već neke druge pravne činjenice, trebalo popravljati po pravilima o izvanugovornoj odgovornosti za štetu.

6.7. Nepriznavanje zakonom predviđenih pravnih učinaka

U odnosu na objektivno pravo odnosno zakon pravne posljedice djelovanja načela savjesnosti i načela očituju se, ne samo u konkretizaciji i nadopuni zakona, već i u mogućnosti suda da u konkretnom slučaju ne primijeni neku zakonsku odredabu. Kao što je iz nekih navedenih slučajeva vidljivo,¹⁸⁵ u određenim se situacijama sudionik obveznopравnog odnosa neće moći pozivati na pravne posljedice predviđene zakonom ako bi te pravne posljedice bile rezultat njegova ponašanja koje je bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja.¹⁸⁶

6.8. Postupovnopравni aspekti

U postupovnom pogledu strani koja trpi posljedice ponašanja suprotnog načela savjesnosti i poštenja stoje na raspolaganju, ovisno o okolnostima konkretnog slučaja, bilo tužba bilo prigovor. Tužba bi dolazila u obzir u slučajevima u kojima je, zbog nepoštovanja načela savjesnosti i poštenja suprotne strane, subjekt pretrpio

¹⁸⁵ Primjerice, prestanak subjektivnog prava zbog ponašanja protivnog zabrani proturječnog ponašanja jedan je od slučajeva u kojima se djelovanjem načela savjesnosti i poštenja subjektu uskraćuje mogućnost pozivanja na pravne posljedice koje zakon predviđa. Tako zakon predviđa mogućnost da se dužnik pozove na zastaru, čime će prestati pravo vjerovnika zahtijevati ispunjenje obveze (članak 360. ZOO-a). No, dužnik se ne bi mogao pozivati na zastaru ako je do nje došlo zbog njegova proturječnog ponašanja.

¹⁸⁶ U tom smislu opća uzanca za promet robom br. 3. sadržavala je izričitu odredbu: "Stranke se ne mogu pozivati na neku od ovih uzanca, ako bi njena primjena u datom slučaju proizvela posljedice protivne tome načelu.". vidi, Goldštajn, o.c., str. 64.

štetu. Nadalje, tužbom bi se moglo tražiti poništenje ugovora koji je sklopljen zbog prijevare. Tužba za utvrđivanje ništavosti ugovora dolazila bi u obzir kada bi zbog ponašanja suprotne strane koje je bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja, ugovor bio ništav. Tužbom bi se moglo zahtijevati ispunjenje neke dopunske obveze koja proizlazi iz načela savjesnosti i poštenja. Tužbom bi se mogla poslužiti strana koja traži smanjenje svoje činidbe na pravičan iznos ako je, zbog ponašanja suprotne strane koje je protivno načelu savjesnosti i poštenja, sklopila zelenaški ugovor.

S druge strane, tuženik od kojeg tužitelj zahtijeva ispunjenje ugovorene činidbe, mogao bi mu se suprotstaviti materijalnopравnim prigovorom kojim negira tužbeni zahtjev, a koji se temelji na tvrdnji da je zbog tužiteljevog ponašanja suprotnog načelu savjesnosti i poštenja ugovor ništav. Materijalnopравnim prigovorom koji ukida tužbeni zahtjev mogao bi se poslužiti tuženik kojemu je ispunjenje ugovorne činidbe postalo nemoguće zbog ponašanja suprotne strane, a koje je protivno načelu svjesnosti i poštenja. Tom bi se vrstom prigovora tuženik također mogao poslužiti u slučajevima u kojima bi pozivanje tužitelja na njegovo pravo predstavljalo zloupotrebu tog prava. Naposljetku, prigovorom zloupotrebe prava mogao bi se poslužiti tužitelj protiv prigovora tuženika kojim ovaj tvrdi da je tužiteljevo pravo zastarjelo. Radilo bi se o slučajevima u kojima je zbog proturječnog ponašanja tuženika tužitelj propustio podići tužbu na vrijeme.

7. Područje primjene

Iz prethodnih se izlaganja može zaključiti da načelo savjesnosti i poštenja djeluje na subjekte obveznog pravnog odnosa na dva načina; s jedne strane, nameće im neke dopunske obveze te, s druge strane, ograničava ih u izvršavanju njihovih prava. No, postavlja se pitanje u kojim su odnosima subjekti vezani tim načelom? Dokle ili dokada to načelo djeluje na subjekte. U književnosti je široko raširen stav da načelo savjesnosti i poštenja obvezuje subjekte za trajanja obveznog pravnog odnosa, ali i u vremenu prije i poslije tog odnosa.¹⁸⁷ Analizom odredbe članka 12. ZOO-a bit će provjerena ispravnost tog stava.

7.1. Djelovanje načela savjesnosti i poštenja u vrijeme prije postanka obveznog pravnog odnosa

Člankom 12. ZOO-a dužnost ponašanja u skladu s načelom savjesnosti i poštenja izričito je protegnuta i na stadij prije zasnivanja obveznog pravnog odnosa. Iako ZOO govori o obveznim odnosima, izričaj te odredbe trebalo bi tumačiti na način da su njome na pridržavanje načela savjesnosti i poštenja obvezane strane u stadiju pregovaranja, dakle u stadiju zasnivanja ugovornog odnosa. Ovu odredbu nadopunjuju odredbe stav 2. i 3. članka 30. ZOO-a, kojima se nameće dužnost

¹⁸⁷ Stojanović, o.c., str. 113.; Vizner, o.c., str. 74.; Blagojević-Krulj, o.c., str. 63.-64.

naknade štete onoj strani koja je pregovarala bez namjere sklapanja ugovora odnosno koja je odustala od namjere sklapanja ugovora bez osnovanog razloga. Tim je odredbama, na poredbenopravnoj razini, ZOO ušao u krug relativno malobrojnih propisa koji uređuju materiju obveznopравnih odnosa, a kojima je izričito uređena takozvana predugovorna odgovornost za štetu.¹⁸⁸ No, unatoč relativno malom broju zemalja u kojima je predugovorna odgovornost izričito zakonom uređena, ovaj je institut prisutan u velikom broju nacionalnih pravnih poredaka, i to zahvaljujući djelovanju sudske prakse.

Temelj predugovorne odgovornosti za štetu upravo je načelo savjesnosti i poštenja. Tu bi se odgovornost moglo definirati kao odgovornost za štetu koju je u predugovornom stadiju pretrpjela jedna strana ponašanjem suprotne strane koje je bilo protivno načelu savjesnosti i poštenja. U predugovornom stadiju načelo savjesnosti i poštenja djeluje na isti način kao i u nekom obveznomправnom odnosu. S jedne strane, ograničava strane u pregovorima u izvršavanju njihovih prava te, s druge strane, nameće im neke dopunske obveze. Tako se odredbe stavka 2. i 3. članka 30. ZOO-a mogu shvatiti kao ograničenje prava na prekid pregovora koje je predviđeno stavkom 1. istog članka. U načelu, pregovori ne obvezuju i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće. No, to bi pravo na prekid pregovora moglo biti zloupotrebjeno, poglavito u slučajevima kada netko ulazi u pregovore bez namjere sklapanja ugovora ili kada prekida pregovore bez osnovanog razloga. Na tu zloupotrebu pravni poredak reagira stavcima 2. i 3. članka 30. ZOO-a, kojima se sankcioniraju njezine negativne posljedice.

Osim tih posebnih odredaba, pravna osnova predugovorne odgovornosti jest i odredba članka 12. ZOO-a kojom su strane u pregovorima obvezane ponašati se u skladu s načelom savjesnosti i poštenja. Na temelju te odredbe za strane u pregovorima proizlaze neke dodatne obveze. Iako vrste tih obveza kao i intenzitet njihova djelovanja ovise o raznim čimbenicima, kao na primjer, dužini pregovaranja, osobinama pregovarača, vrsti ugovora o kojemu se pregovara, općenito može se reći da su dopunske obveze kojima su strane obvezane u pregovorima sljedeće: obveza obavještanja, obveza suzdržavanja od odugovlačenja s pregovorima, obveza zaštite interesa suprotne strane.

7.2. Djelovanje načela savjesnosti i poštenja za vrijeme trajanja obveznomправnog odnosa

Djelovanje načela savjesnosti i poštenja nije ograničeno samo na ugovorne odnose, već se ono proteže na sve vrste obveznomправnih odnosa. Naravno, veza između subjekata najintenzivnija je upravo u ugovornim odnosima. Povjerenje stvoreno između strana u tom odnosu kud i kamo je jače nego u bilo kojoj drugoj vrsti obveznomправnih odnosa. Stoga će i djelovanje načela savjesnosti i poštenja biti

¹⁸⁸ Poredbenopravni prikaz predugovorne odgovornosti za štetu, vidi Baretić M.: Predugovorna odgovornost, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu 1/1999.

jače izraženo u ugovornim odnosima. No, to načelo djeluje na subjekte svih drugih vrsta obveznopравnih odnosa. U odnosu odgovornosti za štetu štetnik bi se trebao suzdržavati od svega što bi moglo još više pogoršati položaj oštećenika. Njemački sudovi prilikom određivanja visine satisfakcije za nematerijalnu štetu uzimaju u obzir ponašanje štetnika prema oštećeniku nakon počinjenja štetne radnje. Tako sudovi dosuđuju veću naknadu u slučajevima kada bi štetnik primjenjivao takozvanu tehniku smekšavanja, odnosno kada bi, unatoč nedvojbeno utvrđenoj krivnji, odugovlačio s isplatom kako bi prisilio oštećenika da pristane na niži iznos satisfakcije.¹⁸⁹ Nema sumnje da se takvom sudskom praksom sankcionira upravo ponašanje suprotno načelu savjesnosti i poštenja.

Obveznopравni odnos koji nastaje javnim obećanjem nagrade mogli bismo promatrati kao obveznopравni odnos pod uvjetom. Obećavatelj se obvezuje ispuniti obećanje ako netko učini određenu radnju, postigne neki uspjeh, nađe se u nekoj situaciji ili učini nešto drugo što je uvjet ispunjenja obećanja. Načelo savjesnosti i poštenja nalagalo bi mu da se suzdrži od svega onoga što bi moglo ugroziti nastupanje one okolnosti koja je postavljena kao uvjet ispunjenja obećane činidbe. Ako bi izjalovljenje uvjeta prouzročio obačavatelj ponašanjem suprotnim načelu savjesnosti i poštenja, trebala bi protiv njega djelovati fikcija ispunjenja uvjeta (stavak 4. članka 74. ZOO-a).

Poslovođi bez naloga zakonom su nametnute neke dopunske obveze koje uobičajeno proizlaze iz načela savjesnosti i poštenja. Tako je poslovođa o svom postupku dužan obavijestiti gospodara posla (stavak 1. članka 221. ZOO-a). Nadalje, dužan je, ako je to razumno moguće, brinuti se o interesima gospodara posla dok ovaj ne preuzme brigu o svom poslu (stavak 1. članka 221. ZOO-a) te pri obavljanju posla rukovoditi se stvarnim ili vjerojatnim interesima i potrebama gospodara posla (stavak 1. članka 222. ZOO-a). Pri obavljanju posla poslovođa je dužan postupati pažnjom dobrog privrednika odnosno dobrog domaćina (stavak 2. članka 222. ZOO-a). Sve te pojedinačne dužnosti predstavljaju dopunske obveze zaštite interesa suprotne strane u obveznopравnom odnosu, koje redovito proizlaze iz načela savjesnosti i poštenja.

7.3. Djelovanje načela savjesnosti i poštenja nakon prestanka obveznopравnog odnosa

U književnosti se navodi da načelo savjesnosti i poštenja djeluje na subjekte ugovornog odnosa i nakon prestanka tog odnosa.¹⁹⁰ Navodi se da su u stadiju nakon prestanka ugovornog odnosa, temeljem djelovanja načela savjesnosti i poštenja, strane vezane nekim dopunskim obvezama. Prije svega, to je obveza propuštanja, kojoj je cilj ne činiti ništa što bi drugoj strani moglo prouzročiti štetu nakon

¹⁸⁹ Vidi, Klarić P.: *Odštetno pravo*, Narodne novine, 1995., str. 265.

¹⁹⁰ Stojanović, o.c., str. 113.; Vizner, o.c., str. 74.; Blagojević-Krulj, o.c., str. 63.-64.

prestanka ugovornog odnosa.¹⁹¹ Tako bi se strane, nakon prestanka nekog dugotrajnijeg ugovornog odnosa (primjerice, radnog odnosa) morale suzdržavati od odavanja poslovnih tajni.¹⁹² Nadalje, nakon ispunjenja ugovornih činidaba strane bi bile dužne suzdržavati se od međusobne konkurencije.¹⁹³

Potrebno je, međutim, primijetiti da članak 12. ZOO-a ne predviđa djelovanje načela savjesnosti i poštenja i nakon prestanka ugovornog odnosa. Pritom treba podsjetiti da kada govorimo o djelovanju načela savjesnosti i poštenja, mislimo na obvezivanje strana nekim dopunskim obvezama te na njihovo ograničavanje u izvršavanju prava. Prema odredbi članka 12. ZOO-a, strane su dužne ponašati se u skladu s načelom savjesnosti i poštenja pri zasnivanju obveznogopravnog odnosa te pri ostvarivanju prava i obveza iz tog odnosa. Kada je dužnik u ugovornom odnosu ispunio svoju činidbu, ugovorni odnos prestaje. Stoga, proizlazi da navedeni članak obvezuje subjekte na ponašanje u skladu s načelom savjesnosti i poštenja samo prije i za vrijeme trajanja obveznogopravnog odnosa. Po našem pravu, izgleda, nakon prestanka ugovornog odnosa subjekti tog odnosa ne bi bili vezani tim načelom. To, međutim, ne znači da gore navedena ponašanja nisu protupravna. Onaj tko drugome prouzroči štetu, primjerice, odavanjem poslovne tajne, bit će dužan tu štetu popraviti. No, ta pravna posljedica ne proizlazi iz djelovanja načela savjesnosti i poštenja, već iz pasivne univerzalne obveze, koja svakome nalaže da se suzdržava od postupaka kojima se drugome uzrokuje šteta. Pravna osnova naknade štete u tim bi slučajevima bila članak 16., a ne članak 12. ZOO-a.

Ponekad se sugerira da načelo savjesnosti i poštenja koje je obvezivalo strane u ugovornom odnosu nastavlja djelovati u stvarnogopravnom odnosu koji se temelji na tom ugovornom odnosu. Tako bi pravne posljedice koje izaziva višestruko ugovorno otuđenje stvari predstavljale rezultat djelovanja načela savjesnosti i poštenja. Naša je sudska praksa prije stupanja na snagu ZV-a zauzimala stajalište se pitanje vlasništva na nekretnini višestruko ugovorno otuđenoj treba rješavati primjenom načela morala, savjesnosti i poštenja te zabrane zloupotrebe prava.¹⁹⁴ Pitanje tko je stekao pravo vlasništva u slučaju višestrukog ugovornog otuđenja stvari, ZV izričito rješava, i to na drukčiji način od onog koji sugerira navedeni stav sudske prakse.¹⁹⁵ Stavkom 1. članka 117. ZV-a određeno je da će u slučaju višestrukog ugovornog otuđenja pokretnine vlasništvo steći ona osoba kojoj je stvar prije predana, ako su ispunjene i druge pretpostavke za stjecanje vlasništva. Ako se radi o višestrukom ugovornom otuđenju nekretnine, vlasništvo će steći ona osoba koja je u dobroj vjeri prva

¹⁹¹ Blagojević-Krulj, o.c., str. 64.; Stojanović, o.c., str. 113.

¹⁹² Blagojević-Krulj, o.c., str. 64.; Stojanović, o.c., str. 113.; Vizner, o.c., str. 74.

¹⁹³ Blagojević-Krulj, o.c., str. 64.; Stojanović, o.c., str. 113.; Heinrichs, o.c., str. 230.

¹⁹⁴ Crnić I.: Zakon o obveznim odnosima, Organizator, 1997., str. 51.

¹⁹⁵ Stjecanje prava vlasništva u slučaju višestrukog ugovornog otuđenja pokretnina bilo je prije stupanja na snagu ZV-a uređeno člankom 35. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, i to na isti način kao i u ZV-u. Vidi, Žuvela M.: Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Narodne novine, 1982., str. 145.-146.

zatražila upis u zemljišnu knjigu, ako su ispunjene i sve ostale pretpostavke stjecanja (stavak 1. članka 125. ZV-a). Kako je dobra vjera stjecatelja samo oboriva predmnjeva, osoba kojoj je otuđitelj temeljem pravnog posla predao nekretninu u samostalni posjed može, ako obori predmnjevu o dobroj vjeri u korist onoga tko je prvi zatražio upis, zahtijevati brisanje upisa te osobe (stavak 2. članka 125. ZV-a). Odnos otuđitelja s osobama s kojima je sklopio pravni posao, ali koje nisu stekle pravo vlasništva, uređuju obveznopravna pravila (stavak 2. članka 117. i stavak 3. članka 125. ZV-a).

Nema sumnje da je otuđitelj koji je višestruko ugovorno otuđio stvar, barem prema jednome od svojih suugovarača, postupao suprotno načelu savjesnosti i poštenja. No, rješenja koja predviđa ZV nisu posljedica djelovanja načela savjesnosti i poštenja, već rezultat primjene nekih općih pravila stvarnog prava. Naime, u slučaju višestrukog otuđenja stvari potrebno je riješiti osnovno pitanje; tko je stekao pravo vlasništva na/glede stvari? ZV nudi logično rješenje - vlasništvo je stekao onaj na čijoj su se strani prije ostvarile pretpostavke stjecanja prava vlasništva. Ovdje, dakle, vrijedi pravilo raniji u vremenu - jači u pravu (*prior tempore potior iure*).¹⁹⁶ Da bi došlo do stjecanja prava vlasništva na temelju pravnog posla, potrebno je da se ispune tri pretpostavke: da postoji valjani pravni posao upravljen na prijenos prava vlasništva s otuđitelja na stjecatelja (pravni temelj), da je to pravni posao osobe koja je vlasnik stvari, ovlašten da tako raspolaže svojim pravom (vlasništvo prednika) te da je na zakonom određeni način prenesena vlast na toj stvari stjecatelju (modus ili način stjecanja).¹⁹⁷ Način ili modus stjecanja kod pokretnina jest predaja stvari stjecatelju u samostalni posjed (članak 116. ZV-a), a kod nekretnina, upis u zemljišnu knjigu (članak 119. ZV-a). I upravo je takvo rješenje prisutno i pri višestrukom otuđenju stvari. Onaj kome je pokretnina prije predana u samostalni posjed odnosno onaj koji je prije zatražio upis vlasništva nekretnine u zemljišnu knjigu, stječe pravo vlasništva zato jer su se na njegovoj strani najprije ostvarile sve pretpostavke stjecanja prava vlasništva.¹⁹⁸ Pritom ZV kod stjecanja prava vlasništva na nekretninama zahtijeva od onoga tko je prvi zatražio upis u zemljišnu knjigu jednu dodatnu pretpostavku; da je već prilikom sklapanja pravnog posla bio u dobroj vjeri. Ako bi osoba kojoj je nekretnina bila predana u samostalni posjed uspjela dokazati da onaj tko je prvi zatražio upis u zemljišnu knjigu nije bio u dobroj vjeri, mogla bi, u roku od tri godine od spornog upisa, zatražiti njegovo brisanje (stavak 2. članka 125. ZV-a). Potrebno je, međutim, podsjetiti da dobra vjera predviđena u članku 125. ZV-a ne predstavlja pojavni oblik načela savjesnosti i poštenja, već posebni institut stvarnog prava.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., Stipković Z.: *Stvarno pravo*, Informator, 1998., str. 330.

¹⁹⁷ Gavella i dr., o.c., str. 321.

¹⁹⁸ Isto, Gavella i dr., o.c., str. 330., 343.

¹⁹⁹ O razlici između dobre vjere u stvarnom pravu i načela savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, vidi točku 3.4.3. ovog rada.

Odnos otuđitelja prema osobama s kojima je sklopio ugovor o otuđenju stvari, ali koje nisu stekle pravo vlasništva, uređuju obveznopravna pravila (stavak 2. članka 117. i stavak 3. članka 125. ZV-a). Po obveznopravnim pravilima otuđitelj bi bio dužan tim osobama naknaditi štetu koju su ovi pretrpjeli njegovim postupkom. No, ta naknada štete također ne bi bila pravna posljedica djelovanja načela savjesnosti i poštenja, već pravna posljedica neispunjenja ugovora. Naime, da bi ispunio, primjerice, kupoprodajni ugovor, prodavatelj mora na kupca prenijeti pravo vlasništva na/glede stvari koja je predmet činidbe. Kauza kupoprodajnog ugovora jest stjecanje prava vlasništva predmeta činidbe.²⁰⁰ Stoga onaj tko je višestruko otuđio stvar, prema nekima od svojih suugovaratelja neće moći ispuniti ugovor. Obveza naknade štete prema tim osobama temelji se upravo na neispunjenju ugovora, a ne na nekom produženom djelovanju načela savjesnosti i poštenja koje je obvezivalo subjekte u ugovornom odnosu.

U određenim bi slučajevima nedovoljno jasna distinkcija između djelovanja načela savjesnosti i poštenja i nastupanja pravnih posljedica djelovanja tog načela, mogla navesti na, smatram, pogrešan zaključak da to načelo djeluje i nakon prestanka ugovornog odnosa. Naime, ponekad će se pravne posljedice djelovanja načela savjesnosti i poštenja očitovati tek po prestanku ugovornog odnosa. Primjerice, nakon ispunjenja ugovora jedna strana traži njegov raskid zbog prijevare; nakon što je ugovor ispunjen, jedna strana traži od suda da utvrdi njegovu ništavost jer smatra da je ugovor bio zelenaški. Poništenje ugovora i utvrđivanje ništavosti ugovora pravne su posljedice djelovanja načela savjesnosti i poštenja koje, dakle, mogu nastupiti i nakon što je ugovorni odnos prestao. No, to ne znači da to načelo djeluje nakon prestanka ugovornog odnosa. Načelo savjesnosti i poštenja u navedenim je slučajevima bilo povrijeđeno pri zasnivanju ugovornog odnosa. Ono što se događa nakon prestanka ugovornog odnosa tek su pravne posljedice tog načela koje je djelovalo pri zasnivanju i za vrijeme trajanja ugovornog odnosa.

Naposljetku, ponekad se, pored obveze propuštanja, kao dopunske obveze koje proizlaze iz načela savjesnosti i poštenja nakon prestanka ugovornog odnosa, spominju i neke obveze čiji je sadržaj činjenje. Tako se spominju obveze objašnjavanja i obavještavanja.²⁰¹ Njemačka je sudska praksa, primjerice, zauzela stav da je temeljem načela savjesnosti i poštenja prodavatelj industrijskih proizvoda dužan za vrijeme predviđenog vijeka trajanja tih proizvoda osigurati rezervne dijelove.²⁰² Prodavatelj bi svakako ugovorom mogao preuzeti takvu obvezu. Možda će ga na to navesti poslovni razlozi. No, pripisivati te obveze djelovanju načela savjesnosti i poštenja bilo bi, imajući na umu sadržaj odredbe članka 12. ZOO-a, suviše ekstenzivno tumačenje tog načela.

²⁰⁰ Isto, Vedriš-Klarić, o.c., str. 474.

²⁰¹ Stojanović, o.c., str. 113.

²⁰² Heinrichs, o.c., str. 230.

8. Zaključak

Načelo savjesnosti i poštenja pravni je standard kojim se ponašanje sudionika obveznopравnih odnosa postavlja u neke moralne okvire. Činjenica je da kroz te odnose subjekti ostvaruju neke svoje, uglavnom, imovinske interese, pa je njihov položaj često suprotstavljen. U ostvarivanju tih interesa, subjekti obveznopравnih odnosa koriste svoja znanja, sposobnosti, često i svoje lukavstvo kako bi za sebe postigli najbolje moguće rezultate. No, pravni poredak, kao svojevrсни izraz određenih, između ostalih, i moralnih vrijednosti jednog društva, ne može dopustiti da ponašanje subjekta u tim odnosima prijeđe granicu ponašanja koje društvo smatra prihvatljivim. Budući da je nemoguće zakonom unaprijed predvidjeti sve pojave oblike ponašanja u obveznopравnim odnosima koji bi predstavljali povredu nekih moralnih vrijednosti društva, opravdano je dužnost ponašanja u skladu s tim moralnim vrijednostima predvidjeti općom odredbom, pravnim standardom. U tome se, međutim, krije latentna opasnost po pravnu sigurnost. Prvo, opća odredba koja ih obvezuje na ponašanje sukladno načelu savjesnosti i poštenja može dovesti sudionike obveznopравnih odnosa u situaciju da jednostavno nisu sigurni ponašaju li se, u konkretnom slučaju, u skladu s tim načelom ili ne. Drugo, takva opća, pa time i neodređena, odredba, mogla bi navesti sudove da ju počnu koristiti u sasvim neprimjerene svrhe, primjerice, kako bi ispravili nepravdičnost koja ponekad proizlazi iz obveznopравnih odnosa. Na taj bi način opća odredba o savjesnosti i poštenju nanijela pravnom poretку puno više štete nego koristi.

Da bi se to izbjeglo, potrebno je utvrditi jasne granice načela savjesnosti i poštenja, njegove funkcije, sadržaj i pravne posljedice. Naporima sudske prakse i pravne znanosti ova su pitanja uglavnom riješena. Danas je, gotovo beziznimno, prihvaćen stav da je načelo savjesnosti i poštenja objektivni kriterij kojim se subjekti obveznopравni odnosa obvezuju na ponašanje koje se u pravnom prometu smatra prihvatljivim. Time je to načelo jasno funkcionalno i sadržajno odijeljeno od nekih drugih moralnih kategorija poput pravičnosti, javnog morala ili dobre vjere u stvarnom pravu. Nadalje, to načelo jednako obvezuje i subjekte obveznopравnog odnosa i sudove koji ga tumače. Iako je načelo savjesnosti i poštenja sadržajno složeni institut, temeljem teorijski uobličenih funkcionalnih krugova, mogu se uočiti tri osnovne komponente sadržaja tog načela. Prvo, tim se načelom konkretizira način ispunjenja glavne činidbe. Drugo, to načelo subjektima u obveznopравnom odnosu nameće neke dopunske obveze. Treće, ono ograničava subjekte u izvršavanju njihovih prava. Isto tako, teorija funkcionalnih krugova pomogla je u rasvjetljavanju i konkretizaciji pravnih posljedica ponašanja suprotnog načelu savjesnosti i poštenja.

Iako su stajališta u književnosti o načelu savjesnosti i poštenja vrlo odmjereni i argumentirani, može se naići na neka razmišljanja koja, čini se, predstavljaju suviše ekstenzivno tumačenje tog načela. Pritom mislim na stav da načelo savjesnosti i poštenja, između ostalog, ima funkciju korigiranja nepravdičnih rješenja koja proizlaze iz promijenjenih okolnosti te na stav da to načelo djeluje i nakon prestanka ugovornog odnosa. U radu sam pokušao ponuditi neke argumente koji podupiru

nešto drukčija razmišljanja. Isto tako, analizom funkcija i sadržaja načela savjesnosti i poštenja te analizom etimologije izraza kojima se to načelo označava u stranim pravnim porecima, može se doći do zaključka da naš izraz nije sasvim adekvatan, te da bi to načelo možda bilo ispravnije nazivati načelom poštenja i povjerenja.

Na kraju, potrebno je podsjetiti da je načelo savjesnosti i poštenja jedan živi i dinamični institut koji se razvija usporedo s razvojem pravnog prometa i pravnog poretka. Stoga će stavove sažete u ovom radu, možda već sutra, biti potrebno korigirati ili nadopuniti. Ali to će samo značiti da načelo savjesnosti i poštenja zaista odigrava povjerenu mu ulogu sredstva prilagođavanja ponašanja subjekata u obveznopravnom odnosu zahtjevima korektnog odvijanja pravnog prometa.

Summary

THE PRINCIPLE OF CONSCIOUSNESS AND HONESTY (GOOD FAITH) IN OBLIGATIONS

The author analyzes legal nature, notion, relation to similar institutes, functions, content, legal consequences and field of application of the principle of consciousness and honesty (good faith) in our law using historical and comparative method. The author accepts a common opinion that this principle forms a legal standard whose effects are: concretization of main obligation among contracting parties, creation of additional obligations of contracting parties, and limitation of subjects in executing their rights. However, the author expresses his doubts in relation to its effects after execution of the contract and in relation to the view that this principle corrects unfair solutions deriving from changed circumstances. On the ground of function analysis of this principle and etymology of expressions used in foreign legal orders to denote this principle, it is concluded that it would be more adequate to call it the principle of honesty and trust.

Key words: *principle of consciousness and honesty, principles of law on obligations, good faith.*

Zusammenfassung

TREU UND GLAUBEN IM SCHULDRECHT

Der Autor analysiert Rechtsnatur, Begriff, Verhältnis zu ähnlichen Instituten, Funktion, Inhalt, Rechtsfolgen und Wirkungsbereich des Prinzips Treu und Glauben im kroatischen Recht. Dabei bedient er sich der rechtsgeschichtlichen und vergleichenden Methode. Der Autor stimmt der üblichen Auffassung zu, dass dieses Prinzip eine Rechtsnorm ist durch die der Haupttatbestand in einem schuldrechtlichen Verhältnis konkretisiert wird, womit den Parteien in diesem Verhältnis einige zusätzliche Pflichten auferlegt werden und wodurch Subjekte in der Erfüllung ihrer Pflichten beschränkt werden. Er hat allerdings gewisse Bedenken im Hinblick auf die Wirkung dieses Prinzips nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses sowie hinsichtlich der Meinung, dass durch dieses Prinzip ungerechte Entscheidungen korrigiert werden können, die aus veränderten Umständen entstehen. In einer gründlichen Analyse der Funktion dieses Prinzips sowie einer Analyse der Ethymologie des Ausdrucks, der in fremden Rechtsprozessen für die Bezeichnung dieses Prinzips verwandt wird, kommt er zu dem Schluss, dass es angemessener wäre, dieses Prinzip Rechtschaffenheit und Vertrauen zu nennen.

Schlüsselwörter: *Prinzip Treu und Glauben, Prinzip des Schuldrechts, guter Glaube.*

Sommario

PRINCIPIO DI COSCIENZA E ONESTÀ NEL DIRITTO OBBLIGATORIO

L'autore analizza la natura giuridica, il concetto, la relazione con istituti analoghi, le funzioni, il contenuto, le conseguenze giuridiche e il campo di applicazione del principio di coscienza e onestà nella nostra legislazione. In ciò si utilizza un metodo giuridico storico e comparato. L'autore aderisce alla comune opinione che questo principio forma uno standard giuridico che si concretizza nell'obbligazione principale tra le parti contrattuali, nella creazione di obbligazioni integrative per le parti contrattuali e in limitazioni ai soggetti nell'attuazione dei loro diritti. Tuttavia sono espresse riserve in relazione agli effetti di questo principio dopo l'esecuzione del contratto e in relazione alla visione secondo cui questo principio corregge le soluzioni ingiuste derivanti da circostanze modificate. Dall'analisi funzionale di questo principio e dall'etimologia delle espressioni utilizzate in ordinamenti giuridici stranieri per indicare questo principio, si conclude che sarebbe più adeguato definirlo il principio di onestà e fiducia.

Parole chiave: *principio di coscienza e onestà, principi del diritto obbligatorio, buona fede.*

POJAM I OBILJEŽJA KONCESIJA

Mr. sc. Dario Đerđa, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 35.078.6
Ur.: 24. siječnja 2003.
Pr.: 10. veljače 2003.
Pregledni znanstveni članak

Cilj je rada odrediti pojam koncesija u pravnoteorijskom i normativnom značenju, kako u Hrvatskoj tako i u nekoliko država kontinentalnoga pravnog kruga. Autor ujedno izvodi i neka obilježja koja ovaj pravni institut razlikuju od drugih te na kraju povlači razliku između koncesija i nekih srodnih pravnih instituta, kao npr. ugovora o zajedničkom pothvatu, ugovora o podjeli proizvodnje te ugovora o izvođenju radova i pružanju usluga.

Ključne riječi: koncesija.

1. Uvod

U posljednje se vrijeme sve više ukazuje potreba za angažiranjem stranoga kapitala u Hrvatskoj s ciljem jačanja gospodarstva i povećanja BDP-a, kao preduvjeta rasta životnog standarda i jačanja konkurentnosti hrvatskih tvrtki na inozemnom tržištu. Jedan od vidova privlačenja stranoga kapitala svakako je i podjeljivanje koncesija u različite svrhe stranim trgovačkim društvima. Koncesija je bila i ostala veoma popularan i uspješan vid povjeravanja vršenja javnih usluga te povjeravanja izvođenja javnih radova privatnim osobama, i to zbog brojnih prednosti koje je nosila javnim zajednicama – državi, županiji, gradu ili općini. Razlog tome je što koncesije omogućuju angažiranje privatnih investitora i njihovih financija u svrhu ostvarenja javnih koristi, ubrzavaju izgradnju objekata javnih usluga, oslobađaju državu od djelatnosti koje *a priori* ulaze u sferu privatne, a ne javne inicijative, te je manje izlažu financijskim rizicima, pružajući joj u isto vrijeme pravo nadzora nad predmetima od javnog interesa.¹

Uz to što su vrlo pogodno sredstvo privlačenja stranog kapitala, koncesije su i sredstvo povjeravanja vršenja javnih poslova privatnim fizičkim i pravnim osobama. Značaj koncesija u Francuskoj, domovini modernih koncesija, ističu Gjidara i Šimac navodeći kako koncesija u Francuskoj ostaje veoma raširen način obavljanja javnih

¹ Gjidara, Marc i Šimac, Neven, Koncesije i drugi načini povjeravanja javnih usluga pravnim i fizičkim osobama, *Pravo u gospodarstvu*, 39 (5/2000.), str. 81.

usluga, osobito u područjima prijevoza, npr. pomorskog, zračnog, željezničkog te cestovnog; zatim izgradnje i održavanja infrastrukture namijenjene prijevozu, npr. cestovne infrastrukture, javnih instalacija u morskim i zračnim lukama te prirodnih i umjetnih plovnih putova; u području energetike, npr. proizvodnja i distribucija električne energije ili plina; distribucije vode za piće te termalnih izvora i sl. Predmet koncesija su u Francuskoj i stanovite djelatnosti vezane uz turizam, sport, zabavu i umjetnost, kao npr. prirodna i umjetno izgrađena kupališta, mogućnost korištenja sportskih i kazališnih dvorana, igraonica i sl., a i druge djelatnosti kao npr. urbanističko uređivanje i opremanje gradova, javne bolničke usluge, javne televizijske usluge, pogrebne usluge, usluge gradskog grijanja, školska prehrana, izgradnja i upravljanje sportskim objektima uz pomoć mješovitih poduzeća te prikupljanje i zbrinjavanje otpada domaćinstava. Ovdje nabrojene djelatnosti i same dovoljno govore o značaju koncesija u suvremenom društvu.

No, koncesije su u Hrvatskoj još uvijek većim dijelom neistražene. Razlog dobrim dijelom leži u tome što su od kraja Drugog svjetskog rata pa do kasnih 80-tih godina 20. stoljeća sve djelatnosti, gospodarske i društvene, obavljali isključivo javni, državni odnosno društveni subjekti. Tome treba dodati i kritično gledanje na institut privatnog vlasništva u to vrijeme, kao i velike rezerve u odnosu na mogućnost da stranci investiraju kapital i ostvaruju profit u Jugoslaviji.² Koncesije su u naš pravni sustav uvedene tek 1988. godine *Zakonom o stranim ulaganjima*,³ a prvi *Zakon o koncesijama*⁴ kao republički zakon u Hrvatskoj je donijet već 1990. godine. Kako je ovaj zakon imao dosta manjkavosti, dvije godine kasnije zamijenjen je novim istoimenim *Zakonom o koncesijama*.⁵ Ovim je zakonom na opći način uređen pravni režim koncesija u Hrvatskoj. No, pored ovog *Zakona* koncesije su uređene i brojnim drugim zakonima, koji kao *lex specialis*, uređuju pojedine vrste koncesija.⁶ Unatoč obilnoj zakonskoj regulativi, osim nekolicine znanstvenih članaka

² Borković, Ivo, *Upravno pravo*, 7. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 30.

³ *Zakon o stranim ulaganjima*, Službeni list SFRJ, 77/88. Ovaj je savezni zakon člancima 18. do 20. pod naslovom *Posebni oblici ulaganja* otvorio mogućnost podjeljivanja koncesija stranim ulagačima u Jugoslaviji.

⁴ *Zakon o koncesijama*, Narodne novine, 18/90., izmijenjen i dopunjen *Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o koncesijama*, Narodne novine, 61/91.

⁵ *Zakon o koncesijama*, Narodne novine, 89/92.

⁶ Tako npr. odredbe o koncesijama sadrže *Pomorski zakonik*, Narodne novine, 17/94., 74/94., 43/96.; *Zakon o morskim lukama*, Narodne novine, 108/95., 6/96., 137/99., 97/100.; *Zakon o lukama unutarnjih voda*, Narodne novine, 142/98.; *Zakon o rudarstvu*, Narodne novine, 35/95., 114/01.; *Zakon o vodama*, Narodne novine, 107/95.; *Zakon o poljoprivrednom zemljištu*, Narodne novine, 66/01., 87/02.; *Zakon o lovu*, Narodne novine, 10/94., 22/94., 5/95., 29/99., 14/01.; *Zakon o javnim cestama*, Narodne novine, 100/96., 76/98., 27/01., 114/01., 65/02.; *Zakon o komunalnom gospodarstvu*, Narodne novine, 36/96., 70/97., 128/99., 57/00., 129/00., 59/01.; *Zakon o slobodnim zonama*, Narodne novine, 44/96.; *Zakon o telekomunikacijama*, Narodne novine, 76/99., 128/99., 61/01., 109/01.; *Zakon o igrama na sreću*, Narodne novine, 36/98.; *Pravilnik o početnom godišnjem iznosu naknade za koncesiju i zakup*

objavljenih u periodičkim publikacijama⁷ te poglavlja u udžbenicima iz upravnog⁸ i trgovačkog⁹ prava, niti jedno monografsko djelo u Hrvatskoj nije do sada posvećeno isključivo institutu koncesija. Tako se postavljaju brojna pitanja, kao npr. što je to uopće koncesija, tko su strane koncesijskog odnosa i u kakvom su one međusobnom položaju, što može biti predmet koncesije, kakav je postupak podjeljivanja koncesije, koji je financijski režim koncesija, kako rješavati koncesijske sporove i sl. Cilj je ovoga rada odrediti pojam i bitna obilježja koncesija. U tu se svrhu najprije prikazuju značenja ovoga pojma u teoriji i zakonodavstvu Hrvatske i komparativno. Zatim se iz brojnih definicija izvlače obilježja koja koncesije razlikuju od drugih srodnih pravnih instituta. Na kraju rada dan je prikaz nekih pravnih instituta koji su srodni koncesijama, no ipak se od njih razlikuju, te su naglašene međusobne razlike.

2. Značenje pojma koncesija

Poput svakog pravnoga pojma, i pojam *koncesija* može se promatrati u svoja tri značenja: jezičnom, pravnoteorijskom i normativnom značenju. Jezično značenje je značenje koje uz određeni pojam stoji u rječnicima te ukazuje na shvaćanje sadržaja ovoga pojma u tzv. "svakodnevnom" govoru. Pravnoteorijsko značenje je značenje koje određeni pojam ima u kontekstu pravne znanosti i pravne prakse. Ovo značenje određuje sadržaj pojma, tj. njegov opseg i doseg u području prava i redovito je deskriptivno. Normativno značenje određenome pravnom pojmu daje zakonodavac,

poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države, Narodne novine, 95/95., 2/94.; *Pravilnik o koncesijama za obavljanje djelatnosti u javnim telekomunikacijama*, Narodne novine, 88/01.; *Pravilnik o naknadi za obavljanje telekomunikacijskih usluga i drugih telekomunikacijskih djelatnosti i načinu plaćanja*, Narodne novine, 88/01.; *Pravilnik o načinu, uvjetima i visini naknada za izdavanje koncesijskih odobrenja*, Narodne novine, 51/96., 18/99.; *Odluka o koncesiji prava lova na lovištima u vlasništvu države*, Narodne novine, 64/96., 17/97.; *Uredba o uvjetima i postupku za dodjelu koncesija na vodama i javnom vodnom dobru*, Narodne novine, 99/96., 11/98.; *Uredba o uvjetima za dodjelu koncesija za obavljanje lučkih djelatnosti*, Narodne novine, 52/96.; *Uredba o postupku dodjele koncesija i načinu određivanja granice za luke posebne namjene*, Narodne novine, 108/96.

⁷ Npr. Borković, Ivo, *Koncesije i pomorsko dobro*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 32 (1-2/1995.), str. 5-21, Borković, Ivo, *Koncesionirana javna služba u francuskom upravnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 30 (1/1993.), str. 3-18, Borković, Ivo, *Pravna priroda koncesije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 28 (1-2/1991.), str. 17-29, Bolanča, Dragan, *Koncesije za obavljanje lučkih djelatnosti u morskim lukama otvorenim za javni promet*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 35 (3-4/1998.), str. 527-534, Gorenc, Vilim, *Ugovor o koncesiji*, *Acta turistica*, 2/1989., str. 178-192, Grabovac, Ivo, *Koncesija (odobrenje) za istraživanje i iskorištavanje mineralnih sirovina, poglavito nafte i plina, na morskom dnu i u morskom podzemlju Republike Hrvatske, te temelj odgovornosti za štetu od takvih rudarskih radova*, *Pomorsko dobro: društveni aspekti upotrebe i korištenja*, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1996., str. 53-64, Vukmir, Branko, *Pravni aspekti koncesija*, *Pravo i porezi*, 9 (12/2000.), str. 15-24, Žuvela, Mladen, *Koncesije*, *Hrvatska pravna revija*, 1 (1/2001.), str. 102-112 i dr.

⁸ Borković, *Upravno*, op. cit., str. 25-34.

⁹ Gorenc, Vilim, *Trgovačko pravo – ugovori*, Zagreb, Školska knjiga, 2000., str. 202-206.

propisivanjem značenja ovoga pojma u određenom normativnom aktu – ustavu, zakonu ili podzakonskom općenormativnom aktu. Ovo je značenje uvijek preskriptivno.¹⁰

2.1. Jezično značenje pojma koncesija

Pojam *koncesija* jezični korijen ima u latinskom jeziku. Imenica *concessio* u latinskom je jeziku označavala dopuštenje, ustupak, povlasticu, dozvolu državne, gradske ili općinske vlasti za obavljanje nekog posla koji nije slobodan od nadzora te vlasti i opraštanje kazne, dok se glagol *concendo* koristi u značenju: ustupiti, prepustiti, dopustiti, podijeliti, priznati, dati, odustati od čega, odreći se čega, ostaviti se te oprostiti.¹¹ Pojam koncesija razvio se u rimskome pravu gdje se samostalno rabio u smislu odobrenja, dopuštenja, dozvole ili garancije. U rimskoj se pravnoj terminologiji¹² susreću još i pojmovi *concessio beneficii*,¹³ *concessio gratuita*¹⁴ te *concessio servitutis*.¹⁵ Navedene latinske riječi poslužile su kao korijen ovoga pojma u drugim europskim jezicima. Tako se u engleskom jeziku rabi pojam *concession*,¹⁶ u njemačkom *Konzession*,¹⁷ u francuskom *concession*,¹⁸ u talijanskom *concessione*,¹⁹ a u španjolskom *concesión*.²⁰ Svi ovdje navedeni pojmovi upotrebljavaju se, u pravilu, u značenju ustupka, odobrenja, dozvole, privole, priznanja, povlastice, susretljivosti, dopuštanja, ustupljene stvari, posebne privilegije, danog prava i sl.²¹

¹⁰ Više o značenju pojmova i njihovom tumačenju u pravu vidi u Đerđa, Dario, Neke primjedbe o tumačenju prava, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 23 (2/2002.), str. 615-643.

¹¹ Žepić, Milan, *Latinsko-hrvatski ili srpski rječnik*, Zagreb, Školska knjiga, 1985., str. 57.

¹² Romac, Ante, *Rječnik latinskih pravnih izraza: vedemecum iuridicum*, 2. dopunjeno i prerađeno izd., Zagreb, Informator, 1992., str. 96.

¹³ *Concessio beneficii* koristio se u značenju davanja, priznavanja (neke povlastice), dodjeljivanja (određenoj osobi nekog posebnog prava) ili prepuštanja povlastice.

¹⁴ *Concessio gratuita* koristio se u značenju besplatnog dopuštenja, dodjeljivanja nekog prava ili povlastice bez naplate, dobrovoljnog dopuštenja te "oprosta kazne iz milosti" (dobrohotnosti).

¹⁵ *Cocessio servitutis* koristio se u značenju davanja služnosti, dopuštenja da netko u svoju korist osnuje služnost, kao i ustupanja služnosti.

¹⁶ Bujas, Željko, *Veliki englesko-hrvatski rječnik*, Zagreb, Globus, 1999., str. 171.

¹⁷ Uroić, Marija i Hurm, Antun, *Njemačko-hrvatski rječnik: s gramatičkim podacima i frazeologijom*, 2. izd., Zagreb, Školska knjiga, 1994., str. 451.

¹⁸ Putanec, Valentin, *Francusko-hrvatski rječnik*, 7. izd., Zagreb, Školska knjiga, 1995., str. 212.

¹⁹ Deanović, Mirko i Jernej, Josip, *Talijansko-hrvatski rječnik*, 13. izmijenjeno izd., Zagreb, Školska knjiga, 1998., str. 215-216.

²⁰ *The Oxford Colour Spanish Dictionary Plus*, 2. ed., Oxford University, 2001., str. 66.

²¹ Vidi npr. još *The Oxford Popular Dictionary & Thesaurus*, Oxford, Oxford University, 2000., str. 61. ili *Duden-Lexikon in drei Bänden*, Mannheim, Dudenverlag, 1976., str. 1203.

Slično je i u hrvatskom jeziku. Pojam *koncesija* najčešće se shvaća kao dopuštenje, ustupanje, ustupak, povlastica²² ili oslobođenje od neke obveze.²³ Moglo bi se dakle reći kako se pod pojmom *koncesija* podrazumijeva izvjesna dozvola, odnosno određeno dopuštenje ili odobrenje.²⁴ Pored ovog najopćenitijeg značenja pojmu koncesije pridaju se i neka druga značenja, koja se mogu susresti u manje-više svim općim enciklopedijama, općim leksikonima i rječnicima hrvatskog jezika izdanim na našem području. Tako je u *Leksikonu Jugoslavenskog leksikografskog zavoda* koncesija određena kao “dozvola za obavljanje neke djelatnosti uvjetovana posebnim odobrenjem”.²⁵ Ovoj su definiciji u *Općoj enciklopediji* još pridodane “radnje koje su u načelu zabranjene”.²⁶ U *Rječniku stranih riječi* Klaić koncesiju određuje i kao “ugovor kojim država ili municipalna vlast, pod stanovitim uvjetima, daje u eksploataciju svoja poduzeća ili zemlju s pravom vađenja korisnih ruda, gradnje poduzeća itd.”, kao “sámo poduzeće, organizirano na temelju koncesije” te kao “odobrenje za vođenje obrta ili dozvole za obavljanje neke djelatnosti”.²⁷ U *Rječniku hrvatskoga jezika* koncesiji su pridana i sljedeća značenja: “dopuštenje za obavljanje neke djelatnosti od općeg interesa”, “iskorištavanje prirodnih izvora”, “ugovor, često međunarodni, kojim se dopušta gradnja, a potom i iskorištavanje nekog objekta” te “u međunarodnom pravu, povlastica dana stranoj državi ili stranom građaninu”.²⁸ Anić u svom *Rječniku hrvatskoga jezika* određuje koncesiju kao povlasticu ili ugovor kojim se daje pravo iskorištavanja i rada s nekim poduzećem, zemljom i sl.²⁹

2.2. Pravnoteorijsko značenje pojma koncesija

Pojam *koncesija* u pravu se upotrebljava već više od jednog stoljeća, no značenje mu se vremenom mijenjalo. Tako se koncesijom u feudalizmu označavala privilegija, dok je izraz kasnije poprimio šire značenje te obuhvaćao sve slučajeve poduzetničkih, tj. obrtničkih, dozvola. Značenje ove riječi je u 20. stoljeću ograniče-

²² Klaić, Bratoljub, *Rječnik stranih riječi: tuđice i posuđenice*, Zagreb, Nakladni zavod Matice Hrvatske, 1987., str. 720., Anić, Vladimir, *Rječnik hrvatskoga jezika*, 3. prošireno izd., Zagreb, Novi liber, 1998., str. 426. te *Opća enciklopedija Jugoslavenskog leksikografskog zavoda*, sv. 4., Zagreb, Jugoslavenski leksikografski zavod, 1978., str. 505.

²³ *Rječnik hrvatskoga jezika*, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Školska knjiga, 2000., str. 475.

²⁴ Borković, *Upravno*, op.cit., str. 26.

²⁵ *Leksikon Jugoslavenskog leksikografskog zavoda*, Zagreb, Jugoslavenski leksikografski zavod, 1974., str. 487.

²⁶ *Opća enciklopedija*, op. cit., 1978., str. 505.

²⁷ Klaić, op. cit., str. 720.

²⁸ *Rječnik hrvatskoga jezika*, op. cit., str. 475.

²⁹ Anić, op. cit., str. 426.

no na klasično ustupanje nekog prava od strane javne vlasti, tj. države, fizičkoj ili pravnoj osobi.³⁰

Određivanje općeg pojma koncesije je složeno, pa i ne čude stajališta nekih talijanskih autora o beskorisnosti takvog određivanja. Unatoč njihovoj tvrdnji da *“tradicionalno značenje koncesije čije je porijeklo kreirano u pravu i u aktivnoj pravnoj situaciji izgleda ekstremno općenito”* te da je *“zbog općenitosti i širine nekorisno”*,³¹ čini se nužnim u hrvatskoj teoriji upravnog prava odrediti sadržaj ovoga pojma, te izdvojiti bitna obilježja koncesija, koja razlikuju koncesije od drugih, srodnih pravnih instituta, upravo stoga što se na taj način olakšava primjena pravnih odredbi *Zakona o koncesijama* na konkretne društvene odnose. Slijedi prikaz shvaćanja koncesija u kontinentalnome pravnom krugu, a zatim i u anglosaksonskom pravu.

U francuskoj je pravnoj teoriji već Duguit upozorio na različiti smisao u kojem se riječ koncesija upotrebljavala krajem 19. i početkom 20. stoljeća. Različita shvaćanja dovodila su do ozbiljnih zabuna prilikom uporabe ovoga pojma u javnom pravu. Smatrao je da koncesija u *“pravom smislu te riječi označava akt kojim jedno javnopravno tijelo, (država, pokrajina, općina, kolonija) stavlja – na osnovi njegovog pristanka – jednom pojedincu, obično nekom društvu, u dužnost osigurati funkcioniranje jedne javne službe, pod određenim uvjetima”*. Duguit je ujedno naveo i da se ova definicija može uzeti općim shvaćanjem koncesije u svim modernim državama toga vremena s manjim razlikama u pojedinostima.³² Neujednačenost shvaćanja ovoga pojma i danas prevladava u suvremenoj francuskoj pravnoj znanosti, no koncesija se uglavnom shvaća kao jednostrani akt javne vlasti, u vidu dozvole, u pravilu neizvjesnog rezultata i opozivog karaktera, koju javna vlast dodjeljuje pojedincu, u svrhu vršenja neke djelatnosti ili izvođenja nekih radova.³³ Pod *neizvjesnim* (franc. *précaire*) rezultatom očito se podrazumijeva rizik koji proizlazi iz samoga iskorištavanja ili vođenja određenoga dobra, objekta ili službe, posebice s financijskog aspekta, dok se pod *opozivim* (franc. *révocable*) karakterom vjerojatno podrazumijeva mogućnost jednostrane izmjene uvjeta ili čak jednostrani prijevremeni raskid koncesijskog odnosa.

U njemačkoj pravnoj teoriji Fischer je odredio koncesiju kao *“pravni odnos između države (koncedenta) i pravne ili fizičke osobe (koncesionara) u kojem država ustupa pravnoj ili fizičkoj osobi pravo iskorištavanja nekog prirodnog bogatstva ili obavljanje neke javne službe”*.³⁴ Drugim riječima, koncesija je vremenski ograni-

³⁰ Dabić Ljubiša, *Koncesije u pravu zemalja centralne i istočne Evrope*, Beograd, Institut za uporedno pravo, 2002., str. 110.

³¹ *Enciclopedia del diritto*, sv. 8., Vrese, 1961, str. 372.

³² Duguit, Leon, *Preobražaji javnog prava*, Beograd, 1929., str. 134-135.

³³ Debbasch, Charles, *Institutions et droit administratifs: I – les structures administratives*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982., str. 473-474.

³⁴ Fischer, Peter, *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974., str. 35.

čena dozvola za vršenje određenog posla za čije je obavljanje potrebno posebno ovlaštenje, odnosno državi pridržano pravo učiniti jedno područje pristupačnim za iskorištavanje rudnog blaga.³⁵ No, koncesija u Njemačkoj označava i vrstu obrtnice, koja se izdaje uz ispunjenje točno određenih osobnih i stvarnih pretpostavki, kao što su npr. sposobnost, pouzdanost odnosno građevinska ili tehnička opremljenost i sl.³⁶

Koncesija u talijanskoj pravnoj teoriji označava provođenje određenih mjera kojima javna uprava povećava pravni djelokrug koncesionara dodjeljujući mu pravo, tj. mogućnost raspolaganja onime na što prije nije bio ovlašten.³⁷ Slično su Romano i Sandulli koncesiju odredili kao ovlaštenje kojim javna uprava primatelju podjeljuje *ex novo* aktivne pravne položaje, čime mu povećava pravni djelokrug.³⁸ Lako je zaključiti da je koncesija u Italiji vrlo širok pojam koji obuhvaća slučajeve u kojima javna uprava diskreciono postupajući svojim aktima dodjeljuje prava drugim subjektima. Dok neki autori pod koncesijom smatraju svaki vid dodjele nekog prava kojeg subjekt do tada nije imao, drugi smatraju da se pod koncesijom mogu podvesti samo oni slučajevi kada se javna uprava odriče neke od funkcija koja joj po zakonu ili prirodi pripada dodjeljujući je nekoj privatnoj osobi.³⁹ Dakle, prema drugom stajalištu privatna osoba stječe stanovito pravo na nekoj stvari koja pripada javnoj osobi, kao što je npr. javno dobro ili vršenje javne službe. Drugim riječima, kada javna uprava dodjeljuje privatnoj osobi pravo i obvezu vršenja određene javne službe ili izvođenja određenih radova u ograničenom vremenskom razdoblju, uz naknadu koja može biti unaprijed određena ili aleatorna, govori se o koncesiji. No, koncesijom se u Italiji naziva i stjecanje državljanstva prirođenjem, priznavanje djetetu rođenom izvan braka, zbog smetnji pri sklapanju braka njegovih roditelja, prava koja pripadaju djeci rođenoj u braku, stjecanje pravne osobnosti, mijenjanje osobnog imena u upravnom postupku, dodjeljivanje nagrada i odlikovanja te nenasljednih plemićkih titula za učinjene zasluge, zatim dodjeljivanje novčanih naknada prilikom odlaska u mirovinu za vršenje volonterske službe, koje se dodjeljuju općenormativnim aktom na razini države ili aktom tijela lokalne samouprave, kao i dodjeljivanje naslova počasnog građanina te diploma *honoris causa*. U koncesije ulaze i tzv. samostalna zanimanja kao što su javni bilježnici i ljekarnici, čiji je broj u jednoj teritorijalnoj jedinici ograničen te se za vršenja ovih službi zahtijeva profesionalizam, stručnost, pouzdanost i tehnička opremljenost. Pod koncesijom se u Italiji podrazumijeva još i vršenje javne službe kao počasne funkcije bez naknade.

³⁵ *Duden-Lexikon*, op. cit., str. 1203.

³⁶ Creifelds, Carl, *Rechtswörterbuch*, München, Beck, 2000., str. 780.

³⁷ *L'Enciclopedia del diritto*, Novara, Istituto geografico De Agostini, 1995., str. 399.

³⁸ Caringella F., Delpino L., del Giudice F., *Diritto amministrativo*, 17. ed., Napoli, Edizioni giuridiche simone, 2000., str. 428-429.

³⁹ Više o dalje iznijetim stajalištima vidi u *Novissimo Rigesto Italiano*, III, Torino, 1967., str. 919-921.

U hrvatskoj je pravnoj teoriji Borković koncesiju odredio kao “dozvolu za obavljanje neke djelatnosti uvjetovane posebnim odobrenjem”, odnosno kao “poseban pravni institut putem kojega javna vlast dozvoljava određenom subjektu, fizičkom ili pravnom, domaćem državljaninu ili strancu, da upotrebljava ili iskorištava određena dobra, izvodi određene radove ili obavlja kakvu djelatnost”.⁴⁰ Gorenc smatra da “u najširem smislu koncesija predstavlja akt (grant, odobrenje, dozvola, razrješenje, Erlaubnis) vlasti jedne države kojom se građanima te države, drugoj državi ili stranim državljanima dozvoljava na njenom području obavljanje onih djelatnosti za koje inače postoji zabrana”.⁴¹ Nadalje, Vukmir koncesije određuje kao “pravni instrument putem kojeg država ili neka druga javna vlast dozvoljava koncesionaru ili iskorištavanje nekog prirodnog bogatstva ili obavljanje neke javne službe ili neku izgradnju u cilju zadovoljavanja javnih potreba”.⁴² Ladavac navodi da koncesija u pravnom smislu predstavlja akt kojim država, odnosno njezino nadležno tijelo daje određenoj fizičkoj ili pravnoj osobi ovlaštenje za obavljanje određene djelatnosti koja je u isključivoj nadležnosti države ili njezinih organa.⁴³ U *Pravnoj enciklopediji* stoji da “koncesije u širem smislu znače odobrenja koja vlasti daju kako građanima date države tako i, eventualno, stranim državljanima, radi obavljanja industrijsko-trgovačke ili uopće gospodarske djelatnosti”.⁴⁴ U *Leksikonu prava međunarodnih privrednih odnosa* koncesija je definirana kao “ovlaštenje ili odobrenje koje država daje domaćoj ili stranoj fizičkoj ili pravnoj osobi, ili drugoj državi, radi iskorištavanja nekog prirodnog bogatstva (eng. *extractive concession*), ili vršenja neke javne službe (eng. *utility concession*)”,⁴⁵ dok je u *Trgovačkom rječniku* određena kao “ugovor kojim se davalac koncesije (država ili uža jedinica) obvezuje određena gospodarska prava, obično ograničavajući svoja vlasnička prava na određeno ili neodređeno vrijeme (s pravom otkaza), podijeliti koncesionaru na iskorištavanje – obično obnovljivog ili neobnovljivog prirodnog bogatstva ili dobra u općoj upotrebi, odnosno objekta, postrojenja ili pogona – uz naknadu”.⁴⁶ Slično značenje koncesiji pridaje i *Poslovni rječnik*.⁴⁷

⁴⁰ Borković, Ivo, *Pravna priroda koncesije*, Zbornik radova Pravnog Fakulteta u Splitu, 28 (1-2/1991.), str. 17.

⁴¹ Gorenc, Vilim, *Ugovor o koncesiji*, *Acta turistica*, 2/1989., str. 179.

⁴² Vukmir, Branko, *Pravni aspekti koncesija*, *Pravo i porezi*, 9 (12/2000.), str. 15.

⁴³ Ladavac, Jelena, *Financiranje kapitalnih projekata modelom privatno-javnog partnerstva*, *Financijska praksa*, 23 (6/1999.), str. 715.

⁴⁴ *Pravna enciklopedija*, sv. 1., Beograd, Savremena administracija, 1985., str. 642.

⁴⁵ *Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa*, Beograd, Savremena administracija, 1982., str. 201-202.

⁴⁶ *Trgovački rječnik*, Zagreb, Masmedia, 1992., str. 611.

⁴⁷ *Poslovni rječnik*, 3. dopunjeno izd., Zagreb, Masmedia, 1995., str. 255.

Iz ovdje navedenih definicija moglo bi se sumirati da je koncesija u hrvatskoj pravnoj teoriji konkretan pravni odnos koji nastaje ustupanjem od strane države ili jedinice lokalne i područne samouprave, tzv. koncedenta, pod uvjetima i na način utvrđen zakonom, u određenom vremenskom razdoblju, prava iskorištavanja prirodnih bogatstava, izgradnje te iskorištavanja objekta koji je u javnom vlasništvu ili pod režimom upravljanja javnopravne osobe ili obavljanja javne službe, fizičkoj ili pravnoj osobi, tzv. koncesionaru, i to na njegov rizik.

Iako pojam koncesija, kao što se iz navedenoga vidi, u kontinentalnom pravnom krugu ima više mogućih značenja, koja se ipak mogu sumirati na manje-više sličan nazivnik, u anglosaksonskom pravu postoje veća odstupanja u shvaćanju ovoga pojma. Na shvaćanje koncesije sukladno kontinentalnome pravu nailazi se u Blackovom *Pravnom rječniku*, gdje je koncesija određena kao dozvola, i to u pravilu dozvola vlasti kojom se stječu posebne privilegije. No, uz to koncesija se može shvatiti i kao dobrovoljna dozvola, odnosno odustajanje od tužbe ili zahtjeva, kad npr. obje strane u radnom sporu umanjuju svoje zahtjeve s ciljem rješavanja spora. Kao značenje koncesije može se uzeti i umanjenje ili ublažavanje čega, kao npr. smanjenje rente tijekom prve godine zakupa kao vid podstreka.⁴⁸ Ovakvo shvaćanje pojma koncesije u anglosaksonskom pravu djelomično je različito od kontinentalnoga shvaćanja jer je našem shvaćanju koncesije u anglosaksonskom pravu mnogo sličnija *franchisa*.⁴⁹

2.3. Normativno značenje pojma koncesija

Što će se u kojoj državi smatrati koncesijom, propisuje zakonodavac pravnim propisima. Iako najveći broj zemalja u svijetu ovu materiju ima pravno uređenu, zakonske definicije koncesija se ne susreću često. Analizirajući zakonodavstva nekih europskih država, dolazi se do zaključka kako određene države, poput primjerice Njemačke ili Italije, uopće nemaju zakon o koncesijama koji bi u svojstvu *lex generalis* uređivao ovaj institut, već su postupci i druge pretpostavke podjeljivanja

⁴⁸ Black, Henry C., *Black's Law Dictionary*, Abridged 6. ed., St. Paul, West Publishing, 1991., str. 200.

⁴⁹ *Franchise* je u anglosaksonskom pravu specijalna privilegija, koju pojedincu ili društvu priznaje vlast, da se vrši određena djelatnost, vršenje koje nije dopušteno građanima općim pravnim propisom; npr. pravo pružanja usluga kabelaške televizije. S druge strane to je privilegija data uz naknadu ili bez naknade, da se upotrebljava ime ili da se prodaju proizvodi ili usluge. To je ujedno i pravo dano od proizvođača ili trgovca na veliko trgovcu na malo da koristi njegove proizvode i ime za vrijeme i pod uvjetima koje su zajednički ugovorili. U svojem najosnovnijem obliku *franchisa* je licenca vlasnika trgovačke marke ili trgovačkog imena, koja dopušta drugome da prodaje proizvode ili usluge pod tom markom ili imenom. Općenitije rečeno, *franchisa* je prerasla u elaborirani sporazum prema kojem *franchisee* preuzima vođenje posla ili prodaju proizvoda i usluge u skladu s metodama i postupcima propisanim od *franchisora*, dok *franchisor* pomaže *franchisee* u reklamiranju, promoviranju i drugim reklamnim uslugama. Pojam se također odnosi na posao kao što je vlasništvo *franchisom*. U Sjedinjenim Američkim Državama poslovne *franchise* reguliraju državni i federalni zakoni. Black, op. cit., str. 454.

koncesija uređene posebnim zakonima. U takvim pravnim porecima uopće se ne može naći normativna definicija koncesija općenito.

Među zakonodavstvima koja sadržavaju opći zakon o koncesijama može se nazrijeti, eksplicitno ili implicitno, što se u tom pravnom poretku smatra koncesijom. Tako primjerice eksplicitno normativno značenje koncesija u Hrvatskoj nalazimo u članku 1. stavak 1. *Zakona o koncesijama*. Ovdje se navodi da se koncesijom stječe pravo gospodarskog korištenja prirodnih bogatstava te drugih dobara za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku, pravo obavljanja djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku te pravo izgradnje i korištenja objekata i postrojenja potrebnih za obavljanje tih djelatnosti. Na sličan način i bugarski zakonodavac u *Zakonu o koncesijama* određuje koncesiju kao ustupanje posebnog prava korištenja objekata u javnom državnom vlasništvu, uključujući one koje će sagraditi i financirati koncesionar, zatim ustupanje posebnog prava korištenja objekata nad kojima država vrši suverena prava, uključujući korištenje postojećih građevina koje su javno državno vlasništvo, i/ili izgradnju novih građevina od strane i za račun koncesionara te podjeljivanje dozvole za obavljanje djelatnosti za koje je zakonom utvrđen državni monopol.⁵⁰

Nasuprot ovih zakona, Rumunjska i Makedonija, primjerice, usprkos postojanju zakona o koncesijama, kao *lex generalis*, ne propisuju izričito normativno značenje ovoga pojma. No, iz konteksta ovih zakona moguće je izvesti njegovo implicitno normativno značenje. Tako se primjerice iz članka 1. stavak 2. *Zakona o koncesijama* Rumunjske može zaključiti da je koncesija pravni odnos zasnovan na ugovoru u skladu s kojim osoba zvana koncedent prenosi na drugu osobu zvanu koncesionar pravo i obvezu korištenja imovine koja je u javnom ili privatnom vlasništvu države, županije, grada ili sela, ili javnu djelatnost ili službu koja je od nacionalnog ili lokalnog interesa, u određenom vremenskom razdoblju te za određenu naknadu.⁵¹ Slično je i u makedonskom *Zakonu o koncesijama*, čiji članak 2. određuje da se koncesijom stječe pravo korištenja određene javne imovine od interesa za Republiku Makedoniju, tj. odobrenje za izvođenje aktivnosti ili poslova povezanih s javnom imovinom od interesa za Republiku Makedoniju.⁵²

3. Obilježja koncesija

Iz gore navedenih definicija nije jednostavno grupirati obilježja koncesija, a posebice nije zahvalno pokušati odrediti tzv. bitne elemente ovog instituta, upravo zbog brojnih modaliteta kroz koje se koncesija u praksi javlja. No, maksimalno

⁵⁰ Članak 2. stavak 1. bugarskog *Zakona o koncesijama*. *Law on Concessions*, State Gazette No. 92/17.10.1995., Amended SG Nos. 16 & 44/1996.; 61 & 123/1997.; 93/98.; 23, 56, 64 & 67/99.

⁵¹ Rumunjski *Law on Concession*, http://www.urban.org/PDF/rom_concession.pdf.

⁵² Makedonski *Law on Concession*, Official Gazette of the former Yugoslav Republic of Macedonia, No. 42/ 93.

apstrahirajući problem, ukazuje se nekoliko značajki, bez kojih se stanoviti pravni odnos ne bi mogao podvesti pod pravni institut koncesije.

Ponajprije valja ustvrditi da je koncesija dvostrani pravni odnos. Koncesija je uvijek odnos između dvije strane – koncedenta i koncesionara. Ovaj je dvostrani odnos uređen pravom, te iz njega proizlaze prava i obveze kako jedne tako i druge strane. Prema Ivančevićevom shvaćanju pravni su odnosi u biti društveni odnosi, tj. odnosi među osobama koji su uređeni pravnom normom – pravilom koje utvrđuje sadržaj ponašanja unutar društvenog odnosa, tj. prava i obveze subjekata.⁵³ Drugim riječima pravni je odnos društveni odnos u kojem, jedan nasuprot drugome, stoje barem dva subjekta, koji osnovu ima u pravnoj normi, a objekt kojega su subjektivna prava odnosno obveze. Upravo ovo podvođenje stanovitog društvenog odnosa pod pravnu normu – odluku ili ugovor o koncesiji, čini koncesijski odnos pravnim odnosom. Ovu činjenicu ne mijenjaju ni teorije dominantne tijekom 19. stoljeća u Francuskoj, Švicarskoj, Italiji i Austriji o koncesiji kao upravnom aktu, dakle o jednostranom i autoritativnom istupu države prema drugoj strani. Ova su stajališta isticala dominantnu ulogu države u odnosu prema koncesionaru, koja se ogledala posebice u mogućnosti jednostranog opoziva koncesije. No, tijekom 20. stoljeća dominantnu ulogu države postupno zamjenjuje odnos pravne jednakosti između države – koncedenta te fizičke ili pravne osobe – koncesionara. Ovakav stav u najvećem broju država prevladava i danas. Pored puke tvrdnje da je koncesijski odnos pravni odnos, može se opravdano tvrditi da je to i konkretan pravni odnos, jer “*stvarno nastaje u društvenom životu između konkretnih pravnih subjekata*”⁵⁴ – koncedenta i koncesionara. U Hrvatskoj se može ustvrditi da je koncesija i upravnopravni odnos. Borković određuje upravnopravni odnos kao posebni oblik pravnog odnosa u koji ulaze tijela državne uprave u obavljanju upravne djelatnosti te druge pravne osobe kad na osnovi javnih ovlasti obavljaju upravne poslove i kad na temelju normi upravnog prava odlučuju o pravima i obvezama određenih subjekata, fizičkih ili pravnih osoba.⁵⁵ Sva ova obilježja mogu se pronaći i kod koncesija. Državna uprava ili druga javna vlast ovlaštena je podjeljivati koncesije u ime države ili jedinica lokalne i područne samouprave, čime se ona javlja kao superioran subjekt u odnosu prema potencijalnom koncesionaru. Prema tome, koncesijski odnos se ne može zasnovati ako s jedne strane tog odnosa ne stoji upravno, tj. javnopravno tijelo, koje nastupa u ime i za račun javnopravne osobe – države, županije, grada ili općine.

⁵³ Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava, knjiga II: osnovna pitanja – izvori – pravni akti uprave*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983., str. 161.

⁵⁴ Perić, Berislav, *Struktura prava*, 12. dopunjeno izd., Zagreb, Informator, 1994., str. 52. Nasuprot konkretnim pravnim odnosima Perić razlikuje apstraktne pravne odnose koji su regulirani pravilima pravne ili državne vlasti, no ujedno navodi i da apstraktni pravni odnos sam po sebi ne može egzistirati ako se ne očituje putem konkretnih pravnih odnosa. Ovo bi drugim riječima značilo da je potrebna primjena apstraktnog pravnog pravila na konkretan društveni odnos, što za rezultat ima konkretan pravni odnos.

⁵⁵ Borković, *Upravno*, op. cit., str. 62.

Dakle, odnos u kojem s jedne strane stoji ili državna uprava ili drugo javnopravno tijelo koje nastupa u ime i za račun države ili jedinice lokalne i područne samouprave, u potpunosti zadovoljava pretpostavke za postojanje upravnopravnog odnosa u užem smislu.⁵⁶ Upravno tijelo donosi odluke primjenjujući pravne norme upravnog prava, kao primjerice u Hrvatskoj *Zakon o koncesijama* te članke 142-155. *Zakona o vodama* kojima se razrađuje postupak te uvjeti dodjeljivanja koncesija na vodama i vodnom dobru u Republici Hrvatskoj. Ova pretpostavka zadovoljava definiciju upravnopravnog odnosa u širem smislu, tj. odnosa koji je reguliran normama upravnog prava.⁵⁷ Iz svega ovdje navedenoga razvidno je da je koncesija konkretan dvostrani pravni odnos.

Koncesija je uvijek odnos između dvije osobe. Kako je koncesija vid pravnoga odnosa, može se zaključiti da je koncesija moguća samo između dvije osobe, a ne i između osobe i stvari. Moglo bi dovesti do zablude gledanje na koncesiju za iskorištavanje nafte kao na odnos između koncesionara, tj. trgovačkog društva koje se bavi crpljenjem i preradom nafte, te naftnoga polja ili bušotine na kojoj ova osoba crpi naftu. Ovaj je stav pogrešan stoga što je koncesija odnos između države koja spomenutom trgovačkom društvu dopušta na konkretnom naftnom polju iz određene naftne bušotine crpljenje nafte i spomenutoga trgovačkog društva. Iskorištavanje bušotine, tj. crpljenje nafte, samo je predmet konkretne koncesije. Dakle, koncesija nije odnos osobe prema stvari, već osobe prema drugim osobama, na osnovi kojeg ova osoba stječe određena prava prema određenoj stvari, slično kao i kod stvarnopravnih instituta građanskog prava.⁵⁸ Nadalje, jedan je od subjekata ovoga odnosa uvijek unaprijed određen. To je država ili jedinica lokalne i područne samouprave – u Hrvatskoj npr. županija, grad ili općina, koju zastupa određeno javnopravno tijelo, npr. parlament,⁵⁹ vlada⁶⁰ ili županijska skupština.⁶¹ S druge strane ovog odnosa može biti bilo koja pravna i fizička osoba, bez obzira na državljansku pripadnost.⁶²

⁵⁶ Borković određuje da je upravnopravni odnos u užem smislu odnos u koji stupaju tijela državne uprave. Borković, *Upravno*, op. cit., str. 61.

⁵⁷ Borković, *Upravno*, op. cit. str. 61-62.

⁵⁸ Tako, primjerice, Vedriš i Klarić navode da je vlasništvo "*društveno-ekonomski odnos, pretvoren u pravni odnos, u kojem snagom pravne norme određena stvar u cijelosti pripada određenom pravnom subjektu*". Vedriš, Martin i Klarić, Petar, *Građansko pravo*, 5. izmijenjeno i dopunjeno izd., Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 222. Iz ovoga bi proizašlo da vlasnik, povodom stvari, ima određena prava prema drugim subjektima prava u odnosu na posjedovanje, uporabu, korištenje i raspolaganje određenom stvari u granicama određenim zakonom.

⁵⁹ Vidi npr. članak 2. stavak 1. *Zakona o koncesijama*, op. cit., u skladu s kojim odluku o koncesiji donosi Hrvatski sabor, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.

⁶⁰ Vidi npr. članak 2. stavak 3. *Zakona o koncesijama*, op. cit., u skladu s kojim odluku o koncesiji može donijeti Vlada Republike Hrvatske ako je na to ovlasti Hrvatski sabor.

⁶¹ Vidi npr. članak 62. *Pomorskog zakona*, op. cit., u skladu s kojim odluku o koncesiji kao prenijeti posao državne uprave donosi županijska skupština.

⁶² Vidi npr. članak 1. stavak 3. *Zakona o koncesijama*, op. cit., u skladu s kojim se koncesija može dati domaćoj i stranoj fizičkoj i pravnoj osobi. No, s druge strane koncesijskog odnosa, dakle u položaju

I položaj je subjekata kod koncesija strogo određen. Za razliku od klasičnih ugovornih odnosa, položaj stranaka u koncesijskom odnosu nije koordiniran. To znači da one ne nastupaju ravnopravno. Koncesionar je ovdje u subordiniranom položaju, što bi značilo da država ili druga javnopravna osoba, tj. koncedent, ima određena prava, kao primjerice pravo izbora koncesionara, pravo propisivanja određenih uvjeta koje koncesionar mora zadovoljiti, pa čak i pravo opoziva koncesije. Koncesionar o ovim pitanjima ne može pregovarati s koncedentom, pa tako ni utjecati na njih. Koncedent zauzima posebni položaj jer nastupa u ime javne vlasti, vodeći brigu o javnom interesu. Kako je vođenje brige o javnom interesu jedna od osnovnih zadaća države, koncedent u ovom slučaju raspolaže s određenim suverenim pravima države ili lokalne zajednice odakle i crpi svoje ovlasti te superioran položaj prema koncesionaru. Dokaz ovome je i donošenje tzv. odluke o koncesiji, kojom se izabire potencijalni koncesionar. Njome se ujedno propisuju sva bitna prava i obveze kako koncedenta tako i koncesionara, kao npr. kome i u koju svrhu se koncesija dodjeljuje, koja prava ima koncesionar, na koje vrijeme se koncesija dodjeljuje, kolika je koncesijska naknada i kako će se plaćati, tko će u ime javne vlasti i u kojem roku s koncesionarom sklopiti ugovor o koncesiji i sl. Borković smatra da je odluka o koncesiji upravni akt, jednostran i autoritativan po svojoj prirodi.⁶³ Upravo iz ove činjenice – donošenja upravnog akta – ogleda se superordiniranost položaja koncedenta naspram potencijalnog koncesionara.

Sljedeća značajka koncesija odnosi se na sam predmet koncesije. Ovaj predmet je uvijek prijenos izvršenja konkretnih suverenih prava nad javnim dobrom ili prenošenja poslova koji na osnovi pravnih normi ili same prirode pripadaju državi ili jedinicama lokalne i područne samouprave na privatnu osobu.⁶⁴ Ukoliko se ne radi o izvršavanju suverenih prava na javnom dobru ili poslova koji na osnovi pravnih normi ili po samoj prirodi pripadaju državi ili jedinici lokalne i područne samouprave, govori se o čistom građanskopravnom odnosu, u kojem se s jedne strane nalazi država u položaju naručitelja radova ili usluga, a s druge strane fizička ili pravna osoba u položaju izvođača ili isporučitelja. Tada se između stranaka sklapa jedan od tipičnih građanskopravnih ugovora kojim se propisuju prava i obveze stranaka, a ugovor je tijekom cijeloga ugovornoga razdoblja pod režimom građanskog odnosno trgovačkog prava. U tom slučaju država ili jedinica lokalne i područne samouprave ne nastupa autoritativno, jer ne koristi javne ovlasti te druga strana nije u subordiniranom položaju. Dakle, da bi koncesionar mogao vršiti

koncesionara, može se naći čak i neka druga javnopravna osoba, kao npr. u Europskoj zajednici u skladu s člankom 3. stavak 3. *Smjernice 93/37/EEZ o postupku dodjeljivanja ugovora o izvođenju javnih radova*, Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts, Official Journal, L 199 09/08/1993.

⁶³ Borković, *Upravno*, op. cit., str. 28.

⁶⁴ Neki od poslova koji po prirodi pripadaju državi mogu se u Hrvatskoj prema članku 134. stavak 3. i 4. *Ustava Republike Hrvatske*, Narodne novine, 41/01., 55/01., prenijeti na jedinice lokalne ili područne samouprave kako bi stanovite poslove obavljala "tijela koja su najbliža građanima".

koncesioniranu djelatnost, predmet koncesije mora biti ili iskorištavanje prirodnih bogatstava na koja samo država polaže pravo, ili izvođenje radova od općeg društvenog interesa ili vršenje službe od općeg društvenog interesa, tj. javne službe. Tako je, primjerice, prema odredbi članka 52. stavak 1. *Ustava Republike Hrvatske* rudno blago proglašeno od interesa za Republiku Hrvatsku te je propisano da ima njezinu osobitu zaštitu. Iz ovog proizlazi da samo Republika Hrvatska polaže prava na iskorištavanje rudnoga blaga na teritoriju Hrvatske. Slično je i s izgradnjom javnih cesta. Tako je primjerice u članku 2. *Zakona o javnim cestama* određeno da je javna cesta dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, da su javne ceste u općoj uporabi te da se na javnim cestama ne može stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi. Slične se odredbe mogu naći i u propisima koji uređuju pružanje stanovitih usluga. Tako je npr. u članku 5. *Zakona o zdravstvenoj zaštiti*⁶⁵ propisano da je zdravstvena djelatnost od interesa za Republiku Hrvatsku te se obavlja kao javna služba, a obavljaju je zdravstvene ustanove i zdravstveni djelatnici u privatnoj praksi pod uvjetima i na način propisan tim *Zakonom*. Dakle, svi su ovi poslovi, određenim pravnim propisom proglašeni poslovima od interesa za javnu zajednicu – u ovim primjerima konkretno državu, te njih mogu obavljati privatne osobe samo ukoliko im to javna zajednica dopusti na osnovi posebno provedenog postupka.

Sljedeća značajka koncesija je specifičan položaj koncedenta prema trećim osobama. Dok je koncesionar u odnosu prema koncedentu u subordiniranom, tj. podređenom, položaju, u odnosu prema trećim osobama on uživa stanoviti privilegirani položaj. Filipović smatra da do ovog privilegiranog položaja koncesionara prema trećim osobama dolazi zbog sljedećeg razloga. Odnos koncedenta i koncesionara temelji se na njihovim međusobno različitim interesima. Država ili jedinica lokalne i područne samouprave što je više moguće nastoje zadržati privilegirani položaj i od primatelja koncesije ostvariti što veće prihode, a istovremeno postići i optimalno zadovoljavanje javnih interesa. S druge strane, primarni interes koncesionara je ostvariti što veću dobit. No, u tu svrhu koncesionar mora uložiti znatna sredstva, kapital, opremu, organizirati odgovarajući posao itd. Na osnovi pregovora koji se vodi prilikom dodjele svake koncesije, a zbog različitih interesa koje zastupaju, ugovorne strane čine međusobne ustupke do granice do koje postignuti dogovor zadovoljava njihove interese. No, i ranije, a pogotovo danas, opće je prihvaćeno načelo da koncesionar uživa određeni privilegirani položaj u odnosu prema trećim osobama. Ovaj privilegirani položaj sastoji se u nizu upravnih, carinskih, poreznih i deviznih pogodnosti, povlastica i oslobođenja koje on može koristiti za trajanja koncesije.⁶⁶

⁶⁵ *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, Narodne novine, 1/97., 111/97., 95/00. i 129/00.

⁶⁶ Filipović, Vladimir, *Međunarodna koncesija: povijesni razvoj i gospodarski značaj, Računovodstvo i financije*, 38 (6/1992.), str. 47.

Kao značajno obilježje koncesije Komisija Europske unije ističe i tzv. *pravo na iskorištavanje*, tj. *right of exploitation*.⁶⁷ Ovo pravo omogućuje koncesionaru da u određenom vremenu, tzv. koncesijskom razdoblju, zahtijeva od korisnika usluge plaćanje naknade za korištenje predmeta koncesije. Tako npr. korisnici autoceste plaćaju za njezino korištenje odgovarajuću naknadu koncesionaru, koji je navedenu autocestu i izgradio, a korisnik koji primi stomatološku uslugu u privatnoj stomatološkoj ordinaciji dužan je ovu uslugu i platiti. Vrijeme na koje je koncesija dana važan je dio financijske konstrukcije koncesionara. Koncesionar dakle ne prima naknadu od države ili lokalne i područne samouprave, tj. koncedenta, već od njega samo stječe pravo na ostvarivanje prihoda od upotrebe predmeta koncesije. Pravo na iskorištavanje ujedno uključuje i prijenos odgovornosti za funkcioniranje objekta odnosno službe s koncedenta na koncesionara. Odgovornost za funkcioniranje ne obuhvaća samo obvezu za otplatu cijele investicije, već i tehničke i financijske obveze u svezi s održavanjem objekta te rizike svojstvene za upravljanje objektom i njegovu uporabu. Dakle, da bi se određeni ugovorni odnos između države ili jedinice lokalne i područne samouprave i poduzetnika smatrao koncesijom, pravo iskorištavanja te rizik za obavljanje djelatnosti mora ležati na poduzetniku. Prihodi poduzetnika dolaze izravno od korisnika infrastrukturnog objekta ili usluge. No, to ne znači da je mogućnost postojanja koncesije isključena ukoliko kapital za izgradnju nekoga objekta investira država ili jedinica lokalne i područne samouprave. U praksi je moguće naići i na slučajeve da država snosi dio troškova. Ovim načinom država ili jedinica lokalne i područne samouprave angažira vlastita proračunska sredstva s ciljem održavanja nižih cijena za korisnike usluge. Usprkos ovom sudjelovanju države ili jedinice lokalne i područne samouprave u cjelokupnom projektu, o koncesiji se može govoriti isključivo ako uplaćena novčana suma pokriva samo dio troškova projektiranja i izvođenja radova na objektu. No, i u tom slučaju je rizik povrata uloženog kapitala na koncesionaru, jer mu sredstva koja je uplatila država nisu dostatna za pokrivanje investicijskih troškova i troškova održavanja. Dakle, obilježje koje razlikuje koncesiju od drugih ugovora s državom ili jedinicom lokalne i područne samouprave svakako je tzv. *gospodarski rizik* ili *ekonomski rizik*, tj. rizik vezan uz prihode ostvarene od broja korištenja infrastrukturnog objekta ili usluge.

Posljednje bitno obilježje koncesije je da je ona ipak stanoviti vid ugovornog odnosa, i to ugovor privatne osobe s državom ili jedinicom lokalne i područne samouprave. Upravo potpisivanje ugovora o koncesiji kao vid prihvata privatne osobe daje jednostranom i autoritativnom upravnom aktu upravnih ili drugih javnih tijela učinak pravne valjanosti, te se može početi provoditi u djelo. Vršenje koncesionirane djelatnosti može, dakle, započeti tek potpisivanjem ovoga ugovora. U ime države ili jedinice lokalne i područne samouprave ovaj ugovor potpisuje nadležno tijelo

⁶⁷ Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law, Official Journal, C 94 07/04/1999.

unaprijed određeno pravnom normom ili odlukom o koncesiji donesenom u konkretnom slučaju. Danas je općenito prihvaćeno da država može sklapati pravne poslove na dvije različite osnove – kao nositelj suverene vlasti (*acte iure imperii*) kada sklapa ugovore s državama ili drugim subjektima međunarodnog javnog prava, ili kao svaka druga privatna osoba kada sklapa pravne poslove s drugim osobama privatnog prava (*acte iure gestionis*). U posljednjem slučaju se država odriče svojih prerogativa javne vlasti. Ugovori koje država sklapa s privatnim osobama nazivaju se *ugovori s državom* (eng. *State Contracts*, njem. *Staatsverträge*, franc. *les contrats d'état*). Ti ugovori sadržavaju posebne klauzule kojima se nastoji neutralizirati snaga i položaj države u odnosu prema drugoj ugovornoj strani. Država se, naime, u takvim ugovorima pojavljuje u dvostrukoj ulozi. S jedne strane, ona bi trebala biti ravnopravna ugovorna strana. No, s druge strane, država inkorporira, *inter alia*, i zakonodavnu, i upravnu, i sudsku vlast, koje joj daju osnovu da može na taj način indirektno promijeniti ugovorni odnos na štetu druge ugovorne strane. Primjera radi, ako država promijeni propis na način da povisi poreznu stopu, time druga strana dolazi u položaj da, u krajnjoj liniji, mora snositi puno veće terete od onih koje je planirala u realizaciji određenog ugovora.⁶⁸ Ugovor o koncesiji je prema Borkovićevom mišljenju tipični upravni ugovor.⁶⁹ U prilog tome navodi da se na jednoj strani ugovora o koncesiji uvijek nalazi država ili jedinica lokalne i područne samouprave, u čije ime ugovor sklapa izvršno tijelo dotične društvene zajednice. U Hrvatskoj npr. to čine Vlada odnosno nadležni ministar ili izvršno tijelo županije, grada ili općine. S obzirom da je predmet ugovora – obavljanje djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku – drugim riječima, s obzirom da je svrha ugovora od šireg društvenog značenja, ostvarivanje koncesije nadzire nadležno ministarstvo ili izvršno tijelo županije i sl. Nadalje, da je ugovor o koncesiji upravni ugovor, ogleda se u mogućnosti javnopravne osobe da jednostrano izmijeni uvjete ugovora, ili čak da prijevremeno raskine koncesijski odnos.⁷⁰ Filipović tome dodaje da ugovor o koncesiji, ukoliko se radi o izgradnji određenoga infrastrukturnog objekta, a koncesionar je strana fizička ili pravna osoba, ima obilježja i investicijskog ugovora, s obzirom da je u njemu često sadržana arbitražna klauzula, odredbe o primjeni mjerodavnog prava, odredbe o vanjsko-trgovinskom, poreznom i deviznom režimu, itd.⁷¹

4. Ugovori srodni koncesijama

Sve naglijim razvojem gospodarstva tijekom 20. stoljeća dotadašnji klasični oblik koncesija postupno se mijenja prepuštajući koncedentu sve aktivniju ulogu u

⁶⁸ Filipović, op. cit., str. 47.

⁶⁹ Borković, *Upravno*, op. cit. 39. navodi da ugovor o koncesiji u našem pravu u mnogome odgovara klasičnom obliku upravnog ugovora o koncesioniranoj javnoj službi u francuskom pravu.

⁷⁰ Borković, Ivo, *Upravni ugovori*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 30 (2/1993.), str. 433.

⁷¹ Filipović, op. cit., str. 48.

poslu. Kao rezultat sve veće involviranosti davatelja koncesija u koncesijskom odnosu, javljaju se i različite varijante ugovora o koncesiji, koje sve više i više odstupaju od klasične sheme koncesijskog ugovora. Štoviše, ovdje se često postavlja pitanje da li se uopće još uvijek radi o koncesiji ili o nekom potpuno novom pravnom institutu.⁷² Unatoč međusobnoj srodnosti, ovi ugovori ipak ne rezultiraju koncesijskim odnosom. Dabić navodi da se danas koncesije i slični ugovorni oblici privlačenja stranog kapitala primjenjuju u više od 120 država u svijetu.⁷³ Pored koncesija, u oblasti javnih službi,⁷⁴ dobara u općoj upotrebi,⁷⁵ odnosno izgradnje infrastrukturnih kapitalnih objekata,⁷⁶ te istraživanja i iskorištavanja prirodnih bogatstava,⁷⁷ u praksi se sve češće koriste novi pravni instrumenti, odnosno druge vrste ugovora, kao što su ugovor o zajedničkom pothvatu, ugovor o podjeli proizvodnje te ugovori o izvođenju radova ili pružanju usluga.

4.1. Ugovor o zajedničkom pothvatu

Filipović ukazuje na mogućnost da poduzeće u vlasništvu države davatelja koncesije i strano poduzeće koje nastoji dobiti koncesiju sklope ugovor o zajedničkom pothvatu na osnovi kojega od koncedenta dobivaju koncesiju u određenu svrhu.⁷⁸ Zajednički pothvat je poslovno udruživanje dva ili više pojedinaca ili poduzeća koji spajaju svoje ekspertize, izvore financiranja, metode rada, iskustva i znanja u budućem konkretnom projektu, često s ograničenim vremenskim trajanjem.⁷⁹ Ovim ugovorom dvije ili više pravnih ili fizičkih osoba udružuju svoju imovinu ili rad, tj. i imovinu i rad, zbog ostvarenja unaprijed određenog poslovnog pothvata.⁸⁰ Odnos udjela može biti veoma različit, od npr. 80%:20% pa sve do omjera ulaganja 50%:50%. Na taj način se država putem interpolacije svog poduzeća direktno uključuje u posao. Građani države koncedenta aktivno se uključuju u proizvodni proces, stječu stručna znanja te se usavršavaju.⁸¹ Cilj zajedničkog pothvata može biti proizvodni proces, isporuka određenih proizvoda, zajednički nastup na trećim tržištima, razvoj i prijenos tehnologije i sl.⁸² Za zasnivanje zajedničkog pothvata ne zahtijevaju se formalnosti osnivanja, ne stvara se novi pravni subjekt, a

⁷² loc. cit.

⁷³ Dabić, op. cit., str. 247.

⁷⁴ Npr. željeznice, telekomunikacije, vodovod i kanalizacija i sl.

⁷⁵ Npr. koncesije na vodama, pomorskom dobru i sl.

⁷⁶ Npr. ceste, mostovi, tuneli, energetske centrale i sl.

⁷⁷ Npr. nafta, zemni plin, rudno bogatstvo i sl.

⁷⁸ Filipović, op. cit., str. 48.

⁷⁹ Valof, Joseph, *Anatomy of a Joint Venture Agreement*, On Line Counsel, 2001, nanosft.com/igc/jva.html.

⁸⁰ *Poslovni rječnik*, op. cit., str. 254.

⁸¹ Filipović, op. cit., str. 48.

⁸² *Trgovački rječnik*, op. cit., str. 681.

međusobni odnosi stranaka su fiducijarni, tj. svi suugovaratelji su istodobno fiducijanti i fiducijari. Odgovornost prema trećim osobama neograničena je i može se ograničiti samo ugovorom sa svakim od njih, a ne internim sporazumom. Dobit u poduzeću dijeli se između članova poduzeća razmjerno s odnosom njihovih udjela u poduzeću. Na taj se način prihod države povećava u skladu s uspjelošću poslovanja poduzeća. Nakon ispunjenja pothvata društva se razdružuju te suugovaratelji proporcionalno svome udjelu ili dogovoru dijele dobit, odnosno snose gubitak. Odnos suugovaratelja u zajedničkom pothvatu sličan je partnerskom odnosu, ali se od njega razlikuje stoga što se zajednički pothvat odnosi na unaprijed određenu poslovnu operaciju čije je izvršenje vezano za određeno vrijeme, makar i više godina, dok partnerstvo predstavlja zajedničko vođenje poslova u svim segmentima njihove djelatnosti i u pravilu je trajan poslovni odnos. Velik broj ovih ugovora sklapaju se u području proizvodnje i prodaje nafte, elektronike, kemije i atomske energije.⁸³ U Hrvatskoj je ovaj ugovor poznat pod nazivom *ugovor o ulaganju* te se njime obvezuju ugovorne strane, od kojih je barem jedna stranac, da će u domaće poduzeće uložiti sredstva radi ostvarenja zajedničkih ciljeva uz zajednički rizik i s pravom inozemne osobe da sudjeluje u dobitku ostvarenom zajedničkim poslovanjem.⁸⁴

Dakle, iako su i ugovor o zajedničkom pothvatu i koncesija ugovori s inozemnim elementom, oni nisu jedno te isto. Štoviše, unatoč vremenskoj ograničenosti trajanja oba ugovora, razlika je velika. Dok je kod koncesija jedan od subjekata koncesijskog odnosa uvijek država ili jedinica lokalne i područne samouprave, ugovor o zajedničkom pothvatu se u pravilu sklapa između dvije privatne osobe. Položaj ovih subjekata je koordiniran, a ugovor ima obilježja građanskopravnog, a ne upravnog ugovora. I sam je postupak sklapanja ovih ugovora različit. Kod ugovora o zajedničkom pothvatu rizik ne snosi samo jedna strana, već je odgovornost podijeljena i solidarna, dok kod koncesije sav rizik vezan uz izvođenje pothvata, a posebice tzv. ekonomski rizik leži na koncesionaru. Kod zajedničkog pothvata nema prijenosa ovlasti s jedne ugovorne strane na drugu te u svezi s tim i povećanja djelokruga, već samo cjelokupan zajednički pothvat može biti koncesionar u koncesijskom odnosu, i time dobiti pravo obavljanja onih djelatnosti za koje inače postoji zabrana.

4.2. *Ugovor o podjeli proizvodnje*

Od koncesija bi trebalo razlikovati i ugovor o podjeli proizvodnje. Ovim se ugovorom zasniva odnos međunarodne proizvodne suradnje, koji je utemeljen na otplaćivanju novoizgrađenih i kreditiranih proizvodnih pogona proizvodima stvorenim u tim pogonima.⁸⁵ Obično se ovaj poslovni odnos ostvaruje na realizaciji između države i investitora, tj. privatne osobe.⁸⁶ Pravna ili fizička osoba, tj. investi-

⁸³ *Poslovni rječnik*, str. 254.

⁸⁴ *Ibid.*, str. 616.

⁸⁵ *Ibid.*, str. 490.

⁸⁶ Dabić, op. cit., str. 273.

tor, ustupa tehnologiju, opremu, ostvaruje cjelokupnu izgradnju, a nerijetko ustupa stručne i rukovodne kadrove, dok država ustupa lokaciju, sirovine, energiju te radnu snagu.⁸⁷ U svojoj biti poslovi podjele proizvodnje predstavljaju integralno kreditiranje i isporuku kompletne opreme, kao i inženjering te upravljačke *consulting* usluge, s licencom za proizvodnju određenog proizvoda ili usluge. Gospodarski rezultati poslovanja primatelja koncesije dijele se u određenom omjeru s državom. Ulozi partnera obračunavaju se na način da predstavljaju vlasništvo oba. Ugovor se sklapa na određeno vrijeme, u pravilu 25 do 30 godina.⁸⁸

No, između ovoga ugovora i koncesije također postoje stanovite razlike. Tako su primjerice jedine strane ugovora o koncesiji koncedent i koncesionar, dok se kod ugovora o podjeli proizvodnje, u pravilu, uključuju i drugi subjekti kao npr. banke.⁸⁹ Za razliku od ugovora o podjeli proizvodnje, predmet koncesije može biti i vršenje određene djelatnosti. I postupovna pravila za dodjelu koncesije i sklapanje ugovora o podjeli proizvodnje nisu istovjetna, jer dok kod koncesije nadležno javnopravno tijelo daje dozvolu, kao prethodnu suglasnost države ili jedinice lokalne i područne samouprave, u vidu upravnog akta, kod ugovora o podjeli proizvodnje izdaje se dopuštenje, kao vid naknadne suglasnosti. Kod koncesije odluka o koncesiji ima primat, tj. jaču pravnu snagu, u odnosu na ugovor o koncesiji, dok kod ugovora o podjeli proizvodnje taj ugovor ima prednost pred suglasnošću. U koncesijskom odnosu, koncesionaru pripada cjelokupan prihod od koncesije, a kod ugovora o podjeli proizvodnje, investitor prihod dijeli u određenom omjeru s drugom ugovornom stranom, tj. državom. Nadalje, u pravilu su kod koncesije veća davanja državi po osnovi poreza i posebnih naknada nego što je to slučaj kod ugovora o podjeli proizvodnje. I na kraju, po isteku ugovora o koncesiji, po pravilu sva imovina koncesijskog poduzeća pripada koncedentu i prelazi u državno ili vlasništvo teritorijalne jedinice, dok po isteku ugovora o podjeli proizvodnje, investitor zadržava pravo vlasništva nad svom unesenom i novostvorenom imovinom, koju može otuđiti pod tržišnim uvjetima.

4.3. Ugovor o izvođenju radova i pružanju usluga

Ugovor o izvođenju radova ili pružanju usluga sklapa država ili druga javnopravna osoba, u ulozi investitora, s privatnopravnom osobom, fizičkom ili pravnom,

⁸⁷ *Poslovni rječnik*, op. cit., str. 490.

⁸⁸ Primjerice u *Zakonu Ruske Federacije o sporazumima o podjeli proizvodnje*, Sobranie zakonodateljstva Rossiskoi Federacii, No. 1/1996. i 6/1999., nije utvrđen rok trajanja ugovora o podjeli proizvodnje pa se primjenjuje odredba članka 10. *Zakona o utrobi zemlje*, Sobranie zakonodateljstva Rossiskoi Federacii, No. 10/1995., članak 10., kojom se utvrđuje maksimalan rok za istraživanje i iskorištavanje mineralnih sirovina na 25 godina, od čega pet godina za istraživanje, a 20 za iskorištavanje. No, *Izjnenama i dopunama Zakona o utrobi zemlje*, Sobranie zakonodateljstva Rossiskoi Federacii, No. 4/2000., članak 1. točka 4., utvrđeno je da se dio utrobe zemlje može ustupiti na korištenje u određenom roku ili bez određenog roka, a da se na inicijativu korisnika taj rok može i produžiti.

⁸⁹ Horton i Geller navode da uzbekistanski *Zakon o investicijama u državnim sektorima prirodnih bogatstava* navodi da kada su jedini partneri u projektu o inozemnoj investiciji u oblasti proizvodnih

koja na sebe preuzima obvezu izvođenja ugovorenih radova za ugovorenu naknadu. Dakle, u ovom slučaju sav financijski rizik snosi država ili druga javnopravna osoba, koja ujedno osigurava i sva potrebna sredstva. Štoviše, povrat svih troškova koje je imao izvođač radova osigurao je naručitelj. U slučaju iskorištavanja određenog prirodnog bogatstva država snosi sav rizik, ali i ubire dobit od pothvata kojim se ovo bogatstvo iskorištava. Čak i u slučaju da se pronađe bogato nalazište, sva dobit pripada državi, dok izvođač ima pravo, u načelu, samo na ugovorenu cijenu za izvođenje radova.⁹⁰ U ovu bi se skupinu ugovora mogle svrstati i javne nabave, kojima određena država ili druga državna tijela te osobe s javnim ovlastima sklapaju ugovore o nabavi roba i usluga te ustupanju radova, a u svrhu djelotvornijeg korištenja proračunskih i drugih sredstava te poticanja slobodnog tržišnog nadmetanja.⁹¹ U ovim slučajevima, država ili drugi obveznici primjene postupka javne nabave izabiru ponuditelja koji ponudi najnižu cijenu ili ekonomski najpovoljniju ponudu na temelju cijene i dodatnih kriterija za odabir najpovoljnije ponude, kome isplaćuje ugovorenu svotu. Iako su subjekti ugovorenog odnosa javnopravna i privatna osoba, krug naručitelja u postupku javne nabave mnogo je širi od potencijalnih koncedenata u koncesijskom odnosu jer ovdje, prema članku 4. *Zakona o javnoj nabavi*, nabavu robe i usluga te ustupanje radova, pored države te jedinica lokalne i područne samouprave koje su ovlaštene dodjeljivati koncesije, mogu provoditi i pravne osobe u kojima Republika Hrvatska, jedinice lokalne i područne samouprave imaju izravni ili neizravni većinski udio u kapitalu odnosno poslovnom udjelu, ili većinsko pravo u odlučivanju, ili izravnu ili neizravnu većinu glasačkih prava, ili mogu imenovati više od polovine članova uprave ili nadzornog odbora, ili imaju pravo provoditi, ili provode, dominantan utjecaj te upravljati poslovnim i financijskim politikama društva na temelju ovlasti, zatim pravne osobe koje u ukupnom prihodu za redovitu djelatnost i za kapitalna ulaganja ukupno koriste više od 50% sredstava izravno ili neizravno iz državnog proračuna ili iz proračuna jedinice lokalne i područne samouprave, pravne osobe koje za nabavu koriste sredstva ili financijska jamstva Republike Hrvatske, jedinica lokalne ili područne samouprave, pravne osobe koje na temelju koncesije o građenju u kojoj se umjesto plaćanja za izvedene radove koristi pravo korištenja građevinskih objekata sa dodatnim plaćanjem ili bez dodatnog plaćanja određene cijene te pravne osobe koje obavljaju jednu ili više djelatnosti u vodoopskrbi, energetici, prometu i telekomunikacijama. Nadalje, ovdje postoji bitna razlika u faktoru iskorištavanja objekta ili usluge. U ovom odnosu za izvođača radova ili pružatelja usluge ne postoji element gospodarskog rizika u obavljanju posla, jer prihod ne ovisi o kvantiteti korištenja.⁹² Predmet ugovora također odstupa od

resursa strani investitor i država, projekt se podvodi pod *Zakon o koncesijama*. Horton, Scott and Geller, Tatyana, Uzbekistan's Law Governing Investment in the Country's Natural Resources Sectors, *Eastern Europe Reporter*, 5/1995., str. 924.

⁹⁰ Filipović, op. cit., str. 48.

⁹¹ Članak 1. *Zakona o javnoj nabavi*, Narodne novine, 117/01.

⁹² *Commission Interpretative Communication*, op. cit., str. 3.

predmeta ugovora koncesije, jer iako se u oba slučaja radi o izvođenju radova i pružanju usluga bitno je napomenuti da koncesija podrazumijeva izvođenje radova, pružanje usluga ili iskorištavanje prirodnih bogatstava za koje inače postoji zabrana. Naručitelj isplaćuje ugovorenu cijenu koja odgovara zbiru troškova izvođenja radova ili pružanja usluge te nagrade za ovo izvođenje ili pružanje. Kod ovih ugovora izvođač ne upravlja objektom niti vrši ikakva vlasnička prava nad njim, već se objekt cijelo vrijeme nalazi u vlasništvu naručitelja.

5. Zaključak

Iz navedenoga može se zaključiti da se, unatoč korijenima još u Rimskom Carstvu, moderne koncesije javljaju krajem 19. i početkom 20. stoljeća. Iako sama riječ *koncesija* označava dopuštenje, ustupanje, ustupak, povlasticu, koncesija u pravu označava poseban pravni institut putem kojega javna vlast dozvoljava određenom subjektu, fizičkom ili pravnom, domaćem državljaninu ili strancu, da upotrebljava ili iskorištava određena dobra, izvodi određene radove ili obavlja kakvu djelatnost. Pozitivnopravno značenje ovoga pojma u Hrvatskoj je određeno *Zakonom o koncesijama* u kojem stoji da se koncesijom stječe pravo gospodarskog korištenja prirodnih bogatstava te drugih dobara za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku, pravo obavljanja djelatnosti od interesa za Republiku Hrvatsku te pravo izgradnje i korištenja objekata i postrojenja potrebnih za obavljanje tih djelatnosti.

Koncesije imaju stanovita obilježja koja ih razlikuju od drugih pravnih instituta. Svakako se može ustvrditi da je koncesija dvostrani pravni odnos u kojem su sami subjekti i njihov međusobni položaj strogo određeni, čiji je predmet djelatnosti inače zabranjen, a nad njim koncedent polaže tzv. "*pravo na iskorištavanje*". U postupku dodjeljivanja koncesije javljaju se dva pravna akta: odluka o koncesiji kao upravni akt koji u ime države ili jedinice lokalne i područne samouprave donosi nadležno javnopravno tijelo te ugovor o koncesiji koji sklapaju ovlašteno tijelo države ili jedinice lokalne i područne samouprave i koncesionar.

U praksi se često dolazi do nerazlikovanja koncesija i nekih srodnih ugovora privatnih osoba s državom, kao npr. ugovora o zajedničkom pothvatu, ugovora o podjeli proizvodnje ili ugovora o izvođenju radova ili pružanju usluga, no njih treba jasno razdvojiti od pravnog instituta koncesije.

Summary

NOTION AND CHARACTERISTICS OF CONCESSIONS

The aim of this article is to define the notion of concessions in its legal theoretical and normative meaning both in Croatia and in several other countries of the continental European legal tradition. The author then points out certain characteristics that distinguish this legal institute and finally he delineates the difference between concession and other related legal institutes, such as contract on joint venture, contract on production sharing and contract on work conducting and services providing.

Key words: *concession.*

Zusammenfassung

BEGRIFF UND MERKMALE DER KONZESSION

Ziel der Arbeit ist, den Begriff Konzession in seiner rechtstheoretischen und normativen Bedeutung sowohl in Kroatien als auch in einigen Staaten des kontinentalen Rechtskreises zu bestimmen. Danach führt der Autor einige Merkmale auf, die dieses Rechtsinstitut von anderen unterscheiden und betont schließlich den Unterschied zwischen der Konzession und einigen verwandten Rechtsinstituten wie z.B. dem Vertrag über gemeinsame Unternehmen, dem Vertrag über Aufteilung der Produktion sowie dem Vertrag zur Ausführung von Arbeiten und Angeboten von Dienstleistungen.

Schlüsselwörter: *Konzession.*

Sommario

CONCETTO E CARATTERISTICHE DELLA CONCESSIONE

Lo scopo del lavoro è definire il concetto di concessione nel significato giuridico teorico e normativo in Croazia come in diversi paesi della cerchia del diritto continentale. Quindi l'autore descrive alcune caratteristiche che distinguono questo istituto giuridico dagli altri e alla fine delinea la differenza tra la concessione e alcuni istituti giuridici connessi, come per esempio il contratto di impresa comune, il contratto di produzione ripartita e il contratto di esecuzione di lavori e prestazione di servizi.

Parole chiave: *concessione.*

IZLUČNA I RAZLUČNA PRAVA U STEČAJU

Mr. sc. Andrija Eraković, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.739
Ur.: 3. siječnja 2003.
Pr.: 10. veljače 2003.
Pregledni znanstveni članak

Daje se prikaz izlučnih i razlučnih prava i pravnog položaja izlučnih i razlučnih vjerovnika u stečajnom postupku. Nakon uvodnih napomena u drugom dijelu članka raspravlja se o izlučnom pravu i izlučnim vjerovnicima, s posebnim osvrtom na predmet izlučnog prava i pravnu osnovu za izlučenje predmeta iz stečajne mase, a izlaže se i ono što je bitno za ostvarivanje izlučnog prava, o naknadi za izlučna prava i o pravnom položaju izlučnih vjerovnika u slučaju prodaje imovine dužnika kao cjeline. U preostalom većem dijelu članka određuje se pojam razlučnih vjerovnika i ono što ih razlikuje od ostalih kategorija vjerovnika stečajnoga dužnika. U okviru toga posebno se razmatra položaj fiducijarnih vjerovnika kao specifičnih razlučnih vjerovnika. Izlažu se pojedina prava razlučnih vjerovnika u stečajnom postupku; ovlaštenje za pokretanje stečajnoga postupka, prijavljivanje razlučnih prava, pravo sudjelovanja u tijelima stečajnoga postupka (posebno pravo glasa u skupštini vjerovnika), prava razlučnih vjerovnika u slučaju prodaje imovine dužnika kao cjeline, te pravni položaj stečajnih vjerovnika u postupku prihvatanja stečajnog plana. Značajno mjesto zauzima prikaz ispitivanja razlučnih prava i utvrđivanja, odnosno osporavanja tih prava na ispitnom ročištu. Na kraju se daje prikaz unovčenja predmeta na kojima postoji razlučno pravo i namirenje razlučnih vjerovnika, posebno namirenje dijela tražbine koja nije osigurana razlučnim pravom.

Ključne riječi: *razlučno pravo, razlučni vjerovnici, izlučno pravo, izlučni vjerovnici, tražbina, stečajna masa, prijava razlučnog prava, namirenje, založno pravo, založni vjerovnici, fiducijarni vjerovnici, pravo retencije, pravo namirenja, unovčenje predmeta.*

I. Uvod

Stečajni postupak se provodi radi skupnoga namirenja vjerovnika stečajnoga dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima (čl. 2. st. 1., SZ), a nakon otvaranja stečajnoga postupka dopušteno je izraditi

stečajni plan u kojemu se može odstupiti od zakonskih odredaba o unovčenju i raspodjeli stečajane mase (čl. 213. st. 1., SZ). Imovina stečajnoga dužnika otvaranjem stečajnog postupka postaje stečajna masa koja služi za namirenje tražbina vjerovnika stečajnoga dužnika. Postoje četiri kategorije vjerovnika stečajnog dužnika: stečajni vjerovnici, izlučni vjerovnici, razlučni vjerovnici i vjerovnici stečajne mase. Stečaj se može otvoriti, uz određene iznimke, nad svakom pravnom osobom i nad imovinom dviju kategorija fizičkih osoba (obrtnika i trgovca pojedinca) samo ako se utvrdi postojanje kojega od zakonom predviđenih stečajnih razloga (nesposobnost za plaćanje i prezaduženost). Stečaj se otvara radi namirenja tražbina koje postoje u tom trenutku, dakle, radi namirenja stečajnih vjerovnika – osobnih vjerovnika dužnika koji u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka imaju koju imovinskopravnu tražbinu prema njemu (čl. 70. SZ). Po prirodi stvari stečaj se ne otvara radi namirenja tražbina vjerovnika stečajne mase jer su u pitanju tražbine koje nastaju nakon otvaranja stečajnoga postupka (u tijeku stečajnoga postupka po osnovi troškova i po osnovi ostalih obveza stečajne mase, u pravilu zasnovanih radnjama stečajnoga upravitelja). Tih tražbina ne bi ni bilo da nije otvoren stečajni postupak. Tražbine razlučnih i izlučnih vjerovnika u pravilu nastaju prije otvaranja stečajnoga postupka, ali stečaj se ne otvara i ne provodi zbog toga da se namire ovi vjerovnici. Razlučni vjerovnici imaju pravo odvojenog namirenja iz posebnih dijelova imovine stečajnog dužnika na kojima su uspostavljena razlučna prava. Oni svoje pravo odvojenog namirenja iz vrijednosti predmeta na kojem imaju razlučno pravo zadržavaju i nakon otvaranja stečajnoga postupka. Izlučni vjerovnici imaju pravo na izdvajanje predmeta iz stečajne mase po pravilima koja vrijede za ostvarivanje tih prava izvan stečajnoga postupka (čl. 79. st. 1., SZ). Izlučnih vjerovnika stečaj se ne tiče; oni ostvaruju svoja prava kao da stečaj nije otvoren. Za razliku od ostalih vjerovnika stečajnoga dužnika, izlučni vjerovnici se ne namiruju iz imovine stečajnoga dužnika. Oni imaju pravo na izdvajanje (izlučenje) određenog predmeta iz stečajne mase jer ne spada u stečajnu masu (koji se zatekao kod stečajnog dužnika, ali ne ulazi u njegovu imovinu).

II. Izlučna prava u stečaju

1. Pojam

Izlučno pravo u stečaju jest pravo koje ovlašćuje svoga nositelja (izlučnog vjerovnika) da zahtijeva od stečajnog dužnika da se iz stečajne mase izdvoji i da mu se preda određeni predmet za kojeg dokaže da ne spada u stečajnu masu i da temeljem nekog svog stvarnog ili obveznog prava ima pravo zahtijevati njegovo izdvajanje po općim pravilima koja važe za ostvarivanje tih prava izvan stečajnoga postupka (arg. iz čl. 79. st. 1., SZ).¹ Izlučni vjerovnici su dakle osobe koje na temelju

¹ Usporedi V. Vučetić: Komentar Zakona o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada, Narodne novine, Zagreb, 1987., str. 240.

kojega svoga stvarnog ili obveznog prava mogu zahtijevati da se neki predmet (stvar ili pravo) izdvoji (izluči) iz stečajne mase zbog razloga što ne pripada stečajnom dužniku.² Za postojanje izlučnog prava bitno je: (1) da se u stečajnoj masi nalazi određeni predmet, (2) da taj predmet ne ulazi u imovinu stečajnog dužnika, (3) da izlučni vjerovnik ima valjanu pravnu osnovu na kojoj temelji zahtjev (stvarnopravni ili obveznopravni) za izručenje i predaju u posjed i (4) da to svoje pravo ostvaruje po općim pravilima neovisno o samom stečajnom postupku; na jednak način kao i da stečaja nema.

2. Predmet izlučnog prava

U ranijim propisima kojima je kod nas uređivan stečajni postupak primjenjivalo se pravilo da otvaranje stečaja ne utječe na prava izdvajanja stvari koja ne pripadaju dužniku (izlučna prava)³, iz čega se izvodio zaključak da predmet izlučnog prava mogu biti samo stvari.⁴ Stečajni zakon govori o predmetu koji ne spada u stečajnu masu (čl. 79. st. 1., SZ), a u literaturi se polazi od toga da to može biti stvar ili pravo.⁵ U njemačkom pravu smatra se da predmet izlučenja mogu biti pokretne stvari, nepokretne stvari, imovinska prava i tražbine.⁶ Ako je predmet, čije se izdvajanje moglo tražiti, dužnik neovlašteno otuđio prije otvaranja stečajnoga postupka, izlučni vjerovnik može zahtijevati da se na njega prenese pravo na protučinidbu, ako ona još uvijek nije izvršena (čl. 80. st. 1., SZ). Dužnik koji je prije otvaranja stečaja prodao tuđu stvar (koja nije spadala u njegovu imovinu) potražuje od kupca kupovnu cijenu. Ovu tražbinu po osnovi kupovne cijene dužan je, međutim, cedirati bivšem vlasniku stvari na njegov zahtjev. U ovom slučaju dolazi do promjene predmeta izlučenja - umjesto stvari predmet izlučenja postala je tražbina - premda zapravo i nije u pitanju izlučno pravo jer je ta tražbina dio imovine dužnika. Smatra se da predmet izlučenja može biti i tražbina koju je neovlaštena osoba ustupila stečajnom dužniku.⁷ Tražbina međutim pripada ili ne pripada stečajnom dužniku. Ako je neovlaštena osoba ustupila tražbinu stečajnom dužniku, ustup nije valjan i vjerovnika se to ne tiče; on će i dalje zadržati tako "ustupljenu" tražbinu prema svom dužniku. Predmet izlučenja mogla bi biti prava koja se mogu posjedovati; koja ne pripadaju stečajnom dužniku, ali on faktično izvršava njihov sadržaj (arg. iz čl. 10. st. 5., ZV). U faktičnoj vlasti dužnika bi se moglo zateći i neko pravo industrijskog vlasništva (izum, know-how,

² M. Dika: *Insolvenzijsko pravo*, Zagreb, 1998., str. 29.

³ Članak 117. Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji ("Narodne novine" br. 53/91., 9/94., 54/94. – pročišćeni tekst)

⁴ V. Vučetić, op.cit., str. 240.

⁵ M. Dika, op. cit., str. 29.

⁶ D. Eickmann u knjizi grupe autora: *Heidelberger Kommentar zur INSOLVENZORDNUNG*, C.F. Muller Verlag, Heidelberg, 1999., str. 172.

⁷ A. Verona-S. Zuglia: *Stečajni zakon s komentarom*, Zagreb, 1930., str. 158.

uzorak, model, robni žig, uslužni žig), pa bi imatelj mogao zahtijevati izlučenje iz stečajne mase.

Izlučni vjerovnik treba, prema čl. 79. st. 1., SZ, dokazati "da neki predmet ne spada u stečajnu masu", pa je od posebne važnosti razlučiti ono što spada od onoga što ne spada u stečajnu masu. Mora se moći "prepoznati" predmet koji se zatekao u posjedu stečajnoga dužnika u trenutku otvaranja stečajnoga postupka ili je kasnije tijekom stečajnoga postupka stečajni dužnik stekao nad njim faktičnu vlast, a ne spada u stečajnu masu. Izraz "stečajna masa" upotrebljava se i u faktičnom značenju (tzv. *Ist-Masse*) kao sve ono što se nalazi u posjedu stečajnoga dužnika bez obzira da li spada u imovinu stečajnoga dužnika.⁸ Predmet čije se izdvajanje zahtijeva spada u tako shvaćenu stečajnu masu u faktičnom smislu. Zahtjev za izdvajanje usmjeren je prema stečajnom dužniku upravo zbog toga što se predmet nalazi u njegovom posjedu.

U pravnom smislu stečajna masa obuhvaća cjelokupnu imovinu dužnika u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka te imovinu koju on stekne tijekom stečajnoga postupka (čl. 67. st. 1., SZ). To obuhvaća imovinu koja se nalazi u Republici Hrvatskoj i onu koja se nalazi u inozemstvu ako za provedbu stečaja postoji isključiva međunarodna nadležnost hrvatskog suda (arg. iz čl. 301., SZ). Stečajnu masu čine dakle sva subjektivna imovinska prava čiji je nositelj stečajni sudužnik, jer je imovina skup subjektivnih imovinskih prava koja pripadaju jednoj osobi.⁹ Nakon otvaranja stečajnoga postupka stečajni upravitelj je dužan cjelokupnu imovinu koja ulazi u stečajnu masu odmah uzeti u posjed i njome upravljati (čl. 145. st. 1., SZ), što zapravo podrazumijeva da je dužan preuzeti sva ona ovlaštenja koja su pripadala do tada stečajnom dužniku (zastupniku po zakonu dužnika pravne osobe, odnosno dužniku pojedincu). Pojedina subjektivna imovinska prava koja pripadaju stečajnom dužniku i time čine imovinu, dakle stečajnu masu, i nije moguće uzeti u posjed. Stečajni upravitelj je, primjerice, zatekao ispred poslovne zgrade stečajnoga dužnika kamion. U stečajnu masu ne ulazi kamion, već pravo vlasništva na tom kamionu ukoliko je nositelj prava vlasništva stečajni dužnik. Objekt prava vlasništva je pojedinačno određena stvar (čl. 5. st. 1., ZV), a to može biti svaka pokretna (pokretnina) ili nepokretna stvar (nekretnina), osim onih koje nisu za to sposobne (čl. 2. st. 1., ZV). Stečajni upravitelj će preuzeti u posjed kamion (predmet prava vlasništva) uspostavljanjem svoje faktične vlasti nad njim (arg. iz čl. 13., ZV) i u slučaju kada on ne spada u stečajnu masu. Kamion se mogao zateći u posjedu stečajnoga dužnika, primjerice, po osnovi ugovora o ostavi, pa pravo vlasništva ne pripada stečajnom dužniku kao ostavoprimatelju, već to pravo pripada ostavodavatelju ili trećoj osobi (ostavodavatelj je mogao dati na čuvanje i tuđu stvar). Ostavodavatelj ima izlučno pravo; pravo zahtijevati da se kamion izdvoji (izluči) iz stečajne mase (iz stečajne mase u faktičnom smislu, iz stvari i dobara koja se nalaze u posjedu dužnika) i da mu se preda u posjed.

⁸ A. Verona-S. Zuglia: *Stečajni zakon s komentarom*, Zagreb, 1930., str. 158.

⁹ M. Vedriš-P. Klarić: *Osnove imovinskog prava*, Narodne novine, Zagreb, 1987., str. 80.

Udio stečajnoga dužnika u suvlasništvu ili kojoj drugoj pravnoj zajednici ulazi u stečajnu masu. Ako je otvoren stečaj nad imovinom jednog bračnoga druga, udio toga bračnoga druga u zajedničkoj imovini bračnih drugova ulazi u stečajnu masu ako se na tom udjelu po općim pravilima o ovrsi može protiv dužnika provesti ovrha; podjela imovine obaviti će se izvan stečaja na zahtjev stečajnoga upravitelja (čl. 69., SZ). Zajedničku imovinu iz ove zakonske odredbe ne treba shvatiti kao da je u pitanju zajedničko vlasništvo, jer su bračni drugovi u jednakim dijelovima suvlasnici u bračnoj stečevini, ako nisu drukčije ugovorili.¹⁰ Ako je dužnik s nekom trećom osobom u suvlasničkoj ili kojoj drugoj pravnoj zajednici ili ortaštvu, podjela imovine obaviti će se izvan stečajnoga postupka. Bez učinka su ugovorne odredbe kojima se u takvim pravnim zajednicama trajno ili na određeno vrijeme isključuje pravo na razvrgnuće ili kojima se za to utvrđuje poseban otkazni rok. Isto vrijedi i za odredbe u oporuci na kojoj se zajednica temelji te za odgovarajući sporazum sunasljednika (čl. 94., SZ). Kada je u pitanju suvlasništvo, razvrgnuće nije nužno, jer stečajni upravitelj može prodati idealni dio stvari, odnosno suvlasnički dio koji pripada stečajnom dužniku (arg. iz čl. 37. st. 5., SZ), pa će suvlasnička zajednica i dalje ostati tako što će mjesto stečajnog dužnika zauzeti kupac.

U stečajnu masu ne ulazi imovina dužnika pojedinca na kojoj se ovrha protiv njega ne bi mogla provesti kad on ne bi bio trgovac pojedinac ili obrtnik (čl. 68. SZ). Dužnik pojedinac dovodi se u poziciju u kojoj se nalazi ovršenik fizička osoba u ovršnom postupku. U ovršnom postupku ovršenik može podnijeti žalbu protiv rješenja o ovrsi ako je ovrha određena na predmetu koji je izuzet od ovrhe, odnosno na kojemu je mogućnost ovrhe ograničena (čl. 46. st. 2. toč. 6., OZ). U stečajnom postupku po prirodi stvari tim pravnim sredstvom dužnik pojedinac ne može zaštititi svoje pravo. Otvaranjem stečajnoga postupka prava dužnika pojedinca na upravljanje i raspolaganje imovinom koja ulazi u stečajnu masu prelaze na stečajnoga upravitelja (čl. 89., SZ). Ako međutim stečajni upravitelj uzme u posjed određeni predmet koji ne ulazi u stečajnu masu (koji je izuzet od ovrhe), dužniku pojedincu treba priznati izlučno pravo na tom predmetu.

3. Pravna osnova za izdvajanje (izlučenje) iz stečajne mase

3.1. Pravo vlasništva

Izlučno pravo temelji se najčešće na pravu vlasništva; stvarnom pravu koje svojem nositelju (vlasniku) daje najpotpuniju, za svakog mjerodavnu privatnu pravnu vlast na (u pogledu) stvari što je pravni poredak dopušta i jamči.¹¹ Vlasnik je ovlašten sa stvari na kojoj ima pravo vlasništva i koristi od nje činiti što ga je volja i svakoga drugoga od toga isključiti, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim

¹⁰ Čl. 253. st. 1. Obiteljskog zakona, "Narodne novine", br. 162/98.

¹¹ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković: *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 280.

ograničenjima (čl. 30. st. 1., ZV). Vlasnik ima pravo zahtijevati od osobe koja posjeduje njegovu stvar da mu ona preda svoj posjed stvari (čl. 161. st. 1., ZV). Kada je u pitanju prava **vlasnička tužba (reivindikacija)**, aktivno je legitimiran samo vlasnik. On mora dokazati svoje pravo vlasništva i tuženikov posjed stvari.¹² Prema stečajnom dužniku u praksi se često ističu izlučni zahtjevi koji nisu određeni. Izlučni vjerovnik (vlasnik) mora stvar koja se nalazi u posjedu stečajnoga dužnika opisati po njezinim osobinama koje je razlikuju od istovrsnih stvari. Predaja generične stvari može se zahtijevati samo ako je dovoljno individualizirana. U pogledu neke količine iz nekog roda (genusa) može se samo staviti obveznopravni zahtjev (tražbinu), ali ne i stvarnopravni (vlasnički) zahtjev.¹³ Ne mogu se zahtijevati stvari kao što su gotov novac pomiješan s drugim gotovim novcem, vrijednosni papiri na donositelja pomiješani s istovrsnima ako ne postoje okolnosti iz kojih tužitelj ipak može dokazati svoje pravo vlasništva i iz kojih je tuženik morao znati da tu stvar ne smije prisvojiti (čl. 162. st. 2., ZV). Ovu odredbu koja se odnosi na vlasničku tužbu treba primijeniti na svaki izlučni zahtjev bez obzira na njegovu pravnu osnovu. Iz stečajne mase ne može se zahtijevati izlučenje svote novca, pa je stečajno vijeće "ispravno pošlo od činjenice da je vjerovnik prijavio novčanu tražbinu kao stečajni vjerovnik, bez obzira što je u prijavi naveo da svotu novca zahtijeva kao izlučni vjerovnik".¹⁴ Onaj tko još nije stekao pravo vlasništva na stvari ne može tražiti njezino izlučenje iz stečajne mase po toj osnovi bez obzira na to je li ona individualizirana ili nije. Ako je prije otvaranja stečaja sklopljen ugovor o prodaji temeljem kojega se stečajni dužnik kao prodavatelj obvezao predati kupcu traktor, kupac nema pravo zahtijevati da se iz stečajne mase izdvoji i da mu se preda u posjed traktor bez obzira što je platio kupovnu cijenu. Kupac ima položaj stečajnog vjerovnika i može svoju nenovčanu tražbinu ostvarivati podnošenjem prijave stečajnom upravitelju; u prijavi će označiti vrijednost u kunama na koju se tražbina može procijeniti u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka (čl. 77., SZ). Ako je predaja kupcu izvršena na način propisan u čl. 116. st. 2., ZV; traktor je predan kupcu u samostalan posjed tako da je ostao u neposrednom posjedu stečajnog dužnika (*constitutum possessorium*), kupac je stekao pravo vlasništva i ima pravo tražiti da se ta roba izdvoji (izluči) iz stečajne mase. Izlučni vjerovnik može ustati i **publicijanskom tužbom** protiv stečajnog dužnika sa zahtjevom da se iz stečajne mase izdvoji i da mu se preda posjed određene stvari. U parnici mora dokazati pravni temelj i istinit način svoga stjecanja stvari i da stečajni dužnik stvar posjeduje bez pravnog temelja ili na slabijem pravnom temelju (čl. 166. st. 1., ZV). To je tužba predmičnog vlasnika, pa tužitelj ne mora dokazivati postojanje svog prava vlasništva, već činjenice na temelju kojih se predmnijeva njegovo pravo vlasništva, ali mora dokazati da stvar čije izlučenje traži ne spada u stečajnu masu. Bez obzira na to o kojoj je tužbi riječ, teret dokaza je na stečajnom

¹² Vidi поближе N: Gavela, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, op. cit., str. 429.-432.

¹³ N: Gavela, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, op. cit., str. 434.

¹⁴ VTS, Pž-1365/01 od 20.03.2001.

dužniku ako je pravo izlučnog vjerovnika upisano u zemljišnoj ili kojoj drugoj javnoj knjizi. Tada stečajni dužnik mora dokazati da predmet na koji se to pravo odnosi spada u stečajnu masu (čl. 79. st. 2., SZ).

Izlučno pravo imaju i **suvlasnici**, a i osobe koje imaju **zajedničko vlasništvo** na određenoj stvari. Aktivno su međutim legitimirani svi suvlasnici zajedno, odnosno svi zajednički vlasnici zajedno. Ako je stečajni dužnik jedan od suvlasnika, odnosno zajednički vlasnik, izlučenje stvari iz stečajne mase po prirodi stvari ne dolazi u obzir, već se provodi postupak razvrgnuća suvlasništva (čl. 47. do 56., ZV), odnosno dioba zajedničkog vlasništva (čl. 63., ZV) određivanjem suvlasničkih dijelova i nakon toga razvrgnuće. Svaki suvlasnik koji je sudjelovao u razvrgnuću stječe na temelju sporazuma o razvrgnuću ili pravomoćne odluke suda o razvrgnuću, a na zakonom određeni način, pravo vlasništva i/ili neko drugo pravo, izvodeći ga iz onoga svoga suvlasničkoga dijela s kojim je sudjelovao u tom razvrgnuću, a koji mu istodobno prestaje (čl. 55. st. 1., ZV). Onaj tko je na ovaj način postao samovlasnik ima naravno izlučno pravo na stvari koja mu je pripala.

Stečajni dužnik može kao i svaki tuženik u parnici pokrenutoj vlasničkom tužbom isticati određene **materijalnopravne prigovore** vlasnikovom zahtjevu. Prigovore koji negiraju vlasnički zahtjev i one koji ga ukidaju stečajni dužnik može isticati u parnici kao da stečaj nije otvoren. Može poricati tužitelju pravo vlasništva na stvari koju zahtijeva ili da stvar koju tužitelj zahtijeva ima u svom posjedu. Tužbenom zahtjevu se može suprostaviti i tvrdnjom da su se prilike izmijenile tako da tužitelj više nije vlasnik (ne poriče da je bio) ili da tuženik više nije u posjedu stvari (a ne poriče da je to bio). Stečajni dužnik može u parnici kao tuženik isticati i prigovore koji zaustavljaju vlasnički zahtjev tvrdnjom da ima pravo koje ga ovlašćuje na posjedovanje tužiteljeve stvari, ali treba imati u vidu da stečajno vijeće odmah nakon završne diobe donosi rješenje o zaključenju stečajnoga postupka i da se dužnik pravna osoba briše iz sudskog registra i time prestaje postojati (čl. 196., SZ). Najam i zakup nekretnina i prostorija ne prestaje otvaranjem stečaja (čl. 115., SZ). Pokretnine se međutim mogu steći i od nevlasnika pod pretpostavkama iz čl. 118., ZV, a imajući u vidu da se određeni predmeti mogu prodati po pravilima koja vrijede za ovrhu radi naplate novčane tražbine (arg. iz čl. 158. st. 3., SZ). Vlasniku bi trebalo priznati izlučno pravo unatoč tome što stečajni dužnik ima pravo na posjed, ako postoji opasnost da ostane bez prava vlasništva stvari. U svakom slučaju vlasnik bi trebao moći zaštititi svoje pravo ishođenjem jedne od mjera osiguranja zabrane otuđenja stvari u postupku osiguranja protiv stečajnog dužnika.

3.2. Obveznopravni zahtjev

Osim na pravo vlasništva izlučno pravo može se temeljiti i na nekoj drugoj pravnoj osnovi. Bitno je da predmet izlučnog prava ne spada u dužnikovu imovinu koja čini stečajnu masu, a pravo na izlučenje ima onaj koji po bilo kojoj pravnoj osnovi ima pravo zahtijevati da mu se stvar preda. Onaj tko je povjerio stečajnom dužniku određenu stvar na čuvanje, upotrebu, zalog itd., može na temelju takvog

obveznog odnosa prema stečajnom dužniku istaknuti zahtjev za izlučenje (povrat) tih stvari i onda kad te stvari pripadaju nekome trećemu.¹⁵

Ugovor o prodaji nije osnova za izlučenje stvari iz stečajne mase. Pravni posao je osnova za stjecanje prava vlasništva, ali je pored toga potreban i način stjecanja određen zakonom. Ugovorom o prodaji obvezuje se prodavatelj da stvar koju prodaje preda kupcu tako da kupac stekne pravo vlasništva (čl. 454. st. 1., ZOO). Vlasništvo pokretne stvari stječe se predajom te stvari stjecatelju u samostalan posjed na temelju valjano očitovane volje dotadašnjega vlasnika usmjerene na to da njegovo vlasništvo prijeđe na stjecatelja (čl. 116. st. 1., ZV), a način stjecanja prava vlasništva na nekretnini jest upis zemljišnu knjigu (čl. 119., ZV). Kupac koji je platio cijenu unaprijed, a nakon toga je nad prodavateljem otvoren stečajni postupak, nema pravo tražiti da se stvar koja je predmet prodaje izluči iz stečajne mase. Prema stečajnom dužniku ima nenovčanu tražbinu (ali ne i zahtjev za izlučenje jer mu stvar nije predana u posjed, odnosno nije upisao pravo vlasništva u zemljišnoj knjizi na svoje ime kada je u pitanju nekretnina) koju može ostvarivati kao stečajni vjerovnik podnošenjem prijave stečajnome upravitelju ističući je u vrijednosti na koju se može procijeniti u vrijeme otvaranja stečajnoga postupka (čl. 77., SZ).

Pod pretpostavkama iz čl. 79. st. 3., SZ prodavatelj ima tzv. **pravo na vraćanje**. On ima pravo tražiti da mu se vrati roba koja je iz drugog mjesta poslana dužniku: (a) ako je roba poslana prije dana otvaranja stečajnoga postupka, (b) ako mu kupovna cijena nije isplaćena u cijelosti i (c) ako roba do dana otvaranja stečajnoga postupka nije prispjela u odredišno mjesto, odnosno ako je do toga dana dužnik nije preuzeo. Pravo na vraćanje ima i komisionar za kupnju robe (čl. 79. st. 4., SZ). Komisionar nastupa u svoje ime, a za račun komitenta, pa je on u ugovoru o prodaji kojeg sklapa za račun komitenta prodavatelj odnosno kupac. U tom svojstvu prodavatelja komisionar ima pravo na vraćanje. Pravo na vraćanje trebalo bi priznati prodavatelju i onda kada se smatra da je stvar predana kupcu, kao što je to u slučaju kad je prema ugovoru potrebno izvršiti prijevoz stvari, a ugovorom nije određeno mjesto ispunjenja. Tada je predaja izvršena uručenjem stvari prijevozniku ili osobi koja organizira otpremu (čl. 472., ZOO). Stečajni dužnik stječe pravo vlasništva već u trenutku uručenja stvari prijevozniku (tada je izvršena predaja), pa je time kupljena stvar postala dio imovine (stečajne mase) i prodavatelj ne bi imao izlučno pravo kad ne bi bilo prava na potragu.

Prodaja uz **pridržaj prava vlasništva** postoji kada prodavatelj zadržava pravo vlasništva pokretne stvari (individualno određene) i nakon što je tu stvar prodao i predao kupcu, sve dok kupac isplati cijenu u potpunosti (arg. iz čl. 540. st. 1., ZOO). Zadržanje ima učinak prema kupčevim vjerovnicima samo ako je učinjeno u obliku javno ovjerene isprave, prije kupčeva stečaja ili prije pljenidbe stvari (čl. 540. st. 2., ZOO). Ako je stečaj otvoren nad kupcem, prodavatelj dakle ima izlučno pravo samo pod pretpostavkom da je pravo zadržanja ugovoreno u obliku javno ovjerene isprave.

¹⁵ A. Verona - S. Zuglia: Stečajni zakon s komentarom, Zagreb, 1930., str. 158.

U drugim slučajevima, pa i u slučaju kada je pravo zadržanja ugovoreno u pisanom obliku, ako isprava nije javno ovjerena, prodavatelj ne bi imao izlučno pravo. Na pokretnim stvarima o kojima se vode posebne javne knjige može se zadržati pravo vlasništva samo ako je to predviđeno propisima o uređenju i vođenju tih knjiga (čl. 540. st. 3., ZOO). Stečajni dužnik nije postao vlasnik stvari, i ona stoga ne ulazi u stečajnu masu ako je prije otvaranja stečajnoga postupka dužnik pokretnu stvar kupio uz pridržaj prava vlasništva i stvar dobio u posjed. U tom slučaju stečajni upravitelj ima međutim pravo izbora (čl. 114. st. 2., SZ). Može postupiti na način propisan u čl. 110., SZ, a to znači umjesto dužnika ispuniti ugovor i tražiti ispunjenje od druge strane. Druga ugovorna strana nema pravo izbora, ali ima pravo pozvati stečajnoga upravitelja da se izjasni o svom pravu na izbor. U tom slučaju stečajni upravitelj je dužan u roku od osam dana preporučenom pošiljkom obavijestiti tu stranu o tome namjerava li zatražiti ispunjenje ugovora, a ako tako ne postupi, neće moći tražiti ispunjenje. Prodavatelj koji je zadržao pravo vlasništva ima izlučno pravo ako stečajni upravitelj ne preuzme ugovor. Izlučno pravo mu ne pripada bez obzira na pravo vlasništva ako je stečajni upravitelj preuzeo ugovor. Stečajni dužnik je u tom slučaju naravno dužan platiti kupovnu cijenu sukladno sadržaju ugovora. Prodavatelj potražuje kupovnu cijenu kao vjerovnik stečajne mase, a ne kao stečajni vjerovnik. Ako je stečaj otvoren nad prodavateljem, stvar koja je prodana uz pridržaj prava vlasništva trebala bi biti dio stečajne mase. Kupac međutim može zatražiti ispunjenje ugovora o prodaji (čl. 114. st. 1., SZ) pod pretpostavkom: (1) da je predmet prodaje pokretnina, (2) da je ugovor o prodaji sklopljen prije otvaranja stečajnoga postupka, (3) da ugovor ima odredbu o pridržaju prava vlasništva u obliku javno ovjere isprave, odnosno da odgovara propisima o uređenju i vođenju javnih knjiga ako je predmet prodaje pokretnina o kojoj se vodi posebna javna knjiga, (4) da je kupovna cijena isplaćena i (5) da je stvar predana u posjed kupcu prije otvaranja stečaja.¹⁶ Stečajni upravitelj je dužan udovoljiti zahtjevu kupca jer se prodavatelj suglasio time ta kupac postaje vlasnik stvari uz odgovni uvjet da isplati kupovnu cijenu u cijelosti, pa isplatom dolazi do ispunjenja uvjeta i kupac postaje vlasnik.

Stvar koju stečajni dužnik ima u posjedu po osnovi **najma ili zakupa** ne ulazi u stečajnu masu. Najmodavac odnosno zakupodavac ima izlučno pravo, ali najam i zakup nekretnina ili prostorija ne prestaje otvaranjem stečajnoga postupka (čl. 115. st. 1., SZ). Iz te odredbe (*argumentum a contrario*) moglo bi se zaključiti da otvaranjem stečajnoga postupka prestaje zakup i najam pokretnina i da zakupodavac odnosno najmodavac može odmah tražiti izdvajanje stvari iz stečajne mase i predaju u posjed. Smatra se, međutim, da otvaranje stečajnoga postupka djeluje na najam i zakup pokretnina u smislu da je u odnosu na njih pridržano stečajnom upravitelju pravo na izbor hoće li ih održati na snazi ili neće.¹⁷ Pravo na izbor stečajnom

¹⁶ Usporedi M. Dika: Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 90.

¹⁷ M. Dika: Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 96.

upravitelju pripada, međutim, u slučaju kada ugovorne strane nisu ispunile ugovor. Ako je stečajni dužnik prije otvaranja stečaja predao pokretnu stvar najmoprimcu ili zakupcu ili, obrnuto, ako mu je stvar predao u posjed najmodavaca ili zakupodavaca, stečajni upravitelj nema pravo na izbor u smislu čl. 110. st. 1., ZOO. Ipak, ako stečajni upravitelj ima pravo tražiti predaju u posjed pokretne stvari koja je predmet najma ili zakupa (koja stečajnom dužniku nije bila predana prije otvaranja stečaja), ne bi imalo smisla ne priznati mu pravo zadržati stvar koja je dužniku već predana u posjed prije otvaranja stečajnoga postupka.¹⁸

Nije potrebno navoditi sve obvezne odnose koji mogu biti pravna osnova za izdvajanje stvari iz stečajne mase. Bitno je u svakom konkretnom slučaju utvrditi spada li određeni predmet u imovinu stečajnog dužnika. Izlučno pravo odnosi se na predmete koji nisu dio imovine stečajnoga dužnika, a kome ono pripada i pod kojim pretpostavkama ga može ostvariti, utvrđuje se prema pravilima koja vrijede za ostvarivanje tih prava izvan stečajnoga postupka. Tako bi naručitelj temeljem ugovora o djelu u određenim slučajevima imao izlučno pravo. Primjerice, automobil koji se u trenutku otvaranja stečajnoga postupka nad imovinom obrtnika zatekao u njegovom posjedu (jer se ugovorom o djelu obvezao izvršiti popravak) ne ulazi u stečajnu masu i naručitelj ima pravo zahtijevati izdvajanje automobila iz stečajne mase. Ako se izvođač, međutim, obvezao izraditi određenu stvar iz svog materijala, naručitelj nema izlučno pravo ni u slučaju kada je stvar u cijelosti izrađena prije otvaranja stečajnoga postupka. Naručitelj u tom slučaju ima nenovčanu tražbinu koju može ostvarivati samo u novčanom ekvivalentu kao stečajni vjerovnik prijavom stečajnom upravitelju. Temeljem ugovora o ostavi izlučno pravo pripada ostavodavcu u slučaju stečaja nad ostavoprimcem, a isto tako temeljem ugovora o uskladištenju u slučaju stečaja skladištara. Skladištar ne može pomiješati primljene zamjenljive stvari sa stvarima iste vrste i iste kakvoće, osim ako je ostavodavac na to pristao, ili ako je očito da je riječ o stvarima koje se mogu miješati bez opasnosti nastanka štete za ostavodavca (čl. 774. st. 1., ZOO). U slučaju kada su generične stvari pomiješane, pitanje je postoji li izlučno pravo. Ako na primjer ima deset ostavodavaca i svaki od njih je dao na uskladištenje deset tona pšenice koja je pomiješana, a nad skladištarom je otvoren stečajni postupak, ta pšenica ne ulazi u stečajnu masu i ostavodavcima bi trebalo priznati izlučno pravo. Ne bi bilo poteškoća kada bi se sva količina od sto tona pšenice još nalazila u skladištu. Tada bi se svakom vjerovniku predalo onoliko koliko je i dao na uskladištenje. Ako u skladištu, međutim, ima samo deset tona pšenice ne bi bilo opravdano da se namiri samo onaj vjerovnik koji je prvi zatražio da mu dužnik preda pšenicu. Čini se da u takvoj situaciji nije moguće priznati izlučno pravo jer vjerovnik ne može individualizirati stvar čije izdvajanje traži.

¹⁸ O učincima otvaranja stečaja na najamne i zakupne odnose vidi: čl. 115. do 119., SZ.

3.3. Izlučna prava u slučaju prodaje imovine dužnika kao cjeline

Ugovorom o prodaji imovine dužnika kao cjeline mogu biti obuhvaćeni i određeni predmeti koji ne spadaju u imovinu stečajnoga dužnika. Stoga su u čl. 163e., SZ propisana pravila koja uređuju položaj kupca u vezi stvari i prava u pogledu kojih netko ima izlučno pravo, i to samo onih koja nisu upisana u javne knjige. Stjecanje prava vlasništva od nevlasnika moguće je pod određenim pretpostavkama, a između ostaloga, traži se da je stjecatelj u dobroj vjeri.¹⁹ Kupac ne može biti u dobroj vjeri ako je stvar upisana u zemljišnoj ili kojoj drugoj javnoj knjizi na ime treće osobe. Jedino ako stečajni dužnik ima valjanu pravnu osnovu stjecanja prava vlasništva, npr. ugovor o kupnji nekretnine, i uz to je u neposrednom posjedu nekretnine, kupac imovine kao cjeline bio bi u položaju u kojem se nalazio stečajni dužnik; mogao bi temeljem ugovora kojeg je sklopio stečajni dužnik s vlasnikom (prodavateljem) i ugovora o prodaji imovine kao cjeline ishoditi upis prava vlasništva u zemljišnoj knjizi na svoje ime.

Ako se stvar koja nije upisana u zemljišne ili javne knjige nalazi u vrijeme prodaje u posjedu dužnika, danom pravomoćnosti rješenja o potvrđivanju ugovora o prodaji kupac postaje njezinim vlasnikom u skladu s pravilima o stjecanju vlasništva stvari kupnjom u ovršnom postupku iako u odnosu na njih treći imaju izlučno pravo (čl. 163e. st. 1., SZ). Odredba obuhvaća sve stvari koje nisu upisane u zemljišnoj ili kojoj drugoj javnoj knjizi, dakle nekretnine i pokretnine. Prema čl. 143. st. 4., OZ kupac postaje vlasnik kupljenih stvari njihovim preuzimanjem, pa se može postaviti pitanje postaje li vlasnik danom pravomoćnosti rješenja o potvrđivanju ugovora o prodaji ili preuzimanjem stvari. Vlasništvo pokretne stvari stječe se predajom te stvari stjecatelju u samostalan posjed.²⁰ Ako kupac preuzme stvar prije pravomoćnosti rješenja o potvrđivanju ugovora o prodaji, neće time steći i pravo vlasništva na toj stvari, već će pravo vlasništva steći danom pravomoćnosti rješenja. Ne stekne li rješenje o potvrđivanju ugovora o prodaji svojstvo pravomoćnosti, kupac neće steći pravo vlasništva bez obzira na to što mu je stvar predana u posjed.

Danom pravomoćnosti rješenja o potvrđivanju ugovora o prodaji kupac postaje nositeljem tražbina i drugih prava stečajnoga dužnika koja nisu upisana u zemljišne i druge javne knjige u skladu s općim pravilima o stjecanju prava od osoba koje nisu njihovim nositeljima iako na njima treći imaju izlučna prava (čl. 163e. st. 2., SZ). Kupac će steći neko ograničeno stvarno pravo koje ne pripada dužniku ako su ispunjene pretpostavke o stjecanju prava vlasništva od nevlasnika propisane u čl. 118., ZV, a jednako i vrijednosne papire na donositelja.

U slučajevima kada je na opisani način kupac postao vlasnik stvari, odnosno nositeljem tražbina i drugih prava, osobe koje su imale izlučna prava mogu ostvariti prava iz čl. 80. st. 3., SZ.

¹⁹ Vidi čl. 118., ZV.

²⁰ Čl. 116. st. 1., ZV.

3.4. Ostvarivanje izlučnih prava

Pravo na izdvajanje predmeta utvrđuje se prema pravilima koja se primjenjuju za ostvarivanje tog prava izvan stečajnoga postupka (čl. 79. st. 1., SZ). Izlučnih vjerovnika stečaj se ne tiče: oni svoja prava ostvaruju kao da stečajni postupak nije otvoren. Oni ne podnose prijavu tražbine stečajnom upravitelju, već zahtjev za predaju (izlučenje) predmeta koji ne spada u stečajnu masu. Ako stečajni upravitelj odbije predati stvar, izlučni vjerovnik može podnijeti tužbu. Prema sudskoj praksi: "Tražbine u stečajnome postupku ostvaruju podnošenjem prijave stečajni vjerovnici (96. i 173., SZ). Izlučni vjerovnici ne podnose prijavu tražbine; njih se stečajni postupak ne tiče, jer oni svoje pravo na izlučenje ostvaruju kao da stečaj nije otvoren (arg. iz čl. 96. i 173., SZ). Prema tome, ako žalitelj smatra da je on vlasnik 14 kamiona i da oni ne spadaju u stečajnu masu, slobodno mu je ustati tužbom protiv stečajnoga dužnika sa zahtjevom da mu te kamione preda u posjed."²¹ O takvom zahtjevu stečajno vijeće nije ovlašteno donositi bilo kakvu odluku. Stečajno vijeće nije ovlašteno donijeti rješenje kojim se utvrđuje da vjerovnik nema izlučno pravo. Tako i sudska praksa: "Izlučni vjerovnici ne podnose prijavu svojih tražbina, njihovi se zahtjevi uopće ne ispituju i o njima stečajno vijeće ne donosi nikakvu odluku. Izlučni vjerovnik jednostavno treba podnijeti zahtjev stečajnom upravitelju da mu preda stvar za koju smatra da ne pripada u stečajnu masu i da je on ima pravo po nekoj pravnoj osnovi zahtijevati, pa ako stečajni upravitelj odbije takav zahtjev za izlučenje, ima pravo pokrenuti parnicu radi ostvarivanja svoga prava."²² Slijedom toga u obrazloženju jedne odluke rečeno je: "Općina M. nije podnijela prijavu bilo kakve tražbine, već je podnijela zahtjev za izlučenje nekretnine iz stečajne mase. U konkretnom slučaju stečajno vijeće nije odlučilo niti je moglo odlučiti o pravu izlučnog vjerovnika. Istina, u rješenju je nepotrebno konstatirano da izlučni vjerovnici, pa tako i Općina M., svoj izlučni zahtjev mogu ostvarivati u parnici. Time međutim nije ništa odlučeno o tom izlučnom pravu već je samo konstatirano ono što je propisano. Time izlučnom vjerovniku nije ni priznato ni osporeno njegovo izlučno pravo, a niti je stečajno vijeće nadležno o tome odlučiti."²³

Izlučni vjerovnik mora stvar koju zahtijeva opisati po njezinim osobinama koje je razlikuju od istovrsnih stvari. Odredbu o određenosti zahtjeva u pravoj vlasničkoj tužbi (čl. 162. st. 2., ZV) treba primijeniti na svaki izlučni zahtjev bez obzira na njegovu pravnu osnovu. Prema sudskoj praksi iz stečajne mase ne može se zahtijevati izlučenje svote novca.²⁴

Da bi uspio izlučnom tužbom, tužitelj mora dokazati: (a) da se određeni predmet (opisan po svojoj osobinama koje ga razlikuju od drugih istovrsnih predmeta) nalazi u stečajnoj masi (shvaćenoj u faktičnom smislu), (b) da taj predmet nije dio

²¹ VTS, Pž-4551/99, od 23.11.1999.

²² VTS, Pž-1535/99, od 25.05.1999.

²³ VTS, Pž-5968/00, od 9.01.2001.

²⁴ VTS, Pž-1365/01, od 20.03.2001.

imovine (ne ulazi u stečajnu masu u pravnom smislu) stečajnog dužnika, (c) da ima valjanu pravnu osnovu po kojoj može tražiti izdvajanje tog predmeta iz stečajne mase i predaju u posjed. Ako je pravo izlučnog vjerovnika upisano u zemljišnoj knjizi, teret dokaza je na stečajnom dužniku; mora dokazati da predmet na koji se to pravo odnosi spada u stečajnu masu (čl. 79. st. 2., SZ).

Izlučni vjerovnik ne može ostvariti svoje izlučno pravo ako se predmet čije izlučenje traži ne nalazi u stečajnoj masi. Tada mu pripada **naknada za izlučna prava**.

Ako je predmet, čije se izdvajanje moglo tražiti, dužnik neovlašteno otuđio prije otvaranja stečajnoga postupka, izlučni vjerovnik može zahtijevati da se na njega prenese pravo na protučidbu, ako ona još uvijek nije izvršena. On može zahtijevati protučinidbu iz stečajne mase, ako se ona još uvijek iz te mase može izdvojiti. Ako ti uvjeti nisu ispunjeni, izlučni vjerovnik može tražiti naknadu pretrpljene štete kao stečajni vjerovnik (čl. 80. st. 1. i 2., SZ). Ako je predmet čije se izdvajanje moglo tražiti otuđio privremeni stečajni upravitelj prije otvaranja stečajnoga postupka ili stečajni upravitelj nakon toga, izlučni vjerovnik može, po svom izboru, (a) zahtijevati da se na njega prenese pravo na protučinidbu ako ona još uvijek nije izvršena, ili (b) zahtijevati protučinidbu iz stečajne mase ako se ona još uvijek iz te mase može izdvojiti (c) ili tražiti naknadu pretrpljene štete kao vjerovnik stečajne mase (čl. 80. st. 3., SZ).

III. Razlučna prava u stečaju

1. Razlučno pravo i razlučni vjerovnici – pojam

Razlučno pravo u stečaju jest pravo vjerovnika da tražbinu osiguranu založnim ili s njim izjednačenim pravom na stvari ili pravu stečajnoga dužnika namiri iz vrijednosti te stvari ili prava odvojeno i neovisno o namirenju vjerovnika čije tražbine nisu osigurane i neovisno od tijeka stečajnoga postupka. Vjerovnici koji imaju založno pravo ili pravo na namirenje na kojoj stvari ili pravu 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 (čl. 81., SZ). Vjerovnici koji na nekom predmetu iz stečajne mase imaju kakvo založno pravo koje nije upisano u javnu knjigu imaju u skladu sa Stečajnim zakonom, pravo na odvojeno namirenje svoje tražbine, kamata i troškova iz vrijednosti založenoga predmeta (čl. 82. st. 1., SZ), a to pravo imaju i ostali razlučni vjerovnici. Da bi postojalo razlučno pravo, moraju dakle biti ispunjene određene pretpostavke: (a) vjerovnik mora imati novčanu tražbinu ili tražbinu kojoj je vrijednost izražena u novcu prema stečajnom dužniku (tada je razlučni vjerovnik ujedno i stečajni vjerovnik jer mu dužnik odgovara osobno) ili trećoj osobi (u tom slučaju razlučni vjerovnik nije i stečajni vjerovnik), (b) tražbina mora biti osigurana založnim ili s njim izjednačenim pravom, (c) da je založno ili s njim izjednačeno pravo valjano stečeno na osnovi ugovora, sudske odluke ili zakona, (d) da je stjecanje pravovremeno; da nije stečeno

sudskom ovrhom ili prisilnim sudskim osiguranjem tijekom posljednjih trideset dana prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka ili nakon toga (arg. iz čl. 97., SZ), (e) da je založno ili s njim izjednačeno pravo stečeno na stvari ili pravu koji ulaze u stečajnu masu (na imovini stečajnoga dužnika).²⁵

Razlučni vjerovnici su vjerovnici koji imaju pravo na odvojeno namirenje iz određenih dijelova stečajne mase (*separatistae et jure crediti*). Oni isključuju do visine iznosa svojih tražbina stečajne vjerovnike od namirenja iz vrijednosti stvari ili prava na kojima je zasnovano razlučno pravo. Vjerovnici s pravom odvojenoga namirenja jesu stečajni vjerovnici ako im je dužnik i osobno odgovoran. Oni imaju pravo na razmjerno namirenje iz stečajne mase samo ako se odreknu odvojenoga namirenja ili ako se ne uspiju odvojeno namiriti (čl. 84., SZ). U literaturi se ističe da razlučni vjerovnici mogu prijaviti u stečaj svoje tražbine u punom iznosu, i ako dođe do diobe stečajne mase prije unovčenja posebne mase (predmeta razlučnog prava), razlučni vjerovnici dobivaju cijelu kvotu koja otpada na njihovu tražbinu poput ostalih stečajnih vjerovnika, a kasnije prilikom unovčenja posebne stečajne mase vraća se u opću stečajnu masu ono što su primili preko kvote, koja bi otpala na manjak što su ga imali prilikom diobe posebne mase.²⁶ Prema ranijim propisima vrijedilo je pravilo da otvaranje stečajnog postupka ne utječe na prava odvojenog namirenja iz pojedinih predmeta stečajne mase.²⁷ Činjenica da se razlučni vjerovnik namiruje izvan stečaja nema utjecaja na sam stečajni postupak, pa ni u slučaju ako je svoju tražbinu prijavio u stečajnom postupku kao stečajni vjerovnik. Ako prije završne diobe i zaključenja stečajnog postupka u cijelosti namiri svoju tražbinu izvan stečajnog postupka, prestaje njegovo pravo razmjernog namirenja iz stečajne mase zajedno sa stečajnim vjerovnicima. Ako se ne uspije odvojeno namiriti, u cijelosti ili djelomično sudjeluje u diobi s onim dijelom tražbine koju nije odvojeno namirio s ostalim stečajnim vjerovnicima.

Na taj način bi trebalo tretirati pravni položaj razlučnih vjerovnika bez obzira što u Stečajnom zakonu to pitanje nije uređeno na tako jednostavan način, jer je propisano da se u rješenju o otvaranju stečajnoga postupka pozivaju i određeni razlučni vjerovnici da prijave svoja razlučna prava (čl. 54. st. 4.), a određen je i sadržaj prijave i posljedice propuštanja roka za podnošenje prijave (čl. 173a). Također je propisano da se odredbe o osporenim tražbinama na odgovarajući način primjenjuju i na slučaj u kojemu su osporeni postojanje i visina tražbine te razlučno pravo kojim je tražbina osigurana (čl. 178. st. 11.). Prema § 28. st. 2. njemačkog Insolvenzordnungs (koji je poslužio kao uzor prilikom izrade našeg Stečajnog zakona) u rješenju o otvaranju stečajnoga postupka pozivaju se vjerovnici da

²⁵ A. Eraković: Položaj razlučnih vjerovnika nakon reforme stečajnoga prava, *Pravo u gospodarstvu*, 2001/4, str. 113.

²⁶ A. Verona-S. Zuglia: Stečajni zakon s komentarom, Zagreb, 1930., str. 175.

²⁷ Čl. 166. st. 1. Zakona o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada iz 1980., čl. 204. st. 1. Zakona o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada iz 1986., čl. 117. st. 1. Zakona o prisilnoj nagodbi, stečaju i likvidaciji – NN, br. 54/94.

stečajnom upravitelju odmah priopće koja prava osiguranja imaju na pokretnim stvarima i na pravima. Ne govori se o "prijavi" razlučnih prava. Taj zakon uređuje prijavu tražbina stečajnih vjerovnika (§ 174.), a ne i prijavu razlučnih prava.²⁸

Unatoč tim zakonskim odredbama, mišljenja sam da nije dovedeno u pitanje pravilo po kojem otvaranje stečajnoga postupka nema utjecaja na pravo razlučnih vjerovnika da se odvojeno namire iz predmeta stečajne mase na kojima imaju zasnovano razlučno pravo. Stečajni vjerovnici mogu svoje tražbine ostvarivati samo u stečajnom postupku (čl. 96., SZ), dakle, *argumentum a contrario*, razlučni vjerovnici mogu svoje tražbine ostvarivati izvan stečajnog postupka. Nakon otvaranja stečajnoga postupka razlučni vjerovnici ovlašteni su pokrenuti postupak ovrhe ili osiguranja po općim pravilima ovršnoga postupka, a prekinute postupke koji su pokrenuti prije otvaranja stečajnoga postupka nastavlja i provodi ovršni sud po pravilima ovršnoga postupka (čl. 98. st. 5., SZ). Konačno, okolnost što je neko razlučno pravo osporeno ne utječe na pravo vjerovnika da svoju tražbinu osiguranu razlučnim pravom namiri izvan stečajnoga postupka (čl. 178. st. 12., SZ).

Položaj razlučnog vjerovnika kojem dužnik i osobno odgovara ovisi o njegovom pravu izbora načina ostvarivanja tražbine. (1) Razlučni vjerovnik može svoju tražbinu ostvarivati izvan stečajnoga postupka bez podnošenja prijave tražbine i razlučnog prava stečajnom upravitelju, kao da stečaj nije otvoren. (2) Razlučni se vjerovnik može odreći prava na odvojeno namirenje i svoju tražbinu ostvarivati kao stečajni vjerovnik podnošenjem prijave stečajnome upravitelju kao i svaki drugi stečajni vjerovnik. (3) Razlučni vjerovnik može podnijeti prijavu tražbine stečajnome upravitelju ne odričući se razlučnog prava. U ovom slučaju razlučni vjerovnik bi u biti u stečajnom postupku imao isti položaj kao i stečajni vjerovnik, ali pod uvjetom da se ne uspije odvojeno namiriti. U trenutku kada se odvojeno namiri iz predmeta na kojem ima razlučno pravo prestaje njegovo svojstvo stečajnoga vjerovnika u stečajnome postupku u pogledu cijele tražbine ili dijela tražbine koji je odvojeno namiren.

2. Pojedinačni razlučni vjerovnici

2.1. Založni vjerovnici

Založno pravo je "prototip" razlučnog prava²⁹ jer se sa založnim vjerovnicima izjednačuju i ostali razlučni vjerovnici. Založno pravo je ograničeno stvarno pravo na određenoj stvari (zalogu) koje ovlašćuje svog nositelja (založnoga vjerovnika) da određenu tražbinu, ne bude li mu o dospjeću ispunjena, namiri iz vrijednosti stvari, ma čija ona bila, a njezin svagdašnji vlasnik (razlučni dužnik) dužan je to trpjeti.³⁰

²⁸ A. Eraković, isto, str. 114.

²⁹ D. Eickmann, u knjizi grupe autora: Heidelberg Kommentar zur INSOLVENZORDNUNG, C.F. Muller Verlag, Heidelberg, 1999., str. 181.

³⁰ Čl. 297. st. 1., ZV.

Predmet založnog prava (zalog) može biti pojedinačno određena pokretna ili nepokretna stvar sposobna za unovčenje, kao i pojedinačno određeno imovinsko pravo koje je prikladno da vjerovnik iz njega namiri svoju tražbinu (čl. 298., ZV). Založno pravo osniva se na određenoj stvari ili pravu kao zalogu na temelju pravnoga posla osobe čiji je zalog (dobrovoljno založno pravo), sudske odluke (sudsko založno pravo) ili zakonom (zakonsko založno pravo), a na način određen zakonom (čl. 305. st. 1., ZV). Pravo namirenja je bitni sadržaj založnoga prava, po čemu se razlikuje od ostalih ograničenih stvarnih prava. Pravo namirenja ovlašćuje svojeg nositelja da svoju zalogom osiguranu tražbinu namiruje iz vrijednosti zalog, ma čiji taj zalog bio.³¹ Zalog se opterećuje založnim pravom u korist svagdašnjega vjerovnika određene tražbine čije se namirenje time osigurava (čl. 300., ZV). Otvaranje stečajnoga postupka ne utječe na ovo pravo namirenja iz vrijednosti zalog. Založno pravo, zahvaljujući svojoj stvarnopravnoj naravi, djeluje prema svagdašnjem vlasniku zalog, prema svagdašnjim nositeljima svih ostalih prava koja postoje glede toga zalog, kao i prema svima trećima.³² Založni vjerovnik ima pravo od svagdašnjega vlasnika, a i od svakoga trećega, zahtijevati da trpi namirenje zalogom osigurane tražbine iz vrijednosti založene stvari (čl. 336. st. 3., ZV). Založni vjerovnik ima pravo zahtijevati da trpi namirenje zalogom osigurane tražbine iz vrijednosti založene stvari i od stečajnoga dužnika, ako stvar spada u stečajnu masu. Pravo na namirenje založni vjerovnik ostvaruje putem suda, na način određen propisima o ovrsi novčanih tražbina (čl. 336. st. 2. ZV). Namirenje izvansudskim putem dopušteno je u određenim slučajevima ako je predmet založnoga prava pokretna stvar ili pravo koje se ne smatra nekretninom. Tada je namirenje izvansudskim putem dopušteno, ako je založni dužnik dopustio takvo namirenje u trenutku osnivanja založnoga prava ili naknadno izričito u pisanom obliku. Ako je založnim pravom osigurana tražbina iz trgovačkog posla, pravo na namirenje ostvaruje se izvansudskim putem, ako to založni dužnik nije izričito isključio u trenutku osnivanja zalog.

2.2. Vjerovnici kojima pripada pravo na namirenje

Ovrha na nekretnini radi ostvarenja novčane tražbine provodi se zabilježbom ovrhe u zemljišnoj knjizi, utvrđivanjem vrijednosti nekretnine, prodajom nekretnine i namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenoga prodajom (čl. 75., OZ). Zabilježbom ovrhe u zemljišnoj knjizi ovrhovoditelj ako ranije na nekretnini nije stekao založno pravo, stječe pravo da svoju tražbinu namiri iz nekretnine (pravo na namirenje) i u slučaju da treća osoba kasnije stekne vlasništvo nekretnine (čl. 79. st. 2., OZ). Ovrhovoditelj koji je predložio ovrhu, a nije prije stekao založno pravo, stječe zabilježbom ovrhe pravo da se iz nekretnine namiri prije osobe koja na toj nekretnini kasnije stekne založno pravo ili pravo na namirenje (čl. 79. st. 6., OZ).

³¹ N: Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, op. cit., str. 724-725.

³² N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, op. cit., str. 725.

Kada je u pitanju ovrha na pokretnini, ovrhovoditelj stječe pljenidbenim popisom založno pravo na popisanim pokretninama (čl. 135. st. 1., OZ), a jednako tako ovrhovoditelj pljenidbom stječe založno pravo na ovršenikovoj tražbini (čl. 152. st. 2., OZ), na dionici, na udjelu ili poslovnom udjelu (čl. 196. st. 1. i čl. 198., OZ) i na drugim imovinskim pravima (čl. 200. u vezi s čl. 135. st. 1., OZ).

Pravo namirenja čini bitni sadržaj i založnog prava, pa i nema neke suštinske razlike između založnog prava i prava na namirenje. U slučaju otvaranja stečaja ta dva prava su izjednačena; i založni vjerovnik i vjerovnik kome pripada pravo namirenja postaju različni vjerovnici (arg. iz čl. 81., SZ).³³

Ako stečajni vjerovnik tijekom posljednjih trideset dana prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka ili nakon toga sudskom ovrhom ili prisilnim sudskim osiguranjem stekne koje razlučno ili slično pravo na imovini dužnika koja ulazi u stečajnu masu, to pravo otvaranjem stečajnoga postupka prestaje (čl. 97., SZ). Prestaje dakle i pravo na namirenje ako je zabilježba ovrhe upisana u javnoj knjizi tijekom posljednjih trideset dana prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnoga postupka ili nakon toga, odnosno ako su uvjeti za upis zabilježbe ostvareni u tom vremenskom razdoblju (arg. iz čl. 98. st. 6., SZ). Ne prestaju razlučna prava koja su stečena na neki drugi način (založno pravo stečeno temeljem pravnog posla, uključujući sudsko i javnobilježničko osiguranje na temelju sporazuma stranaka, zakonsko založno pravo). Pravna radnja temeljem koje je zasnovano razlučno pravo može se međutim pobijati po pravilima o pobijanju pravnih radnji poduzetih prije otvaranja stečaja (čl. 127. do 144., SZ).

2.3. Vjerovnici koji imaju pravo retencije (zadržanja)

Razlučni vjerovnici su i vjerovnici koji imaju pravo zadržanja nekoga predmeta, jer su nešto upotrijebili u korist toga predmeta, u mjeri u kojoj njihova tražbina po toj osnovi još ne prelazi postojeću kori st. Razlučni vjerovnici su i vjerovnici koji pravo zadržanja imaju na temelju zakona (čl. 83. t. 2. i 3., SZ). Oni su izjednačeni s vjerovnicima koji na nekom predmetu iz stečajne mase imaju kakvo založno pravo koje nije upisano u javnu knjigu, pa imaju pravo na odvojeno namirenje svoje tražbine, kamata i troškova iz vrijednosti predmeta na kojem imaju pravo zadržanja. To se odnosi i na Republiku Hrvatsku, jedinice lokalne samouprave i uprave te druge javne pravne osobe ako predmet za koji postoji obveza plaćanja carine ili poreza po zakonu služi osiguranju javnih davanja (čl. 83. t. 4. SZ).

Vjerovnik dospjelog novčanog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje. Ako je dužnik postao nesposoban za plaćanje, vjerovnik može vršiti pravo zadržanja iako njegovo potraživanje nije dospjelo (čl. 286., ZOO). Vjerovnik nema pravo zadržanja kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegova posjeda protiv njegove volje ili kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je predana vjerovniku

³³ A. Eraković, isto, str. 116.

na čuvanje ili na poslugu (čl. 287. st. 1., ZOO). Vjerovnik koji ima pravo zadržanja glede načina naplate ima položaj založnog vjerovnika ima se pravo naplatiti iz vrijednosti stvari na isti način kao založni vjerovnik, ali je dužan o svojoj namjeri naplate obavijestiti dužnika (čl. 289., ZOO).

2.4. Fiducijarni vjerovnici

(a) *Općenito*

Otvaranjem stečajnog postupka nastaje poseban pravni režim koji vrijedi za odnose nastale sudskim ili javnobilježničkim osiguranjem tražbine prijenosom vlasništva na stvari ili prijenosom prava.³⁴ U stečajnom postupku prijenos vlasništva radi osiguranja svodi se na njegovu pravu svrhu, pretvara se u ono čemu je taj prijenos prema intencijama stranaka imao služiti, tj. u razlučno pravo, pravo na odvojeno namirenje iz takvih predmeta.³⁵ I u njemačkoj pravnoj literaturi zastupljeno je mišljenje da vjerovnik kojem je preneseno pravo vlasništva radi osiguranja tražbine nije izlučni, već razlučni vjerovnik i da je to pravo s gospodarskog stajališta bliže založnom pravu nego pravu vlasništva.³⁶ Stečajni zakon među ostale razlučne vjerovnike uvrštava i vjerovnike kojima je dužnik radi osiguranja njihove tražbine predao neku pokretnu stvar ili prenio neko pravo (čl. 83. t. 1.). Ta je odredba preuzeta iz njemačkog Insolvenzordnunga (§ 51. t. 1.), pa je vjerojatno to razlog što se u njoj ne govori i o prijenosu prava vlasništva na nekretnini. Njemačko pravo, za razliku od našeg, nema odredbi o fiducijarnom prijenosu prava vlasništva na nekretninama. Ima mišljenja da fiducijarno vlasništvo nekretnine, unatoč odredbi čl. 81a., SZ, treba smatrati izlučnim pravom fiducijarnog vjerovnika u stečajnom postupku fiducijarnog dužnika.³⁷ Iz odredbi čl. 81a., SZ proizlazi međutim da je fiducijar razlučni vjerovnik, ali se ipak razlikuje od ostalih razlučnih vjerovnika utoliko što ima pravo tražiti da zadrži vlasništvo stvari ili pravo koji su na njega preneseni radi osiguranja ako se prigodom pokušaja njihovog unovčenja ne može postići cijena koja bi odgovarala visini osigurane tražbine.

(b) *Učinak otvaranja stečajnog postupka na fiducijarno osiguranje*

Otvaranjem stečajnog postupka predlagatelj osiguranja (vjerovnik) gubi pravo otuđenja i opterećenja stvari ili prava koji su na njega preneseni sudskim ili javnobilježničkim osiguranjem tražbine (čl. 81a. st. 1., SZ), a pravni poslovi sklopljeni protivno toj odredbi nemaju pravnog učinka (čl. 81a. st. 2., SZ). Vjerovnik inače nije ovlašten otuđiti ili opteretiti stvar ako sporazumom o prijenosu vlasništva na nekoj stvari ili prijenosom prava radi osiguranja na to nije ovlašten. Ako to ipak

³⁴ To je posebno uređeno Zakonom o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona iz 2000. godine u čl. 81.a., jer su se mišljenja o tome jesu li fiducijari razlučni vjerovnici ili izlučni vjerovnici podijelila.

³⁵ A. Verona-S. Zuglia, op. cit., str. 41.

³⁶ D. Eickmann: op. cit., str. 183.

³⁷ H. Vukić: Fiducijarno vlasništvo na nekretninama u stečaju, *Pravo u gospodarstvu* 1/2000., str. 19.

učini, takvo je otuđenje ili opterećenje pravno valjano, a predlagatelj osiguranja odgovara protivniku osiguranja za štetu koju mu je time prouzročio (čl. 275. st. 2., OZ). Otvaranjem stečajnoga postupka situacija se bitno mijenja. Pravni posao kojim bi vjerovnik (predlagatelj osiguranja) otuđio ili opteretio stvar ništav je. Unovčenje stvari ili prava putem javnog bilježnika na način propisan u čl. 277. OZ također više nije moguće, jer je i pravni posao sklopljen sukladno tim odredbama bez pravnog učinka bez obzira u kojoj se fazi nalazi postupak uređen tim odredbama.³⁸ Otvaranjem stečajnog postupka pravni se položaj fiducijara pretvara u pravni položaj razlučnog vjerovnika.³⁹

(c) Fiducijarno vlasništvo upisano u javne knjige

Otvaranjem stečajnog postupka prestaju vlasnička ovlaštenja fiducijara. On po samom zakonu postaje razlučni vjerovnik. Predlagatelj osiguranja (vjerovnik) čija je tražbina osigurana prijenosom vlasništva na stvari ili prijenosom prava koji su upisani u javnoj knjizi ima pravo na odvojeno namirenje na toj stvari ili pravu prema odredbama propisa o ovrsi (čl. 81a. st. 3., SZ). Ta odredba upućuje na čl. 81. i 164. st. 4. i 5. SZ. Ima dakle isto pravo koje ima i založni vjerovnik čije je založno pravo upisano u javnoj knjizi.

Za razliku od založnog vjerovnika, fiducijar ima pravo zadržati stvar ili pravo kao punopravni vlasnik, odnosno imatelj. Vjerovnik koji se želi koristiti tim pravom mora zatražiti najkasnije u prijedlogu za ovrhu 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 ni nakon treće prodaje, zadržati stvar ili pravo kao punopravni vlasnik, odnosno imatelj za tu cijenu (čl. 81a. st. 4., SZ). To isto može učiniti i u slučaju kada stečajno vijeće donese rješenje o prodaji sukladno odredbi iz čl. 164., SZ, ali najkasnije do donošenja zaključka o prodaji (čl. 81a. st. 5., SZ).

U st. 6. čl. 81a. SZ propisano koje su posljedice ako se stvar ili pravo ne uspiju prodati za cijenu višu od osigurane tražbine, uvećane za kamate i troškove te predvidivi porez na promet. Tada se smatra da je predlagatelj osiguranja (vjerovnik) postao punopravnim vlasnikom stvari ili punopravnim imateljem prava koji su na njega preneseni za cijenu koja odgovara iznosu osigurane tražbine s kamatom i troškovima te porezom na promet. Ako je predlagatelj osiguranja (vjerovnik) pokrenuo ovršni postupak, prodaja će se izvršiti prema pravilima koja uređuju prodaju u ovršnom postupku. Kada je u pitanju prodaja nekretnine, moguća su najviše tri ročišta za prodaju (arg. iz čl. 97., OZ), a sukladno tome predviđena su tri ročišta za prodaju i u čl. 81a. st. 4., SZ, samo što ovršni sud neće moći ni na trećem ročištu unovčiti stvar ili pravo za cijenu koja ne bi bila dovoljna za pokriće osigurane tražbine. Predlagatelj osiguranja (vjerovnik) bi dakle postao punopravni vlasnik

³⁸ A. Eraković, isto, str. 118.

³⁹ Tako i M. Dika: Bitne značajke druge Novele Stečajnog zakona, u knjizi: Stečaj i ovrha – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2001., str. 20.

nakon treće prodaje ako se ne postigne ta cijena. Obveza određivanja tri ročišta za prodaju ne postoji ako nekretninu prodaje stečajno vijeće. Ako se nekretnina nije mogla prodati na prvom ročištu za prodaju za utvrđenu cijenu, ona se već na drugom ročištu za prodaju može prodati za bilo koju nižu cijenu koju odredi stečajno vijeće (arg.iz čl. 164. st. 3., SZ). Ako se dakle na prvom ročištu nije mogla postići cijena u visini osigurane tražbine, daljnje prodaje više nemaju svrhe. U tom slučaju treba uzeti da je predlagatelj osiguranja (vjerovnik) postao punopravni vlasnik nakon pokušaja prve prodaje.⁴⁰

Kada nastupi zakonska pretpostavka da je vjerovnik postao punopravni vlasnik, stečajni sudac donosi rješenje na zahtjev predlagatelja osiguranja (vjerovnika) kojim određuje brisanje zabilježbe u zemljišnoj ili drugoj javnoj knjizi da je prijenos vlasništva, odnosno prava, obavljen radi osiguranja.

(d) Fiducijarno vlasništvo koje nije upisano u javnoj knjizi

Predlagatelj osiguranja (vjerovnik) čija je tražbina osigurana prijenosom stvari ili prava koji nisu upisani u javnoj knjizi imaju pravo na odvojeno namirenje na toj stvari ili pravu prema čl. 165. do 172., SZ o unovčenju drugih stvari ili prava. Odredbama čl. 164. do 172., SZ uređeno je unovčenje predmeta na kojima postoji razlučno pravo, s tim da se čl. 164. odnosi na unovčenje nekretnina, brodova, zrakoplova i prava koji su upisana u javnoj knjizi, a preostale odredbe na unovčenje svih ostalih stvari i prava.

Kada su u pitanju stvari ili pravo koji nisu upisani u javnoj knjizi, vjerovnik je ovlašten, sve dok stečajni upravitelj ne unovči stvar ili pravo, obavijestiti stečajnoga upravitelja da je spreman zadržati stvar ili pravo za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini, ako stečajni upravitelj ne uspije prodati stvar ili pravo za višu cijenu u roku od tri mjeseca računajući od dana kada je vjerovnik zatražio od stečajnoga upravitelja da proda stvar ili pravo. Ako je pak vjerovnik ovlašten prodati stvar ili pravo, a želi ih zadržati za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini, dužan je ovlastiti stečajnoga upravitelja da pokuša obaviti prodaju za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini također u roku od tri mjeseca. Vjerovnik postaje po samom zakonu punopravnim vlasnikom stvari, odnosno imateljem prava ako stečajni upravitelj u roku od tri mjeseca ne uspije prodati stvar ili pravo barem za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini. To se na odgovarajući način odnosi i na dionice odnosno udjele ili poslovne udjele u trgovačkom društvu koji su sudski ili javnobilježnički preneseni radi osiguranja.⁴¹

(e) Zadržavanje vlasništva stvari, odnosno prava bez pokušaja prethodne prodaje

Zakon predviđa i mogućnost izravne prodaje stvari ili prava (bez obzira na to jesu li ili nisu upisani u javnoj knjizi) fiducijaru. Stečajno vijeće može na prijedlog

⁴⁰ A. Eraković, isto, str. 120.

⁴¹ A. Eraković, isto, str. 120.

vjerovnika ili stečajnoga upravitelja rješenjem, ako ocijeni da je to opravdano, ovlastiti stečajnoga upravitelja da sklopi s predlagateljem osiguranja (vjerovnikom) sporazum o tome da on zadrži kao punopravni vlasnik, odnosno imatelj stvar ili pravo koji su na njega preneseni radi osiguranja, i to za cijenu koja odgovara osiguranoj tražbini uvećanoj za kamate, troškove i predvidivi porez na promet. Rješenje se objavljuje na oglasnoj ploči suda, a protiv tog rješenja pravo na žalbu imaju dužnik pojedinac, vjerovnici i stečajni upravitelj ako on nije podnio prijedlog. Sporazum se može sklopiti tek kada rješenje postane pravomoćno (čl. 81a. st. 13. i 14., SZ).

3. Određena ovlaštenja razlučnih vjerovnika kao sudionika u stečajnom postupku

3.1. Ovlaštenje za pokretanje stečajnog postupka

Stečajni postupak se pokreće prijedlogom vjerovnika ili dužnika (čl. 39. st. 1., SZ). Vjerovnik je ovlašten podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka ako učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i kojega od stečajnih razloga (čl. 39. st. 2., SZ). Dokazivanjem vjerojatnosti postojanja tražbine i stečajnog razloga vjerovnik dokazuje postojanje svog pravnog interesa za pokretanje stečajnoga postupka, a interes mu je da u tako pokrenutom stečajnom postupku namiri svoju tražbinu.⁴² Prema njemačkom pravu, pored toga što vjerovnik mora učiniti vjerojatnim postojanje svoje tražbine i stečajnog razloga, traži se i da ima pravni interes za pokretanje stečajnog postupka,⁴³ a smatra se da nema pravni interes ako se može na jednostavniji i jeftiniji način namiriti nego što će to moći u stečajnom postupku.⁴⁴ Razlučni vjerovnici su i stečajni vjerovnici ako im je dužnik i osobno odgovoran. Imaju pravo na razmjerno namirenje iz stečajne mase samo ako se odreknu odvojenoga namirenja ili ako se ne uspiju odvojeno namiriti (čl. 84., SZ).

Razlučnim vjerovnicima kojima dužnik nije i osobno odgovoran ne treba priznati legitimaciju za pokretanje stečajnoga postupka, jer za to nemaju pravnog interesa. Takav vjerovnik ima pravo namiriti se iz vrijednosti predmeta na kojem je uspostavljeno pravo na odvojeno namirenje neovisno o tome je li stečajni postupak otvoren ili nije. On ne dolazi u povoljniju pravnu poziciju time što je nad dužnikom otvoren stečajni postupak; ono što nije namirio iz predmeta na kojem postoji pravo na odvojeno namirenje neće moći namiriti iz opće stečajne mase jer mu dužnik ne odgovara osobno.

Razlučnom vjerovniku kojem dužnik osobno odgovara ne bi trebalo priznati pravo na pokretanje stečajnoga postupka ako je iz samog prijedloga očito da se može

⁴² A. Eraković, isto, str. 121.

⁴³ Prema § 14. st. 1. njemačkog Insolvenzordnungs vjerovnik je ovlašten podnijeti prijedlog ako ima pravni interes da se otvori stečajni postupak i ako učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i stečajnog razloga.

⁴⁴ H.P. Kirchof u knjizi Heidelberger Kommentar zur INSOLVENZORDNUNG, op. cit., str. 59.

na jeftiniji i jednostavniji način namiriti izvan stečajnog postupka. Tada bi trebalo zaključiti da nema pravnog interesa za podnošenje prijedloga za pokretanje stečajnog postupka. Ocjenu o tome postoji li pravni interes najčešće, međutim, neće biti moguće dati na temelju onoga što se navodi u prijedlogu. Vjerovnik nije dužan u prijedlogu navesti da je njegova tražbina osigurana razlučnim pravom, jer mu je dovoljno učiniti vjerojatnim postojanje tražbine i kojega od stečajnih razloga. Razlučnom vjerovniku kojem dužnik i osobno odgovara treba priznati legitimaciju za pokretanje stečajnog postupka ako u prijedlogu za otvaranje stečajnoga postupka izjavi da se odriče prava na odvojeno namirenje za slučaj da se stečaj otvori. Odricanjem prava na odvojeno namirenje takav vjerovnik postaje stečajni vjerovnik. Pravo na pokretanje stečajnog postupka treba priznati i vjerovniku koji učini vjerojatnim da se neće uspjeti odvojeno namiriti.

3.2. Prijava razlučnih prava i tražbina osiguranih razlučnim pravom

U rješenju o otvaranju stečajnog postupka razlučni vjerovnici se posebno pozivaju da u roku od petnaest dana prijave svoja razlučna prava (a) na pokretnim stvarima i pravima dužnika, (b) na nekretninama dužnika koje nisu upisane u zemljišnim knjigama, (c) na nekretninama dužnika koje jesu upisane u zemljišnim knjigama, iako ta razlučna prava nisu upisana u zemljišnim knjigama (arg. iz čl. 54. st. 4., SZ), a rok počinje teći protekom osmog dana od dana objave oglasa o otvaranju stečajnoga postupka u Narodnim novinama (čl. 64. u vezi s čl. 9. st. 1., SZ). Razlučni vjerovnici nisu dužni prijaviti razlučna prava na nakretnini koja je upisana u zemljišnim knjigama ako je i razlučno pravo upisano u tim knjigama. Osim toga, vjerovnici nisu dužni prijaviti svoja razlučna prava na pokretninama i pravima dužnika koja su upisana u upisnicima u kojima se te stvari, odnosno prava vode (npr. u upisniku brodova i zrakoplova, upisnicima prava intelektualnog vlasništva i sl.).

Razlučni vjerovnici podnose prijavu svojih prava u dva primjerka. U prijavi se označuje dio imovine na koji se razlučno pravo odnosi te iznos do kojega njihova tražbina neće biti pokrivena razlučnim pravom. Prijavi se u prijepisu prilažu isprave kojima se dokazuje tražbina i razlučno pravo kojim je ona osigurana (čl. 173a. st. 1. SZ). Prijava se može podnijeti i naknadno (nakon isteka roka od petnaest dana), ali najkasnije u roku od tri mjeseca nakon ispitnog ročišta, odnosno do objavljivanja poziva za završno ročište ako je poziv za završno ročište objavljen prije isteka tri mjeseca. Ove naknadne prijave, ako su podnesene u tom roku, ispituju se na jednom ili više posebnih ispitnih ročišta na trošak vjerovnika koji prijavu nisu podnijeli u redovnom roku od petnaest dana. Naknadni rok je prekluzivan. Prijave stečajnih vjerovnika podnesene nakon tri mjeseca od dana održavanja ispitnog ročišta, odnosno nakon objavljivanja poziva za završno ročište, odbacuje rješenjem stečajni sudac.

Razlučni vjerovnici međutim ne gube pravo time što su propustili rok za podnošenje prijave, ali mogu ostati nenamireni za slučaj da predmet razlučnog prava bude mimo njih unovčen u stečajnom postupku zato što njihovo pravo nije bilo upisano u javnoj knjizi ili zato što za njega stečajni upravitelj nije znao niti morao

znati. Tada gube pravo na namirenje u stečajnom postupku i nemaju pravo tražiti naknadu štete ili bilo kakvu drugu naknadu od stečajnoga dužnika ili drugih vjerovnika (čl. 173a. st. 2., SZ). Pod tim pretpostavkama razlučni vjerovnici gube pravo namirenja u stečajnom postupku samo ako je predmet razlučnog prava unovčen. Razlučni vjerovnik koji podnese prijavu nakon propisanog roka nije prekludiran u svom pravu ako predmet razlučnog prava još nije unovčen mimo njega. Ako stečajni upravitelj unovči predmet iako je znao za postojanje razlučnog prava bez obzira što nije podnesena prijava, logično je u tom slučaju razlučnog vjerovnika namiriti iz stečajne mase, ako je to još moguće. Ako to nije moguće (jer je već izvršena dioba), razlučni vjerovnik bi imao pravo zahtijevati naknadu štete od stečajnog upravitelja. Razumljivo je da razlučni vjerovnik čije pravo nije bilo upisano u javnoj knjizi, a stečajni upravitelj nije za njega mogao znati, nema pravo zahtijevati naknadu štete ako je zakasnio s prijavom.⁴⁵

3.3. Prava razlučnih vjerovnika kao članova odbora vjerovnika i skupštine vjerovnika

Polazeći od toga da razlučni vjerovnici imaju pravo odvojenog namirenja iz pojedinih dijelova stečajne mase izvan stečajnog postupka, a da im to pravo ne može biti uskraćeno ni u stečajnom postupku, načelno im ne bi trebalo priznati pravo donošenja odluka kroz sudjelovanje u odboru vjerovnika ili skupštini vjerovnika. U odboru vjerovnika, kojeg osniva stečajno vijeće, moraju biti zastupljeni stečajni vjerovnici s najvišim tražbinama i vjerovnici s malim tražbinama. (čl. 32. st. 1., SZ).⁴⁶ Razlučni vjerovnici ne moraju biti zastupljeni, ali stečajnom vijeću nije zabranjena da imenuje i nekog od razlučnih vjerovnika. Skupština vjerovnika ovlaštena je na izvještajnom ročištu ili kojem kasnijem ročištu osnovati odbor vjerovnika, ako on nije osnovan, odnosno izmijeniti njegov sastav ili ga ukinuti (čl. 38e. st. 1.t.1., SZ), pa za člana odbora može izabrati i razlučnog vjerovnika. Konačno, skupština vjerovnika ovlaštena je donijeti sve odluke iz nadležnosti odbora vjerovnika, a pravo glasa prigodom donošenja odluka u skupštini može biti priznato i razlučnim vjerovnicima.

Skupštinu vjerovnika saziva stečajni sudac, a pravo sudjelovanja imaju svi vjerovnici s pravom odvojenog namirenja, svi stečajni vjerovnici, stečajni upravitelj i dužnik pojedinac (čl. 38a. st. 1., SZ). Krug osoba koje imaju pravo sudjelovati u radu skupštine širi je od kruga osoba koje imaju pravo glasa. Razlučni vjerovnici imaju pravo sudjelovanja i kada im nije priznato pravo glasa. Pravo sudjelovanja nije isto što i pravo prisutnosti na sjednici. Oni koji imaju pravo sudjelovanja nisu javnost (publika), već to podrazumijeva pravo poduzimanja određenih radnji (pravo na

⁴⁵ A. Eraković, isto, str. 123.

⁴⁶ U Stečajnom zakonu je bilo propisano da moraju biti zastupljeni i razlučni vjerovnici, a riječi "razlučni vjerovnici" brisane su Zakonom o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona ("Narodne novine", br. 129/00). Vidi pobliže: A. Eraković, op. cit., str. 129.

iznošenje svojih stavova i prijedloga). Razlučni vjerovnici nemaju pravo podnijeti prijedlog za sazivanje skupštine vjerovnika (arg. iz čl. 38b., SZ).⁴⁷

Pravo glasa u skupštini vjerovnika imaju vjerovnici čije je tražbine priznao stečajni upravitelj, a nije osporio koji od vjerovnika s pravom glasa. Smatrat će se da vjerovnik ima pravo glasa iako je njegova tražbina osporena ako postojanje svoje tražbine dokazuje ovršnom ispravom ili ako je njegova tražbina osigurana razlučnim pravom upisanim u zemljišnoj ili kojoj drugoj javnoj knjizi, osim ako dužnik javnom ili ovjеровljenom ispravom ne dokaže prestanak postojanja tražbine (čl. 38d. st. 2., SZ). Ostalim vjerovnicima osporenih tražbina priznat će se pravo glasa ako se na skupštini vjerovnika stečajni upravitelj i nazočni vjerovnici s pravom glasa tako sporazumiju. Ako se sporazum ne može postići, o tome odlučuje stečajni sudac (čl. 38d. st. 3., SZ).

Ta odredba, kojom su određene pretpostavke za priznanje prava glasa stečajnim vjerovnicima čije su tražbine osporene, primjenjuje se na odgovarajući način i na razlučne vjerovnike (čl. 38d. st. 5., SZ),⁴⁸ pa se razlučnim vjerovnicima može priznati pravo glasa u biti kao i stečajnim vjerovnicima čije su tražbine osporene.

Stečajnim vjerovnicima koji nisu podnijeli prijavu tražbine po prirodi stvari ne može biti priznato pravo glasa, jer takvi vjerovnici nisu stranke u stečajnom postupku. Svi razlučni vjerovnici, međutim, ne moraju podnositi prijavu razlučnog prava. Stečajni upravitelj mora uzeti u obzir i ona razlučna prava za koja je saznao bez obzira na to što nisu prijavljena, a presumira se njegovo znanje o razlučnim pravima koja su upisana u javnoj knjizi. Može se stoga zaključiti da podnošenje prijave nije uvjet za priznanje prava glasa razlučnim vjerovnicima. Pozicija razlučnih vjerovnika koji se odreknu prava na odvojeno namirenje i razlučnih vjerovnika kojima dužnik ne odgovara osobno ne bi trebalo da bude sporna. Prvima treba priznati pravo glasa kao i stečajnim vjerovnicima, jer oni u trenutku odreknuća postaju samo stečajni vjerovnici. Razlučnim vjerovnicima kojima dužnik ne odgovara osobno ne bi trebalo priznati pravo glasa, bez obzira na odredbu čl. 38c. st. 2., SZ, iz koje proizlazi da i tim vjerovnicima može biti priznato pravo glasa, jer oni ne mogu steći pravo na razmjerno namirenje iz opće stečajne mase.⁴⁹

Nejasno je odnosi li se odredba čl. 38d. st. 2., SZ, prema kojoj se smatra da vjerovnik ima pravo glasa ako postojanje svoje tražbine dokazuje ovršnom ispravom ili mu je tražbina osigurana razlučnim pravom upisanim u javnoj knjizi, i na razlučne

⁴⁷ Pravo podnošenja prijedloga razlučnim vjerovnicima je oduzeto Zakonom o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona iz 2000. godine s ciljem reduciranja njihovih prava u stečajnom postupku. Zapravo se postavlja pitanje zbog čega im uopće priznati pravo odlučivanja u stečajnom postupku ako svoju tražbinu mogu namiriti odvojeno iz predmeta razlučnog prava neovisno o samom stečajnom postupku. Ako im je međutim dano pravo sudjelovanja u skupštini vjerovnika, a može im biti priznato i pravo glasa, nema logičnog opravdanja za to što im je oduzeta mogućnost da iniciraju sazivanje skupštine.

⁴⁸ U stavku 5. članka 38d. uslijed redakcijske pogreške stoji da se na odgovarajući način primjenjuje odredba "stavka 2" umjesto pravilno "stavka 3", a kako je do toga došlo vidi pobliže A: Eraković: isto, str. 128.

⁴⁹ Vidi pobliže: A. Eraković, isto, str. 128.

vjerovnike. Zakon, čini se, pogrešno izjednačava u pogledu prava glasa stečajne vjerovnike koji postojanje svoje tražbine dokazuju ovršnom ispravom i razlučne vjerovnike čije su tražbine osigurane razlučnim pravom upisanom u javnoj knjizi. Hoće li se razlučnom vjerovniku priznati pravo glasa ovisi, od stupnja vjerojatnosti da će svoju tražbinu odvojeno namiriti iz predmeta razlučnog prava, a ne o tome postoji li ili ne postoji njegova tražbina. Stoga bi ovu odredbu trebalo tumačiti u smislu da se ona odnosi na stečajne vjerovnike čije su tražbine osporene, a razlučno pravo služi samo kao dokaz o postojanju tražbine, dakle, smatra se da pravo glasa imaju i stečajni vjerovnici čije su tražbine osporene, a dokazuju ih ovršnom ispravom, i stečajni vjerovnici koji postojanje tražbine dokazuju razlučnim pravom upisanim u javnoj knjizi. Zakonska presumpcija o postojanju prava glasa ne bi se odnosila na vjerovnika koji svoje pravo ostvaruje kao razlučni vjerovnik. Priznanje prava glasa razlučnom vjerovniku ne bi trebalo ovisiti o tome je li on prijavio ili nije prijavio razlučno pravo, je li mu razlučno pravo priznato ili je osporeno, kao ni o tome je li njegovo razlučno pravo upisano u javnoj knjizi, već isključivo o tome koliko je vjerojatno da će se odvojeno namiriti iz predmeta razlučnog prava.⁵⁰ Stečajni sudac bi morao pravo glasa priznati razlučnom vjerovniku samo ako ocijeni da će svoju tražbinu ili dio tražbine ostvarivati kao stečajni vjerovnik, jer se vjerojatno neće moći odvojeno namiriti. Ako je razlučnom vjerovniku ipak priznato pravo glasa (jer su se stečajni upravitelj i nazočni vjerovnici s pravom glasa tako sporazumjeli), ostaje mogućnost da stečajno vijeće ukinе odluku vjerovnika. Ono to može učiniti na zahtjev kojega od razlučnih vjerovnika, stečajnoga vjerovnika koji nije nižega isplatajnoga reda ili stečajnoga upravitelja, ako je odluka u suprotnosti sa zajedničkim interesima stečajnih vjerovnika (čl. 38f. st. 1., SZ).

3.4. Prava razlučnih vjerovnika u slučaju prodaje imovine dužnika kao cjeline

Vjerovnici mogu na izvještajnom ročištu ili na kojoj kasnijoj sjednici skupštine vjerovnika, na temelju izvještaja stečajnoga upravitelja, odnosno nalaza i mišljenja vještaka, odlučiti da se umjesto unovčenja pojedinih dijelova imovine dužnika odredi prodaja imovine dužnika kao cjeline (odluka o prodaji) (čl. 163a. st. 1., SZ). Odluka o prodaji valjana je donesena ako je za nju glasovala većina vjerovnika i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su tako glasovali nadmašuje zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv odluke, ne računajući razlučne vjerovnike (čl. 163a. st. 3., SZ). Razlučni vjerovnici ne mogu dakle utjecati na to hoće li se imovina dužnika prodati kao cjelina ili neće.

Prema čl. 163b. st. 8., SZ na prodaju imovine dužnika kao cjeline na odgovarajući se način primjenjuju pravila o učincima prodaje u ovrsi radi naplate novčane tražbine, ali se ipak znatno razlikuju. Kada je u pitanju prodaja nekretnine u ovršnom postupku, založna prava prestaju (a i neki tereti) i nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi sud rješenjem određuje da se u zemljišnoj knjizi brišu upisana prava i tereti (čl.

⁵⁰ A: Eraković, isto, str. 129

119. st. 1., OZ). U postupku ovrhe na nekretnini namiruju se i založni vjerovnici koji nisu predložili ovrhu (čl. 81. st. 1., OZ). Kod prodaje imovine dužnika kao cjeline učinci prodaje na razlučna prava različiti su s obzirom na to o kojoj je imovini riječ.

Ako se radi o imovini koja je upisana u zemljišnim ili drugim javnim knjigama i ako su i razlučna prava upisana u tim knjigama, kupac preuzima imovinu zajedno s razlučnim pravima i drugim teretima koji su na njoj upisani u tim knjigama. Ako razlučno pravo koje inače postoji nije upisano, a imovina opterećena razlučnim pravom jest, kupac preuzima te dijelove imovine opterećene razlučnim pravom (ili drugim teretom): 1. ako su razlučna prava i drugi tereti prijavljeni u stečaju, 2. ako je to određeno ugovorom o prodaji, ili 3. ako to nije u protivnosti s pravilima o zaštiti povjerenja u javne knjige (čl. 163f. st. 2., SZ). Smisao odredbe je u tome da kupac preuzima dijelove imovine opterećene razlučnim pravom ako se ispuni jedna od tih pretpostavki; dakle, kupac preuzima stvar opterećenu razlučnim pravom ako je ono prijavljeno u stečaju bez obzira što o tome u ugovoru nije ništa rečeno, a jednako tako preuzima stvar opterećenu razlučnim pravom ako je tako ugovoreno bez obzira na to što razlučno pravo nije prijavljeno. Međutim, i u slučaju kada je ispunjena jedna od tih pretpostavki, kupac ne preuzima stvar opterećenu razlučnim pravom ako bi to bilo u protivnosti s pravilima o zaštiti povjerenja u javne knjige.

Stvar koja nije upisana u javnoj knjizi, a nalazi se u posjedu stečajnoga upravitelja, kupac preuzima zajedno s razlučnim pravima i drugim teretima: 1. ako su oni prijavljeni u stečaju, 2. ako je to određeno u ugovoru o prodaji, ili 3. ako je kupac znao ili morao znati za njihovo postojanje. Dovoljno je da je ispunjena jedna od ove tri pretpostavke. Stvar koja nije upisana u javnoj knjizi i ne nalazi se u posjedu stečajnoga upravitelja kupac preuzima zajedno s razlučnim pravima i drugim teretima, neovisno o tome jesu li ta prava prijavljena u stečaju, odnosno jesu li navedena u ugovoru o prodaji.

Tražbinu ili koje drugo pravo stečajnog dužnika koji nisu upisani u javne knjige, a preneseni su na vjerovnika radi založnopravnoga osiguranja njegove tražine, kupac preuzima opterećene razlučnim pravom: 1. ako je razlučno pravo prijavljeno u stečaju, 2. ako je to određeno ugovorom o prodaji, ili 3. ako je kupac znao ili morao znati za njegovo postojanje. Potrebno je da se ispuni makar jedna od tih pretpostavki. Kupac stječe tražbinu odnosno pravo neopterećeno razlučnim pravom ako ono nije prijavljeno u stečaju ili ako to nije određeno u ugovoru o prodaji, osim ako je već prema sadržaju tražbine ili prava ili prema ispravama na kojima se oni temelje bilo moguće razumno pretpostaviti da na njima postoje razlučna prava, odnosno da ih stečajni upravitelj nije ovlašten otuđiti bez tereta (čl. 163f. st. 5. i 6., SZ).

Ako je na vjerovnika preneseno vlasništvo stvari ili je preneseno pravo radi osiguranja neke tražbine, prodajom imovine dužnika kao cjeline na kupca prelaze prava i obveze koje je stečajni dužnik imao prema vjerovniku u svezi s tim prijenosom prije otvaranja stečajnog postupka (čl. 163h., SZ).⁵¹

⁵¹ A. Eraković: Prodaja imovine stečajnoga dužnika kao cjeline, u knjizi *Stečaj i ovrha – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*, Inženjerski biro d.d. Zagreb, 2001., str.149. i 150.

Tražbine i radi njihovoga osiguranja zasnovana razlučna prava koja su priznata u stečajnom postupku prije prodaje imovine dužnika kao cjeline kupac ne može nakon toga osporavati (čl. 163. st. 8., SZ). Priznanju se na određeni način daje značenje pravomoćno presuđene stvari. Nakon što su tražbine ispitane, stečajno vijeće donosi rješenje o tome u kojem su iznosu i u kojem isplatnom redu utvrđene, odnosno osporene pojedine tražbine (čl. 177. st. 3.), a ne i o "priznanju" razlučnog prava, pa bi proizlazilo da se izjavi stečajnoga upravitelja o tome da priznaje razlučno pravo daje značaj pravomoćno presuđene stvari. Kupcu u svakom slučaju treba priznati pravo osporavanja i tražbine i razlučnog prava, ako se to osporavanje temelji na činjenicama koje su nastale nakon priznanja: ako je tražbina, primjerice, prestala na jedan od zakonom određenih načina nakon što je priznata, ne bi imalo nikakvog smisla prisiljavati kupca da namiri tražbinu koja više ne postoji.

Nakon pravomoćnosti rješenja o potvrđivanju ugovora o prodaji stečajni se postupak nastavlja protiv stečajnoga dužnika kojega zastupa stečajni upravitelj (čl. 163., SZ). Vjerovnici ostvaruju svoje tražbine u stečaju koji se nastavlja iz stečajne mase što sada predstavlja uglavnom svotu novca koju je kupac platio na ime kupovne cijene. Parnice o osporenim tražbinama nastavljaju se u ime i za račun stečajnog dužnika. Razlučni vjerovnici ne mogu se naravno namiriti iz stečajne mase i ujedno iz vrijednosti imovine koja je prenesena na kupca opterećena razlučnim pravom. Ugovorom o prodaji može se odrediti da određeni dijelovi imovine dužnika na kojima postoje razlučna prava ostaju u stečajnoj masi. U tom slučaju ti dijelovi imovine unovčuju se po pravilima stečajnoga postupka o unovčenju dijelova imovine dužnika na kojima postoje razlučna prava. Razlučni vjerovnici namiruju se kao i da nije prodana imovina dužnika kao cjelina. Ako je kupac preuzeo imovinu opterećenu razlučnim pravom, razlučni se vjerovnik namiruje iz vrijednosti te imovine a ne iz stečajne mase. Razlučni vjerovnici koji su u stečajnom postupku prijavili iznos do kojega njihove tražbine neće biti pokrivene razlučnim pravom namiruju se glede toga iznosa iz stečajne mase kao stečajni vjerovnici. Tada se iz stečajne mase izdvajaju sredstva potrebna za namirenje razlučnih vjerovnika kao stečajnih vjerovnika do okončanja postupka njihova prisilnoga namirenja iz predmeta razlučnoga prava preuzetog ugovorom o prodaji imovine dužnika kao cjeline (čl. 163g. st. 2., SZ). Sporazum između kupca i razlučnog vjerovnika o načinu i uvjetima namirenja razlučnoga vjerovnika ne obvezuje stečajnu masu. Postignu li takav sporazum, stečajno vijeće odlučuje hoće li i u kojoj mjeri priznati iznos tražbine koju je razlučni vjerovnik prijavio kao stečajni vjerovnik. Stečajno vijeće o tome donosi rješenje na prijedlog stečajnoga upravitelja, a nakon što razlučnom vjerovniku koji je prijavio dio tražbine omogućiti da se o prijedlogu očituje. Protiv tog rješenja pravo žalbe imaju razlučni vjerovnik i stečajni upravitelj.

3.5. Prava razlučnih vjerovnika u postupku prihvatanja stečajnog plana

U stečajnom planu vjerovnici s različitim pravnim položajem razvrstavaju se u posebne skupine, s tim da se vjerovnici istoga pravnoga položaja mogu svrstati i u više skupina prema istovrsnosti gospodarskih interesa. Jednu od skupina čine i

vjerovnici s pravom odvojenoga namirenja, ali samo ako plan zadire u njihova prava. Vjerovnici se ne razvrstavaju u posebne skupine ako bi prema stečajnom planu njegovi učinci bili jednaki prema svim stečajnim vjerovnicima (čl. 218. st. 4., SZ). Ispuni li se ta pretpostavka i ako se stečajnim planom ne zadire u prava razlučnih vjerovnika, glasovanje o prihvatanju stečajnog plana ne odvija se prema skupinama. Tada će se smatrati da su vjerovnici prihvatili stečajni plan ako je za njega glasovala većina vjerovnika od onih koji su glasovali i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan prelazi zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se on prihvati (čl. 240. st. 3., SZ). Ako nisu ispunjene te pretpostavke, glasuje se po skupinama. To mora biti učinjeno i ako, između ostalog, plan zadire u prava razlučnih vjerovnika. U tom slučaju plan je prihvaćen ako je u svakoj skupini glasovala većina vjerovnika i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan dvostruko nadmašuje zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se plan prihvati.

Stečajnim planom ne smije se zadirati u pravo razlučnih vjerovnika na namirenje iz predmeta na kojima postoje prava odvojenoga namirenja, ako tim planom nije izriekom drukčije određeno. Ako je planom drukčije određeno, u provedbenoj osnovi za razlučne vjerovnike se posebno navodi u kojem se dijelu njihova prava smanjuju, na koje vrijeme se odgađa njihovo namirenje te koje još odredbe plana prema njima djeluju (čl. 219., SZ). Stečajni plan djeluje samo prema onim razlučnim vjerovnicima koji su za njega glasovali (čl. 250. st. 2., SZ). Pravni položaj razlučnog vjerovnika ne može se promijeniti osim u slučaju kada se on s time složi. Smatrat će se dakle da je u skupini u koju su razvrstani razlučni vjerovnici plan prihvaćen ako je za prihvatanje plana glasovala većina vjerovnika i ako zbroj tražbina (ili vrijednosti razlučnih prava) razlučnih vjerovnika koji su glasovali za plan dvostruko prelazi zbroj tražbina (ili vrijednosti razlučnih prava) razlučnih vjerovnika koji su glasovali protiv toga da se plan prihvati. Međutim, stečajni plan neće djelovati prema razlučnim vjerovnicima koji su glasovali protiv toga da se plan prihvati. Nema nadglasavanja kada su u pitanju razlučni vjerovnici.⁵²

4. Ispitivanje tražbina osiguranih razlučnim pravom

U primjeni Stečajnog zakona, prije njegove Novele iz 2000. godine, nije se pravila razlika između “prijava tražbina” i “prijava razlučnih prava”. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske imao je stav da razlučna prava nisu predmet ispitivanja na ispitnom ročištu.⁵³

⁵² A. Eraković: Položaj razlučnih vjerovnika nakon reforme stečajnog prava, op.cit., str.133.

⁵³ Prema obrazloženju odluke PŽ-4864/00 od 07.11.2000. godine “Na ispitnom ročištu se prijavljene tražbine ispituju prema svojim iznosima i redu, kako je to propisano u čl. 175. st. 1. SZ. Stečajni upravitelj dužan je određeno se izjasniti priznaje li ili osporava svaku prijavljenu tražbinu (čl. 175. st. 2. SZ). Stečajno vijeće nakon što su tražbine ispitane donosi rješenje kojim odlučuje o tome u kojem su iznosu i u kojem isplatnom redu utvrđene, odnosno osporene pojedine tražbine, te odlučuje i o

Zakonom o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona iz 2000. godine propisano je, međutim, da se odredbe o osporenim tražbinama (stavak 1. do 10. članka 178.) na odgovarajući način primjenjuju i na slučaj u kojemu su osporeni postojanje i visina tražbine te razlučno pravo kojim je tražbina osigurana. Okolnost da je neko razlučno pravo osporeno ne utječe na pravo vjerovnika da svoju tražbinu osiguranu razlučnim pravom namiri izvan stečajnog postupka u skladu s ovim Zakonom (čl. 178. st. 11. i 12., SZ).

Ove odredbe u praksi izazivaju dvojbe jer se za različne vjerovnike postavlja pitanje zbog čega moraju prijavljivati svoja razlučna prava i zbog čega se ta prava ispituju na ispitnom ročištu ako mogu tražbinu osiguranu razlučnim pravom namiriti izvan stečajnoga postupka i u slučaju kada im je razlučno pravo osporeno.. Njemačko iskustvo ne može biti od pomoći, jer njemački Insolvenzordnung na različit način tretira različne vjerovnike.⁵⁴ Prema čl. 175., SZ na ispitnom ročištu ispituju se samo tražbine, a ne i razlučna prava, dok iz odredbe čl. 178. st. 11. proizlazi da se ispituju i razlučna prava. Pravilo *nemo iudex sine actore* trebalo bi vrijediti i kada je u pitanju stečajni postupak i o određenom pravu vjerovnika ne bi se moglo odlučivati ako on to ne traži ili se čak tome protivi. Ako bi se međutim odredbe čl. 178. st. 1. do 10., SZ o osporenim tražbinama na odgovarajući način primjenjivale samo na ona razlučna prava koja su prijavljena, značilo bi prihvatiti diskriminaciju određenih razlučnih vjerovnika u odnosu na druge različne vjerovnike. U tom slučaju bi oni različni vjerovnici koji su podnijeli prijavu bili izloženi riziku da im razlučno pravo bude osporeno, a oni koji to nisu učinili ne izlažu se toj opasnosti. Stečajno vijeće rješenjem odlučuje o tome u kojem iznosu i u kojem isplatom redu utvrđene, odnosno osporene tražbine te o upućivanju na parnicu (čl. 177. st. 3., SZ). Nema odredbe o tome da odlučuje i o utvrđenim, odnosno osporenim razlučnim pravima, a pitanje je i koja je svrha takve odluke. Okolnost da je razlučno pravo osporeno ne utječe na pravo vjerovnika da svoju tražbinu osiguranu razlučnim pravom namiri izvan stečajnog postupka (čl. 178. st.

upućivanju na parnicu radi utvrđivanja odnosno osporavanja tražbine (čl. 177. st. 3. SZ). Tim odredbama jasno je određeno da se ispituju tražbine, a ne razlučna prava, i da stečajno vijeće donosi rješenje o utvrđenim, odnosno osporenim tražbinama, a ne o razlučnom pravu. Razlučni vjerovnici ne gube razlučno pravo, ako ne podnesu prijavu. Oni koji to ne učine izlažu se riziku da stečajni upravitelj unovči predmete na kojima imaju razlučno pravo, ne znajući da to pravo postoji, i postignutim iznosom namiri stečajne vjerovnike. Međutim, samo razlučno pravo ti različni vjerovnici ne gube. Stečajni vjerovnici mogu svoje tražbine prema dužniku ostvarivati samo u stečajnom postupku (čl. 96. SZ) iz čega proizlazi da različni vjerovnici mogu svoje tražbine ostvarivati i izvan stečajnog postupka. To je posve jasno propisano u čl. 98. st. 5. SZ. Razlučno pravo se stoga ne može osporavati i razlučni vjerovnik upućivati na parnicu, jer bi nastala apsurdna situacija da je u povoljnijem položaju onaj razlučni vjerovnik koji uopće nije prijavio svoje razlučno pravo" Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-4864/00 od 07.11.2000.

⁵⁴ Prema Insolvenzordnungu u rješenju o otvaranju stečajnog postupka vjerovnici se pozivaju da odmah priopće stečajnom upravitelju koja prava osiguranja imaju na pokretnim stvarima i pravima, a ne i da podnesu prijavu (§ 28. st. 2.), a uređuje samo prijavu tražbina koju podnose stečajni vjerovnici, dok o prijavi razlučnih prava nema odredbi (§ 174.).

12.) pa bi trebalo zaključiti da on gubi pravo namirenja u stečajnom postupku, a što nije prihvatljivo ako je pokrenuo parnicu na koju je upućen i ako je uspio u toj parnici. To nije sukladno ni odredbi iz čl. 173a. st. 2., SZ prema kojoj pravo namirenja u stečajnom postupku gube samo oni vjerovnici koji su zakasnili s prijavom, ako je predmet razlučnog prava unovčio stečajni upravitelj mimo njih.⁵⁵

Osim potrebe informiranja sudionika stečajnoga postupka o tome koje su tražbine osigurane razlučnim pravom, teško je dokučiti koji bi još razlozi govorili u prilog tome da i razlučna prava moraju biti predmet ispitivanja i da stečajno vijeće rješenjem odlučuje o njihovom osporavanju te o upućivanju na parnicu. Dovoljno bi bilo da se unesu u tablicu koju sastavlja stečajni upravitelj uz naznaku koja od njih priznaje, a koja osporava. Stečajni vjerovnici nisu zaštićeni time što je rješenjem stečajnog vijeća razlučno pravo osporeno, jer razlučni vjerovnik time ne gubi pravo namirenja izvan stečaja. Neutemeljene zahtjeve stečajni upravitelj može ukloniti isticanjem pravnih lijekova u postupku u kojem razlučni vjerovnik pokušava ostvariti svoje pravo. S druge strane, zaštićen je i razlučni vjerovnik, jer je ovlašten i nakon otvaranja stečaja pokrenuti postupak ovrhe ili osiguranja, pa i u slučaju kada je njegovo razlučno pravo osporeno (arg. iz čl. 98. st. 5. i čl. 178. st. 12., SZ). Stečajni upravitelj će poduzimati radnje unovčenja imovine i namirenja vjerovnika ne obazirući se na razlučno pravo za koje smatra da ne postoji. Razlučni vjerovnik to može spriječiti pokretanjem ovršnog postupka. Ako nema ovršnu ispravu, može pokrenuti postupak osiguranja i predložiti određivanje protiv dužnika (kao protivnika osiguranja) neke od mjera osiguranja, primjerice da se dužniku zabrani otuđenje i opterećenje predmeta zalogu ili da mu se zabrani raspolaganje utrkom postignutim unovčenjem predmeta.⁵⁶

Odredba čl. 178. st. 11., SZ ipak nameće obvezu ispitivanja razlučnih prava⁵⁷ i to ne samo onih koja su pravodobno prijavljena, već i onih koja nisu prijavljena ako su upisana u javnoj knjizi ili su stečajnom upravitelju inače poznata. Treba, međutim, imati u vidu da rješenje stečajnog vijeća o tome da je razlučno pravo osporeno nema isti učinak kao i rješenje kojim je osporena tražbina stečajnoga vjerovnika. Ako osoba koja je upućena na parnicu ne pokrene parnicu u roku koji joj je za to određen u rješenju vijeća o upućivanju na parnicu, smatrat će se da je odustala od prava na vođenje parnice (čl. 178. st. 6., SZ). To samo može značiti, kada je u pitanju osporavanje razlučnog prava, da je razlučni vjerovnik odustao od prava na vođenje parnice na koju je upućen (tužbe za utvrđenje da razlučno pravo postoji), ali time nije izgubio pravo na pokretanje postupka radi namirenja tražbine izvan stečajnog

⁵⁵ A. Eraković: Položaj razlučnih vjerovnika nakon reforme stečajnoga prava, op. cit., str. 125.

⁵⁶ A. Eraković, isto, str. 126.

⁵⁷ Ta će obveza postojati dok se odredbe o prijavljivanju i ispitivanju razlučnih prava ne izmijene, a takva zamisao postoji (u Nacrtu prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona pripremljenog u okviru Ministarstva gospodarstva predviđa se da bi razlučni vjerovnici o svom razlučnom pravu samo obavještavali stečajnoga upravitelja; razlučna prava ne bi bila predmet prijave ni predmet ispitivanja na ispitnom ročištu).

postupka. Prigodom diobe, iznos koji bi vjerovnik dobio da njegova tražbina nije osporena, izdvojiti će se sve dok se parnica pravomoćno ne završi, ako je pravodobno podnio dokaz da je pokrenuo parnicu na koju je upućen (čl. 185., SZ). Kada je u pitanju razlučni vjerovnik, taj iznos bi trebalo izdvojiti i u slučaju kada nije podnio dokaz da je pokrenuo parnicu na koju je upućen, jer on nije izgubio pravo namirenja izvan stečajnog postupka. Za razlučnog vjerovnika je pokretanje parnice na koju je upućen zapravo samo gubljenje vremena, jer i bez toga svoju tražbinu može namiriti izvan stečajnoga postupka. Čemu pokretati parnicu na utvrđenje da tražbina i razlučno pravo postoji, kada može odmah pokrenuti odgovarajući sudski postupak radi ostvarenja tražbine. Na parnicu će najčešće biti upućivani osporavatelji jer razlučni vjerovnici u pravilu svoje razlučno pravo temelje na nekoj ovršnoj ispravi.⁵⁸

5. Unovčenje predmeta na kojima postoji razlučno pravo i namirenje razlučnih vjerovnika

5.1. Unovčenje nekretnina, brodova, zrakoplova i prava upisanih u javne knjige

Nekretnine na kojima postoji razlučno pravo prodaje stečajno vijeće, na prijedlog stečajnoga upravitelja, uz odgovarajuću primjenu odredaba o ovrsi, dakle odredaba čl. 74. do 125., OZ. 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 (čl. 164. st. 2., SZ). Prodaja nekretnine obavlja se usmenom javnom dražbom (čl. 92. st. 1., OZ). Na prvom ročištu za javnu dražbu ne može se nekretnina prodati ispod tri četvrtine utvrđene vrijednosti, a na drugom ročištu ispod polovine te vrijednosti. Na trećem ročištu nekretnina može biti prodana bez ograničenja najniže cijene u odnosu na utvrđenu vrijednost. Ne proda li se ni na trećem ročištu, ovršni postupak se obustavlja (čl. 97., OZ). U stečajnom postupku ne vrijede ograničenja propisana u čl. 97., OZ-a; ako se nekretnina nije mogla prodati na prvom ročištu za utvrđenu vrijednost, na narednim ročištima može se prodati za nižu vrijednost koju odredi stečajno vijeće (čl. 164. st. 3., SZ). Nema ograničenja u broju ročišta za prodaju, a nije određena ni najniža cijena ispod koje se nekretnina ne bi smjela prodati, a to se ponekad shvaća i da se može prodati za jednu kunu ili jednu lipu. Smatram da takva prodaja ne bi imala smisla i da sud (kako u ovršnom tako i u stečajnom postupku) treba imati u vidu svrhu koja se želi postići prodajom, tj. namirenje makar jednog dijela vjerovnikove tražbine. Sloboda stečajnog vijeća u određivanju najniže cijene znači slobodu od zakonskih pravila, ali ne i slobodu od pravila logičnog mišljenja i životnog iskustva.

Hoće li se nekretnina prodati u stečajnom postupku ili u ovršnom postupku ovisi o tome tko je prvi pokrenuo postupak prodaje. Nakon što je razlučni vjerovnik pokrenuo ovršni postupak, bez obzira je li to učinio prije ili nakon otvaranja stečajnoga postupka, stečajno vijeće ne može na prijedlog stečajnog upravitelja

⁵⁸ A. Eraković, isto, str. 126.

odrediti prodaju u stečajnom postupku. Nekretnina će se u tom slučaju prodati u ovršnom postupku koji je pokrenuo razlučni vjerovnik (čl. 164. st. 4., SZ). Sud pristupa namirenju vjerovnika nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu i nakon što kupac položi kupovinu (čl. 104., OZ). Iz prodajne cijene namiruju se ovrhovoditelj na čiji je prijedlog određena ovrha, založni vjerovnici i kad nisu prijavili svoje tražbine, osobe koje imaju pravo na naknadu za osobne služnosti i druga prava koja prestaju prodajom, Republika Hrvatska i jedinice lokalne samouprave i uprave po osnovi poreza i drugih pristojbi. Tražbine ovih vjerovnika namiruju se po načelu prioriteta prema isplativim redovima sukladno čl. 106. i 107., OZ-a. Više tražbina koje imaju isti red namirenja namiruju se razmjerno svojoj visini ako iznos dobiven prodajom nije dovoljan za potpuno namirenje (čl. 109., SZ). Na prvom mjestu u redu prvenstva su troškovi ovršnoga postupka (čl. 106. st. 1. t. 1., OZ). Ako je prodaja izvršena u stečajnom postupku, namiruju se dakle najprije troškovi stečajnoga postupka, a to su sudski troškovi stečajnoga postupka, nagrade i izdaci privremenoga stečajnoga upravitelja i članova odbora vjerovnika te drugi troškovi za koje je zakonom određeno da će se namirivati kao troškovi stečajnog postupka (čl. 86., SZ). Iz prodajne cijene nekretnine ne mogu se namiriti svi troškovi stečajnoga postupka, već samo oni koji su učinjeni u vezi s unovčenjem te nekretnine. Nije isključeno da to budu i svi troškovi stečajnoga postupka; primjerice ako se imovina dužnika koja ulazi u stečajnu masu sastoji samo od određene nekretnine opterećene založnim pravom.⁵⁹

Odredbe o unovčenju nekretnine na odgovarajući način primjenjuju se i na prodaju brodova, brodova u izgradnji i zrakoplova⁶⁰ te prava upisanih u javne knjige.

5.2. Unovčenje pokretnih stvari i prava koja nisu upisana u javne knjige

Stečajni upravitelj smije i neposrednom pogodbom unovčiti pokretnu stvar na kojoj postoji razlučno pravo ako se ta stvar nalazi u njegovom posjedu (čl. 165. st. 1., SZ). O namjeri, načinu i uvjetima otuđenja dužan je obavijestiti razlučnog vjerovnika te uzeti u obzir mogućnost povoljnijega otuđenja koju je predložio vjerovnik. Drukčija mogućnost unovčenja može biti i u tome da vjerovnik sam preuzme predmet. Propisana je i zaštita razlučnog vjerovnika od odugovlačenja s unovčenjem na način što mu je priznato pravo na kamate koje teku od izvještajnog ročišta.⁶¹ Te stvari stečajni upravitelj može i koristiti za stečajnu masu, ako time nastalo smanjenje vrijednosti osiguranja naknadi razlučnom vjerovniku iz stečajne mase. Ako pravo na unovčenje nema stečajni upravitelj, pravo unovčenja pripada vjerovniku, ali mu stečajno vijeće (na prijedlog stečajnog upravitelja) može odrediti

⁵⁹ A. Eraković, isto, str. 134.

⁶⁰ Na ovrhu brodova i brodova u izgradnji kao *lex specialis* primjenjuju se odredbe čl. 867. do 955., Pomorskog zakonika (NN, br. 17/94, 74/94. i 43/96), a na zrakoplovima odredbe čl. 167. do 175. Zakona o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu (NN, br. 132/98).

⁶¹ Vidi pobliže čl. 166. do 168. SZ.

rok u kojem mora unovčiti predmet, inače to pravo prelazi na stečajnog upravitelja (čl. 172., SZ). Stečajni upravitelj može prepustiti vjerovniku i unovčenje onih predmeta koje ima pravo sam unovčiti (arg. iz čl. 169. st. 2., SZ).

Ovo što je rečeno o unovčenju pokretnih stvari uglavnom se odnosi i na unovčenje tražbine ili drugog prava na kojem postoji razlučno pravo.

Iz postignutog utrška unovčenjem predmeta na kojem postoji razlučno pravo u stečajnu masu unosi se iznos za naknadu troškova utvrđivanja tražbine i troškova unovčenja. Troškovi utvrđivanja tražbine (utvrđivanje istovjetnosti predmeta i razlučnih prava na tom predmetu) određuju se paušalno u iznosu od pet posto od utrška, a također se u istom iznosu određuje trošak unovčenja (prodaje), osim ako su stvarno nastali troškovi znatno viši ili niži; tada se određuju u stvarnoj visini. Od preostalog iznosa mora se bez odgađanja namiriti razlučni vjerovnik (čl. 169. i 170., SZ).

5.3. Namirenje dijela tražbine koji nije pokriven razlučnim pravom

Razlučni vjerovnici kojima je dužnik i osobno odgovoran ujedno su i stečajni vjerovnici, ali imaju pravo na razmjerno namirenje iz stečajne mase samo ako se odreknu odvojenoga namirenja ili ako se ne uspiju odvojeno namiriti. Namirenje vjerovnika provodi se prema pritjecanju gotovinskih sredstava, ali ne prije općeg ispitnog ročišta. Prije diobe stečajni upravitelj sastavlja popis tražbina koje se uzimaju u obzir pri diobi, a dužan je i javno objaviti zbroj tražbina i iznos koji će se raspodijeliti vjerovnicima (čl. 184., SZ). Razlučni vjerovnik treba najkasnije u roku od petnaest dana nakon dana objave podnijeti dokaz stečajnom upravitelju da se, i u kojem iznosu, odrekao odvojenoga namirenja ili da nije odvojeno namiren. Ako dokaz ne podnese pravodobno, njegova se tražbina neće uzeti u obzir pri djelomičnoj diobi (čl. 186. st. 1., SZ). Vjerovnik treba dati izjavu u pisanom obliku da se odriče prava na odvojeno namirenje. Time on gubi svojstvo razlučnog vjerovnika i namiruje se kao stečajni vjerovnik.

Za dokaz o tome da nije odvojeno namiren, dovoljno je stečajnom upravitelju dokazat (a) da će se unovčiti predmet na kojemu postoji razlučno pravo (npr. da je pronašao kupca, da je u tijeku sklapanje ugovora, da je pokrenuo ovršni postupak i sl.) i (b) da učini vjerojatnim visinu iznosa u kojem neće biti odvojeno namiren. Učini li to u propisanom roku od petnaest dana, odvojiti će se pri djelomičnoj diobi svota u kojoj tražbina neće biti odvojeno namirena. Ako se do završne diobe ipak uspije odvojeno namiriti, odvojene svote pri djelomičnim diobama raspodijelit će se stečajnim vjerovnicima. Ako samo stečajni upravitelj ima pravo unovčiti predmet na kojem postoji razlučno pravo, onda će stečajni upravitelj kod djelomične diobe procijeniti u kojemu iznosu tražbina neće biti odvojeno namirena (ako predmet još nije unovčen) i tu će svotu odvojiti.⁶²

⁶² A. Eraković: isto, str. 136.

IV. Zaključak

Na kraju se može reći da otvaranje stečajnoga postupka ne utječe na izlučna i razlučna prava. Izlučni vjerovnici pravo zahtijevati da se neki predmet izdvoji (izluči) iz stečajne mase (zbog što ne ulazi u imovinu stečajnog dužnika) ostvaruju po općim pravilima neovisno o samom stečajnom postupku, na jednak način kao i da stečaja nema. Izlučni se vjerovnici ne namiruju iz stečajne mase, već na temelju svoga stvarnog ili obveznog prava imaju zahtjev za izlučenje određenog predmeta baš zbog toga što ne spada u stečajnu masu. Njih se stečajni postupak ne tiče i nisu stranka u tom postupku.

Položaj razlučnih vjerovnika bitno je različit i u biti jednak je položaju stečajnih vjerovnika ako im dužnik i osobno odgovara. Razlučni vjerovnici se namiruju iz stečajne mase kao i stečajni vjerovnici, ali za razliku od stečajnih vjerovnika imaju pravo odvojenog namirenja iz predmeta (dijela dužnikove imovine) na kojem je zasnovano razlučno pravo. Pravni položaj razlučnih vjerovnika u stečajnom postupku ovisi o načinu ostvarivanja tražbine.

- a) Svoju tražbinu razlučni vjerovnik može ostvarivati odvojeno iz vrijednosti predmeta na kojem ima razlučno pravo izvan stečajnog postupka (u pravilu u ovršnom postupku) bez podnošenja prijave stečajnom upravitelju. U ovom slučaju razlučni vjerovnik nema svojstvo stranke u stečajnom postupku. Odluke tijela stečajnoga postupka ne mogu utjecati na njegovo pravo odvojenog namirenja.
- b) Razlučni vjerovnik može podnijeti prijavu tražbine stečajnom upravitelju uz odricanje od prava na odvojeno namirenje. Učini li to, ima u stečajnom postupku položaj stečajnog vjerovnika.
- c) Ako prijavi tražbinu stečajnom upravitelju bez odricanja od prava na odvojeno namirenje, razlučni vjerovnik ima u osnovi isti položaj kao i stečajni vjerovnik, ali pod uvjetom da se ne uspije odvojeno namiriti.⁶³

KRATICE:

- OZ - Ovršni zakon ("Narodne novine" br. 57/96., 29/99.)
SZ - Stečajni zakon ("Narodne novine" br. 44/96., 29/99., 129/00.)
VTS - Visoki trgovački sud Republike Hrvatske
ZOO - Zakon o obveznim odnosima ("Narodne novine" br. 53/91., 73/91., 3/94., 7/96., 112/99.)
ZV - Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine" br. 91/96., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01.)

⁶³ A. Eraković, isto, str. 136.

Summary

RIGHTS *EX IURE DOMINII* AND *EX IURE CREDITI* IN BUNKRUPTCY PROCEEDINGS

The article presents rights *ex iure dominii* and *ex iure crediti*, and legal position of creditors *ex iure dominii* and *ex iure crediti* in bankruptcy proceedings. Following the introductory remarks, the second part of the article discusses rights *ex iure dominii* and creditors *ex iure dominii*, with the special view to the object of right *ex iure dominii* and legal title for exclusion of an object from the bankruptcy estate. Issues of importance for the execution of rights *ex iure dominii*, compensation for rights *ex iure dominii* and legal position of creditors *ex iure dominii* in case of debtor's entire estate sale are further presented. In the other, longer part of the article, the notion of creditor *ex iure crediti* and its distinction in relation to other categories of creditors is analyzed. The position of fiduciary creditors as a specific group of creditors *ex iure crediti* is separately discussed. Particular rights of creditors *ex iure crediti* in bankruptcy proceedings are presented: right to initiate bankruptcy proceedings, advancement of rights *ex iure crediti*, right of participation in bodies within bankruptcy proceedings (special voting right in the creditors' assembly), rights of creditors *ex iure crediti* in case of debtor's entire estate sale, and legal position of bankruptcy creditors in proceedings of bankruptcy prospect acceptance. An important emphasis is placed on examination and verification, i.e., challenging of rights *ex iure crediti* during examination proceedings. Finally, the article presents sale of objects of right *ex iure crediti* and satisfaction of creditors *ex iure crediti*, especially satisfaction of part of their claim that was not secured by right *ex iure crediti*.

Key words: *right ex iure crediti, creditors ex iure crediti, right ex iure dominii, creditors ex iure dominii, claim, bankruptcy estate, advancement of right ex iure crediti, satisfaction, hipotecary right, hipotecary creditors, fiduciary creditors, right of retention, sale of objects of right ex iure crediti.*

Zusammenfassung

ABSONDERUNG- UND AUSSONDERUNGRECHTE BEI KONKURS

Es wird eine Übersicht über die Absonderung- und Aussonderungsrechte sowie die Rechtslage von Absonderung- und Aussonderungsgläubigern im Konkursverfahren gegeben. Nach einführenden Bemerkungen wird im zweiten Teil des Artikels über Absonderungsrecht und Absonderungsgläubiger diskutiert, besonders im Hinblick auf den Gegenstand des Absonderungsrechts und die

Rechtsgrundlage für die Absonderung des Gegenstandes aus der Konkursmasse, außerdem wird das dargelegt, was für die Realisierung des Absonderungsrechts besonders wichtig ist, über die Entschädigung für Absonderungsrecht und die Rechtslage des Absonderungsgläubigers im Falle des Verkaufs des Vermögens des Schuldners als Ganzes. Im übrigen, umfassenderen Teil des Artikels wird der Begriff der Aussonderungsgläubiger bestimmt und das, was sie von den anderen Kategorien der Gläubiger von Konkurschuldnern unterscheidet. Im Rahmen dessen wird die Lage der fiduziarischen Gläubiger als spezifische Aussonderungsgläubiger dargestellt. Es werden einzelne Rechte der Aussonderungsgläubiger im Konkursverfahren dargelegt: Befugnis zur Veranlassung des Konkursverfahrens, Anmeldung der Aussonderungsrechte, Teilnahmerecht in den Körpern des Konkursverfahrens (besonderes Stimmrecht in der Gläubigerversammlung), das Recht der Aussonderungsgläubiger im Falle des Verkaufs des Schuldnervermögens als Ganzes, sowie die Rechtslage der Konkursgläubiger im Verfahren der Annahme des Konkursplanes. Einen bedeutenden Platz nimmt die Darstellung der Überprüfung der Aussonderungsrechte dar und die Bestätigung bzw. Infragestellung dieser Rechte beim Prüfungsgerichtstag ein. Am Schluss steht die Darstellung der Verwertung von Gegenständen, auf die ein Aussonderungsrecht besteht und die Abfindung von Aussonderungsgläubigern, besonders die Befriedigung eines Teiles der Forderung, das nicht durch Aussonderungsrecht gesichert ist.

Schlüsselwörter: *Aussonderungsrecht, Aussonderungsgläubiger, Absonderungsrecht, Absonderungsgläubiger, Forderung, Konkursmasse, Anmeldung des Aussonderungsrechts, Befriedigung, Pfandrecht, Pfandgläubiger, fiduziarische Gläubiger, Retentionsrecht, Abfindungsrecht, Verwertung eines Gegenstands.*

Sommario

DIRITTI PRIVILEGIATI E CHIROGRAFARI NEL FALLIMENTO

Si presentano i diritti privilegiati e chirografari e la posizione giuridica dei creditori privilegiati e chirografari nella procedura fallimentare. Dopo le osservazioni introduttive nella seconda parte dell'articolo si discute sul diritto privilegiato e i creditori privilegiati, con particolare sguardo all'oggetto del diritto privilegiato e al titolo giuridico di esclusione di un bene dalla massa fallimentare, da cui si derivano altresì le importanti questioni per l'esecuzione dei diritti privilegiati, la compensazione per i diritti privilegiati e la posizione giuridica dei creditori privilegiati nel caso di vendita dell'intero patrimonio del debitore. Nell'altra ampia parte dell'articolo si fissa il concetto di creditore chirografario e la sua distinzione in relazione alle altre categorie di creditori. Nell'ambito di questa è trattata

particolarmente la posizione dei creditori fiduciari come uno specifico gruppo di creditori chirografari. Si determinano gli specifici diritti dei creditori chirografari nella procedura fallimentare: il diritto di avviare la procedura fallimentare, la presentazione dei diritti chirografari, il diritto di partecipazione negli organismi della procedura fallimentare (speciale diritto di voto nell'assemblea dei creditori), i diritti dei creditori chirografari in caso di vendita dell'intero patrimonio del debitore, e la posizione giuridica dei creditori fallimentari nella procedura di accettazione del piano fallimentare. Un posto importante è occupato dalla presentazione dell'esame e della verifica dei diritti chirografari, dalla relativa contestazione di questi diritti nell'udienza dibattimentale. Alla fine si presenta la conversione dei beni nella quale vengono saldati i diritti chirografari e soddisfatti i creditori chirografari, particolarmente la soddisfazione della parte delle loro richieste non garantite dal diritto chirografario.

Parole chiave: *diritto chirografario, creditori chirografari, diritto privilegiato, creditori privilegiati, istanza, massa fallimentare, presentazione del diritto chirografario, soddisfacimento, diritto ipotecario, creditori ipotecari, creditori fiduciari, diritto di ritenzione, diritto di soddisfacimento, conversione dei beni.*

ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETU U SLUČAJU NEOPRAVDANE OSUDE ILI NEOSNOVANOG UHIĆENJA

Mr. sc. Jasna Brežanski, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 343.159
347.51::342.2
Ur.: 4. veljače 2003.
Pr.: 14. veljače 2003.
Stručni članak

U referatu je prikazan institut odgovornosti države za štetu osobama neopravdano osuđenim ili neosnovano uhićenima, prema odredbama Zakona o kaznenom postupku i Zakona o prekršajima, uz primjenu općih pretpostavki odgovornosti za štetu i naknadu štete.

Polazi se od međunarodnih izvora prava i ustavnih načela čiju razradu nalazimo u zakonskim odredbama.

Građanskopravni elementi te odgovornosti razmotreni su i sa stajališta građanskopravne zaštite, pri čemu je korištena kako novija tako i starija, ali još uvijek, aktualna sudska praksa.

Ključne riječi: neopravdana osuda, neosnovano uhićenje, naknada štete.

I. Uvod

U ovom članku govorimo o odgovornosti države za štetu osobama neopravdano osuđenim ili neosnovano uhićenim¹ prema propisima u Republici Hrvatskoj, koji uređuju to pitanje. U građanskopravnom smislu radi se o izvanugovornoj, deliktnoj, odgovornosti za štetu i specifičnoj vrsti odgovornosti države u okviru sustava odgovornosti države za štetu, uspostavljenog u pojedinim zakonodavstvima.²

¹ Ustav Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 124/00.) govori u čl. 25. st. 4. o osobama nezakonito lišenima slobode ili osuđenim, dok posebni zakoni koriste drugačiju terminologiju, o čemu govorimo u daljnjem izlaganju.

² Vidjeti o tome: Ivo Borković: "Upravno pravo", Informator, Zagreb, 1997. (u daljnjem tekstu: Borković, op. cit.); Jadranko Crnić: "Naknada štete osobama neopravdano osuđenim i neosnovano lišenim slobode", Informator, Male stranice, br. 2180, 29. I. 1975., Zagreb (u daljnjem tekstu: J. Crnić, op. cit.); Berislav Pavišić i suradnici: "Komentar Zakona o kaznenom postupku s prikazom", II. izdanje knjiga I, Rijeka 2002., nakladnik Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci (u daljnjem tekstu: Pavišić i suradnici); Ivica Crnić: "Naknada štete odgovornosti za štetu i popravlanje štete, Zagreb, Organizator 1995. (u daljnjem tekstu: I. Crnić, op. cit.).

Povijesno gledano, postojanje takve odgovornosti odraz je, s jedne strane općenitog razvoja instituta odgovornosti države za štetu, a s druge strane poimanje i svrstavanje, kako u međunarodnim, tako i u nacionalnim okvirima, slobode i osobnosti čovjeka u temeljna ljudska prava. Razvoj tog instituta, od načela nepostojanja takve odgovornosti do uspostavljanja odgovornosti države za štetu, zbilo se u novije vrijeme, u relativno kratkom vremenskom razdoblju, počevši od druge polovice 19. st. a traje i danas.³ Napuštanje apsolutnog nepostojanja odgovornosti države za štetu,⁴ opće pravno načelo prema kojem onaj tko drugome uzrokuje štetu dužan je naknaditi tu štetu, počelo se primjenjivati i na djelovanje države. U početku se prihvaćalo na području onih odnosa u kojima se država pojavljivala kao privatna osoba, odnosno na području neautoritativnog djelovanja države.⁵ Zatim se ta odgovornost širila i na područje djelovanja njezinih tijela i službenih osoba kad je takvim djelovanjem trećima počinjena šteta. U okviru tog područja odgovornosti države regulira se i odgovornost države za štetu osobama neopravdano osuđenim ili neosnovano uhićenim.

Da li propisi pojedine države predviđaju takvu odgovornost i način na koji reguliraju to pitanje, nesumnjivo pokazuje odnos državne vlasti prema pojedincu i ima svoj politički, ustavnopravni i, u konačnoj provedbi, zakonom razrađeni aspekt. Standardi zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda u međunarodnom pravu, naročito nakon završetka II. svjetskog rata postaju značajan instrument djelovanja na suvremene zakonodavce, određujući opseg i razinu, ali i međunarodne (naddržavne) mehanizme zaštite tih prava. To nameće svakoj modernoj državi da kao članica međunarodne zajednice prihvati te standarde.

Republiku Hrvatsku, također, veže niz međunarodnih ugovora koji sadrže odredbe o ljudskim pravima i slobodama. Stoga, temeljna načela hrvatskog zakonodavstva, pa tako i zakonskog reguliranja instituta odgovornosti države za štetu osobama neopravdano osuđenim ili neosnovano uhićenim, uključuju preuzimanje i razradu temeljnih postulata sadržanih u međunarodnim dokumentima kojima je pristupila Republika Hrvatska, odnosno koji obvezuju Republiku Hrvatsku. Uređenja tog instituta u zakonodavstvu Republike Hrvatske, obuhvaća, dakle, međunarodne izvore prava, ustavnopravne odredbe i zakonske odredbe sadržane u posebnim zakonima, što ne isključuje i supsidijarnu primjenu općih propisa građanskog prava o odgovornosti za štetu i naknadi štete.

Značajan je pri tome i utjecaj sudske prakse jer je to jedan od načina na koji se jamči efikasnost u primjeni i tumačenju naprijed istaknutih standarda i zakonskih odredaba. Upravo sudske odluke sadrže i primjenu općih građanskopravnih načela o odgovornosti za štetu i naknadi štete, bez kojih provedba odredaba posebnih zakona ne bi bila moguća. Primjeri iz sudske prakse koje navodimo u ovom članku obuhvaćaju i sudske odluke koje su donijete primjenom ranije važećih propisa,

³ Borković, op. cit. str. 81.-95.

⁴ Borković, op. cit. str. 116.

⁵ Borković, op. cit. str. 116.

međutim nastojali smo citirati one odluke koje i nadalje mogu biti aktualne usprkos promjenama u zakonodavstvu.

II. Međunarodni izvori prava

Prema odredbama čl. 134. Ustava RH “međunarodni ugovori koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su na snazi, čine dio unutarnjega pravnog 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.”

Jedan od izvora međunarodnog prava, u izloženom smislu na planu djelovanja Ujedinjenih naroda, jest Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, od 19.XII.1966. (dalje: Međunarodni pakt). U čl. 9. st. 5. navedenog Međunarodnog pakta propisano je da “svaka osoba koja je žrtva nezakonitog uhićenja ili pritvora ima pravo na naknadu štete”. Nadalje prema čl. 14. st. 6. “ako izrečena krivična presuda bude kasnije poništena ili ako osuđenik dobije pomilovanje zato što nova ili naknadno otkrivena činjenica dokazuje da se radilo o sudskoj grešci, osoba koja je izdržala kaznu na osnovi te osude bit će obeštećena prema zakonu, ako se ne dokaže da je potpuno ili djelomično kriva za nepravodobno otkrivanje nepoznate činjenice.” Povrede odredaba Međunarodnog pakta mogu se pobijati individualnim pritužbama Odboru za prava čovjeka Ujedinjenih naroda.⁶

U okviru europskih integracija jedan od najvažnijih dokumenata je Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (“Narodne novine” – Međunarodni ugovori br. 6/99. i 9/99. – pročišćeni tekst – dalje Europska konvencija). U čl. 5. st. 5. Europske konvencije izričito se predviđa da “svatko tko je žrtva uhićenja ili pritvaranja suprotno odredbama ovog članka ima izvršivo pravo na odštetu”. Odredbe o pravu na naknadu štete sadrži i čl. 3. Protokola br. 7 uz Europsku konvenciju koji glasi: “Kad je neka osoba osuđena pravomoćnom presudom za kazneno djelo i kad je naknadno njezina presuda poništena, ili je ta osoba pomilovana na temelju novih ili novootkrivenih činjenica koje upućuju na pogrešnu presudu, osoba koja je izdržavala kaznu kao posljedicu te presude obeštećit će se u skladu sa zakonom ili praksom dotične države, osim ako se dokaže da je sama djelomice ili u cijelosti odgovorna za zakašnjelo utvrđenje do tada nepoznatih činjenica.” Europska konvencija izvor je prava pa se u svezi s tim ističe da je hrvatski sudovi moraju primjenjivati izravno.⁷

Pred Europskim sudom za ljudska prava radi zaštite prava zajamčenih Europskom konvencijom pojedinac može pokrenuti postupak protiv države za koju

⁶ Vidi “Obrazloženje uz Prijedlog ZKP-a iz 1997.” str. 182.

⁷ Nada Bodiřoga-Vukobrat i Sanja Barić: “Propisi EU i Povelja temeljnih ljudskih prava Europske unije s komentarom, Ogranizator, Zagreb 2002. str. 17 i dalje.

smatra da krši njegova prava. Postupak se završava donošenjem obvezatne sudske odluke. Postoji i mogućnost da se jedna država, stranka Europske konvencije, obrati Sudu sa zahtjevom protiv druge države, stranke, u kojoj se krše prava čovjeka zajamčena Europskom konvencijom.⁸

Navedeni međunarodni ugovori samo su dio međunarodnih dokumenata koji posredno ili neposredno utječu i na razinu zaštite temeljnih ljudskih prava kao što su to npr. Povelja temeljenih ljudskih prava Europske unije i Ugovor o stabilizaciji i pridruživanju zaključen s Republikom Hrvatskom.

III. Ustavnopravne odredbe

Ustav Republike Hrvatske ("Narodne novine", broj 124/00., dalje: Ustav RH) izričito je propisao u odredbama čl. 25. st. 4. da "svatko tko je bio nezakonito lišen slobode ili osuđen ima, u skladu sa zakonom, pravo na odštetu i javnu ispriku." Priznavanje tog prava na naknadu štete ustavnim odredbama proizlazi nesumnjivo i prvenstveno iz činjenice da su pravo na osobnu slobodu i sigurnost ustavna prava u Republici Hrvatskoj. To proizlazi iz više temeljnih odredaba Ustava RH.

Prema čl. 3. Ustava RH "sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava".

Nizom daljnjih odredaba propisano je načelo zaštite osobne slobode (čl. 22. st. 2., čl. 24. i 25. Ustava RH) i zaštite čovjekove osobnosti i dostojanstva (čl. 22. st. 1. i čl. 25. st. 1. Ustava RH). Prema odredbama čl. 22. st. 1. i 2. Ustava RH "čovjekova je sloboda i osobnost nepovrediva. Nikomu se ne smije oduzeti ili ograničiti sloboda, osim kada je to određeno zakonom, o čemu odlučuje sud." Prema odredbama čl. 24. st. 1. Ustava RH "nitko ne može biti uhićen ili pritvoren bez pisanoga, sudbenog i na zakonu utemeljenog naloga. Takav nalog mora biti pročitán i uručen uhićeniku prilikom oduzimanja slobode."

Ustav sadrži i pravo pristupa sudu kao bitan sastojak prava na slobodu i osobnu sigurnost, kao i niz drugih garancija za ostvarenje tog ustavnog prava (čl. 24. i 25. Ustava RH).

Ustavni sud Republike Hrvatske odlučujući o ustavnim tužbama protiv rješenja o pritvoru u više svojih odluka pozvao se na navedena ustavna načela i odredbe međunarodnih ugovora. Tako je u odluci br. U-III-1162/97 od 2.XII.97,⁹ između ostalog navedeno: "Ustavni sud RH je utvrdio kako su sudovi, donošenjem rješenja o produljenju pritvora koja nisu osnovana na zakonu, povrijedili ustavna načela iz članka 3. prema kojem su najviše vrednote ustavnog poretka RH, između ostalih

⁸ Nina Vajić: "Djelovanje Europskog suda za ljudska prava", Informator, br. 5085 od 30.XI.2002.

⁹ Vidi i Odluku Ustavnog suda RH br. U-III-135/2002 od 31.I.2002.

sloboda i vladavina prava, članka 5. kojim je propisano da je svatko dužan držati se Ustava i zakona i poštivati pravni poredak Republike Hrvatske, te članka 115. stavka 3. Ustava, prema kojem sudovi sude na temelju Ustava i Zakona. Istodobno su podnositelju povrijeđena ustavna prava iz članka 22. Ustava, kojim je propisano da su čovjekova sloboda i osobnost nepovredivi. Stavak 2. navedenog članka propisuje da se nikomu ne smije oduzeti ili ograničiti sloboda osim kada je to određeno zakonom, o čemu odlučuje sud.”

U odluci Ustavnog suda RH br. U-III-142/2002, od 28.III.2002. kojom je ustavna tužba protiv rješenja o prigovoru o dijelu, u obrazloženju se ističe: Člankom 22. Ustava propisano je da su čovjekova sloboda i osobnost nepovredive, te da se nikomu ne smije oduzeti ili ograničiti sloboda, osim kada je to određeno zakonom, o čemu odlučuje sud.

Ista jamstva utvrđuje i članak 5. stavak 1. točka c/ Konvencije koja, pored ostalog, propisuje da nitko ne smije biti lišen slobode, osim u postupku propisanom zakonom, ako je zakonito uhićen ili pritvoren, radi dovođenja sudbenoj vlasti, uz uvjet da postoji osnovana sumnja u počinjenje kaznenog djela.

Dakle, prema članku 22. Ustava i članku 5. stavku 1. točki c/ Konvencije, okosnicu normativnog uređenja pretpostavki za lišenje slobode čine osnovana sumnja i zakonitost postupanja. Odredbe članka 5. stavak 1. točke c/ Konvencije ne predstavljaju zapreku da zakonodavac svake pojedine države, unutar tako utvrđenih pravnih okvira, pobliže uredi pretpostavke za određivanje pritvora.

U konkretnom su slučaju nadležna tijela sudbene vlasti, u propisanom postupku (članak 107. stavak 2., ZKP), utvrdila da i dalje postoje uvjeti kumulativno propisani člankom 102. stavkom 1. točkom 4., ZKP, te produljila pritvor određen protiv podnositelja ustavne tužbe. Slijedom izloženog, odlukom nadležnog suda donesenom na temelju mjerodavnog zakona nisu povrijeđena ustavna prava iz članka 22. Ustava, niti su povrijeđena načela izražena u članku 5. stavku 1. točki c/ Konvencije.”

Ustav RH, prihvaćajući načelo rehabilitacije i popravljivanja štete osobama neopravdano osuđenim ili nezakonito lišenim slobode izričito im priznaje pravo:

- na odštetu,
- na javnu ispriku.

Razradu ostvarivanja tih prava prepustio je zakonu (čl. 25. st. 5. Ustava RH). Međutim, Ustav RH ne sadrži izričite odredbe o tome tko odgovara za štetu, odnosno ne sadrži odredbe o odgovornosti države u takvom slučaju, a ni inače nema izričite odredbe kojima bi se određivala odgovornost države. Temeljem toga neki zaključuju da “u važećem hrvatskom pravu pitanje odgovornosti države za štetu nije, niti načelno, uređeno ustavnim odredbama”¹⁰.

Drugi se, međutim, ne slažu u cijelosti s takvim zaključivanjem. Smatraju, naprotiv, da bi ustavnu odgovornost države za štetu, unatoč izostanku izričite ustavne

¹⁰ Borković, op. cit. str. 124.

odredbe, trebalo tražiti u temeljnim odredbama Ustava RH.¹¹ Upućuju pri tome na više odredaba Ustava, prvenstveno na odredbe već citiranog čl. 3. Ustava RH; zatim i na odredbu čl. 5. st. 2. prema kojoj je svatko obavezan držati se Ustava i zakona te poštovati pravni poredak Republike, kao i na odredbe o temeljnim slobodama i pravima čovjeka i građanina, a posebno na odredbe čl. 14., prema kojemu građani Republike Hrvatske imaju sva prava i slobode neovisno o njihovoj rasi, boji kože, spolu, jeziku, vjeri, političkom ili drugom uvjerenju, nacionalnom ili socijalnom podrijetlu, imovini, rođenju, naobrazbi, društvenom položaju ili drugim osobama, te da su svi pred zakonom jednaki. Zaključuju da je u provedbi ustavnih postulata "država odgovorna, pa i za naknadu štete" građanima, pravnim osobama i strancima što proizlazi iz specifičnog položaja države kao jamca stvarne i pravne sigurnosti tih subjekata.

Poštujući navedene argumente koje bi nesumnjivo trebalo uzeti u obzir u slučaju nepostojanja zakonske regulative, čini nam se ipak da je Ustav RH, odredbom, čl. 25. st. 5. prepustio zakonu da odredi osobu koja odgovara za štetu.

Međutim, neovisno o različitom tumačenju dosega ustavnih odredaba, nema dvojbe o odgovornosti države za štetu osobama neopravdano osuđenim ili neosnovano uhićenim, budući da je ta odgovornost izričito predviđena zakonom (o čemu ćemo govoriti u daljnjem izlaganju), kao što je i u drugim slučajevima odgovornost države za štetu izričito propisana zakonom (npr. Zakonom o sustavu državne uprave¹² za nezakoniti i nepravilan rad njezinih tijela i službenika), pa je zakonski propis izručila pravna osnova po kojoj država odgovara za štetu.

Ustav RH prepustio je, dakle, zakonu da regulira pretpostavke i ostvarenje prava na naknadu štete osobama neopravdano osuđenim ili nezakonito lišenim slobode (čl. 25. st. 5. Ustava RH).

IV. Zakonske odredbe

U skladu s ustavnim odredbama i međunarodnim obvezama pretpostavke za ostvarivanje prava na naknadu štete osobama neopravdano osuđenim ili neosnovano uhićenim, propisane su ovim zakonima:

- Zakonom o kaznenom postupku ("Narodne novine", broj 110/97., 27/98., 58/99., 112/99. i 58/02., dalje Zakon o kaznenom postupku ili ZKP, uz pojedine članke),
- Zakonom o prekršajima ("Narodne novine", broj 88/02., 122/02., dalje ZP).

Odredbe o tome mogu biti sadržane i u drugim posebnim zakonima kao što je to npr. Zakon o pravima bivših političkih zatvorenika ("Narodne novine", broj 34/91., 76/93.). Međutim, te posebne zakone ne razmatramo u ovom referatu.

¹¹ I. Crnić, op. cit. str. 125.

¹² Objavljen u "Narodnim novinama", broj 75/93., dalje: ZSDU.

Odgovornost države za štetu osobama neopravdano osuđenima i neosnovano uhićenim, u biti, predstavlja poseban oblik građanskopravne izvanugovorne odgovornosti za štetu, kako smo to već uvodno naglasili. Iako je u našem zakonodavstvu taj institut najvećim dijelom uređen posebnim zakonima s područja kaznenog i prekršajnog prava, time ta odgovornost nije izgubila karakteristične elemente građanskopravne odgovornosti.

Stoga, u daljnjem izlaganju, uz odgovarajuće zakonske odredbe, naglasit ćemo i te elemente kroz primjenu općih načela odnosno pretpostavki na temelju kojih nastaje obvezni odnos odgovornosti za štetu, a to su: subjekti, štetna radnja, šteta i uzročna veza.

IV.I. Rehabilitacija i naknada štete po Zakonu o kaznenom postupku

Preuzimanje i razrada ustavnih i međunarodnih načela, kao što smo već naveli, Zakon o kaznenom postupku sadrži u glavi XXX. pod nazivom "Postupak za naknadu štete i ostvarivanje drugih prava neopravdano osuđenih ili neutemeljeno uhićenih osoba." (čl. 476. do 484., ZKP). Načelo popravljivanja štete i rehabilitacije neopravdano osuđene ili neosnovano uhićene osobe jedno je od temeljenih načela hrvatskog kaznenog postupka. Izraženo je i u uvodnim odredbama čl. 12. Zakona o kaznenom postupku, koji glasi: "Osoba koja je neopravdano osuđena za kazneno djelo ili je neosnovano uhićena ima pravo na svekoliku rehabilitaciju, pravo na naknadu štete iz sredstava državnog proračuna te druga prava utvrđena zakonom".

Iz samog naziva Glave XXX. vidljivo je da se odnosi:

- na ostvarivanje prava na naknadu štete
- na ostvarivanje drugih prava.

Nadalje utvrđuju se dva osnovna slučaja u kojima se ostvaruje pravo na naknadu štete i druga prava, a to su:

- zbog neopravdane osude,
- zbog neosnovanog uhićenja.¹³

IV.I.1. Pravo na rehabilitaciju i naknadu štete zbog neopravdane osude

Odredbama članka 476., ZKP predviđene su pretpostavke koje moraju biti ispunjene da bi postojalo pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude. U kaznenoj procesnoj teoriji nazivaju se i pozitivnim pretpostavkama za naknadu štete.¹⁴ Navedenim zakonskim odredbama određene su osobe koje se smatraju neopravdano osuđenima kao i osude koje se smatraju neopravdanima.

Osobe koje se smatraju neopravdano osuđenima i koje prema odredbama čl. 476., ZKP¹⁵ imaju pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude su sljedeće:

¹³ Terminologija Zakona o kaznenom postupku nije ujednačena i razlikuje se npr. od naziva koje upotrebljava Ustav RH.

¹⁴ Pavišić, op. cit. str. 717.

¹⁵ Čl. 476., ZKP glasi:

- osoba prema kojoj je bila pravomoćno izrečena kaznena sankcija ili
 - osoba koja je pravomoćno proglašena krivom, a oslobođena kazne,
- a kasnije je u povodu izvanrednog pravnog lijeka vođen novi postupak koji je:
- pravomoćno obustavljen, ili je
 - pravomoćnom presudom oslobođena optužbe, ili je
 - optužba odbijena.

Nužno je, dakle, da u izloženom smislu postoje dvije odluke protiv iste osobe da bi moglo doći do neopravdane osude kao pretpostavke prava na naknadu štete. Osuda u smislu ovih odredaba, sadržajno obuhvaća kaznu, mjere sigurnosti, odgojne mjere, proglašenje krivim ili oslobađanje od kazne.¹⁶

Prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 3022/90 od 23.V.1991. (objavljena u Izboru odluka 93, sent. 130) “pravo na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode ne pripada osobi protiv koje je odbijena optužba, ali je kao učinitelju krivičnog djela izrečena mjera sigurnosti obveznog psihijatrijskog liječenja na slobodi”.

Da bi se osuda smatrala neopravdanom:

- mora postati pravomoćna;
- novi postupak (koji je pravomoćno obustavljen, ili je donesena oslobađajuća ili odbijajuća presuda) mora biti pokrenut povodom izvanrednog pravnog lijeka.

U obrazloženju odluke Općinskog suda u Puli, P-2027/99 od 8.I.2002. između ostalog je navedeno: “Na pravo oštećene osobe da zahtijeva naknadu štete od države zbog neopravdane osude nije od značaja činjenica zbog kojeg je uzroka došlo do neopravdane osude u provedenom kaznenom postupku, nego je važno da je ta osoba tijekom provedenog krivičnog postupka neopravdano proglašena krivom, da je na njezinu štetu povrijeđen krivični zakon, a uz uvjet da su se i kumulativno ispunile i druge pretpostavke koje su taksativno propisane u citiranoj odredbi čl. 528. st. 1., ZKP.

Neosporna je činjenica da je povodom zahtjeva za zaštitu zakonitosti državnog odvjetnika Republike Hrvatske Vrhovni sud Republike Hrvatske ukinuo presude

(1) *Pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude ima osoba prema kojoj je bila pravomoćno izrečena kaznena sankcija ili koja je proglašena krivom, a oslobođena kazne, a kasnije je u povodu izvanrednog pravnog lijeka novi postupak pravomoćno obustavljen ili je pravomoćnom presudom oslobođena optužbe ili je optužba odbijena, osim ako je do obustave postupka ili presude kojom se optužba odbija došlo zato što je u novom postupku oštećenik kao tužitelj, odnosno privatni tužitelj odustao od progona ili što je oštećenik odustao od prijedloga, a do odustanka je došlo na temelju sporazuma s okrivljenikom.*

(2) *Osuđenik nema pravo na naknadu štete ako je svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namjerno prouzročio svoju osudu, osim ako je na to bio prisiljen.*

(3) *U slučaju osude za kaznena djela u stjecaju prava na naknadu štete može se odnositi i na pojedina kaznena djela glede kojih je udovoljeno uvjetima za priznanje naknade.*

¹⁶ Pavišić, op. cit. str. 717.

suda prvog i drugog stupnja. Neosporna je činjenica da je u novom krivičnom postupku protiv okrivljenika zbog inkriminiranog mu krivičnog djela nadripisarstva optužba odbijena čime je i pravomoćno okončan navedeni krivični postupak, a potpuno je irelevantno da je do odbijanja optužbe došlo zbog nastupanja apsolutne zastare kaznenog gonjenja, kako to pogrešno tumači tuženik. Slijedom navedenih razloga, tužbeni zahtjev tužitelja sud je utvrdio osnovanim, te je na opisani način utvrđena odgovornost tuženice Republike Hrvatske kao države da zbog neopravdane osude u provedenom kaznenom postupku tužitelju nadoknadi pričinjenu mu nematerijalnu i materijalnu štetu u smislu odredbi Zakona o obveznim odnosima.

Slijedom navedenih razloga, sud u ovom postupku uopće ne ispituje postojanje odštetne odgovornosti države zbog nepravilnog ili nezakonitog rada suda koji bi postojao samo u slučaju činjenja odnosno nečinjenja suprotno uobičajenom ili propisanom načinu postupanja uz volju ili pristanak da se takvim postupanjem oštete prava ili interesi okrivljenika u krivičnom postupku, niti utvrđuje zbog kojih je uzroka došlo do neopravdane osude okrivljenika u kaznenom postupku (npr. lažni iskazi svjedoka, upotreba lažnih isprava i slično)."

To znači da osuđenik neće imati pravo na naknadu:

- ako je nepravomoćno izrečena kaznena sankcija;
- ako je nepravomoćno proglašen krivim, a oslobođen kazne, a u postupku povodom redovnog pravnog lijeka dođe do obustave postupka odbijajuće ili oslobađajuće presude. Tako i prema odluci Vrhovnog suda Hrvatske, broj GŽ 1195/73-2 od 25.XII.1973. "pravo na naknadu štete zbog neopravdano vođenog krivičnog postupka završenog oslobađajućom presudom zakon ne predviđa".

Dakle, samo izvanredni pravni lijek, a ne i redovni pravni lijek (žalba) može dovesti do ispunjenja pretpostavki za naknadu štete. Od izvanrednih pravnih lijekova to mogu biti ponavljanje postupka i zahtjev za zaštitu zakonitosti. Naprotiv, ne postoji pravo na naknadu ako je u postupku povodom izvanrednog pravnog lijeka došlo do blaže kvalifikacije kaznenog djela. U tom slučaju postojala bi prava iz čl. 481. st. 3., ZKP, dakle pravo na javno priopćenje, kao oblik nenovčane satisfakcije zbog povrede ugleda.

Ako su, dakle, ispunjene sve naprijed navedene pretpostavke i ako je utvrđeno postojanje štete u uzročnoj vezi s neopravdanom osudom, pravilo je da postoji i pravo osuđene osobe na naknadu štete. Određene okolnosti mogu, međutim, otkloniti odgovornost države za štetu, a time i pravo osuđene osobe da zahtijeva naknadu štete, o čemu govorimo u nastavku.

IV.1.1.1. Isključenje odgovornosti

Zakon o kaznenom postupku u određenim slučajevima, navedenim u čl. 476., ZKP, isključuje pravo na naknadu štete. Osuđenik neće imati pravo na naknadu iako su ispunjene naprijed navedene pretpostavke iz kojih bi inače proizlazilo pravo na naknadu štete.

Postoji dakle, osuda koja ima sve objektivne elemente neopravdane osude ali postoje okolnosti koje isključuju odgovornost za štetu odnosno pravo na naknadu

štete. Te, u kaznenoj procesnoj teoriji nazvane negativne pretpostavke¹⁷ koje imaju za posljedicu da ne postoji pravo na naknadu štete su sljedeće:

a) da je osuđenik svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namjerno prouzročio svoju osudu, osim ako je na to bio prisiljen;

Da bi došlo do isključenja odgovornosti u ovom slučaju moraju se dakle ispuniti sljedeće pretpostavke:

- lažno priznanje ili neko drugo postupanje osuđenika
- namjerno postupanje s ciljem, da se prouzroči donošenje sudske odluke negativne za osuđenika.

Lažno priznanje je osnova isključenja odgovornosti samo ako se odnosi na lažno priznanje činjenica i okolnosti koje predstavljaju radnju izvršenja kaznenog djela koje se osuđeniku stavljalo na teret.

Pri tome osuda se ne mora temeljiti isključivo na lažnom priznanju već je dovoljno da je priznanje okrivljenika bila jedna od osnova za osudu i da bez takvog priznanja do osude ne bi došlo.¹⁸

Prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 2135/90. od 6.II.1991. (objavljena u Izboru odluka 93, sent. 111) "okolnost da je oštećeni priznao djelo za koje je bio osumnjičen, ali da to nije bio razlog za određivanje pritvora, nije od utjecaja na njegova prava na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode, kad je optužba odbijena."

U obrazloženju je između ostalog navedeno:

"U članku 545. stavak 1. točka 1. Zakona o krivičnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91) je propisano, da pravo na naknadu štete pripada i osobi, koja je bila u pritvoru, a postupak je dovršen pravomoćnom presudom kojom je optužba odbijena. U stavci 3. istog člana je propisano, da naknada štete ne pripada osobi koja je svojim nedopuštenim postupcima uzrokovala lišenje slobode. Sudovi nižeg stupnja pravilno su ocijenili, da u nazočnom slučaju ne dolazi do primjene navedene odredbe iz stavke 3. budući da je tužitelj priznao krivična djela za koja je bio osumnjičen u istražnom postupku, a to priznanje nije razlog za određivanje pritvora, već bi to bile one radnje koje bi onemogućavale vođenje službenog postupka."

Prema tekstu čl. 476., ZKP, osim lažnim priznanjem osuđeni može i drugim načinima namjerno prouzročiti svoju osudu. Drugi načini namjernog prouzrokovanja osude nisu posebno opisani.

Bitno je, također, da je upravo time bilo isključivo ili u odlučujućoj mjeri, prouzrokovano donošenje neopravdane osude. U sudskoj praksi postavljalo se pitanje da li određeno postupanje osuđenika ima takvo značenje ili ne. Prema odluci Vrhovnog suda Hrvatske, Rev 1408/81 od 22.XII.1981. (objavljena u PSP 20/68) "naknada štete ne pripada osobi koja je svojim nedopuštenim postupcima uzrokovala lišenje slobode. Pod nedopuštenim postupcima, prema stajalištu sudske prakse,

¹⁷ Pavišić, op. cit. str. 717.

¹⁸ Pavišić, op. cit. str. 717.

imaju se razumjeti samo takvi postupci kojima osoba protiv koje je kazneni postupak pokrenut na bilo koji način želi i stvarno izražava svoj negativni stav u smislu dovršenja postupka, izbjegavanja odgovornosti, onemogućavanja postupka u odnosu prema inkriminiranom djelu – konkretno, kad npr. nevina osoba pokušava pobjeći iz zemlje zbog straha od pritvaranja, kad uništava dokumente, sakriva dokaze i slično, a ne sama okolnost što je takva osoba jedino propustila, iz razloga za koje nije utvrđeno da su uopće u vezi s kaznenim postupkom, objavit i odnosno prijaviti svoje boravište.”

Vrlo često to se pitanje vezivalo uz ulaganje odnosno neulaganje žalbe. S obzirom da Zakon o kaznenom postupku ne sadrži odredbe o tome, smatra se da okolnost što osuđeni nije pobijao žalbom presudu kojom je bio osuđen, sama po sebi ne isključuje pravo na naknadu štete.¹⁹ Međutim, ukoliko bi se dokazalo da je motiv nepodnošenja žalbe bila upravo namjera da se prouzroči osuda tada, bi to, naravno, isključivalo pravo na naknadu štete.

Smatralo se isto tako, da okolnost što okrivljeni nije upotrijebio sva dokazna sredstva koja je mogao upotrijebiti sama po sebi također ne isključuje pravo na naknadu štete, osim ako bi se i u tom slučaju utvrdilo namjerno postupanje s ciljem da se prouzroči donošenje osuđujuće presude. Na strani osuđenika traži se namjerno postupanje, dakle, podrazumijeva se da je motiv radnje okrivljenika bio upravo u očekivanju takve posljedice, tj. prouzrokovanje osude.²⁰

No, sve radnje osuđenika su bez utjecaja ako je osuđeni na njih bio prisiljen. Doprinos okrivljenika ne mora pri tome biti isključiv već može biti i djelomičan. U takvom slučaju došle bi do primjene opće odredbe Zakona o obveznim odnosima o podijeljenoj odgovornosti, a pravo osuđenika na naknadu štete bilo bi dakle isključeno u dijelu u kojem je svojim postupanjem namjerno prouzrokovao svoju osudu.

Iako će iz obrazloženja presude često biti moguće utvrditi koliki je bio doprinos lažnog priznanja ili drugih radnji okrivljenika, to ne mora uvijek biti tako, odnosno razlozi kaznene odluke ne otklanjaju uvijek sporna pitanja kod odlučivanja o građanskopravnim pretpostavkama odgovornosti ili djelomične odgovornosti oštećenika, na koga će morati odgovoriti parnični sud.

b) ako je do obustave ili presude kojom se optužba odbija, došlo zato što je:

- u novom postupku oštećeni kao tužitelj odnosno privatni tužitelj, odustao, od progona ili je
- u novom postupku oštećenik odustao od prijedloga a do odustanka je došlo na temelju sporazuma s okrivljenikom.

Iz navedenog slijedi da pravo na naknadu štete postoji ako je u novom postupku došlo do obustave postupka ili presude kojom se optužba odbija kad:

- progon vrši državni odvjetnik,

¹⁹ J. Crnić, op. cit. str. 2.

²⁰ Pavišić, op. cit. str. 717.

- kad kao stranka nastupa oštećenik kao tužitelj ili privatni tužitelj, ali obustava postupka ili presuda kojom se optužba odbija nije rezultat sporazuma s okrivljenikom.

Nedvojbeno je svrha takve odredbe da se spriječe i izbjegnu moguće zloupotrebe. Ističe se, s tim u svezi, da bi tužitelj npr. mogao odustati od progona ne zbog toga što nema uvjeta za kazneni progon, već upravo zbog sporazuma s okrivljenikom, a nakon toga okrivljeniku bi se priznalo pravo na naknadu štete.²¹ Ističe se, također,²² da u takvom slučaju nema mogućnosti utvrditi da li je okrivljenik bio nevino osuđen. Naprotiv, činjenica što do odustanka dolazi na osnovi sporazuma s okrivljenikom, koji u pravilu sadržava i sporazum o naknadi koju okrivljeni isplaćuje tužitelju, upućuje na zaključak da okrivljenik priznaje krivnju.

Svakako da su moguće i takve situacije, osobito u slučajevima kad je sporazum izričit ili barem njegovo postojanje nije sporno. Međutim, s pravom se napominje²³ da postojanje sporazuma neće uvijek biti moguće dokazati.

IVI.1.2. Pravo na naknadu štete u slučaju osude za kazneno djelo u stjecaju

Prema odredbama čl. 476. st. 3., ZKP u slučaju osude za kazneno djelo u stjecaju pravo na naknadu štete može se odnositi i na pojedina kaznena djela glede kojih je udovoljeno uvjetima na priznanje naknade. Dakle, kad je osuđenik jednom radnjom počinio više kaznenih djela ili je s više radnji učinio više kaznenih djela, a istovremeno je osuđen za sva ta djela (idealni odnosno realni stjecaj), postojanje pretpostavki za naknadu štete za pojedina kaznena djela posebno se ocjenjuje. Osuđenik može ostvarivati pravo na naknadu štete za sva ili za pojedina kaznena djela ovisno o tome za koja su kaznena djela ispunjene sve one zakonom predviđene pretpostavke za postojanje prava na naknadu.

IVI.2. Pravo na rehabilitaciju i naknadu štete zbog neosnovanog uhićenja

Slučajevi u kojima postoji pravo na naknadu štete zbog neosnovanog uhićenja utvrđeni su u čl. 480., ZKP.²⁴ Takvo pravo imaju osobe koje su nezakonito ili neosnovano lišene slobode ili nezakonito uhićene,²⁵ što je sve u nazivu glave XXX., ZKP obuhvaćeno pojmom neutemeljenog uhićenja.

²¹ Pavišić, op. cit. str. 718.

²² J. Crnić, op. cit. str. 2.

²³ Pavišić, op. cit. str. 715.

²⁴ Članak 480., ZKP u cijelosti glasi:

“(1) Pravo na naknadu štete pripada i osobi:

1) koja je bila u pritvoru, a nije došlo do pokretanja kaznenog postupka, ili je postupak obustavljen pravomoćnim rješenjem, ili je pravomoćnom presudom oslobođena optužbe, ili je optužba odbijena,

2) koja je izdržala kaznu oduzimanja slobode, a u povodu izvanrednog pravnog lijeka izrečena joj je kazna oduzimanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržala, ili je izrečena kaznena sankcija koja se ne sastoji u oduzimanju slobode, ili je proglašena krivom a oslobođena od kazne,

Treba, dakle, razlikovati nezakonito od neosnovanog lišenja slobode. Zakonitost lišenja slobode prosuđuje se s obzirom na postojanje ili nepostojanje zakonskih pretpostavki za određivanje pritvora u vrijeme kada se pritvor određuje. Osnovanost lišenja slobode ocjenjuje se s obzirom na krajnji ishod postupka, bez obzira na okolnost da je u vrijeme njegova određivanja to moglo biti zakonito.²⁶

Slučajevi koje Zakon o kaznenom postupku kvalificira kao neosnovano uhićenje odnosno pretpostavke, koje se još nazivaju i pozitivnim pretpostavkama, temeljem kojih pripada pravo na naknadu štete jesu sljedeći:

1. Pravo na naknadu štete pripada osobi koja je bila u pritvoru, a nije došlo do pokretanja kaznenog postupka ili je postupak obustavljen pravomoćnim rješenjem, ili je pravomoćnom presudom oslobođena optužbe ili je optužba odbijena.

U ovom slučaju radi se o neosnovanom pritvoru, (nije, dakle, odlučujuće da li je pritvor bio zakonit ili nezakonit kada je određen, već je odlučujući ishod postupka), a neosnovani pritvor postoji.

- ako je osoba pritvorena, a nije došlo do pokretanja kaznenog postupka ili je
- postupak obustavljen pravomoćnim rješenjem ili je donesena oslobađajuća ili odbijajuća.

Sama činjenica ishoda postupka na jedan od navedenih načina znači da nije bilo mjesta uhićenju odnosno pritvoru, i da je on bio neosnovan, što daje pravo na naknadu štete.

Prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 3083/1990 od 12.VI.1991. (objavljena u Izboru odluka 93, sent 130) “Republika Hrvatska odgovara za svu štetu materijalnu i nematerijalnu uzrokovanu boravkom u pritvoru kada je krivični postupak obustavljen pravomoćnim rješenjem.”

Prema odluci Vrhovnog suda Hrvatske, KŽ 5155/72 od 4.VI.1974. “po izričitoj odredbi člana 505. stava 1. točke 1., ZKP pravo na naknadu štete pripada i osobi koja je bila u pritvoru, a pravomoćno je presudom djelomično oslobođena od optužbe, a djelomično je optužba odbijena. Prema tome, lišavanje slobode takve osobe ima se smatrati neosnovanim, sve da je i bilo utemeljeno na zakonu, ako se kasnije, kao i u ovom slučaju, zbog oslobađajuće presude pokazalo kao neosnovano.

3) koja je zbog pogreške ili protuzakonitog rada državnog tijela neosnovano uhićena ili pritvorena, ili je zadržana preko zakonskog roka ili je preko tog roka bila u pritvoru ili u ustanovi za izdržavanje kazne,

4) koja je u pritvoru provela dulje vrijeme nego što traje kazna zatvora na koju je osuđena.

(2) Osobi koja je prema članku 95. ovoga Zakona uhićena bez zakonske osnove pripada pravo na naknadu štete ako protiv nje nije određen pritvor niti joj vrijeme za koje je bila uhićena nije uračunato u izrečenu kaznu za kazneno djelo ili za prekršaj.

(3) Naknada štete ne pripada osobi koja je svojim nedopuštenim postupcima prouzročila uhićenje. U slučajevima iz točke 1. stavka 1. ovog članka isključeno je pravo na naknadu štete i ako su postojale okolnosti iz članka 95. ovoga Zakona.

(4) U postupku za naknadu štete u slučajevima iz stavka 1. i 2. ovoga članka na odgovarajući će se način primjenjivati odredbe ove glave”.

²⁵ Pavišić, op. cit. str. 721.

²⁶ Pavišić, op. cit. str. 721.

Odlučan je dakle konačan rezultat krivičnog postupka, a to znači da svaka osoba protiv koje je redovni krivični postupak dovršen obustavom, ili kao u ovoj stvari, oslobođajućom, odnosno odbijajućom presudom, ima po pravilu pravo na naknadu štete bez obzira na to da li su u vrijeme postupka postojali zakonski uvjeti za preventivno lišenje slobode.”

2. Pravo na naknadu štete pripada osobi koja je izdržala kaznu oduzimanja slobode, a u povodu izvanrednog pravnog lijeka izrečena joj je:

- kazna oduzimanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržavala,
- ili je izrečena kaznena sankcija koja se ne sastoji u oduzimanju slobode,
- ili je proglašena krivom a oslobođena od kazne.

3. Pravo na naknadu štete pripada nadalje osobi koja je zbog pogreške ili protuzakonitog rada državnog tijela neosnovano uhićena ili pritvorena ili je zadržana preko zakonskog roka, ili je preko tog roka bila u pritvoru ili u ustanovi za izdržavanje kazne.

Pretpostavke koje moraju biti ispunjene da bi se moglo ostvarivati naknada štete po ovoj odredbi su, dakle, sljedeće:

- pogreška ili nezakoniti rad državnog tijela
- nezakonito uhićenje ili pritvor, dakle za koje nisu bili ispunjeni zakonom predviđene pretpostavke, ili je
- osoba zadržana preko zakonskog roka ili je preko tog roka bila u pritvoru ili ustanovi za izdržavanje kazne.

Budući da je jedna od pretpostavki za ostvarivanje prava na naknadu štete po ovoj odredbi nezakoniti rad, odnosno pogreška državnog tijela, u pojedinim situacijama može se postaviti pitanje da li odgovornost za štetu i pravo na naknadu štete treba raspraviti po odredbama glave XXX., ZKP ili po odredbama posebnih propisa o odgovornosti države ili drugih osoba za nepravilan i nezakoniti rad njihovih tijela.

Smatramo da u situaciji kad, osim pogreške ili nezakonitog rada državnog tijela postoje i ostale pretpostavke za naknadu štete po toj odredbi, nedvojbeno ima osnova za ostvarivanje prava na naknadu po odredbama glave XXX, ZKP. Time nije, međutim, isključena mogućnost oštećene osobe da ostvaruje pravo na naknadu i po posebnim propisima (zbog nezakonitog i nepravilnog rada tijela).

Po citiranim odredbama Zakona o kaznenom postupku nije odlučno o kojem se državnom tijelu radi, a pasivno je uvijek legitimirana Republika Hrvatska.

4. Pravo na naknadu štete pripada i osobi koja je u pritvoru provela dulje vrijeme nego što traje kazna zatvora na koju je osuđena.

5. Pravo na naknadu štete pripada i osobi koja je prema članku 95., ZKP uhićena bez zakonske osnove ako protiv nje nije određen pritvor niti joj vrijeme za koje je bila uhićena nije uračunato u izrečenu kaznu za kazneno djelo ili za prekršaj (čl. 480. st. 2.).

Oštećena osoba u ovom slučaju ima pravo na naknadu štete za vrijeme koje je provela u pritvoru ili na izdržavanju kazne koje po svojem trajanju prelazi vremenske granice izrečene kazne.²⁷

²⁷ Pavišić, op. cit. str. 721.

IV.1.2.1. Isključenje odgovornosti

Zakonom o kaznenom postupku i u slučajevima prava na naknadu štete neosnovano uhićenim osobama predviđene su osnove isključenja odgovornosti za štetu, iako su, inače, ispunjene tzv. pozitivne pretpostavke za ostvarivanje prava na naknadu štete. Pretpostavke, koje teorija kaznenog procesnog prava najčešće naziva negativnim pretpostavkama koje moraju biti ispunjene da bi se otklonila odgovornost države, navedene su u čl. 480., ZKP.

Prema tim odredbama naknada štete ne pripada:

a) osobi koja je svojim nedopuštenim postupcima prouzročila uhićenje.

Osnova isključenja odgovornosti u ovom je slučaju postupanje samog oštećenog. Što se smatra nedopuštenim postupkom u smislu ove dosta široke, zakonske formulacije, morat će se ocjenjivati u svakom konkretnom slučaju. Pod nedopuštenim postupanjem smatraju se tako²⁸ postupci kojima se tijela koja vode kazneni postupak dovode u zabludu i onemogućava vođenje postupka, npr. poništavanje dokaza, bijeg i sl.

Okolnost što se okrivljenik nije žalio protiv rješenja o pritvoru ne bi isključivala pravo na naknadu štete jer je sud po službenoj dužnosti dužan voditi računa o zakonitosti i trajanju pritvora. O tome se izjašnjavala i sudska praksa, pa tako i odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev 1408/81 od 12.XII.1981 (objavljena u PSP 20/68.) koju smo citirali u toč. IV.1.1.1.

Prema odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Rev 2135/90 od 6.II.1991. (objavljena u Izboru odluka 1993, sent. 130) "Okolnost da je oštećeni priznao djelo za koje je bio osumnjičen ali da to nije bio razlog za određivanje pritvora nije od utjecaja na njegova prava na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode, kad je optužba odbijena."

Odlukom Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Rev 3022/90 od 23.V.1991. izraženo je stajalište da "ne pripada pravo na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode osobi protiv koje je odbijena optužba ali je kao učiniocu krivičnog djela izrečena mjera sigurnosti obveznog psihijatrijskog liječenja na slobodi."

U ukidnom rješenju Županijskog suda u Zagrebu, Gž 9715/98 od 21.III.2000. u razlozima je između ostalog navedeno: "Prema odredbi čl. 545. st. 3. ZKP naknada štete ne pripada osobi koja je svojim nedopuštenim postupcima uzrokovala lišenje slobode. Tuženica osporava tužbeni zahtjev pozivajući se na ovu odredbu. Prvostupanjski sud smatra utvrđenim da je tužiteljici u krivičnom postupku određen pritvor jer sud nije mogao osigurati njenu prisutnost na glavnoj raspravi, niti utvrditi njeno boravište. Međutim, iz okolnosti da je pritvor određen zbog navedenih razloga ne proizlazi bezuvjetno da je u takvom slučaju lišenje slobode uzrokovano nedopuštenim postupcima tužiteljice. Također prvostupanjski sud utvrđuje uvidom u spis 'da se tužiteljica nije odazivala pozivima suda, odnosno, ista je izbjegavala, mijenjala boravište, te je radi toga za njom izdana i tjeratica'. Međutim, prvostu-

²⁸ Pavišić, op. cit. str. 721.

panjski sud ne iznosi iz kojih činjenica utvrđenih uvidom u navedeni krivični spis proizlazi da je tužiteljica izbjegavala primiti pozive i mijenjala boravište.”

Iz svega izloženog slijedi da neosnovano uhićenje ne smije biti posljedica nezakonitog postupanja oštećenika. Postupanje oštećenog kao osnov isključenja odgovornosti, i u ovom slučaju, nesumnjivo ima za cilj spriječiti da takvi postupci okrivljeniku omoguće postizavanje koristi ostvarivanjem naknade štete.

Međutim, odredbama čl. 480. st. 3., ZKP ne zahtijeva se namjera u postupanju, kako to predviđa odredbu čl. 476. st. 2. za isključenje odgovornosti u slučaju neopravdane osude. Nadalje, u čl. 480. st. 3., ZKP nema ni odredbe kojom se pravo na naknadu štete ne bi isključivalo ako je okrivljenik bio prisiljen na takvo postupanje, kao što to predviđa čl. 476. st. 2. za neopravdano osuđene osobe.

Čini nam se ipak da u slučaju kad je oštećeni postupao pod prisilom, ne bi bila ostvarena osnova isključenja prava na naknadu štete u smislu odredaba čl. 480. st. 3., ZKP.

b) Pravo na naknadu štete isključeno je i u slučajevima iz točke 1. stavka 1. članka 480. ako su postojale okolnosti iz čl. 95., ZKP.

IV.1.3. Postupak ostvarivanja prava na naknadu štete

Odredbe o postupku za ostvarivanje prava na naknadu štete sadržane su u čl. 477. i čl. 478., ZKP. Taj postupak ima dva stadija:

- stadij sporazumijevanja kod nadležnog ministarstva
- postupak po tužbi pred sudom.

Prije podnošenja tužbe sudu, oštećenik je dužan prema izričitim odredbama čl. 477. st. 2. ZKP, obratiti se sa svojim zahtjevom za naknadu štete Ministarstvu pravosuđa, radi postignuća nagodbe o postojanju štete te vrsti i visini naknade. Daljnje odredbe o postupku pred nadležnim ministarstvom sadrži čl. 478., ZKP.²⁹ Iz navedenih odredaba proizlazi da je prije pokretanja sudskog postupka predviđen prethodni postupak obraćanja oštećenika nadležnom ministarstvu radi postignuća nagodbe. Nesumnjivi je cilj predviđenog prethodnog postupka, što se u citiranim odredbama izrijeком i naglašava, nagodbom, odnosno sporazumom riješiti pitanje naknade štete.

Ako u prethodnom postupku kod nadležnog ministarstva ne bude postignuta nagodba, odnosno ako zahtjev oštećene osobe ne bude prihvaćen ili o njemu ne bude odlučeno u roku od tri mjeseca od podnošenja zahtjeva, oštećeni se može obratiti sudu.

²⁹ Članak 478., ZKP u cijelosti glasi:

- (1) *Ako zahtjev za naknadu štete ne bude prihvaćen ili o njemu ne bude odlučeno u roku od tri mjeseca od podnošenja zahtjeva, oštećenik može kod nadležnog suda podnijeti tužbu za naknadu štete. Ako je postignuta nagodba samo o dijelu zahtjeva, oštećenik može tužbu podnijeti glede ostatka zahtjeva.*
- (2) *Dok traje postupak iz stavka 1. ovog članka, ne teče zastara predviđena u članku 481. stavku 1. ovoga Zakona.*
- (3) *Tužba za naknadu štete podnosi se protiv Republike Hrvatske.*

Prema odluci Vrhovnog suda, Gzz 18/90, od 5.XII.1990. g. (objavljena u PSP 50/101) "oštećenik (osoba neosnovano lišena slobode) koji se u prethodnom postupku obratio organu uprave radi sporazumijevanja u vezi s naknadom štete, a nije postigao sporazum može u parnici zahtijevati i naknadu onih oblika štete (primjerice pravičnu novčanu naknadu za pretrpljeni strah) koje nije zahtijevao u postupku sporazumijevanja (čl. 542. Zakona o krivičnom postupku)."

Prema odluci Vrhovnog suda, Rev 1798/81 od 25.XI.1981. g. (objavljenoj u PSP 20/67) "ako stranke ne postignu sporazum i oštećenik zatraži sudsku zaštitu, on nije ograničen visinom zahtjeva postavljenog upravnom tijelu jer pregovori što prethode sklapanju ugovora (a takva je pravna priroda postupka koji se pred organom uprave vodi o zahtjevu osobe neopravdano lišene slobode) ne obvezuje stranke."

Tužba za naknadu štete podnosi se protiv Republike Hrvatske. To je izričito predviđeno odredbama čl. 478. st. 3., ZKP. Time je zakonom riješeno pitanje osobe odgovorne za naknadu štete kao i pasivno legitimirane osobe u parnici za naknadu štete.

Za suđenje po tužbi za naknadu štete nadležan je u prvom stupnju općinski sud (čl. 16. st. 1. toč. 2.k/ Zakona o sudovima), a mjesna nadležnost određuje se prema odredbama Zakona o parničnom postupku ("Narodne novine", broj 53/91., 91/92., 112/99.).

Naravno da stranke mogu postići nagodbu i nakon isteka predviđenih rokova, kao i za vrijeme sudskog postupka. Isto tako nagodbu mogu postići i samo o dijelu zahtjeva, što ne sprječava oštećenika da glede ostatka zahtjeva pravo na naknadu ostvaruje u sudskom postupku. Oštećeni koji nije postigao sporazum mogao bi u parnici zahtijevati naknadu i onih oblika štete koje nije zahtijevao u postupku sporazumijevanja. O tome se izjašnjavala i sudska praksa kako to proizlazi iz već citiranih odluka.

U svezi s postupkom ostvarivanja prava na naknadu štete postavlja se pitanje da li je prethodno obraćanje oštećenika nadležnom ministarstvu procesna pretpostavka za podnošenje tužbe, odnosno da li će u slučaju kad je oštećeni podnio tužbu sudu, a da se prethodno nije sa svojim zahtjevom obratio nadležnom ministarstvu, sud odbaciti tužbu.

Mišljenja o tome nisu jedinstvena. Autori koji se bave tim pitanjem smatraju da oštećenik nije ovlašten podnijeti tužbu sudu prije nego što se sa svojim zahtjevom obratio nadležnom ministarstvu i pokušao se izvansudskim putem sporazumjeti o postojanju štete te vrsti i visini naknade.³⁰ Međutim, navodimo odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 1005/97 od 10.VII.1997. (objavljena u Izboru odluka 1/98, sent. 191) koji je, u primjeni čl. 50. Zakona o službi u oružanim snagama ("Narodne novine", broj 23/95., 33/95.), koji također sadrži odredbe o obvezi prethodnog obraćanja nadležnom tijelu prije podnošenja tužbe za naknadu štete protiv Republike Hrvatske, zauzeo drukčije stajalište. Prema toj odluci: "Podnošenje

³⁰ Pavišić, op. cit. str. 718. i 719.; I. Crnić, op. cit. str. 140.; J. Crnić, op. cit. str. 13.

odštetnog zahtjeva izvan spora Državnom pravobraniteljstvu Republike Hrvatske nije pozitivno procesna pretpostavka pa nema mjesta odbacivanju tužbe ako je tužitelj propustio podnijeti taj zahtjev.”

U obrazloženju je između ostalog navedeno: “Prema odredbi čl. 50. Zakona o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske (“Narodne novine”, br. 23/95 i 33/95), o zahtjevu oštećenika da mu Republika Hrvatska nadoknadi štetu (počinjenu po vojnoj osobi u svezi s obavljanjem vojne službe), odlučuje nadležni sud (st. 1.). Prema st. 2. navedene zakonske odredbe, prije nego što protiv Republike Hrvatske podnese tužbu, oštećenik je obavezan podnijeti odštetni zahtjev izvan spora Državnom pravobraniteljstvu Republike Hrvatske, a ako odštetni zahtjev ne bude usvojen u cijelosti ili se o njemu ne donese odluka u roku tri mjeseca od njegova podnošenja, oštećenik može podnijeti tužbu nadležnom sudu. Nije sporno da tužitelj prije pokretanja ovog spora nije podnio zahtjev nadležnom državnom pravobraniteljstvu pa drugostupanjski sud na temelju toga nalazi da ne postoje procesne pretpostavke za pokretanje spora zbog čega je ukinuo prvostupanjsku presudu kojom je bilo udovoljeno tužbenom zahtjevu te odbacio tužbu. Vrhovni sud nalazi da nije bilo mjesta odbacivanju tužbe u ovom predmetu. To stoga jer, prema pravnom shvaćanju Vrhovnog suda, odredbu čl. 50. Zakona o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske treba tumačiti ne kao procesnu pretpostavku za pokretanje parnice, već kao zakonom predviđeni način rješavanja spora bez intervencije suda pri čemu propust oštećenika da se obrati nadležnom pravobraniteljstvu može imati nekih drugih odraza u postupku, npr. u pitanju prava tužitelja na nadoknadu parničnog troška, ako tuženik prizna tužbeni zahtjev (čl. 157., ZPP).”

Smatramo da bi isto tumačenje trebalo prihvatiti i u primjeni čl. 477., ZKP.

IV.1.4. Zastara

Prema odredbama čl. 477. st. 1., ZKP pravo na naknadu štete zastarijeva za tri godine:

- od dana pravomoćnosti presude kojom je optuženik oslobođen optužbe ili kojom je optužba odbijena;
- od dana pravomoćnosti prvostupanjskog rješenja kojim je postupak obustavljen;
- od dana kada je primljena odluka višeg suda ako je u povodu žalbe rješavao viši sud.

Radi se o objektivnom zastarnom roku. Prema odredbama čl. 478. st. 2., ZKP dok traje postupak iz čl. 378. st. 1., ne teče zastara predviđena odredbama čl. 477. st. 1., ZKP. Navedenim odredbama Zakona o kaznenom postupku posebno je uređeno pitanje zastare.

Određen je:

- rok u kojem zastarijeva potraživanje
- početak tijeka zastare
- zastoje zastarijevanja dok traje postupak iz čl. 478. st. 1., ZKP.

Za ostala pitanja koja se mogu pojaviti u svezi sa zastarom (npr. prekid zastare) primjenjuju se opća pravila o zastari predviđena Zakonom o obveznim odnosima.

Prema odluci Vrhovnog suda Hrvatske, VSH, broj Kr 1009/67 od 8.IX.1967. g. "tok zastarjelosti se ne prekida time što je oštećeni pokrenuo parnicu protiv lica koje smatra krivim za pokretanje krivičnog postupka, u kojem je izrečena oslobađajuća presuda."

U predviđenom zastarnom roku mora se podnijeti kako zahtjev nadležnom ministarstvu, tako i tužba sudu.

IV.I.5. Prava nasljednika

Osoba neopravdano osuđena ili neosnovano uhićena kao oštećenik ima pravo na punu naknadu kako s naslova materijalne štete, tako i s naslova nematerijalne štete (o tome više u toč. IV.I.6.3.). Međutim, nasljednici, u slučaju njezine smrti, ne nasljeđuju sva prava na naknadu štete koja su pripadala oštećenoj osobi.

Zakon o kaznenom postupku sadrži u članku 479.³¹ posebne odredbe o pravu nasljednika oštećene osobe na nasljeđivanje prava na naknadu štete. Tko se smatra nasljednikom, zakonskim ili oporučnim, kao i u kojem omjeru nasljeđuje, određuje se prema odredbama Zakona o nasljeđivanju. Nasljednici moraju dokazati svoje svojstvo nasljednika, a u slučaju spora svojstvo nasljednika dokazuje se pravomoćnim rješenjem o nasljeđivanju.

Zakon ne propisuje rokove u kojima bi nasljednici trebali odnosno mogli nastaviti ili pokrenuti postupak. Za nasljednike vrijede, dakle, isti rokovi koji bi vrijedili za oštećenika da je živ.³² To su rokovi iz čl. 477. st. 1. i čl. 478. st. 1., ZKP.

Ovo pravo na nasljeđivanje pripada svakoj od osoba koje se u konkretnom slučaju pojavljuju kao nasljednici. Svaka od tih osoba ima pravo podnijeti zahtjev samostalno i neovisno od ostalih ovlaštenih osoba pri čemu nije potrebna njihova suglasnost. Zahtjev može podnijeti i više nasljednika kao i svi nasljednici zajedno.³³

Kad govorimo o nasljeđivanju prava na naknadu ove štete, treba razlikovati materijalnu od nematerijalne štete.

a) Materijalna šteta

Prema odredbama čl. 479. st. 1. nasljednici nasljeđuju samo pravo oštećene osobe na materijalnu (imovinsku) štetu. Pri tome:

³¹ Članak 479. u cijelosti glasi:

"(1) Nasljednici nasljeđuju samo pravo oštećene osobe na naknadu imovinske štete. Ako je oštećenik već stavio zahtjev, nasljednici mogu nastaviti postupak samo u granicama već postavljenog zahtjeva za naknadu imovinske štete.

(2) Nasljednici oštećene osobe mogu nakon njezine smrti nastaviti postupak za naknadu štete, odnosno pokrenuti postupak ako je oštećena osoba umrla prije proteka roka zastare i nije se odrekla zahtjeva."

³² Pavišić, op. cit. str. 720.

³³ I. Crnić, op. cit. str. 8.

- ako je oštećena osoba već podnijela zahtjev za naknadu materijalne štete, nasljednici mogu nastaviti postupak samo u granicama već postavljenog zahtjeva za naknadu materijalne štete.

Smatra se³⁴ da iz navedenih odredaba proizlazi kako nasljednici ne bi mogli povisivati zahtjev niti zahtijevati naknadu po osnovama po kojima zahtjev nije postavio oštećeni. Postupak, naravno, ne moraju nastaviti, zahtjev bi mogli smanjiti, povući tužbu kao i odreći se zahtjeva.

- nasljednici oštećene osobe mogu poslije njegove smrti nastaviti postupak za naknadu štete odnosno pokrenuti postupak ako je oštećena osoba umrla prije proteka roka zastare i nije se odrekla zahtjeva.

Postavlja se pitanje da li je trebalo ograničavati prava nasljednika koji nastavljaju postupak na granice postavljenog tužbenog zahtjeva.

U praksi bi se moglo postaviti kao sporno i tumačenje “granica postavljenog zahtjeva”. Tijekom postupka, rezultati provedenih dokaza (npr. vještačenja) mogu pokazati da je stvarna šteta veća od iznosa koji je oštećeni zahtijevao s određene osnove (npr. izgubljene zarade).

Nadalje, s obzirom da oštećeni naknadu štete može zahtijevati u obliku rente, činilo se korisnim citirati stajalište koje je zauzeo Vrhovni sud Republike Hrvatske (sjednica II/91. Građanskoprivrednog odjela, od 11.XI.1991., objavljeno u PSP 52/91.) u primjeni čl. 197. st. 2. ZOO-a koji se odnosi na nasljeđivanje iznosa naknade materijalne štete, a koji glasi: “Članak 197. stavak 2. Zakona o obveznim odnosima ne sprečava nasljeđivanje iznosa naknade materijalne štete zbog smrti bliske osobe ili zbog ozljede tijela ili narušenja zdravlja koji su dospjeli do dana oštećenikove smrti.” U obrazloženju je između ostalog navedeno: “U praksi Vrhovnog suda Republike Hrvatske kao sporno postavljeno je pitanje primjene čl. 197. st. 2. Zakona o obveznim odnosima koji se primjenjuje kao republički na temelju čl. 1. Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima (“Narodne novine”, broj 53/91., dalje ZOO). Spor se pojavio u slučaju kad oštećenik traži isplatu rente, kao oblika naknade materijalne štete (npr. zbog izgubljenog uzdržavanja ili izgubljene zarade) pa tijekom parnice umre.

Opredjeljujući se za stajalište izneseno u sentenci imalo se na umu: Nije sporno da je pravo na naknadu štete u obliku novčane rente zbog smrti bliske osobe ili zbog povrede tijela ili narušenja zdravlja osobno pravo, koje se – kao pravo – ne može prenijeti drugoj osobi (st. 1. čl. 197., ZOO). Oštećenik podnošenjem tužbe ili izvansudskog zahtjeva može od odgovorne osobe zahtijevati naknadu u obliku novčane rente ili njezino povećanje ako se znatnije promijene okolnosti koje je sud imao na umu pri donošenju prijašnje odluke (čl. 196., ZOO). Podnošenjem tužbe ili izvansudskog zahtjeva za naknadu štete u obliku novčane rente oštećenik manifestira svoje osobno pravo. U pravilu između podnošenja tužbe ili izvandsudskog zahtjeva do dana pravomoćnosti presude ili do dana prihvatanja zahtjeva od strane odgovorne

³⁴ Pavišić, op. cit. str. 720.; I. Crnić, op. cit. str. 8.

osobe izvan suda protekne izvjesno vrijeme. Kroz to vrijeme dospijevaju pojedini iznosi naknade koji po redovitom tijeku stvari ulaze u oštećenikovu imovinu, naravno pod pretpostavkom da je zahtjev osnova u pogledu pravnog osnova i pogledu visine. Ako oštećenik tijekom parnice, u kojoj je takav njegov zahtjev osporen, umre, tada doista ne postoji ni pismeni sporazum ni pravomoćna sudska odluka u pogledu dospjelih svota naknade. Međutim, dospjele svote naknade tada prelaze na oštećenikove nasljednike, jer ne čine rentu već čine dio ostavinske imovine. Zato se na nasljednike ne odnosi članak 197. stavak 2., ZOO. Isto bi trebalo vrijediti i za izvansudski zahtjev što ga podnese oštećenik.”

Za nasljednike koji nakon smrti oštećene osobe pokreću postupak nema ograničenja koja bi se odnosila na tužbeni zahtjev.

b) Nematerijalna šteta

S obzirom da odredbe čl. 479. st. 1. govore o nasljeđivanju samo prava na materijalnu štetu, suglasni smo s, inače, jedinstvenim stajalištem da nasljednici ne nasljeđuju pravo oštećene osobe na naknadu nematerijalne štete. To stajalište, koje se i inače primjenjuje kad se radi o nematerijalnoj šteti, obrazlaže se time da je ta šteta vezana uz osobu oštećenika, zbog čega opći propisi predviđaju posebna pravila za nasljeđivanje prava na naknadu te štete.

Prema odredbama čl. 204., ZOO-a potraživanje naknade nematerijalne štete prelazi na nasljednike samo ako je priznato pravomoćnom odlukom ili pismenim sporazumom! Smatramo da se citirani opći propis primjenjuje i u situaciji, kad se radi o nasljeđivanju prava na naknadu nematerijalne štete oštećene osobe zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja.

Kod toga treba uzeti u obzir i stajališta sudske prakse u primjeni čl. 204. ZOO-a. Ovdje smatramo potrebnim istaknuti da Zakon o kaznenom postupku predviđa slučaj kad pravo oštećenog na naknadu nematerijalne štete prelazi na određene osobe.

Odredbama čl. 481., ZKP predviđeno je, naime, pravo osobe koja je “neopravdano osuđena” ili joj je “neosnovano oduzeta sloboda” na javno priopćenje kao oblik nenovčane satisfakcije zbog povrede ugleda. Nakon smrti osuđene osobe pravo na podnošenje zahtjeva za objavljivanjem priopćenja ne prelazi na nasljednike već pripada određenom krugu osoba: njezinom bračnom drugu ili izvanbračnom drugu, djeci, roditeljima, braći i sestrama.

S obzirom da je nenovčana (moralna) satisfakcija zbog povrede ugleda, objavljivanjem priopćenja, ustvari, jedan od oblika naknade nematerijalne štete, ova je odredba, za razliku od pravila izraženog u čl. 479. st. 1. (da nasljednici nasljeđuju samo pravo na materijalnu štetu), predvidjela da prelazi i pravo na naknadu nematerijalne štete, ali samo na određen krug osoba neovisno o tome da li su utvrđene nasljednicima. Svojestvo nasljednika nije, dakle, pretpostavka za ostvarivanje prava na ovaj oblik satisfakcije, što može imati za posljedicu da to pravo neće imati neki od nasljednika ili svi nasljednici, a pripadat će osobi koja nije nasljednik.

IV.1.6. Primjena općih pretpostavki odgovornosti za štetu

Uvodno smo istaknuli da je odgovornost države za štetu osobi neopravdano osuđenoj i neosnovano uhićenoj poseban slučaj građanskopravne izvanugovorne (deliktne) odgovornosti, za štetu u kojem obveznopravnom odnosu također nalazimo pretpostavke odgovornosti koje se inače smatraju općim pretpostavkama odgovornosti za štetu, i to: subjekte tog odnosa, štetnu radnju, štetu, uzročnu vezu...

O protupravnosti štetne radnje, također, jednoj od općih pretpostavki odgovornosti za štetu, ne govorimo posebno, budući da iz specifičnosti štetne radnje nesumnjivo proizlazi i njezina specifična protupravnost.

Zakonodavac je taj institut odredio kao građanskopravnu odgovornost za štetu neovisno o tome što ga je regulirao u okviru kaznenog i prekršajnog prava. Iz toga slijedi i građanskopravna zaštita u ostvarivanju prava oštećenih osoba, pa nam se činilo potrebnim u cjelovitom prikazu tog odnosa odgovornosti za štetu naglasiti i njegove građanskopravne elemente.

Uzimajući u obzir sve što je do sada navedeno, u nastavku izlaganja razmatrat ćemo navedene pretpostavke odgovornosti za štetu.

IV.1.6.1. Subjekti odnosa odgovornosti za štetu

Postojanje subjekata obveznog odnosa odgovornosti za štetu prva je opća pretpostavka postojanja te odgovornosti, kako po općim pravilima tako i u ovom slučaju. To su:

- a) oštećeni i
- b) odgovorna osoba.

ad.a) Odredbama čl. 476., ZKP određene su osobe koje imaju pravo na naknadu štete u slučaju neopravdane osude. Određujući osobu koja ima pravo na naknadu štete u slučaju neopravdane osude te odredbe određuju ujedno oštećenu osobu. Oštećenu osobu u slučaju neosnovanog uhićenja odredio je čl. 480., ZKP.

Oštećenik koji može ostvarivati pravo na naknadu štete po odredbama glave XXX., ZKP, isključivo je osoba koja je pretrpjela štetu neopravdanom osudom, odnosno neutemeljenim uhićenjem, dakle neopravdano osuđena ili neosnovano uhićena osoba. Šteta koju bi stranke ili druge osobe, koje sudjeluju u postupku, pretrpjele po drugim osnovama, npr. nezakonitim ili nepravilnim radom suda ili drugih službenih osoba, a koja šteta, također, može biti osnova za priznavanje naknade, ne naknađuje se po odredbama glave XXX., ZKP. Druge osobe ne mogu se, dakle, pojaviti kao oštećeni u tom postupku.

ad.b) Osoba koja je odgovorna za štetu i dužna naknaditi štetu određena je čl. 478. st. 3., ZKP, i to je Republika Hrvatska. Tom je odredbom predviđeno da se "tužba za naknadu štete podnosi protiv Republike Hrvatske".

Takvom formulacijom, kao što je već naprijed istaknuto, Zakon o kaznenom postupku odredio je Republiku Hrvatsku kao pasivno legitimiranu osobu u parnici za naknadu štete. Iako u primjeni i tumačenju navedene odredbe nema dvojbi o Republici Hrvatskoj kao odgovornoj osobi za naknadu štete, postavlja se pitanje o kojemu se sustavu odgovornosti, odnosno o kojoj se vrsti odgovornosti radi.

Moguće su različite vrste sustava odgovornosti države za štetu, a kao osnovne mogućnosti izdvajaju se:³⁵

- primarna i neposredna odgovornost države (ili drugih javnopravnih tijela)
- primarna i neposredna odgovornost službene osobe koja je počinila štetu, a država se javlja samo kao jamac u slučaju da službena osoba ne može naknaditi štetu,
- usporedna odgovornost i države i službene osobe.

Javlja se i kombinacije tih triju osnovnih mogućnosti.

U svezi s izloženim, a uzimajući u obzir da je člankom 478. st. 3., ZKP izričito navedeno da se “tužba za naknadu štete podnosi protiv Republike Hrvatske,” suglasni smo s mišljenjima³⁶ da je time predviđena primarna i neposredna odgovornost države za štetu uzrokovanu neopravdanom osudom ili neosnovanim uhićenjem. Primarna odgovornost Republike Hrvatske određena je neovisno o tome koja je bila razina djelovanja (Republika, županija, općina i dr.) kojim je uzrokovana šteta.³⁷ Što se tiče vrste odgovornosti, čini nam se da, usprkos specifičnosti, koje mogu značiti i iznimku (čl. 480. st. 4., ZKP), odgovornost države u ovom slučaju treba smatrati, u osnovi, objektivnom odgovornošću. To stoga jer odgovornost proizlazi iz same činjenice neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja pri čemu nije odlučno da li je to posljedica nečije krivnje (pri tome se ne misli na ponašanje samog oštećenog koje dovodi do isključenja odgovornosti za naknadu štete).

S obzirom na odredbe čl. 478. st. 3., ZKP da se tužba podnosi protiv Republike Hrvatske postavlja se pitanje da li pasivno legitimirana strana u parnici za naknadu zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja može biti jedino i isključivo Republika Hrvatska, smatrajući da i treće osobe, službene ili neslužbene, svojim postupcima mogu uzrokovati donošenje neopravdane osude ili nezakonito lišenje slobode. Čini nam se da je u postupku koji se vodi po odredbama Glave XXX., ZKP pasivno legitimirana jedino Republika Hrvatska pa u tom postupku, kao pasivno legitimirane, ne bi mogle biti obuhvaćene druge osobe. To međutim, ne znači da je odredbama glave XXX., ZKP isključena svaka odgovornost bilo službenih bilo trećih osoba ako su, po odredbama posebnih zakona ili po općim propisima, ispunjene pretpostavke za njihovu odštetnu odgovornost. Iako krivnja tih osoba nije odlučujuća za pitanje odgovornosti Republike Hrvatske prema odredbama glave XXX., ZKP, ona može dovesti npr. u odnosu na službene osobe do odgovornosti zbog nepravilnog i nezakonitog rada ili do odgovornosti svjedoka, vještaka ili drugih neslužbenih osoba (davanja lažnog iskaza, upotrebe lažne isprave i dr.).

Zahtjev prema tim osobama nesumnjivo bi se mogao postavljati u posebnoj parnici. Postavlja se, međutim, pitanje da li bi u situaciji kad su jednom tužbom obuhvaćeni Republika Hrvatska i treća osoba, bilo potrebno razdvajanje postupka,

³⁵ Borković, op. cit. str. 119.

³⁶ I. Crnić, op. cit. str. 140.

³⁷ Borković, op. cit. str. 125.; I. Crnić, op. cit. str. 128.

kao što neki smatraju. To ne proizlazi nužno iz činjenice da su različite pretpostavke odgovornosti za štetu u odnosu na pojedine tuženike.

Treba još dodati da postojanje odgovornosti ne ovisi o težini djela ni o visini kazne.

IV.I.6.2. Štetna radnja

Štetna radnja, kao opća pretpostavka odgovornosti za štetu, ona je radnja ili onaj postupak kojim se oštećeniku nanosi šteta. Kod ove odgovornosti države za štetu, štetnu radnju predstavljaju svi oni slučajevi koje Zakon o kaznenom postupku kvalificira kao neopravdanu osudu (čl. 476., ZKP) ili kao neosnovano ili nezakonito lišenje slobode odnosno uhićenje (čl. 480., ZKP).

IV.I.6.3. Šteta

Osoba neopravdano osuđena ili neosnovano uhićena ima pravo na priznavanje naknade za svu pretrpljenu štetu, i to kako s naslova materijalne tako i s naslova nematerijalne štete. U tom smislu izjašnjavala se i sudska praksa, pa tako i prema već citiranoj odluci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev 3083/90 od 12.VI.1991. "Republika Hrvatska odgovara za svu štetu materijalnu i nematerijalnu uzrokovanu nezakonitim boravkom u pritvoru kada je krivični postupak obustavljen pravomoćnim rješenjem."

Kao što smo uvodno naveli, Ustav RH je u čl. 25. st. 4. priznao oštećeniku pravo na odštetu i na javnu ispriku. Napominjemo da je javna isprika, također, jedan od oblika naknade štete, i to nenovčani oblik naknade nematerijalne štete. Odredbama Zakona o kaznenom postupku (čl. 481. do 484.) predviđeni su neki posebni oblici rehabilitacije i zaštite oštećenog (objavljivanje priopćenja, poništenje upisa neopravdane osude u kaznenoj evidenciji, utvrđivanje određenih prava u svezi s radnim odnosom i dr.).

U ostalim odredbama glave XXX. govori se o pravu na naknadu štete bez daljnjih pobližih odredaba o vrsti, oblicima i načinu naknade štete, pa do primjene dolaze opće odredbe o naknadi štete. Kako su odredbe o izvanugovornoj odgovornosti za štetu ujedno i opće odredbe o odgovornosti za štetu i naknadi štete, do primjene dolaze te odredbe Zakona o obveznim odnosima.

Pojam štete određen je odredbama čl. 155. ZOO-a koji glasi: "Šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta) i sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist), ali i nanošenje fizičkog ili psihičkog bola ili straha drugima (nematerijalna šteta)."

Po odredbama glave XXX. Zakona o kaznenom postupku, kao što smo već naveli, može se ostvarivati samo ona šteta koja je prouzročena štetnom radnjom propisanom tim odredbama, dakle neopravdanom osudom ili neosnovanim uhićenjem. Kod neopravdane osude šteta je uvijek posljedica odluke, kod neosnovanog uhićenja ponekad proizlazi iz odluke (čl. 480. st. 1. toč. 1. i 2., ZKP), a ponekad iz postupaka tijela (čl. 480. st. 1. toč. 3., ZKP).

Nadalje, po odredbama ove glave raspravlja se samo o šteti koju pretrpi okrivljeni, kao oštećeni, a ne o šteti koju bi eventualno pretrpile druge osobe. To je

u skladu s određivanjem oštećenog kao subjekta ovog obveznog pravnog odnosa, o čemu je već bilo riječi u toč. IV.I.6.1.

Oblici štete, posebno materijalne štete, mogu biti mnogobrojni i različiti, a u svezi s time i istaknuti zahtjevi za naknadu štete zasnivaju se na različitim osnovama. U nastavku izlaganja prikazat ćemo oblike u kojima se javljala šteta, načine popravljivanja štete, kao i neka sporna pitanja, uzimajući u obzir i stajališta sudske prakse, odvojeno za materijalnu štetu i za nematerijalnu štetu.

a) Materijalna šteta

Uvodno smo istaknuli da se materijalna šteta može javiti u različitim oblicima, pa su stoga različiti i zahtjevi kojima se zahtijeva naknada za pojedine oblike materijalne štete. Stajališta koja je zauzimala sudska praksa pokazuju za koje se vrste i oblike štete priznavala naknada.

Zahtjevi koji su se javljali vrlo često, gotovo redovito, bili su zahtjevi za naknadu štete u svezi s prestankom radnog odnosa, a vezano s time i gubitkom prava s naslova socijalnog osiguranja. Ovdje treba napomenuti da Zakon o radu ("Narodne novine", broj 38/95.), iako ne sadrži odredbe o prestanku radnog odnosa po sili zakona zbog osude na kaznu zatvora određenog trajanja (kao što su to predviđali raniji propisi), daje mogućnost poslodavcu da zbog osude ili zbog uhićenja prekine radni odnos s radnikom.

Prema stajalištu Vrhovnog suda Republike Hrvatske pritvor može biti opravdani razlog za izvanredni otkaz radnog odnosa. Međutim, u svakom konkretnom slučaju, trebat će cijeniti da li osuda ili npr. pritvor s obzirom na utvrđene okolnosti (duljina trajanja, poremećaji u poslovanju i dr.) imaju značaj otkaznog razloga, što ne mora biti u svakom slučaju (npr. Rev 205/01 od 17.VII.2001.).

Nakon što je prestao radni odnos, ne postoji obveza poslodavca da nakon izdržane kazne ili lišenja slobode zasnuje radni odnos, odnosno sklopi ugovor o radu s tom osobom. Za osobu koja je neopravdano osuđena ili neosnovano uhićena jedna od vrlo teških posljedica, a s time u svezi i jedno od najvažnijih pitanja naknade štete jest izgubljeni radni staž te izgubljeno svojstvo osiguranika, iz čega proizlaze različite daljnje štetne posljedice za ostvarenje određenih prava.

Upravo zbog značaja opisanih štetnih posljedica za neke od tih posljedica koje se tiču prestanka zaposlenja i gubitka svojstva osiguranika Zakon o kaznenom postupku sadrži posebne odredbe u članku 484.³⁸ Prema tim odredbama osobi kojoj je zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja prestalo zaposlenje ili svojstvo osiguranika socijalnog osiguranja priznaje se radni staž i staž osiguranja, kao da je bila na radu za vrijeme za koje je zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja staž izgubila (čl. 481. st. 1.).

³⁸ Članak 484., ZKP u cijelosti glasi:

"(1) Osobi kojoj je zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja prestalo zaposlenje ili svojstvo osiguranika socijalnog osiguranja priznaje se radni staž, odnosno staž osiguranja kao da je bila na radu za vrijeme za koje je zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja staž izgubila"

U staž se uračunava i vrijeme nezaposlenosti:

- ako je do nezaposlenosti došlo zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja,
- ako nezaposlenost nije nastala krivnjom te osobe (čl. 484. st. 1., ZKP).

Iz navedenih odredaba treba zaključiti da se radni staž i staž osiguranja priznaje po sili zakona. Time se otklanjaju štetne posljedice, odnosno, šteta se popravljna na način da se uspostavlja ono stanje kakvo bi bilo da nije došlo do štetne radnje (neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja), što znači kao da je oštećeni bio na radu, odnosno da nije izgubio staž. Ostvarivanje tako priznatih prava može uslijediti u izvansudskom ili u sudskom postupku. U izvansudskom postupku osoba koja je zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja izgubila staž ne obraća se, međutim, nadležnom tijelu i ustanovi sa zahtjevom za priznavanje radnog staža ili staža osiguranja. Naprotiv, to tijelo ili ustanova mora po službenoj dužnosti, uzeti u obzir tako priznati izgubljeni staž kad odlučuje o nekom pravu oštećenog na koje utječe izgubljeni staž.

U slučaju da nadležno tijelo ili ustanova ne uzme u obzir staž priznat u smislu čl. 484. st. 1., ZKP, oštećena osoba može se obratiti sudu. Postavlja se pitanje da li je oštećeni prije obraćanja sudu dužan koristiti pravne lijekove, npr. protiv rješenja donesenog u upravnom postupku. Neki autori smatraju da oštećeni to nije dužan. Čini nam se da je takav zaključak ispravan i da na njega upućuje i sadržaj odluke suda koji povodom zahtjeva oštećenog "utvrđuje da je priznavanje tog prava nastupilo po zakonu".

U sudskom parničnom postupku o zahtjevu oštećenog nadležan je za odlučivanje sud koji je u kaznenom postupku odlučivao u prvom stupnju.³⁹ Tužbom oštećeni zahtijeva da sud utvrdi da je priznavanje prava nastupilo po zakonu. Radi se, dakle, o (deklaratornoj) tužbi na utvrđenje. Tužba se podnosi protiv tijela ili ustanove koji nisu priznali pravo i protiv Republike Hrvatske. Postupak za ostvarivanje prava iz čl. 484., ZKP kako izvansudskim tako i sudskim putem, samostalan je postupak u odnosu na postupak naknade štete predviđen odredbama glave XXX. Zakona o kaznenom postupku.

izgubila. U staž se uračunava i vrijeme nezaposlenosti do kojeg je došlo zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja, a koje nije nastalo krivnjom te osobe.

(2) Pri svakom rješavanju o pravu na koje utječe duljina radnog staža, odnosno staža osiguranja nadležno tijelo ili ustanova uzet će u obzir staž priznat odredbom stavka 1. ovoga članka.

(3) Ako tijelo ili ustanova iz stavka 2. ovoga članka ne uzme u obzir staž priznat odredbom stavka 1. ovoga članka, oštećena osoba može zahtijevati da sud naveden u članku 482. stavku 1. ovoga Zakona utvrdi da je priznavanje tog vremena nastupilo po zakonu. Tužba se podnosi protiv tijela ili ustanove koja osporava priznati staž i protiv Republike Hrvatske.

(4) Na zahtjev tijela ili ustanove kod koje se pravo iz stavka 2. ovoga članka ostvaruje isplatit će se iz sredstava državnog proračuna propisani doprinosi za vrijeme za koje je odredbom stavka 1. ovoga članka staž priznat.

(5) Staž osiguranja priznat odredbom stavka 1. ovoga članka u cijelosti se uračunava u mirovinski staž."

³⁹ Pavišić, op. cit. str. 725.

Člankom 484. st. 4. predviđeno je da će se, na zahtjev tijela ili ustanove kod koje se ostvaruje pravo, isplatiti iz sredstava državnog proračuna, propisani doprinosi za cijelo razdoblje za koje je priznat staž. Navedena odredba bila je nužna budući da je uplata doprinosa pretpostavka ostvarivanja prava po osnovi radnog odnosa i po osnovi socijalnog osiguranja. Te bi doprinose da je osoba radila, u pravilu bio dužan snositi poslodavac kojeg, međutim, ta obveza ne može teretiti nakon što je prestao radni odnos. Zahtjev za isplatu doprinosa može prema Republici Hrvatskoj isticati tijelo ili ustanova kod kojih se ostvaruje pravo, dakle, takav zahtjev prema Republici Hrvatskoj nije ovlašten isticati oštećeni.

Posebna je odredba čl. 484. st. 5. o uračunavanju priznatog staža u mirovinski staž u cijelosti. Citiranim odredbama o priznavanju i uračunavanju staža reparira se značajan dio štetnih posljedica zbog prestanka radnog odnosa.

U praksi se, međutim, postavlja i niz daljnjih zahtjeva po istoj osnovi. Jedan od najčešćih je svakako zahtjev za naknadu štete zbog izgubljene ili umanjene zarade ili izgubljenog prihoda. Priznavanje naknade za taj oblik štete nije bilo upitno ni u starijoj ni u novijoj sudskoj praksi. Tako npr. odluke VSH, Gž 1195/73 od 29.XII.1973., VSH, Rev 1798/81 od 25.XI.1981. (objavljena u PSP 20/66.).

Pri tome su se javljala neka druga pitanja kao sporna, npr: visina izgubljene zarade. Tako prema odluci VSH, Kr 380/62 od 22.V.1962. neopravdano osuđenoj osobi koja je neposredno prije izdržavanja kazne bila u radnom odnosu priznato je pravo na naknadu štete zbog neprimanja osobnog dohotka u visini u kojoj ga je ostvarivala neposredno prije početka izdržavanja kazne, ali nije priznata naknada prema povišenjima do kojih je došlo u vremenu izdržavanja kazne.

Prema odluci VSH, Rev 1798/81 od 25.XI.1981. "od naknade za izgublenu zaradu osobe neosnovano lišene slobode ne odbijaju se troškovi njezina smještaja, prehrane i odijevanja za vrijeme dok je bila lišena slobode jer osuđene osobe ne plaćaju troškove izvršenja krivičnih sankcija, osim troškova novčane kazne (čl. 6. Zakona o izvršenju krivičnih i prekršajnih sankcija "Narodne novine", broj 21/74.)."

Osim izgubljene zarade u svezi s prestankom radnog odnosa priznavali su se i drugi oblici izgubljene zarade odnosno prihoda. Tako prema odluci Vrhovnog suda Hrvatske, Gž 5155/73 od 1.VI.1974. "prigovori tužene na visinu iznosa materijalne štete od propalih usjeva ne stoje jer se od žene tužitelja, koja je nakon njegovog pritvaranja ostala sama s malim djetetom, zaista ne bi moglo zahtijevati da sama vrši dosta teške poljoprivredne radove koje je uglavnom obavljao tužitelj, naročito navodnjavanjem zemljišta."

Naknada štete zahtijevala se i za neiskorištena prava koja bi se inače ostvarivala temeljem radnog odnosa. Kao primjeri takvih zahtjeva navode se potraživanja naknade štete zbog izgubljenog dječjeg dodatka, naknade za odvojeni život, naknade zbog neiskorištenog godišnjeg odmora. Sudska praksa nije bila uvijek ujednačena.

U ranijoj praksi nalazimo odluke kojima su ti zahtjevi odbijani (VSH, Kr 380/62.). Svakako da priznavanje tih oblika naknade, kako glede osnova tako i glede visine, ovisi o okolnostima konkretnog slučaja. Priznavala se i naknada materijalne štete zbog pogoršanja zdravstvenog stanja do kojeg je došlo za vrijeme lišenja

slobode. Npr: troškovi liječenja, gubitak zarade zbog nesposobnosti ili smanjenje sposobnosti za rad, nemogućnosti napredovanja, potrebe za tuđom njegom i pomoći i dr. Radi se o oblicima štete koji se priznaju u smislu odredaba čl. 195. Zakona o obveznim odnosima. Ta se šteta može dosuđivati u obliku rente.

Ovu materijalnu štetu treba razlikovati od nematerijalne štete koja se priznaje za duševne boli zbog posljedica pogoršanja zdravstvenog stanja (npr. odluka VSRH, Rev 1165/83.) o čemu će biti govora u svezi s nematerijalnom štetom.

Zahtijevala se i naknada materijalne štete u visini oduzete imovinske koristi (npr. odluka Općinskog suda u Puli, P-2027/99 od 8.I.2002.). S obzirom da se naknada štete priznaje neposredno oštećenom dakle, osobi neopravdano osuđenoj ili neosnovano uhićenoj, za štetu koju su u svezi s time imale druge osobe, npr. članovi uže obitelji zbog troškova posjeta, smatralo se da okrivljeni može s osnovom postavljati zahtjev za naknadu (o tome odluka VSH, Kr 1162/69 od 2.IV.1970.) ako se može smatrati da je ta šteta ujedno i njegova šteta. To je u skladu sa stajalištem novije sudske prakse i u drugim slučajevima odgovornosti za štetu u kojima se postavilo isto pitanje aktivne legitimacije za takav zahtjev, npr. za troškove posjeta oštećenom u bolnici.

Troškovi obrane, odnosno troškovi kaznenog postupka, daljnji su oblik materijalne štete koji se javljao u praksi (tako npr. u predmetu Općinskog suda u Puli, P-2027/99 od 8.I.2002.). Navodimo stajalište zauzeto u odluci VSH, Kr 1182/69 od 2.IV.1972. prema kojem "pobijanjem osnova pokrenute istrage i podignute optužnice i pobijanjem ranije donesene osuđujuće presude, podnosilac zahtjeva je preko svog branioca intenzivno djelovao i radio na ukidanju pritvora. Kako se u konkretnom slučaju radi o naknadi štete u smislu odredaba čl. 507., ZKP po osnovi neosnovanog pritvora, to treba sve one radnje branioca izvršene do ukidanja pritvora smatrati vezanim za pritvor i stoga podnosiocu zahtjeva kao štetu priznati sve one troškove obrane koje je imao u vezi s neosnovanim pritvorom... Ostali troškovi i nagrade ne mogu se priznati jer se ne odnose na troškove u vezi s ukidanjem pritvora i naknadom štete u smislu odredaba čl. 507. (sada 505.), ZKP po osnovi neosnovanog pritvora, već na opće troškove obrane".

Prema odluci VSH, Gž 1195/73 od 25.XII.1973., "šteta na čiju naknadu neopravdano osuđena osoba ima pravo pod pretpostavkama iz čl. 500. Zakonika o krivičnom postupku obuhvaća i troškove njezine obrane u krivičnom postupku". Uz tu naknadu javljala su se i neka sporna pitanja (da li se troškovi kaznenog postupka mogu dosuđivati samo u tom postupku, da li se nadoknađuju samo troškovi obvezne obrane, troškovi dvaju branitelja)⁴⁰ na koja je odgovorila već ranija sudska praksa, priznajući te troškove oštećenom (tako odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Kr 1169/69 od 2.IV.1970.).

Na dosuđene iznose naknade oštećeniku, kao tužitelju priznaje se i pravo na zatezne kamate, što nije bilo sporno ni u ranijoj sudskoj praksi, a ni u novijoj (tako

⁴⁰ J. Crnić, op. cit. str. 11. i 12.

npr. odluke Županijskog suda u Gradu Zagrebu, Gž 6602/95 od 21.I.1997. i Gž 5636/99 od 6.IV.2000.). Tijek zateznih kamata ovisi o dospijeću pojedinih iznosa s naslova naknade štete, što nije za sve oblike štete isto vrijeme. Npr. kad se radilo o zateznoj kamati na neisplaćene iznose plaće (zbog nezakonitog prestanka radnog odnosa), sudska praksa je zauzimala stajalište da one teku "od dospijeća svakog pojedinog iznosa" (VSRH, Rev 1274/89 od 6.XII.1990., objavljena u PSP 50/98.).

Izloženim primjerima iz sudske prakse nisu, nesumnjivo, iscrpljeni svi oblici materijalne štete koja može nastati i koju može zahtijevati neopravdano osuđena ili neosnovano uhićena osoba.

b) Nematerijalna šteta

U svezi s pravom na naknadu nematerijalne štete, Zakon o kaznenom postupku predviđa u čl. 481.⁴¹ poseban nenovčani oblik naknade nematerijalne štete zbog povrede ugleda, u obliku objavljivanja priopćenja o neopravdanoj osudi li neosnovanom uhićenju. Tim se odredbama ostvaruje Ustavom priznato pravo na javnu ispriku (čl. 25. st. 4.). Radi se, dakle, o posebnom obliku moralne satisfakcije na koju ima pravo osoba neopravdano osuđena i osoba kojoj je neosnovano oduzeta sloboda, kako se to izričito navodi u čl. 481. st. 1., ZKP. Pravo zahtijevati objavu priopćenja pripada osobi:

- a) u odnosu na koju su inače ispunjene pretpostavke koje daju pravo na naknadu štete zbog neopravdane osude ili neosnovanog lišenja slobode (čl. 476. iz čl. 481., ZKP);
- b) ako je povrijeđen ugled osuđenika;
- c) neovisno o tim pretpostavkama (dakle u slučaju kad oštećeni inače ne bi imao pravo na naknadu štete) ako je povodom izvanrednog pravnog lijeka izmijenjena pravna kvalifikacija djela, ako je zbog pravne kvalifikacije u prijašnjem postupku bio povrijeđen ugled osuđene osobe.

⁴¹ Članak 481., ZKP u cijelosti glasi:

"(1) Ako je slučaj na koji se odnosi neopravdana osuda ili neosnovano oduzimanje slobode prikazivan u sredstvima javnog priopćavanja i time bio povrijeđen ugled te osobe, sud će, na njezin zahtjev, objaviti u novinama ili drugome javnom sredstvu priopćavanja priopćenje o odluci iz koje proizlazi neopravdanost prijašnje osude, odnosno neosnovanost uhićenja. Ako slučaj nije prikazan u sredstvu javnog priopćavanja, takvo će se priopćenje, na zahtjev te osobe, dostaviti njezinu poslodavcu. Nakon smrti osuđene osobe pravo na podnošenje toga zahtjeva pripada njezinu bračnom ili izvanbračnom drugu, djeci, roditeljima, braći i sestrama.

(2) Zahtjev iz stavka 1. ovoga članka može se podnijeti i ako nije stavljen zahtjev za naknadu štete.
(3) Neovisno o uvjetima predviđenim u članku 480. ovoga Zakona zahtjev iz stavka 1. ovoga članka može se podnijeti i kad je u povodu izvanrednoga pravnog lijeka izmijenjena pravna kvalifikacija djela, ako je zbog pravne kvalifikacije u prijašnjoj presudi bio povrijeđen ugled osuđene osobe.

(4) Zahtjev iz stavka 1. do 3. ovoga članka podnosi se u roku od šest mjeseci prvostupanjskom sudu. O zahtjevu odlučuje vijeće (članak 18. stavak 3., odnosno članak 20. stavak 2.). Pri rješavanju zahtjeva primjenjuju se odredbe članka 476. i članka 480. stavka 3. ovoga Zakona."

Pri tome se razlikuju dvije situacije:

- ako je slučaj prikazivan u sredstvima javnog priopćavanja, sud će priopćenje o odluci iz koje proizlazi neopravdanost prijašnje osude odnosno neosnovanost uhićenja objaviti u novinama ili drugom javnom sredstvu priopćavanja.
- ako slučaj nije prikazan u sredstvima javnog priopćavanja, priopćenje će se dostaviti poslodavcu oštećene osobe.

Treba naglasiti da sud daje priopćenje o odluci, a ne objavljuje sudsku odluku. U oba slučaja sud daje priopćenje samo na zahtjev oštećene osobe, dakle ne postupa po službenoj dužnosti. Nakon smrti osuđene osobe pravo na podnošenje zahtjeva ima određeni krug bliskih srodnika, i to: bračni ili izvanbračni drug, djeca, roditelji, braća i sestre. Nadležan za odlučivanje o zahtjevu je sud koji je odlučivao u prvom stupnju, i to u vijeću. Protiv rješenja suda dopuštena je žalba. Predviđen je rok od 6 mjeseci za podnošenje zahtjeva, ali nema odredbe o tome kada taj rok počinje teći.

Suglasni smo s mišljenjima da taj rok počinje teći od dana dostavljanja osuđeniku odluke na kojoj temelji svoj zahtjev.⁴²

Daljnji oblik rehabilitacije predviđen je odredbama čl. 482., ZKP.⁴³ Za razliku od situacije u čl. 481., ZKP u kojoj sud ne postupa po službenoj dužnosti, prema odredbama čl. 482., ZKP sud će po službenoj dužnosti donijeti rješenje kojim poništava upis neopravdane osude u kaznenim evidencijama. Ističe se da time nije prihvaćena apsolutna eliminacija podataka koji se odnose na osuđivanost, pa se smatra da se na taj način ne osigurava niti stvarna zaštita oštećene osobe.⁴⁴

Zaštita osobe neopravdano osuđene ili neosnovano lišene slobode postiže se i kroz odredbe članka 483., ZKP orazgledavanju i prepisivanju spisa koji se odnosi na neopravdanu osudu ili neosnovano oduzimanje slobode. Osoba kojoj je to dopušteno ne smije upotrijebiti podatke iz tih spisa na način koji bi bio štetan za rehabilitaciju osobe protiv koje je vođen kazneni postupak. Na to će ju upozoriti predsjednik suda, koji daje i dozvolu za razgledavanje spisa i to će se, uz potpis te osobe, zabilježiti na spisu. Nesumnjivo da se takvim odredbama htjelo naglasiti značenje i potreba zaštite oštećenika.

Time, naravno, nije otklonjena svaka mogućnost djelovanja na štetu rehabilitacije oštećenog. U takvom slučaju osoba koja je razgledavala spis mogla bi odgovarati za štetu uz ispunjenje svih ostalih pretpostavki za takvu odgovornost.

Uz ove posebne odredbe Zakona o kaznenom postupku o oblicima i načinu naknade štete odnosno zaštititi oštećene osobe kod odlučivanja o zahtjevu za naknadu nematerijalne štete, primijenit će se i opće odredbe o naknadi nematerijalne štete

⁴² Pavišić, op. cit. str. 723.

⁴³ Članak 482., ZKP u cijelosti glasi:

“Prvostupanjski sud donijet će po službenoj dužnosti rješenje kojim se poništava upis neopravdane osude u kaznenim evidencijama. Rješenje se dostavlja Ministarstvu pravosuđa. Po poništenom upisu ne smiju se nikomu davati podaci iz kaznene evidencije.”

⁴⁴ Pavišić, op. cit. str. 723.

koje Zakon o obveznim odnosima sadrži u člancima 199. do 205. Za razliku od materijalne štete koja se može javljati u različitim oblicima, osnove po kojima se priznaje nematerijalna šteta zakonom su određene.

Navodimo neke sudske odluke kojima je dosuđena nematerijalna šteta. Prema odluci VSRH, Rev 1165/83 od 7.III.1984. (objavljena u PSP 25/91.) "osoba neosnovano lišena slobode može zahtijevati naknadu za duševne boli zbog smanjenja životnih aktivnosti kad je zbog lišenja slobode došlo do narušenja zdravlja."

Presudom Županijskog suda u Zagrebu, Gž 7447/97 od 11.V.1999. dosuđena je naknada za duševne boli zbog vremena provedenog u pritvoru "imajući u vidu okolnosti slučaja, kao što je ugled tužitelja odnos sredine prema njemu poslije puštanja na slobodu, težinu i prirodu kaznenog djela kao i vrijeme trajanja lišenja slobode."

Prema odluci Županijskog suda u Rijeci, Gž 430/96 od 5.II.1997. "raniju osuđivanost tužitelja na bezuvjetnu kaznu zatvora treba cijeliti prilikom dosuđivanja naknade za pretrpljene duševne bolove zbog povrede časti i ugleda, a pri razmatranju naknade zbog povrede časti i ugleda mogla bi biti od utjecaja na visinu naknade objava priopćenja u tisku o odluci kojom je tužitelj oslobođen od optužbe."

Navedenim odlukama priznata je naknada za duševne boli zbog povrede ugleda, časti i slobode kao novčana satisfakcija, tj. pravična novčana naknada (čl. 200. ZOO-a).

Visina naknade utvrđuje se uz ocjenu okolnosti konkretnog slučaja (ranija osuđivanost, odnosno sredine u kojoj oštećeni živi, trajanje lišenja slobode i dr. – tako i odluka Županijskog suda u Zagrebu, Gž 7852/98 od 3.XI.1998.).

Prema odluci Županijskog suda u Gradu Zagrebu, Gž 6602/95 od 21.I.1997.: "pri dosuđivanju visine naknade za nematerijalnu štetu, vodi se računa o okolnostima konkretnog slučaja, kao što su specifični uvjeti izdržavanja pritvora – trajanje pritvora – boravak u samici ili u prostoriji s posebno velikim brojem pritvorenih, odnosno osuđenih osoba – razdvajanje iz obitelji – mogućnost posjećivanja obitelji i rodbine – korištenje dnevne štampe i sl. – dob i zanimanje tužitelja, jačina duševnih boli koje je zbog pritvora trpio."

Na visinu novčane naknade od utjecaja može biti i okolnost je li oštećenom osigurana i neka druga (nenovčana) satisfakcija.

Prema stajalištu sudske prakse naknada za psihičke boli zbog povreda ugleda, časti i slobode utvrđuje se i dosuđuje u jednom iznosu. U obrazloženju odluke Županijskog suda u Zagrebu, Gž 7852/98 od 3.XI.1998. s tim u svezi navedeno je: "Nematerijalna šteta za duševne bolove zbog neosnovanog lišenja slobode predstavlja jedinstven vid štete koji obuhvaća sve štetne posljedice nematerijalne štete vezane uz ličnost oštećenog proistekle iz neosnovanog lišenja slobode."

Iz citirane i novije sudske prakse (npr. odluke Županijskog suda u Zagrebu, Gž 6602/95 od 21.I.1997., Gž 5636/99 od 6.VI.2000. i Gž 7852/97 od 20.I.1997., te odluke Općinskog suda u Rijeci, P 1979/99 od 25.V.1999.) kao i iz ranije sudske prakse (npr. odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Gž 3112/73 od 31.V.1974., Gž 1195/73 od 25.XII.1973.) moglo bi se zaključiti da je upravo naknada za duševne boli zbog

povrede ugleda časti i slobode, ako ne najčešća, sigurno jedna od najčešće zahtijevanih i dosuđivanih naknade nematerijalnih šteta.

Međutim, naknada za duševne boli može se dosuditi i po drugim osnovama, kao što je smanjenje životnih aktivnosti (VSRH, Rev 1165/83 od 7.III.1984.) ili ranije kao naknada za narušeno zdravlje (VSH, Gž 24/69 od 20.I.1971.).

Naknada se može dosuditi i za druge oblike nematerijalne štete kad su za to ispunjene zakonom predviđene pretpostavke, npr. za strah (tako odluka Županijskog suda u Zagrebu, Gž 7852/98 od 3.XI.1998.).

IV.I.6.4. Uzročna veza

Daljnja pretpostavka postojanja obveznog odnosa odgovornosti za štetu je uzročna veza koja mora postojati između štetne radnje i štete. Šteta mora biti posljedica određene štetne radnje. S obzirom na sve do sada izloženo, proizlazi da je u slučaju odgovornosti za štetu zbog neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja, zakonskim odredbama određena štetna radnja, koja se kvalificira kao neopravdana osuda ili neosnovano uhićenje.

Pravno relevantna uzročna veza mora, dakle, postojati između navedene štetne radnje i štete. To, drugim riječima znači da se o odredbama glave XXX. Zakona o obveznim odnosima može zahtijevati samo ona šteta koja proizlazi iz neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja.

IV.I.6.5. Posebno o primjeni odredaba o rehabilitaciji i naknadi štete

Prema odredbama čl. 484.a/, ZKP posebni propisi i odluke doneseni kao akti milosti, kojima su počinitelji kaznenih djela pomilovani ili im je dat oprost za kaznena djela počinjena od 17. kolovoza 1990. do 23. kolovoza 1996., ne predstavljaju osnovu za primjenu odredaba čl. 476. do 484., ZKP.

U obrazloženju koje je dano uz Izmjene i dopune Zakona o kaznenom postupku ("Narodne novine", broj 58/99.) u svezi s tim navedeno je sljedeće: "Aktima milosti se ni u kojem slučaju ne odlučuje o osnovanosti optužbe, ne preispituje se osuda ni krivnja, niti je od značaja stupanj kaznenog progona ili kaznenog postupka te je li presuda pravomoćna. Nije moguće ni razmišljati da bi donošenje akta milosti takav akt mogao biti akt 'priznavanja pogrešaka' tijela nadležnih za kazneni progon odnosno kazneni postupak, pa time ti akti ne mogu biti ni osnovom za priznavanje prava na naknadu tim postupkom nanijete štete."

Uz prijedlog izmjena i dopuna Zakona o kaznenom postupku ("Narodne novine", broj 112/99.) istaknuto je između ostalo: "Predloženom dopunom željelo se je pojasniti da osobe koje su pomilovane ili im je dan opći oprost za kaznena tijela počinjena tijekom agresije na Republiku Hrvatsku nemaju pravo na naknadu štete. Pojašnjenje je potrebno jer su neki sudovi ovu odredbu interpretirali samo na odnose koji su nastali nakon stupanja na snagu dopune Zakona dok je intencija zakonodavca upravo bila propisati retroaktivno djelovanje."

IV.II. Rehabilitacija i naknada štete po Zakonu o prekršajima

Zakon o prekršajima ("Narodne novine", broj 88/02., 122/02., u daljnjem tekstu: Zakon o prekršajima, a uz pojedine članke i: ZP) sadrži odredbe o rehabilitaciji i naknadi štete u glavi XXVI. pod nazivom "Rehabilitacija te naknada štete i druga prava osoba neutemeljeno kažnjenih za prekršaj ili osoba koje su neutemeljeno bile uhićene ili zadržane".

Ovom je glavom u člancima 247. do 257. obuhvaćeno: "Brisanje rješenja o prekršaju, nadalje rješenja o rehabilitaciji na traženje kažnjenika, naknada štete zbog neosnovanog kažnjavanja, zastara prava na naknadu štete i ostvarivanje prava, s tim da je propisano i pravo nasljednika na naknadu štete, nadalje naknada štete zbog neosnovanog zatvaranja, uhićenja ili zadržavanja, te objava u sredstvima javnog priopćavanja, poništenje upisa u prekršajnu evidenciju, uporaba podataka iz spisa i konačno prava iz radnog odnosa."

U tim odredbama Zakon o prekršajima, u bitnome i na odgovarajući način, slijedi rješenja koja su prihvaćena u Zakonu o kaznenom postupku. Zakonodavac je iskoristio priliku i donošenjem novog Zakona o prekršajima izmijenio je institut naknade štete u nekim dijelovima u kojem su ranija zakonska rješenja bila kritizirana.⁴⁵

Pravo na naknadu štete ne ograničava se na sankciju oduzimanja slobode, niti se ograničava na materijalnu štetu, što znači da oštećeni ima pravo na naknadu cjelokupne štete, materijalne i nematerijalne. Prava predviđena odredbama glave XXVI. pripadaju:

- osobi koja je neosnovano kažnjavana za prekršaj
- osobi koja je neosnovano zatvarana, uhićena ili zadržana.
- a) Zbog neosnovanog kažnjavanja pravo na naknadu štete, prema odredbama čl.

249. st. 1. ZP-a⁴⁶ ima:

- osoba prema kojoj je bila pravomoćno izrečena sankcija za prekršaj, a kasnije je u povodu izvanrednog pravnog lijeka novi postupak pravomoćno obustavljen.

Isključena je odgovornost i pravo na naknadu štete:

- ako je do obustave postupka došlo zato što je u novom postupku oštećenik kao tužitelj odustao od progona, ili što je

⁴⁵ I. Crnić, op. cit. str. 145.

⁴⁶ Članak 249. ZP-a u cijelosti glasi:

"(1) Pravo na naknadu štete zbog neosnovanog kažnjavanja ima osoba prema kojoj je bila pravomoćno izrečena sankcija za prekršaj, a kasnije je u povodu izvanrednoga pravnog lijeka novi postupak pravomoćno obustavljen, osim ako je do obustave postupka došlo zato što je u novom postupku oštećenik kao tužitelj odustao od progona ili što je oštećenik odustao od prijedloga, a do odustanka je došlo na temelju sporazuma s okrivljenikom.

(2) Nema pravo na naknadu štete onaj tko je svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namjerno prouzročio pravomoćnu odluku o svojoj krivnji, osim ako je na to bio prisiljen.

(3) U slučaju pravomoćne odluke za prekršaje u stjecaju pravo na naknadu štete može se odnositi i na pojedine prekršaje glede kojih je udovoljeno uvjetima za priznanje naknade."

- oštećenik odustao od prijedloga, a do odustanka je došlo na temelju sporazuma s okrivljenikom,
- nema pravo na naknadu štete niti osoba koja je svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namjerno prouzročila pravomoćnu odluku o svojoj krivnji, osim ako je na to bila prisiljena.

Za prekršaje u stjecaju pravo na naknadu štete može se odnositi i na pojedine prekršaje glede kojih je udovoljeno uvjetima za priznanje naknade.

Predviđene su dakle, određene pozitivne i negativne pretpostavke o kojima ovisi postojanje odnosno nepostojanje prava na naknadu štete.

U svezi s tim upućujemo na izlaganje pod točkom IV.I.1. u kojem smo uz odredbe Zakone o kaznenom postupku pobliže obrazlagali pozitivne i negativne pretpostavke na naknadu štete.

b) Zbog neosnovanog zatvaranja, uhićenja ili zadržavanja, prema čl. 253. ZP-a⁴⁷ pravo na naknadu štete pripada osobi:

1. koja je bila uhićena ili zadržana, a nije došlo do pokretanja postupka za prekršaje, ili je postupak obustavljen pravomoćnom odlukom,
2. koja je izdržala kaznu oduzimanja slobode, a u povodu izvanrednog pravnog lijeka izrečena joj je kazna oduzimanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržala, ili je izrečena sankcija za prekršaj koja se ne sastoji u oduzimanju slobode,
3. koja je zbog pogreške ili protuzakonitog rada državnog tijela neosnovano uhićena ili zadržana preko zakonskog roka ili je preko tog roka bila u ustanovi za izdržavanje kazne,
4. koja je zadržana dulje vrijeme nego što traje kazna zatvora na koju je osuđena.
5. pravo na naknadu štete pripada i osobi koja je uhićena bez zakonske osnove, ako protiv nje nije određeno zadržavanje, niti joj vrijeme za koje je bila uhićena nije uračunato u izrečenu kaznu za prekršaj.

⁴⁷ Članak 253., ZP u cijelosti glasi:

"1) Pravo na naknadu štete pripada i osobi:

- 1. koja je bila uhićena ili zadržana, a nije došlo do pokretanja postupka za prekršaje, ili je postupak obustavljen pravomoćnom odlukom,*
- 2. koja je izdržala kaznu oduzimanja slobode, a u povodu izvanrednog pravnog lijeka izrečena joj je kazna oduzimanja slobode u kraćem trajanju od kazne koju je izdržala, ili je izrečena sankcija za prekršaj koja se ne sastoji u oduzimanju slobode,*
- 3. koja je zbog pogreške ili protuzakonitog rada državnog tijela neosnovano uhićena ili zadržana preko zakonskog roka ili je preko tog roka bila u ustanovi za izdržavanje kazne,*
- 4. koja je zadržana dulje vrijeme nego što traje kazna zatvora na koju je osuđena.*

(2) Osobi koja je uhićena bez zakonske osnove pripada pravo na naknadu štete ako protiv nje nije određeno zadržavanje niti joj vrijeme za koje je bila uhićena nije uračunato u izrečenu kaznu za prekršaj.

(3) Naknada štete ne pripada osobi koja je svojim nedopuštenim postupcima prouzročila uhićenje.

(4) U postupku za naknadu štete u slučajevima iz stavka 1. i 2. ovoga članka na odgovarajući će se način primjenjivati odredbe članka 249.do 252. ovoga Zakona."

Pravo na naknadu štete ne pripada osobi koja je svojim nedopuštenim postupcima prouzročila uhićenje. Ovdje, također, upozoravamo na dio izlaganja (toč. IV.I.2.) koji se odnosi na pravo na naknadu štete osobama neosnovano uhićenim po Zakonu o kaznenom postupku.

Postupak ostvarivanja prava za slučajeve neosnovanog kažnjavanja (čl. 249., ZP) koji se na odgovarajući način primjenjuje i na slučajeve neosnovanog zatvaranja, uhićenja ili zadržavanja (čl. 253. st. 4., ZP) predviđen je čl. 251., ZP-a⁴⁸ odgovara postupku predviđenom čl. 477. i 478., ZKP, pa upućujemo na naše izlaganje u tom dijelu (toč. IV.I.3.).

Tužba za naknadu štete i u ovom slučaju podnosi se protiv Republike Hrvatske, ukoliko ne dođe do nagodbe u prethodnom postupku sporazumijevanja, odnosno pregovaranja povodom zahtjeva oštećenika upućenog ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa.

Odredbe o zastari potraživanja u roku od tri godine (čl. 250., ZP) i o pravu nasljednika, ograničenom na materijalnu (imovinsku) štetu (čl. 252.) na nastavljanje i pokretanje postupka za naknadu štete u cijelosti prihvaćaju odgovarajuća rješenja Zakona o kaznenom postupku.

Stoga, također, upućujemo na dio izlaganja pod toč. IV.I.4. i IV.I.5.

Zakon o prekršajima sadrži i odredbe o nekim posebnim oblicima rehabilitacije i zaštite oštećenika, te o nenovčanoj satisfakciji za nematerijalnu štetu.

Te se odredbe odnose:

a) na rehabilitaciju i brisanje rješenja o prekršaju ili o prekršajnom nalogu kad proteknu tri godine od dana pravomoćnosti (čl. 247. st. 1.).

To pod uvjetom da ta osoba u tom vremenu ne počini novi prekršaj. Rješenje donosi po službenoj dužnosti tijelo nadležno za vođenje kaznene evidencije. Podaci o prekršaju za koji je nastupila rehabilitacija ne mogu se nekome davati na uvid. Rješenje o rehabilitaciji može se donijeti i na zahtjev okrivljenika (čl. 248. ZP-a). Ako nadležno tijelo ne donese rješenje o rehabilitaciji odnosno o brisanju, okrivljenik može tražiti da nadležno tijelo donese rješenje kojim će utvrditi da je po zakonu nastupila rehabilitacija odnosno brisanje. U slučaju nepostupanja po tom zahtjevu okrivljenik može zahtijevati od suda da donese rješenje o rehabilitaciji odnosno brisanju pravomoćne odluke.

⁴⁸ Članak 251., ZP-a u cijelosti glasi:

"1) Prije podnošenja tužbe za naknadu štete oštećenik je dužan podnijeti zahtjev ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa radi postignuća nagodbe o postojanju štete te vrsti i visini naknade.

(2) Ako zahtjev za naknadu štete ne bude prihvaćen ili o njemu ne bude odlučeno u roku od tri mjeseca od podnošenja zahtjeva, oštećenik može kod nadležnog suda podnijeti tužbu za naknadu štete. Ako je postignuta nagodba samo o dijelu zahtjeva, oštećenik može tužbu podnijeti glede ostatka zahtjeva.

(3) Dok traje postupak iz stavka 1. ovoga članka, ne teče zastara predviđena u članku 250. ovoga Zakona.

(4) Tužba za naknadu štete podnosi se protiv Republike Hrvatske."

Ako se prekršajni postupak vodio na zahtjev državnog odvjetništva, sud će donijeti odluku nakon njegovog očitovanja.

b) brisanje upisa u kaznenu evidenciju (čl. 255. ZP-a)

c) razgledavanje i prepisivanje spisa i upotreba podataka iz spisa (čl. 256. ZP-a) koje (kao i one iz prethodnog članka 255. ZP-a) u potpunosti odgovaraju odredbama koje sadrži i Zakon o kaznenom postupku pa upućujemo na odgovarajuća izlaganja (toč. IV.I.6.3.)

d) prava iz radnog odnosa uspostavlja se na način i u postupku predviđenom člankom 257. ZP-a i u cijelosti su odgovarajuće odredbama članka 484., ZKP pa upućujemo na izlaganje u toč. IV.I.6.3.

e) objava priopćenja u sredstvima javnog priopćavanja odnosno dostavu takvog priopćenja poslodavcu, ovisno o tome da li je slučaj bio prikazivan u sredstvima javnog priopćavanja ili ne, s posljedicom povrede ugleda oštećenika, predviđaju odredbe čl. 354. ZP-a i u potpunosti su suglasne s odgovarajućim odredbama čl. 481., ZKP, o čemu smo govorili u toč. IV.I.6.3.

Cjelinom izloženih odredaba novog Zakona o prekršajima pravni položaj osobe, koja je u prekršajnom postupku neutemeljeno kažnjena ili neosnovano zatvorena, uhićena ili zadržana, u svezi s pravom na rehabilitaciju i naknadu štete nesumnjivo je poboljšana. Očito se polazi od toga da i u prekršajnom postupku u slučajevima zakonom predviđenim i opisanim, dolazi do povrede temeljenih ustavnih prava na osobnu sigurnost i slobodu, što opravdava i primjerenu zaštitu.

Zaključak

Čini nam se da se može zaključiti kako odredbe Zakona o kaznenom postupku i Zakona o prekršajima uređuju institut odgovornosti države za štetu osobama neopravdano osuđenim i neosnovano uhićenim, poštujući ustavna načela o zaštiti temeljenih prava na slobodu i osobnu sigurnost, a time i standarde i obveze koje proizlaze iz niza međunarodnih ugovora. Predviđajući primarnu odgovornost države za naknadu te štete, oštećenoj osobi daje se visok stupanj sigurnosti da će ostvariti svoje opravdane zahtjeve za popravljivanje štete.

Posebni oblici rehabilitacije i naknade štete predviđeni samim zakonom, kao što je priznanje radnog staža i staža osiguranja, javna isprika odnosno objava priopćenja i dr., uz primjenu općih načela o naknadi materijalne i nematerijalne štete, daljnje su jamstvo za oštećenu osobu u otklanjanju štetnih posljedica.

Sadržajno, zakonske su odredbe iscrpne, pa iako se time ne mogu otkloniti sva sporna pitanja koja se mogu javiti u praksi, ipak u svojoj ukupnosti daju povoljan položaj oštećeniku, što s pravom treba i očekivati s obzirom da neopravdana osuda ili neosnovano uhićenje predstavlja zaista tešku povredu temeljnih čovjekovih prava.

Summary

STATE RESPONSIBILITY FOR DAMAGES IN CASE OF UNJUSTIFIED CONVICTION OR UNFOUNDED ARREST

The article tackles institute of state liability for damages to persons unduly convicted or unfoundedly arrested according to the Code of Criminal Procedure and Law on Offences with the application of general conditions for liability and damages.

International sources of law and constitutional principles form starting points that are further developed in legislative provisions.

Civil legal elements of such a liability are also discussed in a view of civil legal protection, and to this purpose recent as well as older but still applicable case-law has been used.

Key words: *unjustified conviction, unfounded arrest, damages.*

Zusammenfassung

HAFTUNG DES STAATES FÜR SCHADEN IM FALLE EINER UNGERECHTFERTIGTEN VERURTEILUNG ODER UNBEGRÜNDETEN VERHAFTUNG

Im Referat wird das Institut der Haftung des Staates für den Schaden derjenigen Personen, die ungerechtfertigt verurteilt oder grundlos verhaftet wurden, nach den Bestimmungen des Gesetzes zum Strafverfahren und des Gesetzes über Vergehen unter Anwendung allgemeiner Voraussetzungen der Haftung und Entschädigung für Schaden dargestellt.

Es wird von internationalen Rechtsquellen und Verfassungsgrundsätzen ausgegangen, deren Verarbeitung in den gesetzlichen Bestimmungen zu finden sind.

Zivilrechtliche Elemente dieser Haftung werden vom Standpunkt des zivilrechtlichen Schutzes aus betrachtet wobei neue und alte, jedoch noch immer aktuelle Gerichtsurteile benutzt werden.

Schlüsselwörter: *ungerechtfertigte Verurteilung, unbegründete Verhaftung, Haftung für Schaden.*

Sommario

RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER DANNO NEL CASO DI CONDANNA INGIUSTIFICATA O ARRESTO INFONDATO

Nell'articolo si presenta l'istituto della responsabilità dello stato per danno a persone ingiustificatamente condannate o infondatamente arrestate, secondo le norme della Legge sul processo penale e della Legge sulle contravvenzioni, insieme all'applicazione delle condizioni generali della responsabilità per danno e del risarcimento del danno.

Si muove dalle fonti giuridiche internazionali e dai principi costituzionali che sono successivamente elaborati in norme legislative.

Sono esaminati gli elementi di diritto civile di tale responsabilità dal punto di vista della tutela giuridica civilistica, per cui è utilizzata la prassi giudiziale attuale tanto recente quanto antica, ma ancora applicabile.

Parole chiave: *condanna ingiustificata, arresto infondato, risarcimento del danno.*

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 autorova 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
- * conference paper
- * review article
- * 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 beigelegt sein.
5. Tabellen müssen übersichtlich und korrekt gegliedert sein (Nummer, Titel, Legende).
6. Anmerkungen werden dem Manuskript besonders beigelegt.
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.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Iz sadržaja Zbornika Vol. 23. br. 2 (2002)

I. Članci: **Vladimir-Đuro Degan**, Republika Hrvatska i sukob u Bosni i Hercegovini u 1993. godini – pravna analiza; **Vesna Crnić-Grotić**, Protection of Minority Languages in Croatia; **Mirela Šarac**, Actio de peculio; **Dionis Jurić**, Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu; **Csaba Fenyvesi**, Constitutional Principles in the Light of Criminal Defence; **Robert Kopal**, Značaj kriminalističke obavještajne analitike u antiterorističkoj djelatnosti; **Mijo Biličić**, Teorija interesa i interesnog djelovanja u društvu; **Sandra Debeljak-Rukavina**, Odgovornost prijevoznika za štete na stvarima u domaćem i međunarodnom prijevozu zrakom; **Dario Derđa**, Neke primjedbe o tumačenju prava; **Budislav Vukas**, Državnopravni aspekti konstituiranja hrvatske države 1989.-1992.; **Berislav Pavišić**, Transizione dei sistemi penali nei paesi dell'ex Jugoslavia; **Velinka Grozdanić**, **Ute Karlavaris Bremer**, Pisana riječ u funkciji resocijalizacije u ženskim zatvorima; **Antun Jurman**, Upravljanje aktivom i pasivom banke u funkciji zaštite od valutnog rizika; **Iris Gović**, Pravni položaj radnika kod malih poslodavaca; *II. Pravna praksa; III. Prikazi; IV. Fakultetska kronika.*

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!



Naručujem/o ZBORNİK 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**
- ☐ Supplement br. 2 (2002.): _____ primjeraka

• po cijeni od 90,00 kn

- ☐ Vol. 23 br. 2 (2002.): _____ primjeraka

• po pretplatničkoj cijeni od 144,00 kn za:

- ☐ Vol. 24 br. 1 i br. 2. (2003.): _____ primjeraka

• po pretplatničkoj cijeni od 216,00 kn za:

- ☐ Vol. 24 br. 1, br. 2. i Suppl. br. 3. (2003.): _____ primjeraka

Ime i prezime/ Poduzeće/ Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

MB / JMBG _____

U _____, _____ 2003. godine

MP

Potpis:



Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 2300007-1100110025 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

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. (unutarnja cijena: 250,00; vanjska cijena: 450,00 kn)*
- 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: 180,00 kn; vanjska cijena 300,00 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 mjerodavnog 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. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- 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. (unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 148,00 kn)*
- 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)*

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**)

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. (**unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn**)

PRIJEVODI:

- Ralph Folsom, Michale Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi*, 1998. (**besplatno izdanje**)
- T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 1999. (**besplatno izdanje**)
- R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje*, 1999. (**besplatno izdanje**)

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

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. 2300007-1100110025 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 KAZNE NE 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. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 200,00 kn)
- 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. (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)
- *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: 70,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)
- Batinica, Markov, *Zakon o prekršajima*, 2. izdanje, Rijeka, 2002. (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 45,00 kn)
- *Zakon o kaznenom postupku, redakcijski i pročišćeni tekst i stvarno kazalo*, 3. izdanje, 2003. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 55,00 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*

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. 2300007-1100110025 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

Vol. 24 br. 1 (2003)

Prilozi za Savjetovanje:

“Vlasništvo – obveze – postupak”

(Poreč, 3. i 4. travnja 2003.)

Mihajlo Dika,

Žalba protiv presude prema Noveli ZPP-a iz 2003.

Petar Simonetti,

Denacionalizacija – prava i ovlaštenici

Edita Čulinović Herc,

Prospekt pri javnoj i privatnoj ponudi vrijednosnih papira – Zakon o tržištu vrijednosnih papira i pravci razvoja u europskom pravu

Silvija Petrić,

Odgovornost države za štete od terorističkih akata s osvrtom na presudu Europskog suda za ljudska prava br. 48778/99

Meliha Povlakić,

Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi

Dragan Zlatović,

Character Merchandising i žigovnoppravna zaštita

Marko Bevanda,

Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda

Maja Bukovac Puvača,

Zaštita kupaca u time-sharing ugovorima prema Smjernici 94/47/EC

Olga Jelčić,

Fiducijarno vlasništvo u hrvatskom pravu

Dragutin Ledić,

Vlasništvo u malom i srednjem poduzetništvu

Nada Bodiroga-Vukobrat, Hana Horak,

Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu

Jozo Čizmić,

O dostavi tužbe na odgovor i presudi zbog ogluhe u svjetlu Novele ZPP-a

Jozo Čizmić,

Uvođenje zakonske zaštite topografije integriranih sklopova u hrvatsko pravo

Zvonimir Slakoper,

Načelo savjesnosti i poštenja u trgovačkim ugovorima s međunarodnim obilježjem

Stefan Pürner,

Reforma njemačkog Građanskog zakonika s posebnim osvrtom na europske aspekte te reforme

Marko Baretić,

Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu

Dario Derđa,

Pojam i obilježja koncesija

Andrija Eraković,

Izlučna i različna prava u stečaju

Jasna Brežanski,

Odgovornost države za štetu u slučaju neopravdane osude ili neosnovanog uhićenja